



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt pr. mail til rhn@kfst, cc: jh@kfst.dk og kfst@kfst.dk

Hørings svar - Forslag til ændring af udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 2. oktober 2018 sendt Forslag til Lov om ændring af udbudsloven i høring. KL har ikke inden for høringsfristen haft mulighed for en politisk behandling af høringen. Eventuelle bemærkninger fra den efterfølgende politiske behandling vil blive eftersendt. KL tager derudover forbehold for de økonomiske konsekvenser, der skal DUT-forhandles særskilt.

Lovforslaget indebærer tre ændringer af udbudsloven. Alle ændringer indebærer stramninger af ordregivers muligheder for at vurdere indkomne tilbud efter udbud.

For det første indføres en definition af evalueringsmodeller. Denne ændring skal ses i klar tilknytning til den anden ændring, hvorved der indføres krav om offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. For det tredje indføres et krav om adskillelse af vurderingen af kvalitet og pris i tilbud vedr. store bygge- og anlægskontrakter på en anslået værdi over 350 mio. kr. ex moms. Der kommenteres på de enkelte foreslåede ændringer nedenfor, bortset fra definitionen af evalueringsmodel, som KL ikke har kommentarer til. Forinden har KL dog en række generelle bemærkninger.

Generelle bemærkninger

Forslagene er udtryk for overimplementering af EU-regler

KL ønsker indledningsvist at gøre opmærksom på, at begge substantielle lovændringer vil indebære en overimplementering af gældende EU-regler. De gældende danske krav til offentliggørelse af evalueringsmodeller i udbudsmaterialet er i forvejen udtryk for overimplementering af gældende EU-regler, hvilket bl.a. fremgår af kendelsen af 8. august 2017, som der senere henvises til. De foreslåede ændringer af udbudsloven vil kun bidrage yderligere til dansk overimplementering af EU-reglerne.

Lovændringer bør hvile på et reelt grundlag

KL undres over, at regeringen vælger at fremsætte sådanne forslag nu. Ingen af forslagene hviler på en analyse, der for det første kan påvise, at der er et problem, eller at de foreslåede løsninger i så fald vurderes at være de rette løsninger. Dette er i sig selv kritisk. Men det virker yderligere forundrende, når man vælger at foreslå ændringer, lige før processen med evaluering af udbudsloven går i gang. Såfremt ministeriet

Dato: 5. november 2018

Sags ID: SAG-2018-06162
Dok. ID: 2658718

E-mail: MAP@kl.dk
Direkte: 3370 3730

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 1 af 5



mener, at der er problemer på disse områder, bør det være genstand for en nærmere analyse, som oplagt kan være en del af den umiddelbart forestående evaluering af udbudsloven.

Der vil altid være tabere i udbudsprocesser, og disse vil potentielt kunne være utilfredse med den måde tildelingen er foregået på. Dette er imidlertid ikke det samme, som at tildelingen er foregået forkert, og at det er udtryk for et problem. Man kommer aldrig ud over, at den samlede vurdering af indkomne tilbud altid vil hvile på et vist element af skøn. Det er en grundlæggende præmis, som mere rigide regler ikke kan afhjælpe – de vil blot gøre det mere besværligt. Tildelingen af kontrakter kan ikke gøres til en matematisk, mekanisk øvelse, som lovforslaget tilsigter, uden at det vil kunne gøre tilbud, der ikke er det bedste til vindere. I så fald vil ordregiver ikke have anden mulighed end at udbuddet må gå om. Det kan hverken ordregiver eller tilbudsgiver være interesseret i.

Opvejer målet midlerne?

Lovforslaget har utvivlsomt til formål at forskubbe balancen i retning af mere kontrol af ordregiver med henblik på at tilgodese tilbudsgiverne. Dette er et politisk valg. Imidlertid bør man, når man pålægger den ene part byrder, sikre sig, at de ekstra byrder herved opvejes af affødte gevinster. Dette er imidlertid ikke sandsynliggjort i lovforslaget. KL vurderer, at der er en risiko for, at forslagene reelt ikke vil medføre bedre forhold for tilbudsgivere. I stedet indebærer forslaget risici for at øge transaktionsomkostningerne for såvel ordregivere som tilbudsgivere.

Adskillelse af vurderingen af pris og kvalitet

Lovforslagets foreslåede § 158, stk. 8 indebærer krav om adskillelse af vurderingen af pris og kvalitet således, at prisen ikke må være kendt forud for vurderingen af kvaliteten.

KL vurderer, at forslaget beror på en ubegrundet frygt for, hvor meget kvalitetsvurderingen kan fordrejes ved kendskab til prisen. Der stilles i dag krav om offentliggørelse af evalueringsmodeller, og herunder at vægtningen af de forskellige tildelingskriterier skal være kendt for tilbudsgiver gennem udbudsmaterialet. Dette kan ordregiver ikke ændre på efterfølgende, uanset om man måtte ønske det. Dertil kommer, at pris ofte er det kriterium, der tillægges størst vægt, hvorfor prisen naturligt også skal tillægges stor vægt i den samlede vurdering.

Der er i regeringens politik generelt meget fokus på at få mest mulig værdi for pengene. Derfor virker det kunstigt at adskille vurderingen af pris og kvalitet så markant, som der lægges op til i lovforslaget. Godt købmandskab og dermed sikring af mest mulig værdi for pengene forudsætter netop, at man ser på prisen og kvaliteten i sammenhæng. KL vurderer derfor, at lovforslaget svækker kommunernes mulighed for at agere som gode købmænd.

Samtidig er det et skridt i den modsatte retning set i forhold til den fleksibilitet, der lægges op til med de nyere udbudsformer. Eksempelvis er det et centralt element i fx udbud med forhandling, at prisen og kvaliteten sammenholdes nøje. Denne udbudsform ender naturligvis ud i

Dato: 5. november 2018

Sags ID: SAG-2018-06162
Dok. ID: 2658718

E-mail: MAP@kl.dk
Direkte: 3370 3730

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 2 af 5

et tilbud, hvor vurderingen af pris og kvalitet i princippet vil kunne adskilles, men det ændrer ikke på, at pris og kvalitet vil skulle ses i sammenhæng i den forudgående dialogproces. Både tilbudsgivere og ordregivere efterlyser mere dialog i udbudsprocesserne, og KL ser gerne, at dialogbaserede udbudsformer udbredes yderligere, hvor det giver mening for parterne.

Meget detaljerede krav er redskaber til at sikre kontrol. Imidlertid indebærer en øget detaljering af kravene også, at risikoen for at begå fodfejl stiger. KL vurderer derfor, at den foreslåede ændring vil øge antallet af udbud, der vil skulle annulleres og genudbydes. Det vil være til gene for såvel ordregivere som tilbudsgivere, da det vil øge begge parter transaktionsomkostninger. Det er således i direkte modstrid med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens aktuelle kampagne for reduktion af transaktionsomkostninger forbundet med udbud. Dertil kommer, at annullationer vil forsinke hele bygge- og anlægsprojektet betydeligt til gene for alle parter, herunder også borgerne, der i sidste ende er brugerne.

Det anføres i lovforslagets bemærkninger, at lovforslaget ikke stiller krav til anvendelse af digitale løsninger, hvorfor man i bemærkningerne ikke forholder sig til, hvorvidt lovforslaget sikrer brugervenlig digitalisering. KL er enig i, at lovforslaget i sig selv ikke stiller krav til anvendelse af digitale løsninger. Imidlertid er anvendelsen af digitale løsninger de primære eksempler, der gives, i forhold til hvordan ordregiver kan sikre adskillelsen af pris- og kvalitetsvurdering i praksis. På den baggrund finder KL det kritisabelt, at man ikke mere eksplicit forholder sig til de afledte udfordringer dette forslag vil give i forhold til digitalisering.

Hvis man vil undgå alt for tunge og usikre administrative processer, så vil der, jf. lovforslagets egne eksempler, være behov for at adskillelsen af pris- og kvalitetsvurderingen understøttes digitalt. Det vil forudsætte ændringer af de nuværende udbudssystemer, som i sig selv vil aflede omkostninger for ordregiver. Dertil skal det anføres, at det kan være en meget omkostningstung løsning set i lyset af, at forslaget kun forventes at være relevant for ca. 4-5 udbud årligt (vurderet på baggrund af tal oplyst af Erhvervsministeriet) grundet den høje beløbsgrænse. Der er således stor risiko for, at målet på ingen måde står mål med midlerne for at nå dertil. Dette er særligt kritisk, når behovet for den nye regel ikke er dokumenteret, herunder at der ikke findes klagesager herom.

Offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen

Med lovforslagets forslag til ændring af § 160 indføres et krav om i udbudsmaterialet at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. KL opfatter dette forslag som en direkte reaktion på Klagenævnet for Udbuds underkendelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hidtidige tolkning i kendelsen af 8. august 2017 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsanlæg mod Region Midtjylland.

Det skal indledningsvist bemærkes, at der allerede i dag er krav til beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, som sikrer

Dato: 5. november 2018

Sags ID: SAG-2018-06162
Dok. ID: 2658718

E-mail: MAP@kl.dk
Direkte: 3370 3730

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 3 af 5

tilbudsgiver et reelt indblik i, hvordan tilbuddene evalueres. Ovennævnte sag handlede udelukkende om, hvorvidt man kunne undlade at beskrive forhold, som man ville fastlægge under hensyntagen til den prismæssige spredning i de indkomne tilbud, men efter en på forhånd nøje beskrevet fremgangsmåde, dvs. det var alene den specifikke matematiske model, der ikke var kendt, men alt andet var kendt. I forlængelse heraf skal det understreges, at det nugældende krav til offentliggørelse af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet allerede går længere end EU-direktivet kræver.

KL støtter naturligvis, at der skal være gennemsigtighed i valget af tilbud. Man skal imidlertid være opmærksom på, at nogle dele bedst fastlægges efter kendskab til det, der skal evalueres, som ovennævnte sag er et godt eksempel på. Dette er dog ikke det samme som at der ikke skal være gennemsigtighed i disse dele af evalueringen også. Gennemsigtigheden kan dog sikres ved efterfølgende offentliggørelse, som Region Midtjylland i øvrigt også gjorde i ovenstående sag. Målet må derfor være, at der sikres den nødvendige gennemsigtighed, som er mulig at beskrive på forhånd, herunder også hvordan parametre, der afhænger af de indkomne tilbud, vil blive endeligt fastlagt, og at de resterende dele offentliggøres efterfølgende, når det er muligt. Det handler således også om overvejelser om, hvad der er muligt og hensigtsmæssigt på hvilke tidspunkter.

Af lovforslagets bemærkninger fremgår det, at formålet med den foreslåede ændring er, "*at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgivers mulighed for at optimere tilbud*". Det er således et entydigt hensyn til tilbudsgiver. Imidlertid er det tvivlsomt, om den nye skærpelse af kravet til gennemsigtighed i beskrivelsen af evalueringsmodeller reelt vil gøre de enkelte tilbudsgivere i stand til at optimere deres tilbud, hvis de ikke i strid med gældende regler samtidig har kendskab til de øvrige tilbud, der afgives. Således er der en fare for, at det eneste reelle udkomme af det skærpede krav er en besværliggørelse af processen for ordregiver, uden at der er en reel gevinst herved for tilbudsgiver.

Det er netop denne tvivl om, hvorvidt tilbudsgiver reelt kan bruge de yderligere oplysninger konstruktivt, som Klagenævnet for Udbud baserer sin kendelse på. Således fremgår følgende begrundelse af ovennævnte kendelse: "*Det er imidlertid ikke oplagt, hvorledes en oplyst hældningsgrad (eventuelt oplyst som en sekundær eller tertiær hældningsgrad) i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen har oplyst og hvor prisen vægtede 35 %. Ved økonomiske underkriterier må udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud*".

Ligesom for kravet om adskillelse af vurderingen af pris og kvalitet vurderer KL, at der er tale om en yderligere bureaukratisering af udbudsprocesserne. Bureaukratiseringen øger kravene til detaljeringsgraden og øger derved også risikoen for fodfejl, der vil

Dato: 5. november 2018

Sags ID: SAG-2018-06162
Dok. ID: 2658718

E-mail: MAP@kl.dk
Direkte: 3370 3730

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 4 af 5



medføre krav om annullation og genudbud. Det vil øge transaktionsomkostningerne betragteligt, uden at det nødvendigvis opvejes af reelle gevinster for tilbudsgiver. Dette er særligt kritisk, når klagemyndigheden, der skal være garant for retssikkerheden på dette område, vurderer at der er tale om krav, som kan være umulige at gennemføre, og som ikke vurderes at være hensigtsmæssige, jf. ovenstående citat.

For kommunerne som ordregivere er det afgørende, at de kan sikre sig, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vinder. Hvis det ikke bliver muligt at tilpasse evalueringen af de indkomne tilbud til spredningen heri, så risikerer man i stedet, at tilbud, der ikke er det økonomisk mest fordelagtige vinder, fordi man på forhånd har skulle fastlægge evalueringsmodellen uden kendskab til forhold, der er afgørende for at få den rigtige evaluering. Uanset hvor godt et markedskendskab ordregiveren har vil det ikke altid være muligt for denne at forudse spredningen i tilbuddene. Man bør understøtte muligheden for at sikre evalueringsmodeller, der ikke indebærer risici for, at det ikke er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der vinder. Derfor bør den fleksibilitet, som ovennævnte kendelse sikrer, fastholdes og lovfæstes.

I lovbemærkningerne til den nugældende § 160, stk. 1 er der givet mulighed for mindre, ikke-væsentlige ændringer i evalueringsmodellen ved forglemmelser eller lignende. Det er afgørende, at det nye krav ikke fjerner disse muligheder. Fjernes disse muligheder vil det føre til yderligere transaktionsomkostninger i form af nødvendige annullationer og genudbud. Lovforslaget bør under alle omstændigheder forholde sig eksplicit til dette forhold.

Med venlig hilsen

Claus Ørum Mogensen

Dato: 5. november 2018

Sags ID: SAG-2018-06162
Dok. ID: 2658718

E-mail: MAP@kl.dk
Direkte: 3370 3730

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 5 af 5