

4. november 2004

Forslag
til
Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Kapitel 1

Anvendelsesområde

§ 1. Loven gælder for kontrakter om udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder.

Stk. 2. "Bygge- og anlægsarbejder" forstås i overensstemmelse med definitionen heraf i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet).

Stk. 3. Loven gælder for følgende udbydere:

- 1) statslige, regionale og kommunale myndigheder og offentligretlige organer omfattet af udbudsdirektivet,
- 2) andre bygherrer, når de udbyder opgaver, der modtager offentlig støtte, herunder garantier, og
- 3) hovedentreprenører, når de indhenter tilbud hos underentreprenører til brug for udførelse af en bygge- og anlægsopgave omfattet af loven for en bygherre omfattet af nr. 1) eller 2).

Stk. 4. Bortset fra § 2, stk. 4, og § 7 gælder loven dog ikke udbud, der skal følge reglerne i

- 1) udbudsdirektivet, herunder reglen for delarbejder, som i sammenhæng med sådanne udbud tildeles efter direktivets artikel 9, stk. 5 a, sidste sætning,
- 2) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, eller
- 3) lov nr. 378 af 14. juni 1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder med senere ændringer og regler udfærdiget med hjemmel heri.

Stk. 5. Lovens regler om fremgangsmåden ved indhentning af tilbud og ved tildeling af ordren finder endvidere anvendelse, når en udbyder, der ikke er omfattet af stk. 3, klart tilkendegiver, at loven eller nærmere angivne regler heri vil blive anvendt som grundlag for tildeling af en ordre om et bygge- og anlægsarbejde.

Kapitel 2

Konkurrence og ligebehandling

§ 2. Ved bygge- og anlægsopgaver omfattet af denne lov indhentes tilbud ved offentlig eller begrænset licitation eller ved underhåndsbud.

Stk. 2. Udbyderen skal udnytte de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence.

Stk. 3. I udbudsbetingelserne skal angives fristen for modtagelse af tilbud. Fristen skal være lang nok til at give tilbudsgivere rimelig tid til at afgive tilbud.

Stk. 4. Der gælder en vedståelsesfrist på 40 arbejdsdage, medmindre andet er angivet i udbudsmaterialet.

Stk. 5. Ved licitationer omfattet af § 11 gælder, at uanset vedståelsesfristen efter stk. 4 frigøres en tilbudsgiver, der ikke indbydes til forhandlinger eller fravælges i løbet af forhandlingerne, fra sit tilbud, så snart vedkommende beslutning er meddelt tilbudsgiveren.

§ 3. Det påhviler udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudet og tildelingen af ordren at sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Stk. 2. Udbyderen kan forkaste et tilbud, såfremt det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid. Udbyderens begrundelse for at forkaste tilbudet skal efter anmodning meddeles skriftligt.

Kapitel 3

Licitation og rammeaftaler

§ 4. Ved licitation forstås i denne lov, at en opgave udbydes, således at flere opfordres til inden samme bestemte tidspunkt og på samme udbudsgrundlag eller ud fra fælles mindstekrav at give bindende tilbud eller at give tilbud om at indgå i et forpligtende samarbejde om en bygge- og anlægsopgave. Ved opfordringen tilkendes gives, at der er tale om en licitation.

Stk. 2. Ved offentlig licitation rettes opfordring til at byde til en ubestemt kreds ved annonce i pressen eller i elektroniske medier.

Stk. 3. Ved begrænset licitation rettes opfordringen til at byde direkte og alene til dem, fra hvem tilbud ønskes.

Stk. 4. Ved rammeaftaler forstås aftaler, der er indgået i overensstemmelse med denne lovs regler, om betingelserne, f.eks. med hensyn til kvalitet, pris og mængde/omfang, for en mulig udførelse af bygge- og anlægsarbejder af samme karakter i løbet af en given periode.

§ 5. Tilbud ved en licitation skal være skriftlige. Tilbud kan dog afgives elektronisk, medmindre udbyderen på forhånd har udelukket dette. Udbyderen kan bestemme, at tilbud skal afgives i elektronisk form.

Stk. 2. Ved en offentlig licitation skal eventuelle mindstekrav vedrørende tekniske og

økonomiske kvalifikationer, som tilbudsgiver skal dokumentere at råde over for at kunne få sit bud taget i betragtning, være angivet i annoncen. I annoncen angives tillige, om opgaven vil blive tildelt efter kriteriet laveste pris eller efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud.

Stk. 3. Ved begrænset licitation kan udbyderen gennemføre en prækvalifikationsrunde ved at indkalde mulige tilbudsgivere ved offentliggørelse af en udbudsannonce i pressen eller i elektroniske medier. I udbudsannoncen skal angives

- 1) en frist på mindst 15 arbejdsdage til at anmelde interesse i at deltage,
- 2) de egenskaber vedrørende økonomisk og teknisk formåen, som skal dokumenteres for at kunne blive prækvalificeret,
- 3) om opgaven vil blive tildelt efter kriteriet laveste pris eller efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud,
- 4) hvor mange bydende der maksimalt vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Stk. 4. Ved indbydelse til en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation skal udbyder oplyse, hvor mange bydende der maksimalt vil blive opfordret til at afgive tilbud. Mindst 1 af de indbudte skal være fra områder uden for lokalområdet, medmindre kun bestemte virksomheder har praktisk mulighed for at udføre arbejdet. Udbyder kan ikke ved hvert udbud indbyde den samme kreds af virksomheder. Det skal af indbydelsen fremgå, om opgaven vil blive tildelt efter kriteriet laveste pris eller efter kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte regler, der begrænser adgangen til at anvende begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation.

§ 6. En rammeaftale har kun virkning i forholdet mellem de direkte parter i aftalen. En rammeaftale kan kun indgås mellem én udbyder og én virksomhed, medmindre rammeaftalen, uanset dennes anslåede maksimumsværdi, indgås i overensstemmelse med udbudsdirektivets procedurer for indgåelse af rammeaftaler og kontrakter baseret herpå. Udbyder kan anmode virksomheden om at supplere sit tilbud til brug for kontrakten. Dette må dog ikke medføre væsentlige ændringer i aftalevilkårene.

§ 7. Ved en licitation åbnes tilbudene på licitationsstedet på et forud fastsat tidspunkt. De bydende er berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbudene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.

§ 8. Medmindre udbyderen annullerer licitationen, skal ordren tildeles efter følgende kriterier

- 1) den laveste pris, eller
- 2) det økonomisk mest fordelagtige bud under hensyntagen til forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi, påvirkning af miljøet, arkitektur og funktion.

Stk. 2. Det skal i udbudsbetingelserne anføres, hvilket tildelingskriterium der skal anvendes. Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud anføres så vidt muligt, hvordan udbyderen relativt vil vægte de kriterier, der er valgt. Denne vægtning kan angives ved fastsættelse af en ramme med et passende maksimalt udsving. Hvis der ikke kan foretages en vægtning, angiver

udbyder kriteriernes prioriterede rækkefølge med det vigtigste først.

§ 9. Udbyderen kan tage hensyn til alternative bud fra bydende, såfremt disse alternative bud opfylder de mindstekrav, som fremgår af udbudsbetingelserne.

Stk. 2. Udbyderen kan i udbudsbetingelserne anføre, at alternative bud ikke kan modtages.

§ 10. Når kriteriet for tildeling af ordren er laveste pris, kan udbyderen kun forhandle med lavestbydende.

§ 11. Når kriteriet for tildeling af ordren er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan udbyderen forhandle med 3 tilbudsgivere eller færre, som ved licitationen har afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud, bedømt ud fra de vægtede eller prioriterede underkriterier, medmindre der i udbudsbetingelserne er givet afkald herpå.

Stk. 2. Når udbyderen vælger at forhandle, skal det senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for de berørte tilbudsgivere tilkendegives, hvilken procedure der vil blive fulgt, og hvor mange tilbudsgivere, udbyder vil forbeholde sig ret til at forhandle med, hvis dette ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Stk. 3. Under forhandlingerne skal udbyder sikre, at alle tilbudsgivere behandles ens. Navnlig må udbyder ikke udøve forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre. Udbyder må under forhandlingerne alene give oplysninger til en tilbudsgiver om andre tilbudsgivers løsninger eller priser, i det omfang sådanne oplysninger allerede er gjort offentligt tilgængelige i henhold til § 7.

Stk. 4. Forhandlingerne må ikke føre til, at opgavens karakter ændres væsentligt, eller til, at tildelingskriterierne ændres.

Kapitel 4 *Underhåndsbud*

§ 12. Tilbud, der ikke indhentes ved en licitation eller på grundlag af en rammeaftale, er underhåndsbud.

Stk. 2. Udbyder kan på samme arbejde indhente 3 underhåndsbud. Dog kan der indhentes et 4. underhåndsbud, hvis udbyderen i opfordringerne til at afgive bud har forbeholdt sig denne mulighed, og det 4. tilbud indhentes fra en tilbudsgiver uden for det lokale område. Udbyder kan ikke ved hvert udbud indbyde den samme kreds af virksomheder.

Stk. 3. Udbydere omfattet af § 1, stk. 3, nr. 1 og 2, kan ikke indhente underhåndsbud på bygge- og anlægsarbejder med en samlet anslået værdi af arbejdet eksklusiv moms på mere end 3 millioner kr., medmindre

- 1) der er tale om delarbejder, hvis anslåede værdi eksklusiv moms er 500.000 kr. eller derunder, og den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20 pct. af de samlede arbejders værdi,
- 2) bygge- og anlægsarbejdets omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag, såsom visse forsøgs-, forsknings- og udviklingsarbejder eller restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder, eller arbejdet af tvingende sikkerhedsmæssige grunde ikke kan udsættes,
- 3) der ikke ved licitation er indkommet et egnet eller forskriftsmæssigt bud, eller der ikke er modtaget nogen ansøgninger, forudsat de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt,
- 4) kun en bestemt virksomhed kan udføre arbejdet, eller
- 5) bygge- og anlægsarbejdet supplerer et arbejde, der har været udbudt i licitation, og arbejdet på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for fuldførelse af det udbudte arbejde, og ordren tildeles den virksomhed, der udfører det oprindelige arbejde, medmindre udbyderen kan påvise særlige forhold, der begrundes, at udbyderen kan lade andre udføre arbejdet.

Stk. 4. Udbyder skal ved indhentning af underhåndsbud give meddelelse om, hvorvidt tildeling af ordren vil ske på grundlag af kriteriet laveste pris eller kriteriet økonomisk mest fordelagtig tilbud.

Stk.5. Økonomi- og erhvervsministeren kan undtage bestemte kategorier af udbydere fra reglerne i stk. 2 og 3.

Kapitel 5.

Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere

§ 13. Ved begrænset licitation med prækvalifikation underretter udbyder hurtigst muligt ansøgere om, hvorvidt de er blevet prækvalificerede. Efter anmodning meddeler udbyder endvidere hurtigst muligt en forbigået ansøger om, hvorfor ansøgningen er blevet forkastet.

Stk. 2. Udbyderen underretter hurtigst muligt alle tilbudsgivere, der har afgivet et licitationsbud eller et underhåndsbud, om hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til ordretildelingen, herunder bl.a. begrundelsen for en eventuel annullering af licitationen.

Stk. 3. Når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige, gælder endvidere følgende:

- 1) Senest samtidig med, at der indledes forhandlinger efter § 11, underretter udbyderen berørte tilbudsgivere om en beslutning om ikke at indbyde dem til forhandlinger efter § 11 og en begrundelse herfor.
- 2) Efter afslutningen på forhandlingerne underretter udbyderen hurtigst muligt tilbudsgivere, som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.
- 3) Hvis der ikke indledes forhandlinger efter § 11, eller hvis tilbudene er indhentet som underhåndsbud, underretter udbyderen efter anmodning tilbudsgivere, som har overholdt udbudsbetingelserne, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Kapitel 6

Klage over licitation m. v.

§ 14. Enhver, der har en retlig interesse heri eller i øvrigt er tillagt klageadgang efter lov om Klagenævnet for Udbud, kan indbringe spørgsmål om overtrædelse af bestemmelser i nærværende lov og regler udstedt i medfør heraf for Klagenævnet for Udbud.

Kapitel 7

Ikrafttrædelse m.v.

§ 15. Loven træder i kraft [2 måneder efter vedtagelsen] og har virkning for opgaver, der udbydes efter dette tidspunkt.

Stk. 2. Samtidig ophæves lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, bortset fra § 15.

§ 16. Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland.

Bemærkninger til lovforslaget

Almindelige bemærkninger

1. Indledning

Tilbudsloven erstattede licitationsloven i september 2001 og omfatter i dag offentligt samt offentligt støttet byggeri. Det offentlige/offentligt støttede byggeri udgør iflg. Erhvervs- og Byggestyrelsens skøn 20-25 % af det samlede byggeri i Danmark.

Effektiv konkurrence er en nødvendig forudsætning for et bedre/billigere byggeri. Tilbudsloven har til formål at bidrage til et effektivt offentligt byggeri ved at fremme konkurrencen om offentlige eller offentligt støttede bygge- og anlægskontrakter, der ikke er omfattet af EU-udbudsdirektiverne, og at åbne markedet for nye virksomheder, herunder at sikre fairness og ligebehandling. Samtidig skal gennemsigtige rammer for processen bidrage til, at man undgår ressourcospild hos især tilbudsgiverne.

For at undgå et unødigt træk på tilbudsgivernes ressourcer blev det i forbindelse med Konkurrenceevnepakken i 2002 fastsat i tilbudsbekendtgørelsen, bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2003, at der højst kan indhentes 4 underhåndsbud. Dette loft gælder også for private hovedentreprenører ved offentligt og offentligt støttet byggeri. Samtidig blev hovedentreprenørers tilbudsindhentning dog i vid udstrækning dereguleret. I dag er hovedentreprenører ved offentligt byggeri således ikke underlagt beløbsgrænsen for indhentning af underhåndsbud.

GfK-undersøgelsen

Ministeren igangsatte september 2003 en undersøgelse af, hvordan tilbudsloven har virket i forbindelse med offentligt og offentligt støttet byggeri og hvordan dereguleringen (ophævelsen af licitationsloven) har påvirket privat byggeri.

Undersøgelsen blev foretaget af analyseinstituttet GfK og findes på Konkurrencestyrelsens hjemmeside www.ks.dk/publikationer.

Offentligt og offentligt støttet byggeri

Samlet tyder GfK-undersøgelsen på, at de nye regler for forhandling og for underhåndsbud i forbindelse med offentligt og offentligt støttet byggeri har skærpet konkurrencen. Den øgede konkurrence om opgaverne medfører imidlertid, at tilbudsgiverne bruger flere ressourcer på at afgive tilbud end under licitationsloven. Dette gælder både i forbindelse med licitationer, hvor der forhandles, og underhåndsbud. Den fravigelige vedståelsesfrist i loven har dog ikke virket normativ. Lavere vedståelsesfrister bruges også af den offentlige sektor. I den offentlige sektor bruger dog forholdsmæssigt flere udbydere en længere vedståelsesfrist end 40 dage end i den private sektor.

Samtidig synes det også at være et problem, at forbigåede tilbudsgivere ikke får tilstrækkelig begrundelse for udbyderens valg. Behovet for en fyldestgørende begrundelse er blevet større, fordi der i den offentlige sektor i stigende omfang bruges kvalitetskonkurrencer, hvor der kan forhandles om de indkomne tilbud. Ved priskonkurrencer er det lettere for tilbudsgivere at kontrollere, at opgaven går til den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste bud: Prisen, der er det eneste konkurrenceparameter, bliver læst op, og der kan kun forhandles med den lavestbydende.

Hertil kommer risikoen for yderligere at svække gennemsigtigheden i forbindelse med kvalitetskonkurrencer, hvis udbyderen ikke klart på forhånd i udbudsmaterialet melder ud, hvorledes underkriterierne vil blive anvendt.

Privat erhvervsbyggeri

Det fremgår af GfK-undersøgelsen, at dereguleringen af privat byggeri ikke har ført til et unødigt træk på tilbudsgivernes ressourcer. Der indhentes således færre underhåndsbud i den private sektor end i den offentlige sektor. Det kan hænge sammen med, at en professionel bygherre ikke kan være interesseret i at indhente flere tilbud end nødvendigt for at teste markedet. I modsat fald kan det blive vanskeligt at tiltrække de gode tilbud ved efterfølgende udbud.

At private bygherrer indhenter underhåndsbud på opgaver, som offentlige og offentligt støttede bygherrer skal sende i licitation, medfører ikke i sig selv et øget ressourcetræk på tilbudsgiverne. Private bygherrer bærer selv den økonomiske risiko ved en svag konkurrence og har derfor det fornødne incitament til at vurdere, hvornår der er behov for at organisere konkurrence i form af licitationer frem for blot at indhente underhåndsbud.

Det fremgår endvidere af undersøgelsen, at priskonkurrencer anvendes langt hyppigere i den private sektor end i den offentlige sektor. Også i den private sektor forhandles der mere end under licitationsloven (hvor der kun kunne forhandles med den laveste pris).

2. Lovforslagets indhold

Nærværende lovforslag opretholder grundlæggende balancen mellem udbydersiden og tilbudsgiversiden og bevarer en effektiv konkurrence.

Formålet med forslaget er først og fremmest at mindske ressourceforbruget og lette de administrative byrder i forbindelse med indhentning af tilbud, især på tilbudsgiversiden men også på udbydersiden, at øge gennemsigtigheden omkring tildelingen af ordren og forenkle regelsættet.

2.1. Lovens anvendelsesområde

Loven gælder for offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægskontrakter.

Privat byggeri foreslås ikke inddraget under tilbudsloven. Private virksomheder er generelt ikke omfattet af udbudsreglerne, hverken i andre brancher eller i andre lande. Og GfK-undersøgelsen viser som nævnt, at der ikke er problemer i det private byggeri, som

samfundsøkonomisk kan begrunde regulering. I øvrigt anvender mange private bygherrer ifølge GfK-undersøgelsen efter eget valg tilbudsloven. Det er regeringens formodning, at den private sektor også fremover vil lade sig inspirere af tilbudslovens regler, når de indgår bygge- og anlægskontrakter, og regeringen vil gerne tilskynde til, at det sker, ved at udarbejde en vejledning om private bygherrens muligheder for at anvende tilbudslovens regelsæt.

Hvis aktørerne respekterer de konkurrenceretlige principper, vil markedet effektivisere byggeriet. I den forbindelse bemærkes, at en regulering af tilbudsindhentning som i tilbudsloven alene forpligter bygherrerne/ordregiverne. Tilbudsgiverne er ikke pligtsubjekter i loven.

2.2. Forhandlingsadgangen ved kvalitetskonkurrencer

Ressourceforbruget i forbindelse med tilbudsindhentning vil blive nedsat ved at sætte et loft på, hvor mange der kan forhandles med i forbindelse med en licitation, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Det foreslås således, at der kun kan forhandles med 3 tilbudsgivere eller derunder, og at de ikke-inviterede tilbudsgivere frigøres fra deres tilbud, så snart forhandlingspartnerne er valgt, uanset hvilken vedståelsesfrist der i øvrigt måtte gælde for udbudet. Et loft vil styrke konkurrencen i forbindelse med selve licitationen, fordi tilbudsgiverne kun vil blive inviteret til forhandlinger, hvis deres bud er mellem de 3 bedste – i dag får alle forskriftsmæssige tilbudsgivere mulighed for at revidere deres tilbud, hvis der indledes forhandlinger. Et antal på 3 forhandlingspartnere vil endvidere være tilstrækkeligt til at sikre effektiv konkurrence. Den skærpede konkurrence på licitationstidspunktet vil opveje den teoretiske konkurrencebegrænsning, som følger af, at bygherren fremover "kun" har de 3 (bedste) bud at forhandle med. Herudover vil det reducere ressourceforbruget, at de tilbudsgivere, der ikke inviteres til forhandlinger, automatisk frigøres fra deres tilbud og altså ikke skal holde ressourcer i beredskab, indtil ordren er endeligt tildelt.

Også udbyderne kan spare ressourcer, fordi de fremover ikke skal forhandle med alle forskriftsmæssige tilbudsgivere, således som de skal i dag.

2.3. Reglerne for underhåndsbud

Reglerne for indhentning af underhåndsbud vil også blive ændret. Hvis udbydere ønsker at indhente et 4. underhåndsbud, skal dette komme fra en tilbudsgiver, der ikke kommer fra lokalområdet. Dette indebærer dels en mere effektiv konkurrence, dels at det 4. underhåndsbud typisk kun indhentes, hvis udbyder anser det for nødvendigt af hensyn til konkurrencen om den konkrete opgave.

Hvis udbyderen vil forbeholde sig retten til at indhente et 4. bud, skal dette oplyses på forhånd.

Der sker endvidere den ændring, at tærsklen for indhentning af underhåndsbud hæves fra de nugældende 2 mio. kr. til 3 mio. kr. Dette kan spare ressourcer på begge sider. Udbydere skal ikke udarbejde et detaljeret udbudsgrundlag. Også på tilbudsgiversiden kan det spare ressourcer, fordi der ikke vil blive indhentet mere end højst 4 underhåndsbud, jf. forrige afsnit, medens udgangspunktet i forbindelse med en begrænset licitation er, at der indbydes mindst 5 tilbudsgivere.

Den nye tærskel skal ses på baggrund af, at reglen vil gælde i forhold til en meget uhomogen gruppe af udbydere, med meget forskellige erfaringer i at teste opgaver på et marked, og at det kan give nogle af disse grupper størst sikkerhed for, at konkurrencen er effektiv, at udbudet afholdes i form af en licitation i overensstemmelse med et klart defineret udbudsgrundlag.

Beløbsgrænsen vil heller ikke fremover gælde i forhold til private hovedentreprenører ved offentligt og offentligt støttet byggeri, selvom denne gruppe i øvrigt er omfattet af loven, jf. forslaget til § 1, stk. 3, nr. 3. Denne gruppe udbydere vil imidlertid være underkastet loftet på antallet af underhåndsbud, der kan indhentes, således som de også er underkastet det i dag gældende loft.

2.4. Mere gennemsigtighed

2.4.1. Direkte indbudt licitation

I forbindelse med direkte indbudt licitation vil der blive indført en regel om, at udbyder i opfordringen til at byde skal oplyse, hvor mange tilbudsgivere, der maksimalt vil blive opfordret til at byde. En sådan regel gælder i dag alene i forhold til begrænset licitation med prækvalifikation.

2.4.2 Vægtning af underkriterier

Efter de gældende regler skal udbyder ved tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud" så vidt muligt angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge. Dette svarer til den hidtidige regel i udbudsdirektiverne.

Det foreslås, at tilbudslovens regel ændres, således at udbyder så vidt muligt skal angive underkriterierne med deres indbyrdes vægt, eventuelt med et passende udsving for det enkelte underkriterium. Såfremt det ikke er muligt at vægte underkriterierne på denne måde, skal udbyder i hvert fald angive underkriterierne i prioriteret orden. Den øgede gennemsigtighed ved den nye regel vil sikre en bedre efterfølgende kontrol af, at valget mellem tilbudene er sket på en fair og objektiv måde. Derudover bliver det lettere for en potentiel tilbudsgiver at vurdere, om bygherren efterspørger tilbudsgiverens særlige kompetencer, og om der derfor overhovedet skal afgives bud.

Forslaget er i overensstemmelse med de nye udbudsdirektiver, der sættes i kraft i Danmark den 1. januar 2005.

For udbydere burde en sådan regel ikke indebære nogen større omkostninger i forhold til i dag. Allerede i dag er der en i praksis undtagelsesfri pligt til at prioritere underkriterierne i udbudsmaterialet og til at foretage en objektiv sammenligning af tilbudene. Så vidt man kan se af sager, der har været i Klagenævnet for Udbud, vægter mange udbydere allerede i dag underkriterierne i forbindelse med sammenligningen af tilbudene. Den foreslåede regel indebærer derfor primært, at selve vægtningen skal ske før modtagelsen af tilbudene, hvilket i mange situationer kan skærpe udbyderens opmærksomhed omkring, hvilken opgave der egentlig efterspørgeres, og således sikre den bedste konkurrence og de bedste bud.

2.4.3. Bedre begrundelse, når der forhandles

Endelig foreslås gennemsigtigheden styrket ved en opstramning af reglerne for begrundelse. Det fremgår af GfK-undersøgelsen, at der fra tilbudsgiversiden er en udbredt kritik af de begrundelser, som udbydere giver forbigåede tilbudsgivere.

Som nævnt indledningsvis skyldes den manglende gennemsigtighed i udbudsprocessen til dels, at efter licitationslovens ophævelse afholdes op mod halvdelen af alle licitationer ved offentligt og offentligt støttet byggeri som kvalitetskonkurrencer, hvor resultatet ikke allerede fremgår ved åbningen af budene, og hvor der i øvrigt kan forhandles om licitationsresultatet. Efter de gældende regler skal udbyder kun begrunde sit valg, hvis der kommer en konkret anmodning herom fra en tilbudsgiver. Mange tilbudsgivere afholder sig imidlertid fra at anmode om en begrundelse, fordi de frygter at blive betragtet som vanskelige og holdt ude fra kommende licitationer.

Det foreslås derfor, at når der gennemføres forhandlinger i forbindelse med licitationer med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, får udbyder en automatisk pligt til at give ikke-inviterede tilbudsgivere en begrundelse for, hvorfor de ikke er inviterede, og til at give tilbudsgivere, der har været forhandlet med, oplysninger om det vindende tilbuds egenskaber og relative fordele.

I andre tilfælde opretholdes de gældende regler om begrundelse efter anmodning, herunder reglen i tilbudsbekendtgørelsen om underretning, hhv. begrundelse i forbindelse med underhåndsbud.

3. Regelforenklinger

Forslaget indebærer endvidere en række regelforenklinger:

3.1. Klarere beskrivelse af anvendelsesområde

Lovens anvendelsesområde angives mere præcist end i gældende lov, men den ændrede formulering indebærer ingen realitetsændringer.

3.2. Sammenskrivning af tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen

I dag findes nogle af de operative bestemmelser for indhentning af tilbud og tildeling af ordren i loven, medens andre bestemmelser findes i tilbudsbekendtgørelsen, hvorfor udbydere og tilbudsgivere vil være nødsaget til at orientere sig i begge regelsæt for at få det fulde overblik over deres forpligtelser og rettigheder. De to regelsæt overlapper endvidere hinanden i et vist omfang. For at skabe en klarere indbyrdes sammenhæng i regelsættet og gøre det mere overskueligt foreslås det derfor at indarbejde tilbudsbekendtgørelsens regler om bl. a. rammeaftaler, offentlig og begrænset licitation og om underhåndsbud i selve loven. Lovforslaget indeholder dog bemyndigelse for ministeren til i et vist omfang at fastsætte særlige regler.

Rådgiverhabilitet

En række af bestemmelserne i tilbudsbekendtgørelsen vil dog ikke blive indarbejdet i loven. Det drejer sig bl. a. om reglen om rådgiverhabilitet, som i tilbudsbekendtgørelsen har fået en særlig udformning, som har skabt tvivl om, hvorvidt reglen afviger fra lovens generelle regler om ligebehandling mv. Den gældende bestemmelse i loven tydeliggøres endvidere ved en sammenskrivning af to bestemmelser, således at det bliver klart, at ligebehandlingsprincippet ikke kun gælder i forhold til aktuelle tilbudsgivere, men også i processen med at udvælge tilbudsgiverne.

Indbyrdes forbundne selskaber

Heller ikke tilbudsbekendtgørelsens regler om bud fra indbyrdes forbundne selskaber videreføres selvstændigt i loven, idet disse regler skønnes at være dækkede af lovens generelle krav om, at udbyderen skal udnytte de muligheder der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence.

Bud på eget arbejde

Forbudet mod, at offentligretlige organer kan give bud på eget arbejde, overføres ikke til loven. For nogle offentligretlige organer gælder der begrænsninger for, hvad de selv kan producere. Dette er fx tilfældet med almene boligselskaber. I det omfang der ikke gælder sådanne begrænsninger for in house produktion vil et forbud mod at afgive et eget bud/kontrolbud kunne hæmme

konkurrenceudsætningen. Det kan være vanskeligere at motivere en udbyder til at teste en opgave på markedet, hvis et udbud af udbyderen opleves som ensbetydende med, at opgaven overgår til en ekstern leverandør uanset kvaliteten af de eksterne bud.

Offentlig licitation

I forbindelse med sammenskrivningen foreslås endvidere en række præciseringer af proceduren for offentlig licitation, herunder et krav om, at eventuelle ønsker om dokumentation for tilbudsgiveres økonomiske og tekniske egenskaber skal fremgå af annoncen.

Underhåndsbud over den økonomiske tærskel

Reglerne for indhentning af underhåndsbud over den økonomiske tærskel, der nu foreslås hævet til 3 mio. kr., revideres.

Den nye formulering omfatter de fleste af de i tilbuds bekendtgørelsens § 13, stk. 4, omhandlede situationer.

Der skønnes dog ikke at være behov for at medtage en udtrykkelig bestemmelse om gentagelsesarbejder, da muligheden for gentagelsesarbejder, der allerede er indeholdt i det oprindelige udbudsmateriale, og derfor ikke vil kræve et nyt udbud.

Heller ikke reglen om arbejder på en tilstødende byggeplads medtages. Bestemmelsen indeholder et vanskeligt dokumenterbart krav om, at fortsættelsesarbejdet skal indebære besparelser i forhold til nyetablering af byggepladsen. Det kan billiggøre byggeriet, at entreprenøren allerede er på plads ved fortsættelsen af byggeriet. Ønsker en udbyder at opnå således begrundede stordriftsfordele i forbindelse med et byggeri, der er opdelt i flere ensartede faser, vil det imidlertid være muligt at udforme udbudsbetingelserne således, at faserne efter startfasen indgår i konkurrencegrundlaget som optioner, som tilbudsgivere kan eller skal afgive bud på.

Endelig udelades § 13, stk. 4, nr. 8 om særlige planlægningsopgaver mv. for entreprenøren ved visse typer støttet byggeri. Anvendelsesområdet er til en vis grad sammenfaldende med undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 34 om en særlig procedure for at udpege en entreprenør ud fra dennes egnethed til at indgå i en planlægningsgruppe mv. Disse hensyn kan imidlertid i tilbudsloven varetages efter reglerne for partnering.

Andre overvejelser

Der vil være behov for at supplere lovforslaget med en vejledning. F. eks. vil der være behov for at vejlede om anvendelsen af tildelingskriterierne i den nu foreslåede udformning, herunder om mulighederne for at indrette et pointsystem til brug ved sammenligningen af tilbudene, som reflekterer udbyderens ønsker og formindsker risikoen for, at et tilbud får de fleste point, selv om udbyderen grundlæggende ikke er tilfreds med indholdet. Tildelingskriterierne må dog ikke være således udformet og vægtet, at de giver udbyderen et frit valg eller mulighed for at inddrage uvedkommende hensyn ved sammenligningen af tilbudene.

Lovforslaget indeholder ikke særlige regler om tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne. Spørgsmålet reguleres dels af ligebehandlingsprincippet, jf. den foreslåede § 3, stk. 1, dels af reglerne for alternative bud, der ikke foreslås ændret, jf. forslaget § 9.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at en udbyder ikke er berettiget til at antage et tilbud, der afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, herunder fra de i udbudsbetingelserne opstillede mindstekrav, som alternative bud skal opfylde.

I praksis er der imidlertid ofte tvivl om, hvorvidt en afvigelse er så væsentlig, at tilbudet må afvises som ukonditionsmæssigt. Det følger af Klagenævnets praksis, at når en afvigelse er af et ikke-væsentligt omfang, har udbyder ret til at antage tilbudet. Dette gælder dog kun, hvis afvigelsen ikke er til hinder for en fair og objektiv sammenligning af tilbudene. Drejer det sig om forbehold, dvs. betingelser som tilbudsgiver opstiller for at vedstå tilbudet, skal forbeholdet kunne prissættes af hensyn til sammenligningen.

Klagenævnets praksis giver udbyder ikke pligt til at foretage en sådan prissætning, hvis om forbeholdet ikke gør tilbudet ukonditionsmæssigt. Det kan være vanskeligt for en udbyder at vurdere den præcise rækkevidde og økonomiske betydning af et forbehold, og spørgsmålet kan på grund af reglerne for forhandling og rangordningen på licitationstidspunktet ofte ikke afklares i en direkte kontakt med tilbudsgiveren. Denne usikkerhed medfører, at udbyder påtager sig en risiko ved at antage et tilbud uden at kende de præcise økonomiske konsekvenser.

Hertil kommer, at der kan være forbehold, der indeholder afvigelser, der ganske vist er små og uden økonomisk værdi eller i hvert fald umiddelbart kapitaliserbare, men som efter deres indhold alligevel giver udbyder noget andet end det, han har efterlyst.

En udbyder må ganske vist ikke bruge sit skøn i strid med de almindelige grundsætninger om proportionalitet og saglighed, men dette er udtryk for en konkret afvejning, og kan ikke gøres til genstand for en udtrykkelig regulering.

Heller ikke sondringen mellem væsentlige og uvæsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne er udtrykkeligt reguleret i tilbudsloven eller i udbudsdirektivet.

4. Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

Samlet vurderes lovforslaget ikke at have økonomiske konsekvenser for det offentlige. Ophævelsen af pligten til at forhandle med alle forskriftsmæssige tilbudsgivere og forhøjelsen af tærsklen for at indhente underhåndsbud vil indebære administrative lettelser for offentlige bygherrer. Bestemmelsen om (så vidt muligt) at vægte underkriterierne indeholder den fornødne fleksibilitet, idet vægten af de enkelte underkriterier kan angives med et passende udsving, således at de udmeldte vægte kan justeres i den endelige sammenligning. Opstramningen af reglen vedrørende begrundelsespligten giver et vigtigt værktøj til at kontrollere, at det offentlige altid vælger det bedste bud.

Forenklingen af lovens regelsæt indebærer administrative lettelser også på udbydersiden.

5. Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet

Forslaget vil føre til et mindre ressourceforbrug på tilbudsgiversiden: Ikke-inviterede tilbudsgivere frigøres straks fra deres tilbud. Reglen om, at det fjerde underhåndsbud skal komme uden for lokalområdet, vil være en konstant påmindelse for udbyderne om, at der ikke skal indhentes flere underhåndsbud end nødvendigt af hensyn til konkurrencesituationen. Og tilbudsgiverne får oplysninger om antallet af mulige konkurrenter og om vægtningen af underkriterierne, således at det bliver lettere at vurdere, om der skal bindes ressourcer på at deltage i vedkommende konkurrence.

Forslaget har desuden været forelagt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens Center for Kvalitet i ErhvervsRegulering (CKR) med henblik på en vurdering af de administrative konsekvenser for erhvervslivet. Det er CKR's opfattelse, at forslaget indeholder administrative lettelser for tilbudsgivere, og derved imødekommer de ressourceforbrugsproblematikker, der er identificeret i GfK-undersøgelsen. CKR vurderer ikke, at forslaget er egnet til en undersøgelse i et virksomhedspanel.

6. Miljømæssige konsekvenser

Lovforslaget har ingen miljømæssige konsekvenser

7. Forholdet til EU-retten

Lovforslaget regulerer offentlige bygge- og anlægskontrakter under udbudsdirektivernes tærskelværdi. Der er sammenfald mellem en række bestemmelser og begreber i loven og i udbudsdirektivet. Det kan således lette forståelsen af tilbudsloven, at Klagenævnets praksis vedrørende direktiverne i vid udstrækning kan overføres på tilbudsloven.

8. Høring

Lovforslaget har forud for fremsættelsen været sendt i høring hos Advokatsamfundet, Akademikernes Centralorganisation, Amagerforbrænding I/S, Andelsboligforeningernes Fællesrepræsentation, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Amdrårdsforeningen i Danmark, Asfaltindustrien, Banedanmark, BAT Kartellet, Beskæftigelsesministeriet, Boligselskabernes Landsforening, Byggefagenes Kooperative Landssammenslutning, Bygherreforeningen i Danmark, Danmarks Naturfredningsforening, Dansk Byggeri, Dansk Energi, Dansk Handel og Service, Dansk Industri, Dansk Transport og Logistik, Danske Fjernvarmeværkers Forening, Dommerforeningen, DONG Dansk Olie og Naturgas A/S, Frederiksberg Kommune, Finansministeriet, Finansrådet, Forbrugerrådet, Foreningen af Rådgivende Ingeniører (F.R.I.), Forsikring & Pension, Forsvarsministeriet, Funktionærernes og Tjenestemændenes Fællesråd FTF, Fødevarerministeriet, Hovedstadsregionens Naturgasselskab I/S HNG, HTS Interesseorganisationen, Håndværksrådet, Indenrigs- og Sundhedsministeriet, Justitsministeriet, Kirkeministeriet, Klagenævnet for udbud, Det kommunale Kartel, Kommunernes Landsforening, Kulturministeriet, Københavns Kommune, Københavns Lufthavne A/S, Landsorganisationen i Danmark, Miljøministeriet, Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling, Praktiserende Arkitekters Råd (PAR), Naturgas Fyn I/S, Naturgas Midt/Nord I/S, Oliebranchens Fællesrepræsentation, Post Danmark, Realkreditrådet, Renosam, Skatteministeriet, Slots- og Ejendomsstyrelsen, Socialministeriet, Staten og Kommunernes Indkøbs Service A/S, Statsministeriet, Tekniq, Trafikministeriet, Udenrigsministeriet og Undervisningsministeriet.

9. Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser

	<i>Positive konsekvenser/mindre udgifter (hvis ja, angiv omfang)</i>	<i>Negative konsekvenser/merudgifter (hvis ja, angiv omfang)</i>
Økonomiske konsekvenser for det offentlige	Den effektive konkurrence opretholdes. Bortfaldet af en række konkurrencebegrænsningerne med licitationslovens ophævelse blev anslået til at give besparelser på 3 % af byggesummen.	Ingen.

Administrative konsekvenser for det offentlige	Administrative lettelser ifm. forhandlingsprocessen og ifm. forhøjelsen af tærsklen for underhåndsbud samt regelforenkling.	De nye regler skal indarbejdes i udbydernes rutiner. Konkurrencestyrelsen vil udarbejde vejledninger.
Økonomiske konsekvenser for erhvervslivet	Forslaget vil mindske ressourcetrækket på tilbudsgiversiden.	Ingen.
Administrative konsekvenser for erhvervslivet	Det bliver lettere for tilbudsgivere at kontrollere, at udbudsprocessen har været fair. Private bygherrer bevarer deres fleksibilitet.	Ingen.
Miljømæssige konsekvenser	Ingen.	Ingen.
Administrative konsekvenser for borgerne	Fleksibiliteten opretholdes, da privat byggeri fortsat holdes uden for reguleringen.	Ingen.
Forholdet til EU-retten	Lovforslaget regulerer offentlige bygge- og anlægskontrakter under udbudsdirektivernes tærskelværdi.	

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til kapitel 1

Kapitlet (§ 1) fastlægger lovens anvendelsesområde.

Til § 1

Ifølge *stk. 1* gælder loven indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægskontrakter og for tildeling af ordren. Totalentreprise er altså også omfattet. Det følger af *stk. 3*, at loven kun gælder i forbindelse med offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsarbejder.

Den proces, der reguleres, bygger på tilbudsindhentning, ikke på bestilling af regningsarbejder. Hvis en bygherre igangsætter større regningsarbejder uden at teste markedet, kan det dog efter omstændighederne anses for at være en omgåelse af konkurrencekravet i den foreslåede § 2, *stk. 2*.

I *stk. 2* er det med den ændrede udformning tydeliggjort, at begrebet ”bygge- og anlægsarbejde” skal afgrænses i overensstemmelse med udbudsdirektivets definition af bygge- og anlægsarbejder. Dette er i overensstemmelse med de gældende regler, jf. Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2004 (Nordborg kommune).

Efter udbudsdirektivets artikel 1, *stk. 2*, litra d) skal bygge- og anlægskontrakter, der er accessoriske til en tjenesteydelseskontrakt behandles efter reglerne for tjenesteydelser. Det gælder også

for bygge- og anlægsarbejder med en værdi under tærskelværdien på 6,242 mio. euro. Dette kan føre til, at et bygge- og anlægsarbejde, der isoleret set ville være omfattet af tilbudsloven, skal følge de fællesskabsretlige regler for tjenesteydelser.

I *stk. 3* er angivet, hvilke udbydere der er pligtssubjekter efter loven. Heller ikke her er der tale om ændringer i det gældende anvendelsesområde, men alene om tydeliggørelser.

Efter *nr. 1* gælder tilbudsloven ”ordregivende myndigheder”, som er omfattet af udbudsdirektivet. I overensstemmelse med Klagenævnets kendelser af 7. januar og 14. marts 1997 gælder loven også for byggeri i udlandet, når den ordregivende myndighed er dansk.

Efter *nr. 2* gælder loven for andre bygherrer, når de udbyder opgaver, hvortil det offentlige har bidraget med støtte (uanset støtteintensiteten). Som i dag vedrører bestemmelsen kun den konkrete opgave, hvortil der ydes støtte.

Efter *nr. 3* gælder loven endelig hovedentreprenører, der indhenter tilbud hos underentreprenører i forbindelse med et offentligt eller offentligt støttet bygge- og anlægsarbejde. Bestemmelsen gælder som i dag kun for den entreprenør, som er direkte ansvarlig over for en udbyder som nævnt i *nr. 1* og *nr. 2*, ikke for sådanne entreprenørers underentreprenører, selv om disse måtte indhente tilbud fra andre entreprenører eller håndværkere.

Det er endvidere præciseret, at bestemmelsen om entreprenørers indhentning af tilbud kun gælder i forbindelse med opgaver, der er omfattet af loven. Herved er tydeliggjort, at loven ikke gælder i forbindelse med indhentning af tilbud på opgaver omfattet af EU-direktiverne, og heller ikke for en opgave under tærskelværdien for en udenlandsk udbyder, som en hovedentreprenør måtte indhente tilbud på.

Loven gælder således ikke kontrakter, hvor den private part optræder som bygherre og ejer af bygninger, der er skræddersyet til en offentlig myndigheds behov, og hvor finansieringen sikres ved at det offentlige indgår langvarige leje- eller leasingkontrakter (OPP-kontrakter).

I *stk. 4* er i overensstemmelse med de gældende regler angivet, at loven som udgangspunkt ikke gælder for udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet (eller lov nr. 378/1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder¹).

Det er – i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens vejledning om den gældende tilbudslov - præciseret, at delopgaver, som i sammenhæng med et udbud omfattet af udbudsdirektivet tildeles efter direktivets artikel 9, *stk. 5 a*, sidste sætning, ikke er omfattet af tilbudsloven.

Dog gælder reglerne om adgangen til at være til stede ved åbningen af budene også for udbud omfattet af de nævnte tre regelsæt. Også den fakultative vedståelsesfrist gælder for arbejder over tærskelværdien, jf. henvisningen til den foreslåede § 2, *stk. 4*. For arbejder over tærskelværdien gælder dog ikke den automatiske frigørelse i forbindelsen med forhandlinger efter § 11, jf. den foreslåede § 2, *stk. 5*, da lovens regler for forhandlinger ikke gælder for arbejder over tærskelværdien.

Stk. 5 om private bygherrers adgang til at underkaste sig lovens regelsæt gengiver gældende § 1, *stk. 4*, idet det dog for tydelighedens skyld er anført, at tilvalget skal være klart udtrykt. Der er ikke herved tilsigtet nogen realitetsændring. Klagenævnet fortolker således den gældende regel således at et tilvalg skal være ”udtrykkeligt og utvetydigt”.

Til kapitel 2

I kapitel 2 er samlet bestemmelser om kravene til udbyderen om at udnytte mulighederne for at skabe tilstrækkelig konkurrence og om at behandle tilbudsgivere og ansøgere lige.

Til § 2

Bestemmelsen i *stk. 1* udtrykker overordnet, at ved offentligt eller offentligt støttet byggeri skal tilbud indhentes i overensstemmelse med de i loven fastsatte procedurer for offentligt eller begrænset licitation eller for underhåndsbud. Også rammeaftaler skal indgås ved licitation eller, hvis betingelserne i § 11 er opfyldt, som underhåndsbud. Bestemmelsen gengiver tilbudsbekendtgørelsens § 2, stk. 1.

Stk. 2 gengiver uændret gældende § 5, stk. 1 i loven. I 2001-bemærkningerne til den gældende lov blev det antaget, at der som udgangspunkt skal indhentes 3 underhåndsbud for at sikre konkurrencen. På baggrund af erfaringerne med loven vil det i en vejledning blive præciseret, at for professionelle bygherrer/bygherrer med vedvarende byggeaktiviteter vil konkurrencekravet være opfyldt, hvis de løbende tester markedet og ikke blot baserer sig på bud fra den eller de samme tilbudsgivere, og at der i øvrigt vil gælde en bagatelgrænse på 300.000 kr. for, hvornår der skal indhentes mere end 1 underhåndsbud.

Selv om der indbydes et passende antal tilbudsgivere, kan udbyder sætte konkurrencen ud af spil, hvis de indbudte tilbudsgivere indbyrdes er så nært forbundne, at de ikke kan forventes at konkurrere indbyrdes. Den gældende tilbudsbekendtgørelse indeholder i §§ 7 og 8 om begrænset licitation en bestemmelse om, at der kun kan indbydes én virksomhed fra en kreds af indbyrdes forbundne virksomheder. Nærværende lovforslag indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, fordi konkurrencekravet i § 2, stk. 2, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i § 3, stk. 1, må anses for at være tilstrækkeligt til at undgå konkurrenceforvridning.

Det følger af konkurrencekravet, at aftaler omfattet af loven ikke må have en løbetid, som ikke er forretningsmæssigt begrundet for udbyderen. For så vidt angår rammeaftaler vil udbyderens forretningsmæssige overvejelser normalt ikke kunne begrunde en lang løbetid. Udbyderen har adgang til at trække på rammeaftalen i form af en række mindre kontrakter, hvor der ikke er tale om, at leverandøren har fået en eneret til det pågældende arbejde, som gør det muligt i samme grad at indbygge en langtidsplanlægning i tilbudet. En rammeaftale bør derfor ikke have en løbetid på mere end 4 år, jf. bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsens § 3, stk. 5, der dog ikke er indarbejdet i nærværende forslag med en udtrykkelig bestemmelse.

Stk. 3 om tilbudsfrister gengiver uændret gældende § 5, stk. 2, i loven.

Stk. 4 gengiver gældende § 5, stk. 3, i loven. Uanset den vedståelsesfrist, som er fastsat i udbudsbetingelserne eller følger direkte af loven, kan der efter den foreslåede § 11, stk. 5, ske en hurtig frigørelse af tilbudsgivere, der ikke inviteres til forhandlinger.

Stk. 5 fastsætter som noget nyt en automatisk frigørelse af tilbudsgivere, der ikke inviteres til forhandlinger eller fravælges i løbet af forhandlingerne. Bestemmelsen omfatter ikke tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig ret til at forhandle med, selv om der ikke aktuelt føres forhandlinger med vedkommende, jf. bemærkningerne til den foreslåede § 11, stk. 2. Frigørelsen indtræder, så snart beslutningen er meddelt til de berørte tilbudsgivere, jf. den foreslåede § 13.

Til § 3

Stk. 1 gengiver gældende § 6, stk. 1 og 2, i loven.

Bestemmelsen regulerer bl.a. ”rådgiverhabilitet”. Det bemærkes, at den særlige udformning af habilitetsreglen, som ses i gældende tilbudsbekendtgørelsens § 5, ikke er indarbejdet i nærværende lovforslag. Det vil således være de almindelige regler om rådgiverhabilitet, således som de

er fortolket i Klagenævnets praksis, som vil være afgørende for, om rådgivere, herunder forretningsførere eller byggeadministratører er blevet inhabile som følge af deres deltagelse i nogle tidligere faser af projektet.

Med den foreslåede formulering omfatter bestemmelsen også gældende § 6, stk. 2, i loven. Sammenskrivningen af stk. 1 og 2 er udtryk for en tydeliggørelse og indebærer ingen ændring i substansen. Klagenævnet har således i en kendelse fra 2002 (Års Kommune) tilkendegivet, at det er i strid med tjenesteydelsesdirektivets ligebehandlingsprincip at tilrettelægge et udbud på en sådan måde, at tilbudsgivere, der ikke er lokale, diskrimineres. Ordregiveren havde i en annonce tilkendegivet, at man alene ønskede tilbud fra lokale tilbudsgivere. I forhold til de gældende regler i tilbudsloven ville en sådan udmelding altså stride mod såvel den udtrykkelige bestemmelse om udvælgelse af tilbudsgivere i (gældende) § 6, stk. 2, men altså ifølge kendelsen også mod det generelle ligebehandlingsprincip i (gældende) § 6, stk. 1.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at en udbyder ikke er berettiget til at antage et tilbud, der har forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Efter § 7 og § 8 i tilbuds bekendtgørelsen, om begrænset licitation henholdsvis med og uden prækvalifikation, kan der fra en kreds af tilbudsgivere med særlige indbyrdes forbindelser kun prækvalificeres, hhv. indbydes én virksomhed. Bestemmelsen er udtryk for et ønske om at undgå, at en gruppe virksomheder får en fordel frem for andre virksomheder. Bestemmelsen er imidlertid ikke indarbejdet udtrykkeligt i lovforslaget, fordi den foreslåede § 3, stk. 1, må antages at være tilstrækkelig til at forhindre, at konkurrencen forvrides gennem sammensætningen af tilbudsgivere.

Bestemmelsen gælder uanset udbudsform og supplerer således de nye lovbestemmelser i den foreslåede § 5, stk. 2, om offentlig licitation, § 5, stk. 3, om begrænset licitation med prækvalifikation og § 5, stk. 4, om direkte indbudt licitation, samt bestemmelsen i § 11, stk. 2, om indhentning af underhåndsbud.

Stk. 2 om den overvejende sandsynlighed for, at tilbudsgiveren ikke kan gennemføre arbejdet i overensstemmelse med sit tilbud, gengiver gældende § 8, stk. 3, i loven. Med den foreslåede placering - i kapitel 2 om en række forhold, der er fælles for licitation og underhåndsbud, - får bestemmelsen formelt et udvidet anvendelsesområde, idet den i dag er placeret i et kapitel, der udelukkende vedrører licitation. Det må imidlertid antages, at også efter de i dag gældende regler kan en udbyder forkaste et underhåndsbud af de grunde, der er nævnt i § 8, stk. 3.

Den udtrykkelige bestemmelse om tilbudsgiverens personlige forhold (myndighed, konkurs eller betalingsstandsning, strafbare forhold eller gentagen, grov, faglig forsømmelse) i tilbuds bekendtgørelsens § 9 foreslås ikke indarbejdet i lovforslaget. Der er tale om en række objektivt konstaterbare forhold, som det uden nærmere regulering vil være sagligt at tage hensyn til i forbindelse med en prækvalifikation. Og i forbindelse med sammenligning af tilbudene vil forholdet være dækket af den her foreslåede § 3, stk. 2.

Til kapitel 3

I kapitel 3 er samlet bestemmelser omkring indhentning af tilbud ved licitation og rammeaftaler.

Til § 4

§ 4 indeholder en række definitioner.

Definitionen i *stk. 1 -3* af en licitation, hhv. en offentlig licitation og en begrænset licitation svarer til gældende § 4, stk. 1-3. Licitationer er nærmere reguleret i § 5.

I *stk. 4* er fastsat en definition af rammeaftaler som aftaler om betingelserne, f. eks. med hensyn til kvalitet, pris og mængde/omfang, for en *mulig* udførelse af bygge- og anlægsarbejder af samme karakter i løbet af en given periode.

Indhentning af tilbud på rammeaftaler skal ske i overensstemmelse med tilbudslovens regler, hvilket indebærer, at rammeaftalen skal indgås efter en licitation, medmindre aftalens samlede anslåede maksimumsværdi ekskl. moms er mindre end 3 mio. kr., eller betingelserne for at indhente underhåndsbud af andre grunde er opfyldt, jf. den foreslåede § 12, stk. 3.

Adgangen til at indgå små rammeaftaler ved indhentning af underhåndsbud, er ny i forhold til den gældende bestemmelse i tilbudsbekendtgørelsens § 3. I realiteten er der dog næppe nogen forskel i forhold til gældende ret, for uden en sådan adgang ville en udbyder kunne indhente tilbud efter reglerne for underhåndsbud – den økonomiske tærskel er den samme. Det kan derfor spare ressourcer ikke mindst på tilbudsgiversiden, at de enkelte kontrakter samles i en rammeaftale og konkurrenceudsættes under ét. Også ved tildeling af disse mindre rammeaftaler skal kravet om at udnytte mulighederne for konkurrence opretholdes.

Rammeaftaler er nærmere reguleret i den foreslåede § 6.

Til § 5.

I *stk. 1* gengives gældende § 4, stk. 4 om skriftlighed hhv. kommunikation i elektronisk form i forbindelse med licitationer.

I *stk. 2* om offentlig licitation foreslås en bestemmelse om, at hvis udbyderen ønsker at opstille bestemte mindstekrav, som tilbudsgiveren skal dokumentere for at få sit tilbud taget i betragtning, skal dette være angivet annoncen. Det gældende regelsæt indeholder ikke en sådan bestemmelse, men bestemmelsen er i overensstemmelse med udbudsdirektivet samt hvad der i dag gælder ved begrænset licitation med prækvalifikation, jf. § 7, stk. 3 i den gældende tilbudsbekendtgørelse, der er indeholdt i den foreslåede § 5, stk. 3.

Der er ikke tale om nogen realitetsændring i forhold til gældende ret, idet udbyder ved offentlig licitation allerede i dag er berettiget til at frasortere tilbudsgivere, der objektivt ikke er kvalificerede. Behandlingen af dokumentationen i forbindelse med offentlig licitation adskiller sig fra dokumentationskravet ved begrænset licitation med prækvalifikation. Ved offentlig licitation har udbyder således ikke mulighed for at frasortere en tilbudsgiver, der har indsendt den ønskede dokumentation for de krævede tekniske og økonomiske egenskaber. Frasorteringen sker således ud fra en konstatering af, om formalia, f. eks. en given uddannelsesmæssig baggrund, er dokumenteret, ikke på grundlag af en sammenligning med de øvrige tilbud. Mangler dokumentationen, har udbyder pligt til at afvise tilbudet som ukonditionsmæssigt.

Dokumentationen for de faglige og økonomiske egenskaber kan også vedrøre underentreprenører, såfremt det kan dokumenteres, at der virkelig rådes over disse ressourcer.

Bestemmelsen og den tilsvarende bestemmelse i stk. 3 vedrørende prækvalifikation må i øvrigt ses i sammenhæng med dokumentationskravet vedrørende nøgletal, jf. bekendtgørelse nr. 1135 af 15. december 2003.

I annoncen skal endvidere angives, om der er tale om en priskonkurrence eller en kvalitetskonkurrence, men de præcise underkriterier ved en kvalitetskonkurrence behøver kun at stå i det supplerende udbudsmateriale, som sendes til alle interesserede. Bestemmelsen er ny i forhold til det gældende regelsæt, men svarer til, hvad der gælder efter direktiverne.

I *stk. 3* fastsættes, hvad der skal oplyses i annoncen, når udbyder vælger at gennemføre en

prækvalifikationsrunde i forbindelse med en begrænset licitation. Indholdet svarer til tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 2 og 3. Se i øvrigt bemærkningerne ovenfor ad stk. 2 om dokumentation for tekniske og økonomiske egenskaber.

Bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, er ikke medtaget i denne sammenhæng. Efter denne bestemmelse kan en udbyder kun indbyde én virksomhed fra en kreds af bydende med en indbyrdes forbindelse som nævnt i tilbudsbekendtgørelsens § 6. Udbudsdirektivet har ikke en sådan bestemmelse. I hvilket omfang en sådan indbyrdes forbindelse mellem tilbudsgivere vil forvride konkurrencen må løses efter ligebehandlingsprincippet i den foreslåede § 3, stk. 1, og i overensstemmelse med praksis i forbindelse med udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip. Det forhold, at visse tilbudsgivere er indbyrdes forbundne, kan også få betydning ved vurderingen af, om udbyder lever op til konkurrencekravet i den foreslåede § 2, jf. bemærkningerne hertil.

Stk. 4. fastsætter proceduren i forbindelse med direkte indbudt licitation og gengiver tilbudsbekendtgørelsens § 8, nr. 2, om, at mindst én tilbudsgiver ikke kan være fra lokalområdet og 3, om ikke at indbyde den samme kreds af tilbudsgivere ved hvert udbud.

Lokalområdet anses som hovedregel for at være den pågældende kommune, hvor arbejdet finder sted. I overensstemmelse med den hidtidige forståelse af begrebet er det dog i forhold til store kommuner og regionale og statslige udbydere ikke et krav, at der indbydes virksomheder fra andre kommuner, så længe udbyderen kan påvise, at én eller flere af de indbudte tilbudsgivere har et kundeunderlag, der geografisk adskiller sig fra de andre tilbudsgivere.

Som noget nyt er fastsat, at udbyder skal oplyse om antallet af bydende, der vil blive opfordret til at afgive bud. Antallet kan angives som et maksimum.

Bestemmelsen om tilbudsgivere med indbyrdes forbindelse er heller ikke specifikt medtaget i forbindelse med direkte indbudt licitation, jf. bemærkningerne ovf. til det foreslåede stk. 3 og til § 2, stk. 2.

Efter det foreslåede stk. 4, 5. pkt. bemyndiges økonomi- og erhvervsministeren til at fastsætte regler om adgangen til at anvende begrænset licitation uden prækvalifikation. Formålet med bemyndigelsen er alene at sikre mulighed for at justere reglerne om adgangen til direkte indbudt licitation, evt. ved en ændring af de i stk. 4 nævnte procedurer, hvis der på et tidspunkt gennem EF-Domstolens praksis sker en præcisering af det offentlighedsprincip, som også gælder for kontrakter under direktivernes tærskelværdier, og den i stk. 4 foreslåede procedure viser sig at være i strid med en sådan praksis.

Til § 6

Rammeaftaler er defineret i den foreslåede § 4, stk. 4.

I forslaget til § 6 er fastsat, at rammeaftaler kun har virkning i forholdet mellem de oprindelige parter. Det er således ikke muligt for andre at trække på aftalen – fx for at undgå en licitation.

Det er endvidere i overensstemmelse med gældende § 3 i tilbudsbekendtgørelsen fastsat, at der for det samme arbejde kun kan indgås aftale med én leverandør. Dette gælder dog ikke, hvis rammeaftalen er indgået i overensstemmelse med reglerne for EU-udbud, som udbyder afholder frivilligt. I så fald omfattes rammeaftalen og det efterfølgende træk på aftalen af procedurerne i udbudsdirektivets artikel 32. Herved undgår man at tilbudsloven bliver mindre fleksibel end direktivet. § 6 gælder også for rammeaftaler, der indgås på grundlag af underhåndsbud.

Til § 7

§ 7 gengiver uændret gældende § 7 i loven.

Til § 8

Forslaget til § 8 er ændret i forhold til gældende § 8 i loven og § 10 i tilbuds bekendtgørelsen.

I *stk. 1, nr. 2*, er gengivet § 10, stk. 1, nr. 2 i tilbuds bekendtgørelsen, der indeholder en række yderligere eksempler på underkriterier, udover, hvad der er angivet i eksemplificeringen i § 8 i den gældende lov. Formulering indebærer således ikke nogen realitetsændring, hverken i forhold til gældende lov eller i forhold til udbudsdirektivernes eksemplificering - som nævnt er der tale om eksempler. Det er heller ikke udtryk for en realitetsændring, at den foreslåede formulering ikke omtaler, at tildelingen skal ske ”i overensstemmelse med udbuds betingelserne”, da denne overensstemmelse fremgår af stk. 2. Ud fra Klagenævnets praksis risikerer en udbyder, der ikke har angivet underkriterierne på fyldestgørende måde, at udbudet bliver betragtet som en priskonkurrence, hvor der kun kan forhandles med den lavestbydende.

I *stk. 2* fastsættes det, at ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal udbyder anføre, hvordan underkriterierne indbyrdes skal vægtes, eller hvis det ikke er muligt at vægte underkriterierne, deres prioriterede rækkefølge. Et givet underkriteriums relative vægt kan angives med et passende maksimalt udsving.

Den nye bestemmelse er i overensstemmelse med det nye udbudsdirektiv. I den tilbuds bekendtgørelse, der var gældende i 2001/2002 (bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001) var der et krav om en præcis angivelse af, hvor meget prisen skulle vægtes i forbindelse med kvalitetskonkurrencer.

Hvor stort et udsving der kan tillades, hvis underkriteriernes vægte angives i en ramme, vil afhænge af de konkrete forhold, herunder underkriteriets art. Udbyderen har ikke fuldstændig frie hænder, men er inden for ordlyden af stk. 2 underlagt de almindelige proportionalitets- og gennemsigtighedsprincipper.

Konkurrencestyrelsen vil udarbejde en vejledning om fremgangsmåden i forbindelse med vægtning og i den forbindelse give eksempler på pointskalaer, der kan anvendes, når et tilbud vejes op imod et givet underkriterium.

Til § 9

Bestemmelsen svarer til gældende § 9. Der gælder fortsat ingen formkrav til, hvorledes et minimumskrav skal fremgå af udbudsbetingelserne. Klagenævnet for Udbud har i flere tilfælde forholdt sig til, om der i de konkrete tilfælde er tale om minimumskrav, som lægger rammen for tilladelige afvigelser fra de generelle udbudsbetingelser. Denne praksis vil fortsat være retningsgivende.

Til § 10

De hidtidige regler for forhandling i forbindelse med priskonkurrencer, jf. § 10 i loven, opretholdes. Forslaget til § 10 gengiver den gældende regel i den udformning, der har fået i tilbuds bekendtgørelsens § 11, stk. 8.

Til § 11

§ 11 er ændret med henblik på at skærpe konkurrencen om selve licitationsbudene og spare ressourcer både på tilbudsgiver og udbydersiden.

I *stk. 1* er fastsat, at udbyder ikke kan forhandle med mere end 3 tilbudsgivere.

Det antal tilbudsgivere, der ønskes forhandlet med, udvælges ved at rangordne alle forskriftsmæssige bud på grundlag af det indhold de havde ved åbningen af budene. Det kan undertiden være nødvendigt med en teknisk afklaring for at foretage denne rangordning, men dette giver ikke udbyderen ret til at bruge en eventuel kontakt til tilbudsgivere til en egentlig forhandling.

Tilbudsgiverne kan ikke – uopfordret eller med udbyderens billigelse – fremsende et revideret bud. I rangordningen kan ikke indgå tilbud, som udbyderen har pligt til ikke at tage i betragtning, fordi det indeholder elementer, der samlet eller hver for sig udgør en væsentlig afvigelse fra udbudsmaterialet: Et ukonditionsmæssigt element kan ikke forhandles bort. Der kan tages hensyn til alternative bud, som opfylder de krævede mindstekrav, og tilbud, der ikke afviger fra væsentlige elementer i udbudsmaterialet, hvis afvigelsen er indarbejdet i den tilbudte pris eller kapitaliseres.

Udbyder kan i udbudsmaterialet have givet afkald på at forhandle eller angivet et lavere antal forhandlingspartnere end 3, og kan da ikke efterfølgende ændre en sådan tilkendegivelse. Såfremt udbyder ikke allerede i udbudsbetingelserne har beskrevet den forhandlingsprocedure, der vil blive fulgt, herunder eventuelle begrænsninger i forhandlingsadgangen, skal udbyder efter *stk. 2* senest ved forhandlingernes påbegyndelse tilkendegive, hvilken procedure der vil blive fulgt.

Udbyder skal i den forbindelse tilkendegive, om alle tilbudsgivere, der tages ud til forhandlinger, vil blive givet mulighed for at revidere deres tilbud. Udbyderen har således ikke pligt til under alle omstændigheder at forhandle med 3 tilbudsgivere, jf. formuleringen om, at udbyder kan ”forbeholde sig” at forhandle med de tilbudsgivere, der ikke er fravalgt. Udbyder vil ikke have pligt til at tage et revideret tilbud, der fremsendes uopfordret, i betragtning. Det kan endvidere være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage hensyn til et revideret tilbud, der fremsættes i strid med den forhandlingsrytme, udbyderen har tilkendegivet at ville følge.

I *stk. 3* er uændret gengivet tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 4, og stk. 5, 2. pkt. Bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 5, 1. pkt., om at forhandlingerne skal føres inden for det enkelte tilbuds rammer, er ikke indarbejdet i nærværende lov. Forholdet er dækket af stk. 4 i nærværende forslag, hvor der er fastsat nogle rammer for ændringer i opgavens karakter og tildelingskriterier under forhandlingerne, og af reglen i det foreslåede stk. 3 om grænser for, hvilke oplysninger udbyder kan give en tilbudsgiver om andre tilbudsgiveres bud. I kendelse af 30. september 2004 udtalte Klagenævnet således, at stk. 5, 1. pkt. måtte antages først og fremmest at sigte til, at en udbyder ikke måtte spille tilbudsgiverne ud mod hinanden ved over for den enkelte tilbudsgiver at henvise til de andres tilbud eller de andre tilbudsgiveres prisreduktioner ol. Disse forhold vil være dækket af det foreslåede stk. 3.

Stk. 4 gengiver uændret § 11, stk. 3, i gældende lov og § 11, stk. 7, i tilbudsbekendtgørelsen.

Til kapitel 4

I kapitel 4 (§ 12) er samlet reglerne om underhåndsbud.

Til § 12

I *stk. 1* defineres underhåndsbud som tilbudsindhentning på anden måde end ved licitation, jf. § 4, stk. 5, i den gældende lov. Det er dog for tydelighedens skyld anført, at træk på en rammeaftale, herunder anmodning om at supplere et tilbud, ikke skal følge reglerne om underhåndsbud.

Der er ikke herved påtænkt en realitetsændring i forhold til gældende lov, der dog ikke har denne udtrykkelige afgrænsning mellem kontrakter baseret på en rammeaftale og underhåndsbud.

I *stk. 2* er fastsat, at det normale er, at der kun indhentes 3 underhåndsbud.

Dog kan der indhentes et 4. underhåndsbud, hvis udbyderen i opfordringen til at afgive bud over for de første tilbudsgivere har forbeholdt sig denne mulighed, og det fjerde bud indhentes fra en tilbudsgiver fra området udenfor det lokale område. En tilsvarende regel gælder også ved direkte indbudt licitation, jf. den foreslåede § 3, stk. 4, 2. pkt., og tilbuds bekendtgørelsens § 8, nr. 2. Forslaget giver udbydere, der ikke er sikker på at kunne etablere den fornødne konkurrence inden for lokalområdet, en mulighed for at indhente et bud udefra. Samtidig bidrager reglen til, at udbydere kun indhenter et 4. underhåndsbud, når udbyderen anser det for nødvendigt.

Antallet i *stk. 1* udtrykker et maksimum. Ofte vil udbyder kunne nøjes med et lavere antal uden derved at overtræde kravet om at skabe mest mulig konkurrence, jf. bemærkningerne til forslagens § 2, stk. 2.

Hvordan lokalområdet afgrænses er beskrevet i bemærkningerne til den foreslåede § 5, stk. 4, der også indeholder et krav om at gå uden for lokalområdet.

Loftet på 3, hhv. 4 underhåndsbud gælder som i dag for bud på "det samme arbejde". Heri ligger, at bud, der afviger fra det, udbyder har anmodet om, ikke indgår ved opgørelsen af, om tærsklen er nået. Hvis en opfordring ikke resulterer i, at der faktisk afgives et bud, tæller selve opfordringen heller ikke med. Begge dele er i overensstemmelse med praksis efter licitationsloven.

I overensstemmelse med de gældende regler er det ikke muligt for en udbyder efter forløbet af et tidsrum at indhente en ny pulje af underhåndsbud på det samme arbejde. Er udbyder ikke tilfreds med de indkomne underhåndsbud, og er maksimum allerede nået, må udbyder derfor afholde en licitation.

Heller ikke i forbindelse med underhåndsbud er der medtaget en specifik bestemmelse om indbyrdes forbundne selskaber, jf. bemærkningerne til den foreslåede § 2, stk. 2. I overensstemmelse med tilbuds bekendtgørelsens § 12, stk. 2, jf. § 8, stk. 1, nr. 3, er det fastsat, at udbyder ikke ved hvert udbud må invitere den samme kreds af tilbudsgivere. Dette forhindrer ikke, at en professionel udbyder over en periode kan etablere en samarbejdsrelation med bestemte underleverandører, forudsat at udbyderen løbende tager op til vurdering, om andre kan løse opgaven bedre, og ind imellem tester markedet på grundlag af tilbud fra andre tilbudsgivere. Som anført ad forslagens § 2, stk. 1, om konkurrencekravet vil Konkurrencestyrelsen udarbejde en vejledning herom.

I *stk. 3* er fastsat, at der som udgangspunkt ikke må indhentes underhåndsbud på bygge- og anlægsarbejder med en samlet anslået værdi ekskl. moms på mere end 3 mio. kr. Over dette beløb skal der som hovedregel afholdes licitation. Beløbet udgør en forhøjelse i forhold til den i dag gældende tærskel på 2 mio. kr., jf. tilbuds bekendtgørelsens § 13, stk. 3.

Tærsklen på 3 mio. kr. ekskl. moms gælder ikke for udbydere omfattet af den foreslåede § 1, stk. 3, nr. 3, dvs. hovedentreprenører ved et offentligt eller offentligt støttet bygge- og anlægsarbejde. De kan således frit indhente underhåndsbud, selv om opgaven har en værdi på mere end 3 mio. kr. ekskl. moms.

Udbydere, der er omfattet af § 1, stk. 3, nr. 1 eller 2, kan endvidere indhente underhåndsbud uden hensyn til værdien af arbejdet i en række situationer, der er nærmere beskrevet i *stk. 3, nr. 1 – 5*. Da der er tale om undtagelser, skal disse bestemmelser i overensstemmelse med Klagenævnets og EF-Domstolens praksis fortolkes indskrænkende.

Selv om den samlede anslåede værdi overstiger 3 mio. kr. ekskl. moms, kan der således

efter stk. 3, *nr. 1*, indhentes underhåndsbud på delarbejder, hvis anslåede værdi ekskl. moms. er 500.000 kr. eller derunder, og den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20 pct. af de samlede arbejders værdi. En tilsvarende undtagelse gælder i dag efter tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 1.

Efter stk. 3, *nr. 2*, gælder undtagelsen fra tærsklen på 3 mio. kr. også, hvis bygge- og anlægsarbejdets omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag, såsom visse forsøgs- eller forsknings- og udviklingsarbejder eller restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder, eller arbejdet af tvingende sikkerhedsmæssige årsager ikke kan udsættes. Bestemmelsen gengiver tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 3.

Herudover gengiver bestemmelsen tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 2, om forsøg, forskning og udvikling, idet det dog nu også i forhold til F & U kvalificeres, at arbejdet ikke af de nævnte tidsmæssige eller beskrivelsesmæssige grunde skal kunne passes ind i et udbudsgrundlag. Samlet indebærer dette ikke nogen større ændring, idet det må tages i betragtning, at også undtagelsesbestemmelserne i gældende § 13, stk. 4 skal anvendes med respekt af lovens konkurrencekrav.

Endelig gengiver bestemmelsen tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 10, om sikkerhedsarbejder.

Stk. 3, *nr. 3*, tager udgangspunkt i bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 4, om den situation, at der ikke ved licitationen er indkommet egnede bud, men udvider bestemmelsen til, jf. udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, litra a, også at gælde i den situation, hvor der ved en begrænset licitation med prækvalifikation ikke er modtaget anmodninger om at blive prækvalificeret.

Endvidere omfatter bestemmelsen den situation, at de indkomne bud ikke er forskriftsmæssige. En tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, gør adgangen til at igangsætte en ny konkurrence uden en (ny) annonce betinget af, at konkurrencen holdes blandt de allerede kendte deltagere. Lovforslaget indeholder ikke en tilsvarende betingelse. Direktivbestemmelsen må ses på baggrund af den særligt høje gennemsigtighedsstandard, som gælder for EU-udbud.

Omvendt foreslås ikke en bestemmelse om adgang til underhåndsbud, hvis en licitation har givet "uantagelige" bud, jf. herved udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a). Ifølge Europa-Kommissionens fortolkning vil et bud være uantageligt, hvis det overstiger udbyderens budgetter. En sådan bestemmelse kan være vigtig i sammenhæng med direktiverne, der har lange frister for gennemførelse af udbud og i udgangspunktet forbyder forhandlinger, men i forhold til tilbudsloven er behovet mindre.

Stk. 3, *nr. 4*, om at kun en virksomhed kan udføre opgaven, gengiver tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 7. Bestemmelsen giver ikke udbyder et frit skøn. Vurderingen skal bygge på objektive forhold. Det primære anvendelsesområde vil være sammenfaldende med udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, a, om "tekniske, kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder".

Stk. 3, *nr. 5*, om supplerende arbejder, der på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige, viderefører uændret tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 5.

Forholdet er også reguleret i udbudsdirektivets artikel 31, nr. 4, litra a. Efter direktivbestemmelsen kan udbyder kun undgå et nyt udbud, såfremt udbyder vælger den entreprenør, der allerede opholder sig på byggepladsen.

Efter bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsen og forslaget til § 12, stk. 3, nr. 5, er der mulighed for at indhente underhåndsbud fra en *ny* entreprenør, hvis udbyder kan påvise særlige forhold, der begrunder, at udbyderen lader andre udføre arbejdet.

Den foreslåede bestemmelse, hhv. den gældende bestemmelse i tilbudsbekendtgørelsen, må ses på baggrund af AB 92, som i medfør af fastpris-cirkulæret, cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991, normalt skal anvendes på statsligt og støttet byggeri. Efter AB 92 § 14, stk. 1, 2. sætning, har den allerede valgte entreprenør ret til at udføre ændringsarbejder, medmindre bygherren påviser særlige forhold, der begrunder, at bygherren lader andre udføre arbejdet.

Efter sit indhold gælder bestemmelsen i AB 92 alle ændringsarbejder, der har en ”naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser” og er ikke begrænset til uforudsete nødvendige suppleringsarbejder. De nærmere betingelser for levering af disse ændringsarbejder er fastsat i AB 92 § 14, stk. 2-5. Når AB 92 er en del af udbudsgrundlaget, vil der også have været konkurrence om levering af eventuelle naturligt sammenhængende ændringsarbejder. Hvis det oprindelige konkurrencegrundlag er tilstrækkeligt gennemsigtigt, vil hverken det gældende regelsæt eller den hermed foreslåede lov kræve, at disse arbejder på ny konkurrenceudsættes. Formålet med den foreslåede bestemmelse, og den tilsvarende bestemmelse i tilbudsbekendtgørelsen, er derfor primært at give en udbyder mulighed for at indhente tilbud fra en ny entreprenør i form af underhåndsbud uden at skulle afholde en egentlig licitation. I overensstemmelse med den gældende bestemmelse i tilbudsbekendtgørelsen giver den foreslåede bestemmelse endvidere mulighed for at lade den hidtidige leverandør udføre det nødvendige, uforudsete suppleringsarbejde, selv om dette ikke er indgået i konkurrencegrundlaget for den oprindelige opgave. Bestemmelsen er dog som i dag begrænset til situationer, hvor arbejdet er blevet nødvendigt på grund af uforudsete omstændigheder.

Omvendt medtager den foreslåede nr. 5 ikke direktivets betingelse om, at undtagelsen vedrørende supplerende arbejder kun gælder kontrakter på op til 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Det følger nemlig allerede af princippet i forslaget til § 11, stk. 4, at der ikke må ske væsentlige ændringer i opgavens karakter. Også lovens generelle konkurrencekrav kan hindre, at bestemmelsen i den foreslåede § 13, stk. 3, nr. 5, misbruges.

Stk. 4 svarer til tilbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 1.

I *stk. 5* bemyndiges ministeren til at fastsætte regler for, at bestemte kategorier af udbydere ikke skal være omfattet af reglerne vedrørende underhåndsbud. I dag er fx DSB og PostDanmark ikke omfattet af reguleringen i tilbudsbekendtgørelsen, fx reglerne om underhåndsbud. Også offentligretlige organer såsom boligselskaberne er undtaget fra udbudsreglerne, når det konkrete byggeri ikke er støttet.

Til kapitel 4

Bestemmelsen vedrørende meddelelser og begrundelser er flyttet ud af kapitlet vedrørende licitationer, da bestemmelsen også skal gælde i forhold til den foretagne prækvalifikation, jf. tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, og i forbindelse med indhentning af underhåndsbud.

Til § 13

I *stk. 1* er fastsat en pligt for udbyder til hurtigst muligt at underrette ansøgere, der er blevet fravalgt i forbindelse med en prækvalifikation. Disse ansøgere kan endvidere efter anmodning få en begrundelse for, hvorfor de ikke er blevet prækvalificerede.

Stk. 2 vedrører pligten til at underrette tilbudsgivere om, hvilken beslutning, der er truffet

med hensyn til ordretildelingen. Bestemmelsen gælder både i forhold til priskonkurrencer og kvalitetskonkurrencer og erstatter § 12, stk. 1 i den gældende lov. I forhold til den gældende lov er bestemmelsen udvidet til også at gælde i forhold til tilbudsgivere, som ikke er konditionsmæssige. Dette er i overensstemmelse med § 14 i tilbuds bekendtgørelsen og med udbudsdirektivet.

Stk. 3 gælder alene i forhold til kvalitetskonkurrencer. *Stk. 3, nr. 1 og 2* gælder kun, hvis udbyder iværksætter forhandlinger. *Nr. 3* gælder i de øvrige situationer.

Efter *nr. 1* skal udbyder senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for alle berørte tilbudsgivere give en begrundelse for, hvorfor de ikke er inviteret. Underretnings- og begrundelsespligten gælder også i forhold til tilbudsgivere, som udbyder ikke anser for at være konditionsmæssige.

Efter *nr. 2* skal udbyder hurtigst muligt efter forhandlingernes afslutning give tilbudsgivere, som der har været forhandlet med, eller som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med, jf. bemærkningerne til § 11, stk. 2, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele. Disse informationer skal gives uopfordret.

Når der ikke har været iværksat forhandlinger kan konditionsmæssige tilbudsgiver i medfør af den foreslåede *nr. 3* efter anmodning få oplysninger om det vindende tilbuds egenskaber og relative fordele.

Til § 14

Bestemmelsen gengiver med redaktionelle ændringer gældende § 13 i loven.

Til § 15

(Ikrafttrædelse)

Tilbudsbekendtgørelsen vil blive ophævet samtidig med ikrafttræden af den nye lov.

Til § 16

(Færøerne og Grønland)

Tilbudsloven hører ikke under rigsfællesskabet hverken i forhold til Færøerne eller Grønland.

