

DA

DA

DA



EUROPA-KOMMISSIONEN

Bruxelles, den 27.1.2011
KOM(2011) 15 endelig

GRØNBOG

**om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb
Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb**

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	Hvad handler regler om offentlige indkøb om?	6
1.1.	Indkøbsaktiviteter	6
1.2.	Offentlige kontrakter	7
1.3.	Offentlige indkøbere	10
2.	Bedre værktøjer for ordregivende myndigheder	12
2.1.	Modernisering af procedurer	13
2.2.	Særlige instrumenter for små ordregivende myndigheder	19
2.3.	Samarbejde mellem offentlige organisationer	21
2.4.	Passende værktøjer til koncentration af efterspørgsel/fælles indkøb	23
2.5.	Håndtering af problemer i forhold til kontraktens udførelse	25
3.	Et mere tilgængeligt europæisk indkøbsmarked	28
3.1.	Bedre adgang for SMV'er og nystartede virksomheder	28
3.2.	Sikring af retfærdig og effektiv konkurrence	31
3.3.	Indkøb i tilfælde af manglende konkurrence/eksklusive rettigheder	33
4.	Strategisk brug af offentlige indkøb til håndtering af nye udfordringer	34
4.1.	"Hvordan foretages indkøb" for at nå Europa 2020-målene	36
4.2.	"Hvad skal der indkøbes" til støtte for Europa 2020-målene	42
4.3.	Innovation	46
4.4.	Sociale tjenesteydelser	48
5.	Sikring af sunde procedurer	50
5.1.	Forebyggelse af interessekonflikter	50
5.2.	Bekæmpelse af favorisering og korruption	51
5.3.	Udelukkelse af "underlødige" tilbudsgivere	53
5.4.	Undgåelse af urimelige fordele	54
6.	Tredjelandsleverandørers adgang til EU's marked	55

GRØNBOG

om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb

Europa 2020-strategien for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst¹ indeholder en vision for Europas sociale markedsøkonomi i de kommende 10 år og er baseret på tre sammenhængende og gensidigt forstærkende prioriteter: udvikling af en økonomi baseret på viden og innovation, fremme af en mere ressourceeffektiv, grønnere og mere konkurrencedygtig økonomi og fremme af en økonomi med høj beskæftigelse, der sikrer social og geografisk samhørighed.

Offentlige indkøb spiller en vigtig rolle i Europa 2020-strategien som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå disse mål. Mere specifikt omtales offentlige indkøb i Europa 2020-strategien med henblik på at:

- forbedre rammebetingelserne for erhvervslivets innovationsmuligheder med fuld udnyttelse af efterspørgselspolitikker²
- støtte overgangen til et ressourceeffektivt lavemissionssamfund, f.eks. ved at opmuntre til en større udbredelse af grønne offentlige indkøb, og
- forbedre erhvervsklimaet, navnlig for innovative små og mellemstore virksomheder.

Det understreges også i Europa 2020-strategien, at politikken for offentlige indkøb skal sikre en mere effektiv brug af offentlige midler, og markederne for offentlige indkøb skal være åbne i hele EU. Det er vigtigt, at man har effektive procedurer til at opnå de mest optimale resultater med hensyn til offentlige indkøb i betragtning af de alvorlige budgetmæssige begrænsninger og økonomiske vanskeligheder, som mange af EU's medlemsstater oplever. I lyset af disse udfordringer er behovet for et velfungerende og effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, som kan nå disse ambitiøse mål, større end nogensinde.

Mange aktører har efterspurgt en gennemgang af EU's system for offentlige indkøb med henblik på effektivisering heraf. Kommissionen har derfor i den såkaldte akt for det indre marked³ bekendtgjort, at den på grundlag af en bred høring senest i begyndelsen af 2012 vil fremsætte lovgivningsforslag med det formål at forenkle og modernisere EU-reglerne for offentlige indkøb for at gøre tildelingen af kontrakter mere smidig og muliggøre en bedre brug af offentlige kontrakter til støtte for andre politikker.

¹ Se Kommissionens meddelelse af 3. marts 2010 - KOM(2010) 2020.

² Dette er også omhandlet i Kommissionens meddelelse "Innovation i EU" – SEK(2010)1161 – et af flagskibsinitiativerne i Europa 2020, som omhandler den strategiske brug af offentlige indkøb til fremme af forskning og innovation. Den opfordrer medlemsstater til at afsætte en del af deres indkøbsbudgetter til forskning og innovation og oplyser, at Kommissionen vil tilbyde vejledning og støtte til ordregivende myndigheder.

³ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget: På vej mod en akt for det indre marked – For en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne af 27.10.2010, KOM(2010) 608.

Den nuværende generation af direktiver om offentlige indkøb, nemlig direktiv 2004/17/EF⁴ og 2004/18/EF⁵, er seneste skridt i en lang udvikling, som startede i 1971 med vedtagelsen af direktiv 71/305/EØF⁶. Ved at garantere gennemsigtige og ikke-diskriminerende procedurer har disse direktiver primært til formål at sikre, at økonomiske aktører drager fuld fordel af de grundlæggende frihedsrettigheder inden for offentlige indkøb. De nuværende direktiver nævner endvidere en række mål vedrørende integration af andre politikker inden for disse rammer, herunder miljøbeskyttelse og beskyttelse af sociale standarder⁷ eller bekæmpelse af korruption⁸.

I lyset af den vigtige rolle, som offentlige indkøb spiller med hensyn til at møde de aktuelle udfordringer, bør de eksisterende redskaber og metoder moderniseres, så de stemmer bedre overens med den politiske, sociale og økonomiske sammenhæng. Der er flere yderligere mål, der skal nås:

Det første mål er at udnytte de offentlige midler mere effektivt. Det omfatter på den ene side at opnå de bedst mulige resultater af offentlige indkøb (mest valuta for pengene). For at nå dette mål er det afgørende at generere den stærkest mulige konkurrence om offentlige kontrakter, der tildeles på det indre marked. Tilbudsgiverne skal have mulighed for at konkurrere på lige konkurrencevilkår, og konkurrenceforvridninger skal undgås. Samtidig er det afgørende at forøge effektiviteten af selve de offentlige indkøbsprocedurer: Effektive indkøbsprocedurer med målrettede forenklingsforanstaltninger, som opfylder de ordregivende myndigheds særlige behov, kan hjælpe offentlige indkøbere med at opnå de bedst mulige indkøbsresultater med den mindst mulige investering af tid og offentlige midler. Mere effektive procedurer vil være til fordel for alle økonomiske aktører og fremme deltagelsen for både SMV'er og grænseoverskridende tilbudsgivere. Den grænseoverskridende deltagelse i EU's offentlige indkøbsprocedurer er fortsat lav⁹. En sammenligning med den private sektor, hvor grænseoverskridende handel er langt større, viser, at der fortsat er store uudnyttede muligheder. Målet om mere effektive offentlige indkøb behandles primært i spørgsmålene i grønbogens del 2 (bedre værktøjer for ordregivende myndigheder) og 3 (et mere tilgængeligt europæisk marked for offentlige indkøb).

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1). Direktiv som senest ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, 2004/18/EF og 2009/81/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 314 af 1.12.2009, s. 64).

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114). Direktiv som senest ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009. Følgende tekst har som udgangspunkt bestemmelserne i 2004/18/EF; medmindre andet udtrykkeligt er angivet, kan dette dog forstås som en henvisning til de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/17/EC. Udtrykket "ordregivende myndighed" kan derfor anses for at henvise både til instanser, hvis indkøb er underlagt direktiv 2004/18/EF, og til "ordregivere" i henhold til direktiv 2004/17/EF.

⁶ Direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185 af 16.8.1971, s. 5).

⁷ Jf. betragtning 5 og 46 i direktiv 2004/18/EF og betragtning 12 og 55 i direktiv 2004/17/EF.

⁸ Jf. betragtning 43 i direktiv 2004/18/EF og den tilsvarende betragtning 40 i direktiv 2004/17/EF.

⁹ Ifølge nye undersøgelser er det kun 1,6 % af de offentlige kontrakter, som tildeles aktører fra andre medlemsstater. Indirekte grænseoverskridende deltagelse – via indbyrdes forbundne virksomheder eller partnere i den ordregivende myndigheds medlemsstat – forekommer oftere. Ikke desto mindre er procentdelen af indirekte grænseoverskridende tildelinger fortsat relativt lav (11 %).

Et andet mål er at muliggøre bedre brug af offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål: Disse omfatter miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet og bekæmpelse af klimaændringer, styrkelse af innovation, fremme af social inddragelse og sikring af de bedst mulige betingelser for en høj kvalitet i offentlige tjenester. At forfølge dette mål kan ligeledes bidrage til det første mål om en mere effektiv anvendelse af offentlige udgifter på langt sigt, f.eks. ved at flytte fokus fra den laveste startpris til de laveste livscyklusomkostninger¹⁰. Spørgsmål i forbindelse med dette mål drøftes i grønbogens del 4 (strategisk brug af offentlige indkøb).

En videreudvikling af EU's lovgivning om offentlige indkøb er også en mulighed med hensyn til at håndtere vigtige spørgsmål, som indtil videre er blevet forsømt, som f.eks. forebyggelse og bekæmpelse af korruption og favorisering (del 5) og spørgsmålet om, hvordan europæiske virksomheder styrker deres adgang til tredjelands markeder (del 6). Derudover giver en gennemgang af de lovgivningsmæssige rammer ligeledes mulighed for at undersøge, om nogle af de grundlæggende synspunkter og begreber skal omdefineres for at sikre en bedre juridisk sikkerhed for de ordregivende myndigheder og virksomhederne (del 1). I den forbindelse kan gennemgangen åbne mulighed for at øge konvergensen mellem anvendelsen af reglerne for offentlige indkøb i EU og statsstøttereglerne.

Grønbogen indeholder en række idéer til, hvordan de forskellige mål bedre nås. Det skal dog bemærkes, at de forskellige mål kan være modstridende (f.eks. forenkling af procedurer i forhold til hensyntagen til andre politiske mål). Disse forskellige mål udmønter sig ofte i politikmuligheder, som kan pege i forskellige retninger, og som kræver et begrundet valg på et senere tidspunkt.

Endvidere er der ikke ubegrænsede muligheder for eventuelle lovændringer. Lovændringer skal stemme overens med EU's internationale forpligtelser eller kan betyde, at der skal indledes passende forhandlinger med alle berørte partnere om eventuelle erstatningskrav. Virkningen af disse forpligtelser, som defineret i en plurilateral aftale¹¹ og syv bilaterale aftaler¹², kan således være, at anvendelsesområdet for eventuelle lovgivningsmæssige justeringer begrænses. Dette vedrører navnlig tærsklerne for anvendelse af EU's regler for offentlige indkøb, definitionerne af indkøbsaktiviteter og offentlige indkøbere samt visse proceduremæssige spørgsmål, som f.eks. fastlæggelsen af tekniske specifikationer og perioder.

Koncessioner behandles ikke i denne høring; de er indgået i tidligere høringer og konsekvensvurderinger. Kommissionen har til hensigt at foreslå lovgivning, der skal sikre større retlig sikkerhed for regionale og lokale myndigheder og økonomiske aktører i hele Europa samt fremme udviklingen af offentlige-private partnerskaber. Spørgsmål om offentlige e-indkøb indgår i en særskilt grønbog, som blev offentliggjort den 18. oktober 2010¹³.

¹⁰ Et klassisk eksempel er, at der ikke foretages profitable investeringer i energieffektivitet, fordi investeringer og driftsudgifter styres separat efter forskellige budgetmæssige processer.

¹¹ WTO's aftale om offentlige indkøb (GPA), se http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² For bilaterale handelsaftaler, se: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

¹³ Grønbog om øget anvendelse af elektronisk baserede offentlige indkøbsprocedurer i EU, SEK(2010) 1214 af 18.10.2010.

Parallelt med den aktuelle grøn bog gennemfører Kommissionen en omfattende evaluering af indvirkningen og effektiviteten af den europæiske politik om offentlige indkøb. I forbindelse med evalueringen indsamles der markedsbaserede beviser på, om den aktuelle lovgivning om offentlige indkøb er velfungerende, med henblik på at give et empirisk indblik i de områder, som skal forbedres. Resultaterne af disse nye undersøgelser offentliggøres i sommeren 2011.

Sammen med resultaterne af evalueringen vil interessenters bidrag til denne grøn bog indgå i de bredere overvejelser om den kommende reform af EU's regler om offentlige indkøb, som udmøntes i et forslag til lovreform.

1. HVAD HANDLER REGLER OM OFFENTLIGE INDKØB OM?

Når offentlige indkøbere bruger offentlige midler, skal de afveje andre hensyn end ledere i private virksomheder, som risikerer tab og i sidste ende konkurs, og som styres direkte af markeds kræfterne.

Regler om offentlige indkøb indeholder derfor særlige procedurer for tildeling af kontrakter, som sikrer, at offentlige indkøb foretages så rationelt, gennemsigtigt og retfærdigt som muligt. Der findes beskyttelsesforanstaltninger, som skal kompensere for den eventuelt manglende forretningsdisciplin i offentlige indkøb og bremse dyr præferencebehandling til fordel for nationale eller lokale økonomiske aktører.

EU's regler om offentlige indkøb gælder således for alle offentlige kontrakter, som kan være af interesse for aktører på det indre marked, idet de sikrer lige adgang til og fair konkurrence om offentlige kontrakter på det europæiske marked for offentlige indkøb.

1.1. Indkøbsaktiviteter

Regler om offentlige indkøb har grundlæggende til formål at regulere ordregivende myndigheders indkøbsaktiviteter. EU's direktiver om offentlige indkøb begrænser imidlertid ikke udtrykkeligt deres anvendelsesområde til indkøb, som dækker den ordregivende myndigheds særlige behov.¹⁴ Dette har afstedkommet en drøftelse om, hvorvidt direktiverne er gældende i situationer, hvor offentlige myndigheder indgår aftaler, som indeholder juridisk bindende forpligtelser, der tjener formål, som ikke har forbindelse med deres egne indkøbsbehov.

Det kan f.eks. være sager, hvor en aftale om bistand indeholder en juridisk bindende forpligtelse for modtageren til at levere særlige tjenesteydelser. Sådanne forpligtelser skal normalt sikre, at de offentlige midler anvendes korrekt. De har ikke til formål at opfylde indkøbsbehovene hos den offentlige myndighed, som yder bistanden.

Medlemsstaternes myndigheder og andre aktører har klaget over den manglende juridiske sikkerhed med hensyn til anvendelsesområdet for reglerne om offentlige indkøb i sådanne situationer og har anmodet om en præcisering af formålet med disse regler. I sin nyeste retspraksis har Domstolen stadfæstet, at begrebet offentlige kontrakter indebærer, at

¹⁴ Se dom af 18.11.2004 i sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, præmis 18.

udførelsen af de bygge- og anlægsarbejder eller de vareindkøb eller tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten, *skal bibringe* den ordregivende myndighed *en økonomisk fordel*.¹⁵

Spørgsmål:

1. Mener De, at anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige indkøb skal begrænses til indkøbsaktiviteter? Bør en sådan begrænsning blot kodificere kriteriet om umiddelbar økonomisk fordel som udviklet af Domstolen, eller bør den medføre yderligere/alternative betingelser og begreber?

1.2. Offentlige kontrakter

Den nuværende klassificering af offentlige kontrakter – i bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter – er til dels et resultat af den historiske udvikling. Behovet for at klassificere offentlige kontrakter i en af disse kategorier helt fra starten kan medføre vanskeligheder, f.eks. i forbindelse med kontrakter om indkøb af softwareapplikationer, som kan betragtes som enten vareindkøbskontrakter eller tjenesteydelseskontrakter, alt efter omstændighederne. Direktiv 2004/18/EF indeholder særlige regler om blandede kontrakter, som er videreudviklet i retspraksis. Domstolen mener, at når en kontrakt indeholder elementer, som vedrører forskellige typer, skal de gældende regler fastlægges ved at identificere kontraktens hovedformål.

Nogle af disse problemer kan undgås ved at forenkle den nuværende struktur. Det kunne f.eks. være en mulighed at anvende blot to typer offentlige kontrakter som i WTO-aftalen om offentlige indkøb (GPA-systemet), hvor der kun skelnes mellem vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, idet bygge- og anlægsaktiviteter anses som en form for tjenesteydelser ("bygge- og anlægskontrakter"). Muligheden af at anvende ét samlet begreb for offentlige kontrakter og udelukkende skelne med hensyn til kontraktens genstand, når det er strengt nødvendigt (f.eks. i bestemmelserne om grænser), kunne også overvejes.

Spørgsmål:

2. Mener De, at anvendelsesområdets nuværende struktur med en opdeling i bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter er relevant? Hvis ikke, hvilken alternativ struktur foreslår De da?

Uanset en eventuel omstrukturering af kontrakttyperne kan det være nødvendigt at gennemgå og forenkle de aktuelle definitioner af de forskellige kontrakttyper.

Det gælder navnlig definitionen af "offentlige bygge- og anlægskontrakter" i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF, som indeholder tre alternative og komplekse betingelser, som delvist overlapper hinanden. Offentlige bygge- og anlægskontrakter omfatter udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i direktivets bilags omhandlede aktiviteter, udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder som defineret i direktivets artikel 1, stk. 2, litra b) og endelig "udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed". Sidstnævnte betingelse blev tilføjet for at sikre, at definitionen omfatter tilfælde, hvor arbejderne ikke udføres af entreprenøren selv, men af tredjeparter på entreprenørens vegne.

¹⁵ Dom af 25.3.2010 i sag C-451/08 Helmut Müller GmbH, præmis 47-54, og dom af 15.7.2010, Kommissionen mod Tyskland, præmis 75.

Definitionen kan eventuelt forenkles ved at erstatte den nuværende struktur med en enklere og mere tydelig række betingelser, som omfatter alle typer bygge- og anlægsaktiviteter, uanset deres karakter og formål, herunder aktiviteter i forbindelse med udførelsen af særlige bygge- og anlægsarbejder, eventuelt udført af tredjeparter.

Spørgsmål:

3. Mener De, at definitionen af "bygge- og anlægskontrakter" bør revideres og forenkles? Vil De i så fald foreslå at undlade henvisningen til en særlig liste i et bilag til direktivet? Hvilke elementer vil De foreslå, at definitionen skal indeholde?

A/B-tjenesteydelser

Endnu vigtigere er dækningen med hensyn til tjenesteydelseskontrakter.

I de nuværende direktiver skelnes der mellem såkaldte "A-tjenesteydelser"¹⁶ og "B-tjenesteydelser"¹⁷. Hvor A-tjenesteydelser er underlagt direktivernes fulde procedure, er indgåelse af kontrakter om B-tjenesteydelser kun underlagt bestemmelserne om tekniske specifikationer og om fremsendelse af en meddelelse om resultaterne af udbudsproceduren¹⁸. Ifølge Domstolens retspraksis skal de ordregivende myndigheder, som indgår kontrakter om B-tjenesteydelser, dog overholde EU-rettens grundlæggende principper, navnlig principperne vedrørende ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og gennemsigtighed, såfremt de pågældende kontrakter frembyder en grænseoverskridende interesse.¹⁹ Dette omfatter en forpligtelse til at sikre en passende grad af offentliggørelse, så interesserede økonomiske aktører fra andre medlemsstater kan beslutte, om de vil tilkendegive deres interesse i kontrakten.

Lovgiverens oprindelige hensigt var, at direktivet i en overgangsperiode kun skulle finde fuld anvendelse på visse tjenesteydelseskontrakter, som indebærer særligt gode muligheder for øget samhandel på tværs af landegrænserne.²⁰ Det bør bemærkes, at direktivets fulde anvendelse i lyset af den åbne karakter af listen over "B-tjenesteydelser" (se kategori 27: "Andre tjenesteydelser") rent faktisk er undtagelsen, mens behandling som "B-tjenesteydelser" er reglen.

Der hersker nogen tvivl om, hvorvidt denne situation fortsat er hensigtsmæssig i lyset af den økonomiske og juridiske udvikling på det indre marked. For nogle af de tjenesteydelser, som specifikt nævnes på "B"-listen, såsom transporttjenester ad vandvejen, hotelvirksomhed, personaleudvælgelse og -rekruttering eller sikkerhedstjenester, synes det især vanskeligt at antage, at de frembyder en mindre grænseoverskridende interesse end tjenesteydelserne på "A"-listen.

Endvidere er det ofte vanskeligt at skelne mellem "A"- og "B"-tjenesteydelser, ligesom det kan medføre fejlagtig anvendelse af reglerne. På samme måde som for opdelingen af kontrakter er der problemer med grænseoverskridende situationer og blandede kontrakter.²¹

¹⁶ Tjenesteydelser anført i bilag II A i direktiv 2004/18/EF eller bilag XVII A i direktiv 2004/17/EF.

¹⁷ Tjenesteydelser anført i bilag II B i direktiv 2004/18/EF eller bilag XVII B i direktiv 2004/17/EF.

¹⁸ Jf. artikel 20 og 21 i direktiv 2004/18/EF og artikel 31 og 32 i direktiv 2004/17/EF.

¹⁹ Se dom af 13.11.2007 i sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, præmis 24-31.

²⁰ Jf. betragtning 19 i direktiv 2004/18/EF.

²¹ Jf. artikel 22 i direktiv 2004/18/EF

Derudover findes en sådan sondring ikke i de fleste samhandelspartneres systemer. Den nuværende retstilstand gør det derfor vanskeligere at få tilsagn fra samhandels partnere om større markedsadgang, da EU ikke er i stand til at gøre gengæld, særlig med hensyn til tjenesteydelser, der er blevet relevante for det indre marked og grænseoverskridende samhandel.

Den mest konsekvente løsning ville være at fjerne sondringen mellem de nuværende "B"- og "A"-tjenesteydelser og i stedet anvende en standardordning for alle tjenesteydelseskontrakter²². Fordelen herved ville være en forenkling af de eksisterende regler. Hvis den aktuelle høring viser, at den generelle ordning skal forenkles, kan en sådan forenkling ligeledes gøre det lettere at afskaffe den eksisterende særlige ordning for B-tjenesteydelser.

Spørgsmål:

4. Mener De, at sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser bør revideres?
5. Mener De, at direktiverne om offentlige indkøb skal gælde for alle tjenesteydelser, eventuelt på grundlag af en mere fleksibel standardordning? Hvis ikke, angiv da venligst de tjenesteydelser, som fortsat bør følge den aktuelle ordning for B-tjenesteydelser, og begrundelsen herfor.

Tærskler

I den nuværende situation anser visse aktører de tærskler, som er defineret i direktiverne, for at være for lave, og de anmoder derfor om, at de hæves med den begrundelse, at den grænseoverskridende interesse anses for at være utilstrækkelig til at berettige den administrative byrde, som følger med proceduren for indgåelse af kontrakter, når direktiverne omfatter kontrakter med en så relativt lav værdi.

Hvis tærsklerne hæves, vil flere kontrakter imidlertid blive fritaget for kravet om offentliggørelse af en meddelelse i hele EU til skade for forretningsmulighederne for virksomheder i Europa.

Under alle omstændigheder skal det bemærkes, at alle EU's internationale forpligtelser omfatter tærskler med præcis samme værdi som i de nuværende direktiver med undtagelse af de såkaldte B-tjenesteydelser (og især sociale tjenesteydelser)²³. Disse tærskler afgør mulighederne for adgang til markedet og er et af de vigtigste elementer i alle disse aftaler. Enhver forhøjelse af de relevante tærskler i EU vil automatisk medføre en tilsvarende forhøjelse i alle de aftaler, som EU har indgået (dvs. ikke kun i WTO-aftalen om offentlige indkøb (GPA'en), men også i alle andre internationale aftaler). Denne situation kan på sin side udløse erstatningskrav fra vores partnere, som kan blive ret omfattende.

Spørgsmål:

6. Ville De anbefale, at tærsklerne for anvendelse af EU's direktiver hæves til trods for, at dette på internationalt plan vil medføre ovennævnte konsekvenser?

²² For sociale tjenesteydelser, jf. punkt 4.4 nedenfor.

²³ For sociale tjenesteydelser, jf. punkt 4.4 nedenfor

Udelukkelse

Afsnittet om "kontrakter, der ikke er omfattet af direktivet" i direktiv 2004/18/EF²⁴ er ret heterogent: Nogle af udelukkelseerne er baseret på undtagelser/begrænsninger i traktatens anvendelsesområde (artikel 14) eller på andre overvejelser om overensstemmelse med internationale regler (artikel 15) eller med andre juridiske discipliner (artikel 16, litra c) og e)), mens andre er resultatet af politiske valg (artikel 16, litra a), b), d), f), artikel 17). Det gør det vanskeligt at indføre et generelt begreb ved vurderingen af behovet for en revision af disse bestemmelser. Under alle omstændigheder skal en revision af disse udelukkelse ses i lyset af Europas internationale forpligtelser, som aktuelt afspejler de undtagelser og fravigelser, som er omfattet af direktiverne. Indførelsen af nye udelukkelse vil afgjort vække bekymring set i det lys. De internationale forpligtelser giver imidlertid ikke mulighed for at opdatere eller præcisere indholdet og præsentationen af udelukkelseerne. Det kan ligeledes overvejes at afskaffe de udelukkelse, som ikke længere er nødvendige for den juridiske, politiske eller økonomiske udvikling.

Spørgsmål:

7. Mener De, at de eksisterende bestemmelser om kontrakter, som ikke er omfattet af direktivet, er hensigtsmæssige? Mener De, at det relevante afsnit bør omstruktureres, eller at individuelle udelukkelse skal præciseres?
8. Mener De, at visse udelukkelse skal afskaffes, genovervejes eller opdateres? Hvis ja, hvilke? Hvad foreslår De?

1.3. Offentlige indkøbere

Statslige enheders indkøb

Direktiv 2004/18/EF finder anvendelse på kontrakter indgået af staten (herunder alle underafdelinger), regionale eller lokale myndigheder og offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse organer.²⁵

Hvor begreberne "staten" og "lokale og regionale myndigheder" er relativt ligetil, er begrebet "offentligretlige organer" mere komplekst. Det er tanken, at det skal omfatte juridisk uafhængige organisationer, som har en tæt forbindelse til staten og grundlæggende virker som statslige enheder. Som eksempel kan nævnes offentlige radio- og tv-organer, universiteter, sygekasser og kommunale virksomheder.

Definitionen i direktiv 2004/18/EF har været genstand for en lang række domme i Domstolen. I lyset af denne retspraksis kan betingelserne opsummeres som følger:

- 1) Organet er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter.
- 2) Det er en juridisk person (i henhold til privatret eller offentlig ret).

²⁴ Artikel 12 – 18 i direktiv 2004/18/EF.

²⁵ For enheder, som skal anvende direktiv 2004/17/EF, jf. punkt 7 nedenfor.

- 3) Med hensyn til finansiering, ledelse og tilsyn er det nøje afhængigt af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer (se de præcise betingelser i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c)).

For at disse elementer kan anvendes korrekt, skal der foretages en analyse af de enkelte tilfælde, idet der tages højde for faktorer som f.eks. konkurrence på markedet og spørgsmålet om, hvorvidt organet har til formål at skabe indtjening og selv bærer tab og risici i forbindelse med virksomhedsudøvelsen.

Spørgsmål:

9. Mener De, at den nuværende fremgangsmåde med at definere offentlige indkøbere er hensigtsmæssig? Mener De navnlig, at begrebet "offentligretlige organer" bør præciseres og opdateres i lyset af Domstolens retspraksis? Hvis ja, hvilken type opdatering vil De mene var hensigtsmæssig?

Offentlige forsyningsvirksomheder

I henhold til de aktuelle regler for offentlige indkøb reguleres indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester af et særligt direktiv, 2004/17/EF. Disse sektorer har visse elementer til fælles: De er netindustrier, dvs. de omfatter brug af et fysisk eller "virtuelt" net (f.eks. ledninger, elektricitetsnet, postinfrastrukturer, jernbanelinjer osv.), eller de udnytter geografiske områder, normalt eksklusivt, med henblik på at tilvejebringe terminalfaciliteter eller søge efter og med tiden udvinde mineraler (olie, gas, kul osv.).

Et yderligere kendetegn for disse sektorer er, at de pågældende aktiviteter ikke kun udøves af offentlige myndigheder, men også – og i visse medlemsstater primært – af kommercielle virksomheder, uanset om de er offentlige eller private virksomheder, hvis aktiviteter er baseret på særlige eller eksklusive rettigheder. En hovedårsag til at indføre regler for offentlige indkøb for disse sektorer er, at markederne er lukkede, fordi medlemsstaterne meddeler særlige eller eksklusive rettigheder vedrørende levering, tilrådighedsstillelse eller drift af net til ydelse af den pågældende tjeneste. En udvidelse af den offentlige indkøbsdisciplin, så den også omfatter offentlige og private (kommercielle) forsyningsvirksomheder, blev anset for at være nødvendig, fordi medlemsstaternes myndigheder på forskellig måde kan øve indflydelse på disse virksomheders adfærd, herunder ved at tildele (eller ikke tildele) særlige eller eksklusive rettigheder eller ved at have kapitalinteresser i dem eller ved at være repræsenteret i deres administrations-, ledelses- eller tilsynsorganer.

Den disciplin, som blev anvendt i forbindelse med anvendelsen af procedurereglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, blev med andre ord i mangel af et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres anset for at være nødvendig for at sikre, at kontrakter vedrørende udøvelsen af de berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig, ikke-diskriminerende måde. I mangel af særlige regler frygtedes det, at forsyningsvirksomhedernes beslutninger om offentlige indkøb kunne blive påvirket af favorisering, lokale præferencer eller andre faktorer.

Der er siden gennemført liberaliseringsprocesser, enten på EU-plan eller på nationalt plan, for mange af disse sektorer (f.eks. vedrørende elektricitet og gas, efterforskning efter og udvinding af kulbrinter, posttjenester mv.). Erfaringen viser imidlertid, at "liberalisering", dvs. en proces, som har til formål at give fri adgang til den berørte virksomhed, ikke

nødvendigvis eller automatisk medfører stærk konkurrence – "etablerede aktører" har ofte meget betydelige markedsandele, og i visse medlemsstater kan statsejede virksomheder endvidere forvride markedets funktion.

Det gældende direktiv indeholder en bestemmelse, artikel 30, i henhold til hvilken Kommissionen kan undtage visse kontrakter fra direktivets anvendelsesområder, hvis konkurrenceniveauet (på de markeder, som der er ubegrænset adgang til) betyder, at et konkurrencepres vil sikre den nødvendige gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling i offentlige indkøb i udøvelsen af den pågældende aktivitet. Kommissionen har indtil videre vedtaget 16 sådanne beslutninger vedrørende ni forskellige medlemsstater, og én ansøgning er trukket tilbage. De berørte sektorer har indtil videre været elektricitetssektoren (produktion og salg), gassektoren (salg), olie og (natur)gassektoren samt forskellige dele af postsektoren (navnlig logistik, pakker og finansielle tjenester).

Et sidste punkt, som bør overvejes, er, at flere og flere private virksomheder får ret til at drive virksomhed efter at have gennemgået åbne og gennemsigtige procedurer, og at de derfor ikke har særlige eller eksklusive rettigheder i den i direktivet anførte betydning.

Det bør ligeledes bemærkes, at det fulde anvendelsesområde for forsyningsvirksomhedsdirektivet er knæsat internationalt, enten i GPA'en eller i bilaterale aftaler. Eventuelle begrænsninger i dækningen kan medføre en ændring af EU's internationale forpligtelser, hvilket kan give anledning til erstatningskrav.

Spørgsmål:

10. Mener De, at der fortsat er behov for EU-regler om offentlige indkøb med hensyn til disse sektorer? Begrund venligst Deres svar.
- 10.1. Hvis ja: Bør visse sektorer, som i dag er omfattet, udelukkes, eller bør andre sektorer omvendt underlægges bestemmelserne? Forklar venligst, hvilke sektorer der skal omfattes, og begrund Deres svar.
11. Direktivets anvendelsesområde er i øjeblikket defineret med udgangspunkt i de aktiviteter, som de berørte virksomheder udøver, deres juridiske status (offentlig eller privat) samt, hvis de er private, hvorvidt der findes særlige eller eksklusive rettigheder. Mener De, at disse kriterier er relevante, eller bør der anvendes andre kriterier? Begrund venligst Deres svar.
12. Kan private virksomheders profitorientering eller forretningsmoral antages at være tilstrækkelig til at garantere disse virksomheders objektive og retfærdige indkøb (selv om de opererer på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder)?
13. Er den gældende bestemmelse i direktivets artikel 30 en effektiv metode til at tilpasse direktivets anvendelsesområde til de skiftende regulerings- og konkurrencemønstre på de relevante (nationale og sektorielle) markeder?

2. BEDRE VÆRKTØJER FOR ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER

Ordregivende myndigheder klager ind imellem over, at EU's lovgivningsinstrumenter ikke er fuldt ud tilpasset deres indkøbsbehov. De hævder især, at der er behov for mere strømlinede og fleksible procedurer. De gør endvidere gældende, at det i visse tilfælde ikke kan lade sig

gøre at anvende hele regelsættet (navnlig i tilfælde af meget små ordregivende myndigheders indkøb), og at andre situationer (visse former for samarbejde mellem offentlige organisationer) helt bør fritages fra at anvende disse regler. Der er ligeledes områder i forbindelse med offentlige indkøb, hvor instrumenterne i henhold til EU's indkøbsregler muligvis ikke er tilstrækkelige (fælles indkøb, særlige problemer efter kontrakttildelingen).

Disse bekymringer vil blive drøftet i det følgende afsnit. Det fremgår klart af tilbagemeldingerne fra de økonomiske aktører, at der skal være nogle grundlæggende krav i EU's regler for at garantere lige muligheder på europæisk plan, hvorimod nogle af de mere detaljerede regler i de gældende direktiver kan revideres. Det skal dog bemærkes, at en nedskæring i antallet af EU-regler vil være omfattet af visse begrænsninger. En række proceduremæssige krav stammer direkte fra GPA'en og de bilaterale aftaler, som EU har underskrevet, som f.eks. tidsfristerne for de forskellige procedurer, betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden offentliggørelse eller offentliggørelse af bekendtgørelser om indgåede kontrakter. Frafald eller ændring af disse krav er ikke muligt uden en genforhandling af EU's internationale forpligtelser. Det bør ligeledes erindres, at EU's regler suppleres af et stort regelsæt på nationalt eller regionalt plan. Lovgivning, som ophæves på EU-plan, kan erstattes på andre planer og dermed skabe en risiko for en mere forskelligartet national lovgivning og muligvis mere national "gold-plating"²⁶. Enhver revision af procedurereglerne vil ligeledes skulle holdes op mod målsætningen om at sikre den bedst mulige sammenhæng mellem lovgivningen om offentlige indkøb og andre områder af EU-lovgivningen, herunder statsstøttekontrol.

Spørgsmål:

14. Mener De, at det nuværende detaljeringsniveau i EU's regler om offentlige indkøb er hensigtsmæssigt? Hvis ikke, er reglerne da for detaljerede, eller ikke tilstrækkeligt detaljerede?

2.1. Modernisering af procedurer

Et af de vigtigste temaer i den offentlige debat er, om direktivets procedurer fortsat er hensigtsmæssige i forhold til de ordregivende myndigheders og de økonomiske aktørers behov, eller om de bør ændres – og i så fald hvordan – navnlig med hensyn til at reducere kompleksiteten og den administrative byrde, samtidig med at der sikres fair konkurrence om offentlige kontrakter og optimale resultater af offentlige indkøb.

Generelle procedurer

De gældende direktiver indeholder en lang række redskaber og procedurer. Både direktiv 2004/17/EF og direktiv 2004/18/EF giver indkøberne frit valg mellem offentlige²⁷ og

²⁶ Begrebet "gold-plating" beskriver national lovgivning, der indeholder yderligere regler eller krav i forhold til de standarder, som er krævet i de relevante EU-regler.

²⁷ I et offentligt udbud offentliggør de ordregivende myndigheder en udbudsbekendtgørelse, på grundlag af hvilken alle interesserede parter kan indgive deres bud. Blandt de tilbudsgivere, som opfylder kriterierne for kvalitativ udvælgelse, vælger de ordregivende myndigheder det bud, som bedst opfylder tildelingskriterierne i henhold til udbudsbekendtgørelsen (laveste pris eller økonomisk mest fordelagtige tilbud). Denne procedure udgør næsten 3/4 af alle procedurer inden for direktivernes anvendelsesområde.

begrænsede²⁸ udbud. Situationen er en noget anden med hensyn til udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse²⁹ af en udbudsbekendtgørelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivet giver øget fleksibilitet³⁰ med det resultat, at forsyningsvirksomhederne frit kan vælge at tildele deres kontrakter i et udbud med forhandling, forudsat at de har offentliggjort et udbud. I henhold til direktiv 2004/18/EF kan udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse på den anden side udelukkende anvendes under de særlige omstændigheder, som er anført i artikel 30. I begge direktiver er anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse begrænset til undtagelsestilfælde, som er anført i en udtømmende fortegnelse³¹ og fortolkes restriktivt.

I forbindelse med tjenesteydelser kan indkøbere også anvende projektkonkurrencer³². Der blev indført særlige proceduremuligheder og redskaber i direktiverne i 2004, såsom konkurrencepræget dialog³³, dynamiske indkøbssystemer³⁴ eller elektroniske auktioner³⁵. I 2004 indførtes yderligere proceduremæssig fleksibilitet, som giver mulighed for at centralisere offentlige indkøb gennem indkøb fra eller gennem en indkøbscentral³⁶ eller gennem tildeling af rammeaftaler³⁷. Endvidere mente Kommissionen i forbindelse med den finansielle krise, at det var berettiget at anvende en hasteprocedure³⁸ til store offentlige investeringsprojekter i 2009 og 2010.

Disse yderligere proceduremuligheder skal nu undersøges for at slå fast, om procedureerne i henhold til det gældende direktiv fortsat er det bedst mulige redskab til effektive offentlige indkøb, herunder i lyset af den stadig større betydning af offentlig-private partnerskaber. Både

²⁸ I et begrænset udbud kan alle økonomiske aktører svare på udbudsbekendtgørelsen og tilkendegive deres interesse i at deltage, men kun visse kandidater, som udvælges på grundlag af kriterierne i udbudsbekendtgørelsen, opfordres til at sende et tilbud.

²⁹ I et udbud med forhandling hører de ordregivende myndigheder og enheder de økonomiske aktører om deres valg og forhandler kontraktbetingelserne med en eller flere af dem. En sådan forhandling af tilbuds-betingelserne er ikke mulig i et offentligt eller begrænset udbud.

³⁰ Den øgede fleksibilitet i forsyningsvirksomhedsdirektivet skyldes, at det ikke kun finder anvendelse på offentlige myndigheder, men også på kommercielle virksomheder, både offentlige og private virksomheder, som opererer på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder. Procedurene har derfor til formål at lægge sig tæt op ad kommerciel praksis, om end således, at de bevarer et minimum af gennemsigtighed og ligebehandling.

³¹ Artikel 31 i direktiv 2004/18/EF, artikel 40, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF.

³² Projektkonkurrencer er procedurer, som gør det muligt for den ordregivende myndighed eller ordregiveren at tilvejebringe en plan eller et projekt udvalgt af en jury efter afholdelse af et udbud, f.eks. et udbud med henblik på at få idéer til at projektere et lokalcenter i et kvarter, som er udlagt til byfornyelse. Projektkonkurrencer kan ligeledes anvendes på andre områder, f.eks. med hensyn til at tilvejebringe planer for den fremtidige struktur i et kommunikationsnetværk mellem administrationer på forskellige niveauer.

³³ I henhold til denne procedure for særligt komplekse kontrakter kan de detaljerede kontraktbetingelser fastlægges gennem en dialog mellem den ordregivende myndighed og kandidaterne, artikel 29 i direktiv 2004/18/EF (kun i direktiv 2004/18/EF). Ifølge den nyeste statistik blev den konkurrenceprægede dialog imidlertid kun anvendt i under 0,4 % af procedurene.

³⁴ Artikel 33 i direktiv 2004/18/EF.

³⁵ Artikel 54 i direktiv 2004/18/EF.

³⁶ Artikel 11 i direktiv 2004/18/EF.

³⁷ I denne henseende blev den nye fleksibilitet udelukkende indarbejdet i direktiv 2004/18/EF (se artikel 32), eftersom de eksisterende (og forskellige) bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet (artikel 14) blev anset for at være tilfredsstillende i forbindelse med forsyningsvirksomhedernes indkøb.

³⁸ Denne procedure er indarbejdet i artikel 38, stk. 8, i direktiv 2004/18/EF, når det i hastende tilfælde ikke er muligt at overholde de omhandlede minimumsfrister. Jf. pressemeddelelse IP/08/2040 af 19.12.2008.

udformningen af de forskellige typer af procedurer som sådan og de forskellige krav i direktiverne til de forskellige trin i proceduren³⁹ bør screenes for at se, hvor effektive de er med hensyn til at sikre de bedst mulige indkøbsresultater med de mindst mulige administrative byrder⁴⁰.

Spørgsmål:

15. Mener De, at procedurerne i de gældende direktiver giver de ordregivende myndigheder mulighed for at skabe det bedst mulige indkøbsresultat? Hvis ikke: Hvordan bør procedurerne forbedres for at lette den administrative byrde/reducere transaktionsomkostningerne og varigheden af procedurerne og samtidig garantere, at de ordregivende myndigheder får mest valuta for pengene?
16. Kan De forestille Dem andre typer af procedurer, som ikke findes i de gældende direktiver, og som efter Deres mening kan øge omkostningseffektiviteten af offentlige indkøbsprocedurer?
17. Mener De, at de procedurer og redskaber, som er indeholdt i direktiverne til opfyldelse af særlige behov og til fremme af privat deltagelse i offentlige investeringer gennem offentlig-private partnerskaber (f.eks. dynamiske indkøbssystemer, konkurrencepræget dialog, elektroniske auktioner, projektkonkurrencer), bør bevares i deres nuværende form, ændres (hvis ja, hvordan) eller afskaffes?
18. På grundlag af Deres erfaring med anvendelse af hasteproceduren i 2009 og 2010 ville De da anbefale en generalisering af muligheden for at afkorte tidsfristerne under visse omstændigheder? Ville dette efter Deres mening være muligt uden at sætte kvaliteten af tilbuddene over styr?

Flere forhandlinger

Interessenter tilkendegiver ofte, at der er behov for øget fleksibilitet i indkøbsprocedurerne, og at ordregivende myndigheder navnlig bør gives mulighed for at forhandle kontraktbetingelserne med potentielle tilbudsgivere.

Forhandlinger er tilladt i GPA, hvis dette offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen. Dette kunne derfor være en mulighed i forbindelse med EU's generelle lovgivning om offentlige indkøb under forudsætning af, at principperne om ikke-forskelsbehandling og en retfærdig procedure overholdes. Dette kunne give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at opnå indkøbsresultater, som reelt modsvarer deres behov.

Denne mulighed skal drøftes indgående med alle interessenter, ordregivende myndigheder og økonomiske aktører. De eventuelle fordele ved øget fleksibilitet og potentiel forenkling skal

³⁹ F.eks. regler vedrørende udbudsbekendtgørelser, indhold af udbudsmateriale, tidsfrister for proceduren, beviser på udvælgelseskriterier, dokumentation og kommunikation med tilbudsgivere.

⁴⁰ Naturligvis har ajourførte informations- og kommunikationsteknologier et væsentligt potentiale for at øge procedurerne for alle parter, lige som de kan være med til at nedbringe bureaukratiet, især med hensyn til indsamling og tilvejebringelse af certifikater. Dette aspekt af moderniseringsdebatten behandles imidlertid ikke i den foreliggende grønne bog, men behandles i et særligt samråd i forbindelse med grønne bogen om øget anvendelse af elektronisk baserede offentlige indkøbsprocedurer i EU, SEK(2010) 1214, 18.10.2010.

afvejes i forhold til den øgede risiko for favorisering og mere generelt for alt for subjektive beslutninger som følge af de større skønsbeføjelser, som de ordregivende myndigheder nyder i et udbud med forhandling. En sådan subjektivitet ville på sin side gøre det vanskeligere at påvise, at den deraf følgende kontrakt ikke involverede statsstøtte. Endvidere vil de ordregivende myndigheders større spillerum kun være nyttigt, hvis de har den nødvendige tekniske ekspertise, viden om markedet og evner til at forhandle en god aftale med leverandørerne.

Endelig skal det nøje vurderes, hvilken type og størrelse af kontraktforhandlinger der vil være fornuftige. Interessenter hævder ofte, at forhandling især vil være hensigtsmæssig i forbindelse med tildeling af mindre kontrakter. På den anden side kan det også være nyttigt i forbindelse med udbud af store projekter, navnlig gennem offentlig-private partnerskaber. I lyset af de komplekse kontrakter vedrørende sådanne projekter kan der endda være et endnu større behov for særligt fleksible procedurer og en bred forhandlingsmargin samt mere teknisk ekspertise hos den ordregivende myndighed til at føre forhandlingerne.

Spørgsmål:

19. Ville De støtte flere forhandlinger i offentlige indkøbsprocedurer og/eller en generalisering af anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse?
20. Mener De i sidstnævnte tilfælde, at dette bør være en mulighed for alle typer af kontrakter/alle typer af ordregivende myndigheder eller kun under visse omstændigheder?
21. Er De enig i, at generaliseret anvendelse af udbud med forhandling kan indebære en risiko for misbrug/forskelsbehandling? Ud over de beskyttelsesforanstaltninger, som allerede findes i direktiverne for udbud med forhandling, ville det da være nødvendigt med yderligere beskyttelsesforanstaltninger vedrørende gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling for at kompensere for et højere niveau af skønsbeføjelser? Hvis ja, hvilke yderligere beskyttelsesforanstaltninger kunne De da forestille Dem?

Kommercielle varer og tjenesteydelser

GPA'en indeholder visse særlige regler for varer og tjenesteydelser af en type, som generelt sælges eller tilbydes til salg på det kommercielle marked, og som normalt købes af ikke-statslige købere til ikke-statslige formål. Kommercielle varer og tjenesteydelser anses for at være tilgængelige på markedet i standardiseret form, og indkøb af sådanne varer og tjenesteydelser forenkles således ved, at pris, kvalitet og betingelser generelt er fastlagt på markederne. Det kan være en god idé at indføre forenklede procedurer for indkøb af sådanne varer og tjenesteydelser (f.eks. strømlinede procedurer med kortere tidsfrister).

Spørgsmål:

22. Mener De, at det ville være hensigtsmæssigt at anvende forenklede procedurer til indkøb af kommercielle varer og tjenesteydelser? Hvis ja, hvilken form for forenkling vil De da foreslå?

Udvælgelse og tildeling

I henhold til de gældende direktiver skal valget af tilbudsgiver udføres på to stadier. På udvælgelsesstadiet vurderer den ordregivende myndighed de økonomiske aktørers kapacitet og egnethed. Dette sker på grundlag af udelukkelseskriterier og kriterier om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne. På tildelingsstadiet undersøger den ordregivende myndighed tilbuddene og vælger det bedste tilbud. Dette sker på grundlag af objektive kriterier vedrørende kvaliteten af de foreslåede produkter og tjenesteydelser.

I henhold til Domstolens retspraksis⁴¹ skal de ordregivende myndigheder skelne strengt mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Beslutningen om kontrakttildelingen skal udelukkende træffes på grundlag af kriterier vedrørende de tilbudte produkter og tjenesteydelser. Overvejelser i forbindelse med tilbudsgiverens evne til at opfylde kontrakten som dennes erfaring, arbejdskraft og udstyr, er ikke tilladt.

I GPA'en skelnes der ligeledes mellem udvælgelsen og beslutningen om kontrakttildelingen. Denne sondring er imidlertid mindre streng end i ovennævnte retspraksis, eftersom GPA'en ikke udtrykkeligt forbyder, at der på tildelingsstadiet tages højde for kriterier, som ikke er forbundet med de tilbudte varer og tjenesteydelser, og dermed tillader, at der tages højde for kriterier relateret til tilbudsgiveren.

Ordregivende myndigheder klager ind imellem over den administrative byrde, som opstår som følge af behovet for først at verificere udvælgelseskriterier for alle kandidater og tilbudsgivere, inden tildelingskriterierne undersøges. De hævder, at det under visse omstændigheder vil fremskynde processen, hvis de får lov først at undersøge tildelingskriterierne, eftersom udvælgelseskriterierne kun skal undersøges for den valgte tilbudsgiver.

I denne henseende kan det være hensigtsmæssigt at genoverveje tilrettelæggelsen og rækkefølgen af undersøgelsen af udvælgelses- og tildelingskriterier inden for de proceduremæssige rammer. Et fingerpeg findes i Domstolens seneste retspraksis, hvor det anføres, at direktiverne om offentlige indkøb "ikke udelukker, at efterprøvningen af tilbudsgivernes kvalifikationer og tildelingen af kontrakten kan finde sted samtidig" forudsat at "de to processer er særskilte og omfattet af forskellige regler".⁴² Det tyder på, at det ikke i så høj grad er rækkefølgen af trinene i processerne, der er vigtig, men mere den principielle adskillelse af udvælgelses- og tildelingskriterier.

Hensigtsmæssigheden af en sådan mulighed vil dog skulle analyseres nøje. En reel lettelse af den administrative byrde kan kun tænkes under særlige omstændigheder. Undersøgelse af udvælgelseskriterierne efter tildelingskriterierne giver kun mening, hvis tildelingskriterierne kan vurderes hurtigt og let for alle tilbud. Dette kan især gælde kontrakttildelinger vedrørende køb af standardvarer til den laveste pris. Endvidere vil det være vanskeligt at gennemføre dette i et begrænset udbud eller i et udbud med forhandling, hvis de kandidater, som opfordres til at give tilbud eller forhandle, normalt vælges på grundlag af kriterierne for kvalitativ udvælgelse, samt hvis der anvendes kvalifikationssystemer.

Visse aktører fremlægger langt mere vidtrækkende forslag, som sætter spørgsmålstegn ved den principielle adskillelse af udvælgelses- og tildelingskriterier. De gør gældende, at

⁴¹ Jf. dom af 20.9.1988 i sag 31/87 Beentjes, præmis 15-19, dom af 24.1.2008 i sag C-532/06, Lianakis, præmis 30, og dom af 12.11.2009 i sag C-199/07, Kommissionen mod Grækenland, præmis 51-55.

⁴² Jf. dom i Lianakis-sagen, præmis 27, og dom i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 51.

muligheden for at medtage kriterier vedrørende tilbudsgivere som f.eks. erfaring og kvalifikationer som tildelingskriterier kan bidrage til et bedre indkøbsresultat.

Man skal dog være opmærksom på, at en sådan mulighed vil medføre en stor ændring i det system, som direktiverne om offentlige indkøb har fastlagt for processerne. Adskillelsen af udvælgelses- og tildelingskriterier garanterer retfærdighed og objektivitet i sammenligningen af tilbuddene. Inddragelse af kriterier vedrørende tilbudsgivere såsom erfaring og kvalifikationer som tildelingskriterier kan underminere sammenligneligheden af de faktorer, der skal tages højde for, og i sidste ende medføre overtrædelse af princippet om ligebehandling. Inddragelse af kriterier vedrørende tilbudsgivere kunne således potentielt også føre til konkurrenceforvridninger. Forslag i denne retning bør derfor kun medtages i begrænset omfang, om overhovedet, f.eks. for bestemte typer kontrakter, hvor de involverede medarbejderes kvalifikationer og cv'er er særligt relevante.

Under alle omstændigheder skal alle ændringer, som påvirker princippet om adskillelse af udvælgelses- og tildelingskriterier, overvejes meget nøje. Det kan være nødvendigt at sørge for yderligere beskyttelsesforanstaltninger for at garantere retfærdige og objektive processer.

Spørgsmål:

23. Vile De støtte en mere fleksibel proces for tilrettelæggelse og rækkefølge af undersøgelsen af udvælgelses- og tildelingskriterier som led i indkøbsproceduren? Mener De i så fald, at det bør være muligt at undersøge tildelingskriterierne inden udvælgelseskriterierne?
24. Mener De, at det i undtagelsestilfælde kan være berettiget at tillade ordregivende myndigheder at tage højde for kriterier, der vedrører tilbudsgiveren selv, i tildelingsfasen? Hvis ja, i hvilke tilfælde, og hvilke yderligere beskyttelsesforanstaltninger ville efter Deres mening være nødvendige for at sikre retfærdighed og objektivitet i beslutningen om tildeling i et sådant system?

Hensyntagen til tidligere resultater

Nogle aktører er desuden af den opfattelse, at de gældende direktiver ikke indeholder tilstrækkelige instrumenter til at tage hensyn til den ordregivende myndigheds eventuelle tidligere erfaring med tilbudsgiveres resultater. Det er sandt, at hensyntagen til en sådan erfaring kunne give nogle nyttige fingerpeg om kvaliteten af tilbudsgiveren og dennes fremtidige arbejde. Denne mulighed indebærer imidlertid en åbenlys risiko for forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne. Det er derfor nødvendigt at sørge for passende beskyttelsesforanstaltninger for at sikre lige behandling af tilbudsgivere, gennemsigtighed og en retfærdig procedure.

Spørgsmål:

25. Mener De, at direktivet udtrykkeligt skal tillade, at der tages højde for tidligere erfaring hos en eller flere tilbudsgivere? Hvis ja, hvilke beskyttelsesforanstaltninger er der da behov for for at forebygge forskelsbehandling?

Særlige værktøjer for forsyningsvirksomheder

De proceduremæssige værktøjer i forsyningsvirksomhedsdirektivet adskiller sig væsentligt fra værktøjerne i direktiv 2004/18/EF på en række punkter. Et aspekt er, at de er karakteriseret

ved større proceduremæssig fleksibilitet for ordregivere. Ud over ovennævnte frie valg mellem et udbud med forhandling og et udbud har forsyningsvirksomheder endvidere to særlige redskaber til rådighed til tilrettelæggelse af indkøb, nemlig: kvalifikationsordninger⁴³ og vejledende periodiske bekendtgørelser⁴⁴.

I henhold til betingelserne i det gældende forsyningsvirksomhedsdirektiv kan bekendtgørelser om anvendelse af en kvalifikationsordning anvendes ved et udbud for indkøb af en bestemt type bygge- og anlægsarbejder, vareindkøb og tjenesteydelser, som indkøbes i løbet af kvalifikationsordningen, uanset antallet af individuelle indkøbsprocedurer, som anvendes til dette formål. Hvor der vælges en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning ved et udbud, kan den eller de specifikke kontrakter kun tildeles i et begrænset udbud eller i et udbud med forhandling, hvor deltagerne vælges udelukkende blandt de, der allerede er kvalificerede i overensstemmelse med reglerne om den relevante ordning. Kvalifikationsordninger kan være nyttige i forbindelse med indkøb af teknisk krævende bygge- og anlægsarbejder, vareindkøb eller tjenesteydelser⁴⁵, som omfatter en så langvarig procedure for kvalificering af økonomiske aktører⁴⁶, at det er en fordel for alle involverede at anvende samme kvalifikationsproces med hensyn til en række individuelle indkøbsprocedurer i stedet for at skulle gentage kvalifikationsprocessen for den enkelte indkøbsprocedure.

Vejledende periodiske bekendtgørelser kan anvendes til at iværksætte udbud med hensyn til indkøb af en bestemt type bygge- og anlægsarbejder, vareindkøb og tjenesteydelser, som skal indkøbes over en periode på 12 måneder, uanset hvor mange individuelle indkøbsprocedurer, som anvendes til dette formål. Når en vejledende periodisk bekendtgørelse anvendes til at iværksætte et udbud, må den eller de specifikke kontrakter ikke tildeles i et offentligt udbud, men kun i et begrænset udbud eller i et udbud med forhandling, hvor deltagerne udelukkende vælges blandt dem, som har tilkendegivet deres interesse i forbindelse med den vejledende periodiske bekendtgørelse. Vejledende periodiske bekendtgørelser anvendes ofte til at iværksætte udbud med hensyn til gentagne indkøb af ensartede varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, og de kan derfor lette forsyningsvirksomhederne i deres daglige arbejde.

Spørgsmål:

26. Mener De, at der er behov for særlige regler for forsyningsvirksomhedernes indkøb? Bliver der i de forskellige regler for forsyningsvirksomheder og offentlige virksomheder taget tilstrækkeligt højde for forsyningsvirksomhedernes særlige indkøb?

2.2. Særlige instrumenter for små ordregivende myndigheder

Særligt små ordregivende myndigheder klager ofte over, at anvendelse af alle procedureregler og beskyttelsesforanstaltninger vedrørende tildeling af deres relativt små kontrakter kræver en uforholdsmæssig stor mængde tid og kræfter. For så vidt angår små kontrakter under direktivernes tærskelværdier klager de endvidere over juridisk usikkerhed i forhold til, om de skal opfylde kravene i den primære ret. Begge bekymringer kan håndteres som følger:

⁴³ Se især artikel 53.

⁴⁴ Jf. artikel 42, stk. 3.

⁴⁵ F.eks. rullende jernbanemateriel, højtryksgasledninger osv.

⁴⁶ I visse tilfælde længere end seks måneder.

Lettere proceduremæssige rammer for lokale og regionale ordregivende myndigheder ved tildeling af kontrakter over direktivernes tærskelværdier.

Der kan argumenteres for at fastlægge lettere proceduremæssige rammer for lokale og regionale ordregivende myndigheder, så fleksibiliteten i henhold til GPA'en kan anvendes fuldt ud for myndigheder på lavere niveau og forsyningsvirksomheder uden at gå på kompromis med behovet for gennemsigtighed. De gældende direktiver yder kun denne fleksibilitet til forsyningsvirksomheder, men ikke til lokale og regionale ordregivende myndigheder. Et sådant differentieret system ville give de lokale myndigheder større frihed i deres indkøbsaktiviteter og reducere den administrative byrde præcis på de områder, hvor den kan være uforholdsmæssig stor. På den anden side kan de overordnede regler blive endnu mere komplekse, hvis der skabes forskellige niveauer af proceduremæssige krav, og de kan være vanskelige at gennemføre og anvende i praksis, navnlig når det drejer sig om anvendelsen af statsstøtteregler.⁴⁷

Et element af sådanne lettere proceduremæssige rammer kan være mindre strenge bestemmelser om offentliggørelse: I henhold til GPA'en kan en myndighed på lavere niveau tildele en kontrakt uden at offentliggøre en individuel udbudsbekendtgørelse, hvis blot den har tilkendegivet sin hensigt og offentliggjort specifikke oplysninger i en vejledende periodisk bekendtgørelse eller en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning⁴⁸. Denne mulighed kan lette den administrative byrde for de ordregivende myndigheder betydeligt. En ulempe kan være, at økonomiske aktørers adgang til kontrakter reduceres, hvilket reducerer konkurrencen om de enkelte kontrakter.

En anden mulighed kan være at tillade generel anvendelse af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse. Muligheden for at tillade forhandlinger generelt er allerede drøftet ovenfor (afsnit 2.1). Det bør nøje analyseres, hvorvidt denne mulighed er hensigtsmæssig, navnlig for lokale og regionale ordregivende myndigheder. Det kan være en god idé at tilpasse kontrakten, så der tages højde for sådanne myndigheders særlige bekymringer og behov. På den anden side er det ikke sikkert, at små ordregivende myndigheder altid har den nødvendige købermagt og tekniske ekspertise til at føre forhandlinger på lige fod med tilbudsgiverne.

Spørgsmål:

27. Mener De, at reglerne for offentlige indkøb er passende eller omvendt ikke passer til små ordregivende myndigheders behov? Begrund venligst Deres svar.
28. Vil De i så fald støtte regler om en forenklet procedure for relativt små kontrakttildelinger fra lokale og regionale myndigheder? Hvad karakteriserer efter Deres mening sådanne forenkledede regler?

Større juridisk sikkerhed for tildelinger under direktivernes tærskelværdier

Mange af de kontrakter, som tildeles af små lokale og regionale ordregivende myndigheder, har en værdi, som er lavere end direktivernes tærskelværdier. Ifølge Domstolens retspraksis

⁴⁷ Statsstøtteregler fokuserer mere på den bevilgede kompensation end på den ordregivende myndigheds størrelse. En eventuel revision, der går i retning af lempeligere proceduremæssige rammer, berører ikke anvendelsen af statsstøtteregler.

⁴⁸ For en detaljeret redegørelse for disse instrumenter henvises til afsnit 2.1.

skal tildelingen af sådanne kontrakter respektere de grundlæggende principper i EU-lovgivningen, som f.eks. ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, hvis de frembyder en grænseoverskridende interesse. Kommissionen har tilkendegivet sin holdning til kravene i henhold til Domstolens retspraksis i sin *Fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne*⁴⁹.

Mange ordregivende myndigheder hævder, at præciseringen i denne meddelelse ikke altid er tilstrækkelig i praksis, navnlig med hensyn til at beslutte, om der frembydes en grænseoverskridende interesse. Uvisheden i forhold til, om standarderne i de grundlæggende principper skal respekteres i specifikke sager, ville gøre livet surt, navnlig for mindre ordregivende myndigheder. Betydningen af dette spørgsmål fremgår også af de foranstaltninger, som medlemsstaterne har truffet i denne henseende i forbindelse med den finansielle krise.

Selv om kontrakter under tærskelværdierne højst sandsynligt ikke er omfattet af fremtidige lovforslag, kan det overvejes at give de ordregivende myndigheder yderligere vejledning for at hjælpe dem med at vurdere, om der findes en grænseoverskridende interesse i særlige tilfælde.

Spørgsmål:

29. Mener De, at Domstolens retspraksis som redegjort i Kommissionens fortolkningsmeddelelse giver tilstrækkelig juridisk sikkerhed for tildeling af kontrakter under direktivernes tærskelværdier? Eller mener De, at der kan være behov for yderligere vejledning, f.eks. om tilkendegivelser af en eventuel grænseoverskridende interesse eller et andet EU-initiativ? På hvilke punkter ville De skønne dette relevant eller nødvendigt?

2.3. Samarbejde mellem offentlige organisationer

Et andet spørgsmål, som har været genstand for kontroversielle drøftelser i de sidste årtier, er spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang regler om offentlige indkøb bør anvendes på kontrakter, som indgås mellem offentlige myndigheder.

Princippet om retfærdig og åben konkurrence forhindrer, at kontrakter, som indgås mellem offentlige myndigheder, *automatisk* udelukkes fra anvendelsesområdet for EU's direktiver om offentlige indkøb. Det er dog sandt, at anvendelsen af disse regler ikke er hensigtsmæssig for visse former for samarbejde mellem offentlige myndigheder, og Domstolen mener derfor ikke, at disse er offentlige indkøb.

Der skal trækkes en skillelinje mellem ordninger blandt ordregivende myndigheder, når de udfører deres opgaver, som er omfattet af retten til selvorganisering på den ene side, og indkøbsaktiviteter, som bør drage fordel af åben konkurrence blandt økonomiske aktører på den anden side. Domstolen har navnlig skelnet mellem to scenarier for samarbejde mellem offentlige organisationer, som ikke er omfattet af EU's direktiver om offentlige indkøb.

⁴⁹ Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne af 1.8.2006 (EUT C 179 af 1.8.2006, s. 2). Jf. også Rettens dom af 20. maj 2010 i sag T-258/06, Tyskland mod Kommissionen.

Internt: Kontrakter, som tildeles en offentligt ejet enhed, anses ikke for at være offentlige indkøb, hvis denne enhed kontrolleres af de ordregivende myndigheder på samme måde, som de kontrollerer deres egne afdelinger, og hvis den udøver en væsentlig del af sin virksomhed sammen med de ordregivende myndigheder⁵⁰. Flere ordregivende myndigheder kan anvende den samme fælles kontrollerede interne enhed (vertikalt/institutionaliseret samarbejde). Domstolens retspraksis lader dog et par spørgsmål stå ubesvarede, som f.eks. hvad der præcis menes med "tilsvarende kontrol", tildeling af kontrakter fra den kontrollerede enhed til moderorganisationen/moderorganisationerne eller til en intern søsterorganisation (dvs. en enhed, som kontrolleres af samme moderorganisation).

"Horisontalt samarbejde": I en nyere dom⁵¹ afgjorde Domstolen, at anvendelse af fælles kontrollerede interne enheder ikke var den eneste metode til udøvelse af samarbejde mellem offentlige organisationer, og at et sådant samarbejde kan foregå på et rent kontraktmæssigt plan (horisontalt/ikke-institutionaliseret samarbejde). Denne form for samarbejde er ikke omfattet af EU's regler om offentlige indkøb, hvor rent offentlige enheder samarbejder om en offentlig opgave ved hjælp af egne ressourcer, med et fælles mål og med inddragelse af fælles rettigheder og forpligtelser, der rækker videre end blot "udførelse af en opgave mod vederlag", i forfølgelsen af mål af almen interesse.

Ud over disse to former for samarbejde skal der nævnes endnu et tilfælde, som ikke vedrører "samarbejde" i ordets egentligste forstand mellem flere ordregivende myndigheder, men overførsel af kompetence vedrørende en offentlig opgave fra én myndighed til en anden. En sådan overførsel af kompetencer falder uden for anvendelsesområdet for EU's direktiver om offentlige indkøb, hvis ansvaret for opgaven som sådan overføres i sin helhed (i modsætning til blot at betro opgavens udførelse til en anden myndighed).

Udviklingen i Domstolens retspraksis har givet et ret kompliceret billede af mulige undtagelser for samarbejde mellem offentlige organisationer, og erfaringen har vist, at ordregivende myndigheder ikke altid melder klart ud, om og på hvilke betingelser deres forbindelser hører under anvendelsesområdet for EU's lovgivning om offentlige indkøb. Som svar på dette behov for præcisering på kort sigt yder Kommissionen vejledning i fortolkningen af retspraksis i et arbejdsdokument, der offentliggøres i 2011.

Hovedspørgsmålet er imidlertid, om og hvordan dette spørgsmål skal håndteres af retsregler, som navnlig vil give en klar definition af de former for samarbejde, som ligger uden for anvendelsesområdet for EU's direktiver om offentlige indkøb.

Det vil muligvis være en god idé at undersøge, om der er plads til et koncept med visse fælles kriterier for fritaget samarbejde mellem offentlige organisationer. Et sådan koncept skulle udformes, så der tydeligt skelnes mellem moderne organisationsformer for (fælles) udførelse af offentlige opgaver hos de ordregivende myndigheder, som udelukkende afhænger af overvejelser om almen interesse på den ene side (dvs. ikke omfattet af regler om offentlige indkøb), og rent (kommercielt) køb og salg af varer og tjenesteydelser på markedet på den anden side (omfattet af reglerne). Der skal foretages en omhyggelig analyse af, hvordan denne sondring kan gennemføres i praksis, også i lyset af Domstolens nylige afgørelser. Følgende aspekter synes at være særligt vigtige i denne forbindelse.

⁵⁰ Se f.eks. sag C-107/98, Teckal; sag C-324/07, Coditel og sag C-573/07, Sea.

⁵¹ Sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland.

Først og fremmest fremgår det tydeligt af Domstolens retspraksis⁵², at et samarbejde mellem offentlige organisationer, som er fritaget for anvendelse af EU's regler om offentlige indkøb, skal forblive rent offentligt. Deltagelse af privat kapital i en af disse samarbejdsenheder vil derfor betyde, at samarbejdet ikke fritages som sådan fra reglerne om offentlige indkøb.

Et andet element, som synes at være vigtigt, er kriteriet vedrørende "begrænset markedsorientering" for de pågældende enheder, som Domstolen for nylig har udviklet⁵³. Hvis de berørte enheder er markedsorienterede, er de aktive på markedet i direkte konkurrence med private aktører, forfølger de samme eller tilsvarende kommercielle mål som dem og anvender de samme instrumenter som dem. Samarbejde, som er fritaget for reglerne om offentlige indkøb, og som har til formål at løse en offentlig opgave, bør i princippet ikke omfatte sådanne enheder. Markedsorienterede interne udbydere af tjenesteydelser kunne ligeledes give anledning til betænkeligheder i relation til konkurrence og statsstøtte.

Endelig skal forbindelsen mellem de samarbejdende enheder nævnes. I et institutionaliseret samarbejde er det en eventuelt fælles intern kontrol, som kan føre til, at selv en aftale, som normalt er omfattet af reglerne om offentlige indkøb, ikke er omfattet af anvendelsesområdet. Hvis denne kontrol ikke findes, synes det at være vigtigt, for også at skelne mellem ikke-institutionaliseret samarbejde og en normal offentlig kontrakt, at førstnævnte omfatter fælles rettigheder og forpligtelser, som rækker videre end blot "udførelse af en opgave mod vederlag", og at det primære mål med samarbejdet ikke er kommercielt.

Spørgsmål

30. Mener De i lyset af ovenstående, at det er en god idé at etablere retsregler på EU-plan vedrørende anvendelsesområdet og kriterierne for samarbejde mellem offentlige organisationer?
31. Er De enig i, at konceptet med visse fælles kriterier for fritagne former for samarbejde mellem offentlige organisationer bør udvikles? Hvilke elementer vil efter Deres mening være de vigtigste i et sådant koncept?
32. Eller foretrækker De særlige regler for forskellige former for samarbejde i overensstemmelse med Domstolens retspraksis (f.eks. internt og horisontalt samarbejde)? Hvis ja, forklar da venligst hvorfor, og hvilke regler.
33. Bør EU's regler ligeledes omfatte overførsel af kompetencer? Begrund venligst Deres svar.

2.4. Passende værktøjer til koncentration af efterspørgsel/fælles indkøb

Et spørgsmål, hvor aktører ofte beklager, hvad de opfatter som et resultat af utilstrækkelige værktøjer på EU-plan, er spørgsmålet om koncentration af efterspørgslen/koordinering af offentlige indkøb mellem de ordregivende myndigheder.

⁵² Sag C-26/03, Stadt Halle.

⁵³ Sag C-573/07, SEA, præmis 73. Kravene i dom C-480/06 om, at samarbejdet "kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte er sikret", peger i samme retning.

Fortalerne for en sådan koncentration af efterspørgslen fremhæver de betydelige positive virkninger for leverandører og ordregivende myndigheder, herunder: stordriftsfordele, lavere produktionsomkostninger til fordel for virksomheder og de europæiske skatteydere, øget købekraft hos de offentlige myndigheder og mulighed for at samle færdigheder og ekspertise og dele de omkostninger og risici, som er forbundet med offentlige indkøb. Deling af omkostninger og risici vil desuden især fremme en strategisk udvikling af nye innovative produkter og tjenesteydelser og dermed fremme udviklingen af nye produkter og markeder⁵⁴.

Navnlig grænseoverskridende samarbejde mellem ordregivende myndigheder fra forskellige medlemsstater kan bidrage til yderligere integration af indkøbsmarkederne og dermed fremme opsplitningen af europæiske markeder på tværs af nationale grænser og skabe et bæredygtigt, internationalt konkurrencedygtigt industrielt grundlag.

De gældende direktiver indeholder allerede en række redskaber til koncentration af efterspørgslen, herunder indkøbscentraler⁵⁵. Der er andre instrumenter, som ikke er specifikt udformet til en koncentration af efterspørgslen, men som kan anvendes til dette formål, herunder muligheden af at indgå rammekontrakter, som flere ordregivende myndigheder deltager i. De ordregivende myndigheder kan naturligvis også koordinere deres indkøbsaktiviteter ved blot at dele deres erfaringer eller koordinere visse faser af indkøbsproceduren.

Der er imidlertid behov for at drøfte de tilbagevendende anmodninger om mere specifikke instrumenter på EU-plan til koncentration af efterspørgslen, navnlig grænseoverskridende fælles indkøb. Sådanne instrumenter og mekanismer skal finde den rigtige balance mellem at tillade en større koncentration af efterspørgslen i strategiske sektorer og ikke at begrænse konkurrencen på indkøbsmarkeder (navnlig til skade for SMV'er), f.eks. ved at opdele kontrakter i partier.

Hvad angår grænseoverskridende fælles offentlige indkøb, kan der være yderligere juridiske spørgsmål, f.eks. afdækning af, hvilken national lovgivning der er gældende for den offentlige indkøbsprocedure og kontrakten, om de ordregivende myndigheder er i stand til at anvende anden national lovgivning end deres egen, og udpegning af den kompetente myndighed og de gældende regler for klager over indkøbsbeslutninger.

Spørgsmål

34. Støtter De generelt en større koncentration af efterspørgslen/mere fælles indkøb? Hvilke fordele/ulemper kan De se?
35. Findes der efter Deres mening hindringer for en effektiv koncentration af efterspørgslen/fælles indkøb? Mener De, at de instrumenter, som disse direktiver tilvejebringer for koncentration af efterspørgslen (indkøbscentraler, rammekontrakter), fungerer godt og er tilstrækkelige? Hvis ikke, hvordan bør disse instrumenter da ændres? Hvilke andre instrumenter eller bestemmelser er nødvendige efter Deres mening?

⁵⁴ Flagskibsinitiativet "Innovation i EU" (SEK(2010) 1161), som har til formål at relancere de europæiske innovations- og forskningspolitikker som en del af Europa 2020-strategien, opfordrer derfor også til et EU-initiativ vedrørende fælles indkøb.

⁵⁵ Jf. artikel 1, stk. 10, i direktiv 2004/18/EF.

- | | |
|-----|---|
| 36. | Mener De, at en større koncentration af efterspørgslen/fælles indkøb kan medføre en risiko med hensyn til at begrænse konkurrencen og hindre SMV'ers adgang til offentlige kontrakter? Hvis ja, hvordan kan en eventuel risiko så mindskes? |
| 37. | Mener De, at fælles offentlige indkøb vil være mere velegnet for bestemte produktområder end andre? Hvis ja, angiv da venligst nogle af disse områder og årsagerne dertil. |
| 38. | Er der efter Deres mening specifikke problemer i forbindelse med grænseoverskridende fælles indkøb (f.eks. med hensyn til gældende lovgivning og klageprocedurer)? Mener De specifikt, at Deres nationale lovgivning tillader, at en ordregivende myndighed bliver underkastet en klageprocedure i andre medlemsstater? |

2.5. Håndtering af problemer i forhold til kontraktens udførelse

Bortset fra kravet om forudgående gennemsigtighed for klausuler om kontraktens udførelse (angivelse i udbudsbekendtgørelsen eller specifikationerne) omfatter de gældende direktiver ikke kontraktens udførelse. Visse problemer, som opstår i forbindelse med kontraktens udførelse kan dog have alvorlige konsekvenser med hensyn til ikke-forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne og med hensyn til korrektheden af offentlige indkøb generelt. Spørgsmålet er, om EU's regler bør indeholde særlige lovgivningsinstrumenter, som kan gøre det muligt at indgå kontrakter, hvori disse problemer håndteres mere effektivt.

Omfattende ændringer

Et særligt kompliceret spørgsmål er problemet med en efterfølgende udvikling, som har konsekvenser for selve kontrakten eller dens udførelse.

Ifølge Domstolens retspraksis kræver ændringer i bestemmelserne i en offentlig kontrakt i dennes løbetid, at der gennemføres en ny kontrakttildelingsprocedure, hvis de udgør afgørende forskelle i forhold til den oprindelige kontrakt⁵⁶.

Domstolen har allerede givet nogle fingerpeg om, hvornår ændringer bør anses for at være afgørende. Dette er navnlig tilfældet, hvis de indfører betingelser, som ville have tilladt andre tilbudsgiveres deltagelse eller succes, hvis de i betydeligt omfang udvider kontraktens anvendelsesområde, eller hvis de ændrer kontraktens økonomiske balance.⁵⁷ De ordregivende myndigheder har dog anført, at det i retspraksis for visse typer ændringer ikke synes at blive fastslået tilstrækkeligt tydeligt, om der er behov for en ny udbudsprocedure.

Denne høring søger at fastslå, om der er behov for en juridisk præcisering på EU-plan for at fastlægge betingelserne for, hvornår en kontraktændring kræver en ny udbudsprocedure. En sådan præcisering kunne ligeledes forholde sig til de mulige konsekvenser af sådanne

⁵⁶ Se dom af 5.10.2000 i sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig, præmis 44 og 46, dom af 19.6.2008 i sag C-454/06 presstetext Nachrichtenagentur, præmis 34-37, og dom af 13.4.2010 i sag C-91/08, Wall AG, præmis 37.

⁵⁷ Se dommen i presstetext Nachrichtenagentur, præmis 35-37.

ændringer (f.eks. medføre en forenklet indkøbsprocedure for udbud af den ændrede kontrakt)⁵⁸.

Spørgsmål

39. Bør direktiverne om offentlige indkøb regulere spørgsmålet om omfattende ændringer af en kontrakt, mens den stadig er i kraft? Hvis ja, hvilken form for præcisering vil De da foreslå?
40. Hvis der skal tilrettelægges et nyt udbud efter en ændring af en eller flere vigtige betingelser, vil det da være på sin plads at anvende en mere fleksibel procedure? Hvilken procedure kunne det være?

Ændringer vedrørende kontrahenten og ophævelse af kontrakter

Der opstår ligeledes komplekse spørgsmål som følge af ændringer vedrørende den valgte kontrahent selv. Ifølge Domstolens retspraksis skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser og kræver derfor en ny tildeling, medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser, f.eks. som en underentreprise. Dette gælder imidlertid ikke i tilfælde, hvor en kontrakt overføres til en anden kontrahent, som tilhører samme gruppe, som led i en intern omorganisering.⁵⁹ På den anden side kan en udskiftning af en underleverandør i særlige tilfælde udgøre en sådan afgørende ændring af kontrakten, selv om kontraktbetingelserne giver mulighed for udskiftning⁶⁰.

Aktørernes erfaring viser endvidere, at det ikke kun er udskiftningen af kontrahenten med en anden juridisk enhed, men også ændringer i dennes status, som kan have en betydelig indvirkning på den kontraktmæssige balance eller en korrekt gennemførelse (f.eks. hændelser, der har en indvirkning på kapaciteten til at udføre kontrakten, som f.eks. konkurs, vigtige eksperter, der forlader virksomheden osv.).

Igen bør det drøftes, om der er behov for instrumenter på EU-plan for at hjælpe de ordregivende myndigheder med at håndtere disse situationer hensigtsmæssigt, f.eks. de ordregivende myndigheders ret til at ophæve kontrakten i tilfælde af større ændringer i kontrahentens forhold og/eller en ny forenklet procedure til udskiftning af den tidligere kontrahent i sådanne tilfælde⁶¹.

En sådan udtrykkelig mulighed for de ordregivende myndigheder for at ophæve kontrakten kan ligeledes være nødvendig i sager, hvor Domstolen erklærer, at der er tildelt en særlig kontrakt i strid med EU's regler om offentlige indkøb. Selv om medlemsstaterne er forpligtet

⁵⁸ Der findes allerede en løsning på nogle specifikke ændringer i artikel 31, stk. 4, i direktiv 2004/18/EF, som giver mulighed for at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, for så vidt angår udførelse af supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser under visse omstændigheder.

⁵⁹ Dom i presstext Nachrichtenagentur, præmis 40.

⁶⁰ Se Wall AG-dommen, præmis 39.

⁶¹ En sådan procedure kan også indeholde midlertidige løsninger som f.eks. muligheden for at bemyndige den næstbedste i det oprindelige udbud eller genåbne udbuddet udelukkende for de tilbudsgivere, som har deltaget i den oprindelige procedure, forudsat at den tidligere procedure fandt sted for ikke alt for længe siden.

til at ophæve kontrakter, som er tildelt i strid med EU's regler⁶², giver visse nationale lovgivninger ikke ret til at annullere sådanne kontrakter, hvilket gør det vanskeligt, om ikke umuligt, for de ordregivende myndigheder at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for opfyldelsen af Domstolens domme i overtrædelsessager.

Spørgsmål

41. Mener De, at EU-regler om ændringer i forbindelse med kontraktens udførelse ville have en merværdi? Hvis ja, hvad ville merværdien af regler på EU-plan da være? Bør EU's regler især indeholde bestemmelser om de ordregivende myndigheders udtrykkelige forpligtelse eller ret til at ændre leverandør/ophæve kontrakten under visse omstændigheder? Hvis ja, under hvilke omstændigheder? Bør EU endvidere fastlægge specifikke procedurer for, hvordan den nye leverandør skal/kan udvælges?
42. Er De enig i, at der i EU's direktiver om offentlige indkøb bør stilles krav om, at medlemsstaternes nationale lovgivning skal give ret til at annullere kontrakter, som er tildelt i strid med lovgivningen om offentlige indkøb?

Mere generelt er de nationale regler om gennemførelsen af kontrakter ret detaljeret i mange medlemsstater og kan medføre en administrativ byrde (f.eks. regler om garantier for gennemførelse, leveringsbetingelser, forsinkelser, priser for ændringer mv.). Antallet af nationale regler på dette område kan muligvis reduceres ved at indføre fælles standarder for visse aspekter på EU-niveau.

Spørgsmål:

43. Mener De, at visse aspekter af kontraktens udførelse – og hvilke – bør reguleres på EU-niveau. Begrund venligst Deres svar.

Underentreprise

Den eksisterende lovgivning indeholder kun meget begrænsede regler om underentreprise. I henhold til artikel 25 i direktiv 2004/18/EF kan den ordregivende myndighed anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive planlagt underentreprise. I henhold til Domstolens retspraksis er en tilbudsgiver imidlertid i princippet berettiget til at benytte underentreprenører til kontraktens udførelse, selv om dette betyder, at en stor del af kontrakten eller hele kontrakten udføres af underentreprenører. Underentreprise af vigtige dele af kontrakten kan kun begrænses eller forbydes i de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed ikke var i stand til at verificere underentreprenørernes tekniske og økonomiske evner.

Nogle aktører opfordrer til større begrænsninger for underentrepriser, så de ordregivende myndigheder kan øve større indflydelse på kontraktens udførelse. De støtter f.eks. muligheden for helt at udelukke underentrepriser eller i det mindste væsentlige dele af kontrakten eller begrænse den til en vis procentdel af kontrakten eller give den ordregivende myndighed en generel ret til at afvise foreslåede underentreprenører.

⁶² Se sag C-503/04, *Kommissionen mod Tyskland*.

Spørgsmål:

44. Mener De, at ordregivende myndigheder bør have større mulighed for at øve indflydelse på den valgte tilbudsgivers underentreprise? Hvis ja, hvilke instrumenter foreslår De da?

3. ET MERE TILGÆNGELIGT EUROPÆISK INDKØBSMARKED

Et af de vigtigste mål i EU's lovgivning om offentlige indkøb er at gøre det muligt for økonomiske aktører at konkurrere effektivt om offentlige kontrakter i andre medlemsstater. Dette har været en stor succes siden indførelsen af de første direktiver om offentlige indkøb i 1970'erne. Ikke desto mindre synes der fortsat at være plads til forbedringer med hensyn til at skabe et reelt europæisk indkøbsmarked, som er fuldt ud tilgængeligt for alle europæiske virksomheder. Dette vedrører navnlig bedre adgang for SMV'er og generelt mere konkurrencedygtige indkøbsmarkeder.

Spørgsmål:

45. Mener De, at de gældende direktiver gør det muligt for økonomiske aktører at benytte sig fuldt ud af indkøbsmulighederne i det indre marked? Hvis ikke: Hvilke bestemmelser er efter Deres mening ikke korrekt tilpasset de økonomiske aktørers behov og hvorfor?

3.1. Bedre adgang for SMV'er og nystartede virksomheder

Formålet med direktiverne om offentlige indkøb er at åbne markedet for offentlige indkøb for alle økonomiske aktører, uanset deres størrelse. Dog skal der være særlig fokus på spørgsmålet om adgang til disse markeder for små og mellemstore virksomheder (SMV'er)⁶³.

SMV'er betragtes som rygraden i EU's økonomi og har et stort potentiale for jobskabelse, vækst og innovation. Let adgang til indkøbsmarkederne kan hjælpe dem med at udnytte dette vækst- og innovationspotentiale og har samtidig en positiv indvirkning på den europæiske økonomi. Endvidere har ordregivende myndigheder, når SMV'er deltager i offentlige indkøb, et langt større potentielt leverandørgrundlag og en positiv sidegevinst i form af større konkurrence om offentlige kontrakter og modvægt til dominerende markedsaktører.

For at stille alle former for offentlige indkøb, uanset størrelse, til rådighed for SMV'er, udsendte Kommissionen i 2008 "Den europæiske kodeks for bedste praksis, der letter SMV'ers adgang til offentlige indkøbskontrakter"⁶⁴. I kodeksen fremhæves og udvikles praksis i EU's rammelovgivning, som optimerer tilbud med SMV'ers deltagelse og sikrer lige muligheder for denne gruppe af tilbudsgivere.

En nylig undersøgelse iværksat af Europa-Kommissionen⁶⁵ afslører, at andelen af SMV'er blandt de virksomheder, som har vundet offentlige kontrakter *over EU's tærskelværdier*, i

⁶³ Se også Europa-Parlamentets anmodning om, at Kommissionen i højere grad bestræber sig på at fremme SMV'ers adgang til indkøbsmarkederne i rapporten om nye udviklinger inden for offentlige kontrakter ([2009/2175\(INI\)](#)).

⁶⁴ Kommissionens arbejdsdokument SEK(2008) 2193.

⁶⁵ Vurdering af SMV'ers adgang til markederne for offentlige indkøb i EU (2009-opdatering) fra september 2010. Bestilt af Generaldirektoratet for Erhvervspolitik. Konsulent: GHK.

tidsrummet mellem 2006 og 2008 lå på 58-61 % i EU-27. Med hensyn til den anslåede samlede kontraktværdi tegnede SMV'er sig for mellem 31 % og 38 % af offentlige indkøb, mens deres samlede andel af økonomien beregnet på grundlag af deres samlede omsætning er 52 %.

På denne baggrund er det værd at analysere, om det er nødvendigt at træffe lovgivningsmæssige foranstaltninger på EU-niveau for at sikre, at ordregivende myndigheder fuldt ud tager højde for SMV'ernes økonomiske og innovative potentiale i deres indkøbsforhandlinger.

Reduktion af administrative byrder i udvælgelsesfasen

Tilbagemeldinger fra små og mellemstore økonomiske aktører tyder på, at de største hindringer for SMV'ernes deltagelse i offentlige udbud skal findes i udvælgelsesfasen. På den ene side vedrører dette den dokumentation, der skal fremlægges. Størstedelen af de attester, som ofte skal stilles til rådighed i udvælgelsesfasen, indebærer en administrativ byrde, som kan være vanskelig for SMV'er at håndtere, navnlig i en grænseoverskridende sammenhæng, når attesterne også skal oversættes. På den anden side er udvælgelseskriterierne ofte sat så højt (f.eks. omsætningskrav eller antal krævede referencekontrakter), at det er stort set umuligt for SMV'er at opfylde dem.

Hvad angår det første spørgsmål (beviser for udvælgelseskriterier), kan en ofte foreslået løsning være generelt at tillade, at virksomheder kun sender et sammendrag af de relevante oplysninger til udvælgelse og/eller en egenerklæring om opfyldelse af udvælgelseskriterierne som det indledende skridt. I princippet er det kun den eller de valgte tilbudsgivere, som er medtaget i tildelingsfasen, som derefter anmodes om at sende faktiske støttedokumenter (attester). Den ordregivende myndighed ville dog have mulighed for at anmode om dokumenterne på ethvert tidspunkt under eller endda efter indkøbsproceduren af hensyn til forebyggelse af svig. Dette ville reducere den administrative byrde, navnlig for små og mellemstore virksomheder, uden at gå på kompromis med garantierne for at foretage fornuftige valg.

Hvad angår det andet spørgsmål (for krævende udvælgelseskriterier), kan der argumenteres for at indføre et loft over visse krav vedrørende kvalitativ udvælgelse i EU's regler, navnlig for økonomisk formåen. Dermed undgås det, at ordregivende myndigheder opstiller for krævende udvælgelseskriterier (f.eks. for omsætning), som nødvendigvis udelukker SMV'er. En sådan foranstaltning ville være en videreudvikling af den eksisterende forpligtelse til at anvende afbalancerede udvælgelseskriterier. På den anden side ville det begrænse de ordregivende myndigheders frihed til at bestemme, hvilke standarder de anser for at være nødvendige for at sikre, at kontrakten gennemføres korrekt.

Andre forslag

Aktører har ind imellem foreslået at indføre foranstaltninger vedrørende positiv særbehandling for SMV'er som f.eks. forudgående fastsættelse af indkøbskvoter, som udelukkende er reserveret til SMV'er. I modsætning til vores samhandelspartnere, som har indført sådanne foranstaltninger, er EU ikke fortalende for at reservere markeder til særlige virksomheder. Sådanne foranstaltninger ville endvidere være i strid med princippet om lige behandling af tilbudsgivere, en grundlæggende søjle i EU's regler om offentlige indkøb, forankret af Domstolen i traktatens frihedsrettigheder.

Imidlertid kunne interne administrative foranstaltninger, som tilskynder ordregivende myndigheder til at gøre deres bedste for at sikre SMV'er en bedre adgang til deres offentlige kontrakter, være en praktisk mulighed. Det kunne f.eks. være en idé at opstille mål for SMV'ers andele af det samlede indkøb. En sådant system ville ikke betyde *reservation af særlige kontrakter* til SMV'er, men ville ganske enkelt være et incitament for de ordregivende myndigheder til at gøre bedst mulig brug af de tilgængelige instrumenter til SMV-venlige indkøb.

En anden mulighed ville være at gøre det muligt for de ordregivende myndigheder at stille krav om, at den valgte tilbudsgiver skal give en vis del af kontraktværdien i underentreprise til tredjeparter. Der findes allerede en sådan forpligtelse i direktiv 2004/18/EF for koncessionskontrakter (artikel 60) og i direktiv 2009/81/EF om indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet (artikel 21).

Spørgsmål

46. Mener De, at EU's regler om og politik for offentlige indkøb allerede er tilstrækkeligt SMV-venlige? Eller mener De omvendt, at visse af direktivets regler bør revideres, eller at der bør indføres yderligere foranstaltninger for at fremme SMV'ers deltagelse i offentlige indkøb? Begrund venligst Deres valg.
47. Mener De, at visse af de foranstaltninger, som er fastlagt i kodeksen for bedste praksis, bør gøres obligatoriske for ordregivende myndigheder, som f.eks. opdeling i partier (med visse forbehold)?
48. Mener De, at reglerne vedrørende valg af tilbudsgiver medfører en uforholdsmæssig stor byrde for SMV'er? Hvis ja, hvordan kan disse regler lempes uden at sætte garantier for gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og kvalitetsgennemførelse af kontrakter over styr?
49. Vil De tilslutte Dem en løsning, hvor det kun er udvalgte kandidater/den valgte tilbudsgiver, der skal indsende og verificere dokumentation?
50. Mener De, at egenerklæringer er en hensigtsmæssig måde at lette den administrative byrde på, hvad angår beviser på udvælgelseskriterier, eller er de ikke pålidelige nok til at erstatte attester? Hvor kunne egenerklæringer være nyttige (navnlig i forbindelse med selve virksomheden), og hvor ikke?
51. Er De enig i, at alt for strenge omsætningskrav som dokumentation for økonomisk formåen er problematisk for SMV'er? Bør EU-lovgivningen indeholde en øvre grænse for at sikre proportionalitet i udvælgelseskriterierne (f.eks.: den maksimale krævede omsætning må ikke overstige et vist multiplum af kontraktværdien)? Vil De foreslå andre instrumenter for at sikre, at udvælgelseskriterierne står i forhold til kontraktens værdi og genstand?
52. Hvad er fordele og ulemper ved, at medlemsstaterne får mulighed for at tillade eller kræve af deres ordregivende myndigheder, at de forpligter den valgte tilbudsgiver til at give en vis del af hovedkontrakten i underentreprise til tredjeparter?

3.2. Sikring af retfærdig og effektiv konkurrence

Offentlige indkøbere køber ofte ind på markeder med konkurrencebegrænsende markedsstrukturer⁶⁶. På sådanne markeder kan det være vanskeligt at nå målet for reglerne om offentlige indkøb – nemlig åben og effektiv konkurrence – ved blot at anvende de procedureregler, som er indeholdt i de eksisterende direktiver. Proceduremæssige beslutninger, som træffes uden hensyntagen til markedsstrukturer, indeholder, selv om de stemmer fuldt ud overens med direktivernes regler, en risiko for at konsolidere eller endda forværre konkurrencebegrænsende strukturer. Dette er navnlig tilfældet i sager med en høj kontraktværdi og i sektorer, hvor offentlige myndigheder er de vigtigste kunder, og den private efterspørgsel ikke er stor nok til at kompensere for virkningen af de offentlige myndigheders indkøb på markedet.

Intelligent indkøb, som har til formål at få det maksimale ud af konkurrencen på sådanne markeder, vil i første omgang kræve, at indkøbere er bekendte med strukturen på de pågældende markeder. Endvidere ville de skulle tilpasse deres indkøbsstrategier (udformning af kontrakter og proceduremæssige valg). Ordregivende myndigheder bør f.eks. undgå at give tilbud på kontrakter, som kun kan udføres af én markedsaktør eller et lille antal markedsaktører, eftersom dette ville konsolidere oligopolistiske strukturer og stort set umuliggøre nye aktører på markedet. I værste fald ville den ordregivende myndighed ende med én dominerende leverandør, som kan diktere kontraktbetingelser og priser.

Den rigtige udformning af kontrakter afhænger af strukturen på det relevante marked. Hvis mindre konkurrenter på markedet kan levere den pågældende tjenesteydelse eller de pågældende produkter i mindre omfang, kan en effektiv metode til at maksimere konkurrencen være at reducere omfanget/varigheden af kontrakterne. Effektiv konkurrence kan ligeledes opnås ved at opdele kontrakter i partier, eventuelt ledsaget af det højeste antal partier, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver. Hvis der ikke er nok konkurrenter blandt de mindre virksomheder, kan en alternativ metode til at sikre effektiv konkurrence være at gruppere flere indkøb i én kontrakt for at tiltrække potentielle konkurrenter fra andre medlemsstater.

En række andre instrumenter nævnes ofte som nyttige beskyttelsesforanstaltninger for effektiv konkurrence på indkøbsmarkeder, som kan indføres på EU-plan som en valgmulighed for medlemsstater eller ordregivende myndigheder. Som nævnt ovenfor medfører mindre krævende udvælgelseskriterier normalt et øget antal gyldige tilbud⁶⁷. Ufordelagtige kontrakter, som indføres af dominerende leverandører, kan afværges med en forudgående definition af den maksimale limiterede pris, som den valgte kontrakt ikke må overstige, eller med muligheden for at annullere proceduren, hvis det kun er en enkelt tilbudsgivers tilbud, som består udvælgelsesstadiet.

Mere generelt bør der ligeledes, om muligt, overvejes foranstaltninger, som har til formål at fremme deltagelse blandt tilbudsgivere fra andre medlemsstater. Som allerede fremhævet

⁶⁶ Markedet for afskaffelse af affald domineres i mange medlemsstater af en eller to store aktører. Bygge- og anlægssektoren er, i det mindste med hensyn til store infrastrukturprojekter, oligopolistisk og udsat for karteldannelse. Andre eksempler omfatter it-forsyning, elektricitetsmarkedet i visse medlemsstater som illustreret af artikel 30-beslutningerne vedrørende elektricitetsmarkedet i Den Tjekkiske Republik, Spanien og Italien, samt markedet for visse posttjenester i en række medlemsstater som illustreret af artikel 30-beslutningerne vedrørende postsektoren i Sverige, Finland og Østrig.

⁶⁷ Lavere omsætningskrav fremmer mindre virksomheders deltagelse, lavere krav vedrørende tidligere erfaring er til fordel for nye aktører på markedet osv.

findes der store uudnyttede muligheder for at øge den interne europæiske samhandel inden for offentlige indkøb og dermed skabe et reelt europæisk indkøbsmarked. Dette ville mangedoble europæiske virksomheders forretningsmuligheder og samtidig øge det potentielle leverandørgrundlag for ordregivende myndigheder. Foranstaltninger til fremme af grænseoverskridende deltagelse kan omfatte bedre fælles anerkendelse af attester (eller endda oprettelse af et fælles europæisk prækvalifikationssystem). Der er endda nogle aktører, der foreslår, at det for visse kontrakter med høj værdi kan være nyttigt at udarbejde udbudsspecifikationer på et andet sprog eller acceptere tilbud på andre sprog. Det kan også overvejes at anvende et automatisk oversættelsessystem – i det mindste med hensyn til forhåndsoplysninger – til visse trin i proceduren.

Alle foranstaltninger, som har til formål at øge konkurrencen på indkøbsmarkeder, forudsætter, at de ordregivende myndigheder har en god viden om de markeder, de køber ind på (f.eks. gennem undersøgelser om markedets struktur og form forud for det faktiske indkøb). Hvis disse (eller andre) beskyttelsesforanstaltninger skal omsættes til praksis, ville det kræve en yderligere indsats fra de ordregivende myndigheder, hvilket sandsynligvis kun ville være berettiget for store kontrakter med en betydelig potentiel indvirkning på markedets struktur.

Spørgsmål

53. Er De enig i, at offentlige indkøb kan have en betydelig virkning på markedets struktur, og at indkøbere, hvor det er muligt, bør søge at tilpasse deres indkøbsstrategier for at bekæmpe konkurrencebegrænsende strukturer?
54. Mener De, at de europæiske regler om og den europæiske politik for offentlige indkøb bør omfatte (valgfrie) instrumenter for at fremme sådanne konkurrencebefordrende indkøbsstrategier? Hvis ja, hvilke instrumenter foreslår De da?
55. Mener De i denne henseende, at der er behov for mere specifikke instrumenter for at tilskynde tilbudsgivere fra andre medlemsstater til at deltage? Hvis ja, beskriv dem venligst.
56. Mener De, at den gensidige anerkendelse af attester skal forbedres? Vil De støtte oprettelsen af et prækvalifikationssystem for hele Europa?
57. Hvordan foreslår de, at spørgsmålet om sprogbarrierer håndteres? Mener De, at ordregivende myndigheder bør forpligtes til at udarbejde udbudsspecifikationer for kontrakter med en høj værdi på et andet sprog eller acceptere tilbud på andre sprog?
58. Hvilke instrumenter kan regler om offentlige indkøb omfatte for at forebygge forekomsten af dominerende leverandører? Hvordan kan ordregivende myndigheder beskyttes bedre mod dominerende leverandørers magt?

Forebyggelse af konkurrencebegrænsende adfærd

Et beslægtet spørgsmål er problemet med konkurrencebegrænsende adfærd på indkøbsmarkeder. Indkøbsmarkeder synes at være særligt modtagelige for ulovlig samordning

blandt deltagerne (manipulation med afgivne bud, opdeling af markedet...) ⁶⁸, blandt andet som følge af stabiliteten og forudsigeligheden af den offentlige efterspørgsel. Nogle analytikere mener endvidere, at gennemsigtigheden i processen rent faktisk er befordrende for karteller.

Selv om antallet af overtrædelser af konkurrencelovgivningen inden for offentlige indkøbsprocedurer er langt fra marginalt ⁶⁹, tager EU's nuværende regler om offentlige indkøb ikke specifikt højde for denne problemstilling. Hidtil har holdningen været, at problemet kan håndteres effektivt på grundlag af de eksisterende regler, f.eks. ved at vejlede indkøbsagenter i at forebygge og spore ulovlig samordning.

Det bør dog drøftes, om denne vejledning er tilstrækkelig til at bekæmpe den hemmelige adfærd effektivt på indkøbsmarkederne, eller om der er behov for særlige lovgivningsinstrumenter som f.eks.: strengere krav om udelukkelse i tilfælde af manipulation med afgivne bud, mulighed for ikke at videregive visse oplysninger eller obligatorisk brug af udbud med forhandling i sektorer med en stor sandsynlighed for karteldannelse, brug af attester for uafhængig fastlæggelse af tilbud, forpligtelse af indkøbere til at høre ordregivende myndigheder i tilfælde af mistænkelige mønstre i tilbud mv.

Erfaringen viser endvidere, at det kan være nyttigt at gøre visse instrumenter, som har en særlig risiko for at blive misbrugt til ulovlige aftaler, mere uimodtagelige for denne adfærd. Det er f.eks. populært for den valgte tilbudsgiver at give visse dele af kontrakten i underentreprise til kartelmedlemmer som belønning for at overholde kartelaftalen. En metode til at løse dette problem kan være, under visse omstændigheder, at forbyde underrepriser til virksomheder, som selv har deltaget i udbudsproceduren ⁷⁰.

Det er klart, at yderligere garantier mod konkurrencebegrænsende adfærd kan bidrage til at fastholde en sund konkurrence på indkøbsmarkederne. Igen er det vigtigt at vurdere denne fordel i forhold til den yderligere administrative byrde, som sådanne regler vil medføre for indkøbere og virksomheder.

Spørgsmål:

59. Mener De, at der bør indføres stærkere beskyttelsesforanstaltninger mod konkurrencebegrænsende adfærd i udbudsprocedurer i EU's regler om offentlige indkøb? Hvis ja, hvilke nye instrumenter/bestemmelser foreslår De da?

3.3. Indkøb i tilfælde af manglende konkurrence/eksklusive rettigheder

I praksis skal ordregivende myndigheder ofte købe af en bestemt økonomisk aktør, fordi den pågældende virksomhed har eneret på at fremstille produktet eller levere de pågældende tjenesteydelser. I så fald er normal konkurrence om de relevante kontrakter udelukket. Derfor tillader direktiverne om offentlige indkøb anvendelse af udbud med forhandling uden

⁶⁸ Se også OECD's omfattende arbejde, f.eks. retningslinjerne for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i forbindelse med offentlige indkøb: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html.

⁶⁹ For visse "berømte" karteller på de offentlige indkøbsmarkeder, jf. f.eks. sagen om frokostkuponer i Italien eller den franske sag "Lycées de l'Ile-de-France".

⁷⁰ Der gælder dog ret snævre betingelser for begrænsning af tilbudsgiveres deltagelse som følge af risikoen for hemmelige aftaler, jf. Domstolens dom af 19.5.2009 i sag C-538/07, Assitur (om midlertidige grupperinger af virksomheder).

forudgående udbudsbekendtgørelse "når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør"⁷¹.

Ganske vist er et udbud, som følge af den eksklusive rettighed, en ren formalitet uden nogen praktisk værdi. Men det imidlertid uomtvisteligt, at adgangen til den pågældende offentlige kontrakt er låst af den tidligere tildeling af den eksklusive rettighed, hvilket udelukker muligheden for konkurrence, allerede inden indkøbsprocessen er startet.

Spørgsmålet om, hvordan selve den eksklusive rettighed er tildelt, og navnlig om konkurrencen i forbindelse med tildelingen af den eksklusive rettighed har været retfærdig (som foregriber den senere indkøbsbeslutning), er ikke omfattet af de gældende direktiver om offentlige indkøb, for så vidt angår kontrakter tildelt private aktører.

Spørgsmålet behandles kun i forbindelse med samarbejde mellem offentlige organisationer, hvor offentlige tjenesteydelseskontrakter mellem ordregivende myndigheder er fritaget for direktivets anvendelsesområde, hvis de tildeles på grundlag af en eksklusiv rettighed – men kun på den betingelse, at denne eksklusive rettighed er kompatibel med traktatens principper.⁷²

Der vil sandsynligvis ikke længere være behov for denne særlige bestemmelse, når der først er fundet en overordnet løsning på spørgsmålene vedrørende samarbejde mellem offentlige organisationer. Det bør dog overvejes, om der af hensyn til sund konkurrence på indkøbsmarkederne skal ske en generalisering af denne artikels underliggende idé. Dette princip tillader kun tildeling af kontrakter uden et udbud på grundlag af eksklusive rettigheder, hvis disse eksklusive rettigheder også har været genstand for et udbud.

Spørgsmål

60. Mener De, at tildelingen af eksklusive rettigheder kan udgøre en risiko for fair konkurrence på indkøbsmarkederne?
61. Hvilke instrumenter vil De i så fald foreslå for at mindske denne risiko/sikre fair konkurrence? Mener De, at EU's indkøbsregler bør gøre det muligt at tildele kontrakter uden indkøbsprocedure på grundlag af eksklusive rettigheder, udelukkende på den betingelse, at den pågældende eksklusive rettighed selv er tildelt i et gennemsigtigt udbud?

4. STRATEGISK BRUG AF OFFENTLIGE INDKØB TIL HÅNTERING AF NYE UDFORDRINGER

Offentlige myndigheder kan yde et vigtigt bidrag til opnåelsen af de strategiske Europa 2020-mål⁷³ ved at anvende deres købekraft til at indkøbe varer og tjenesteydelser med en højere "samfundsmæssig" værdi med hensyn til at fremme innovation, respektere miljøet og bekæmpe klimaændringer, reducere energiforbruget, øge beskæftigelsen og forbedre

⁷¹ Artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18/EF.

⁷² Artikel 18 i direktiv 2004/18/EF.

⁷³ Se Kommissionens meddelelse af 3.marts 2010 - KOM(2010) 2020.

folkesundheden⁷⁴ og de sociale forhold samt fremme lighed og samtidig forbedre inddragelsen af ugunstigt stillede grupper⁷⁵. En stor efterspørgsel fra de offentlige myndigheder efter "grønnere", kulstoffattige og mere innovative og socialt ansvarlige varer og tjenesteydelser kan forme produktions- og forbrugstendenser for de kommende år. Naturligvis bør håndteringen af samfundsmæssige udfordringer ikke gøre offentlige indkøb mindre effektive. Politiske overvejelser i forbindelse med offentlige indkøb bør inddrages på en sådan måde, at der ikke skabes uforholdsmæssigt store yderligere administrative byrder for de ordregivende myndigheder, og at konkurrencen ikke fordrejes på indkøbsmarkederne.

Offentlige indkøb kan bruges til at opfylde Europa 2020-målene på to måder:

- ved at give de ordregivende myndigheder økonomiske midler til at tage højde for disse mål i henhold til procedurereglerne om offentlige indkøb ("hvordan foretages indkøb")
- ved at pålægge de ordregivende myndigheder obligatoriske krav eller skabe incitamenter med henblik på at styre deres beslutninger om, hvilke varer og tjenesteydelser der skal indkøbes ("hvad indkøbes").

Direktiverne om offentlige indkøb indeholder en fælles ramme for offentlige indkøb gennem fastlæggelsen af procedureregler for, hvordan der indkøbes, og giver de ordregivende myndigheder fri mulighed for at vælge, hvad der skal indkøbes, definere de karakteristika for bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der bedst opfylder deres behov, og for at fastlægge de udbudsbetingelser, der er mest passende i lyset af deres ønskede målsætninger (såfremt de er gennemsigtige og ikke forskelsbehandler).

EU's regler for offentlige indkøb tillader også, at der tilskyndes til indkøb i overensstemmelse med Europa 2020-målene, og at de ordregivende myndigheder pålægges krav om, hvad de skal indkøbe, enten på europæisk eller nationalt plan med henblik på at sikre, at de offentlige indkøbsstrategier er i overensstemmelse med de overordnede politikmål.

Der er i de seneste år iværksat en række politikspecifikke initiativer på både europæisk og nationalt plan med henblik på at stimulere brugen af offentlige indkøb til støtte for ovennævnte politikmål, f.eks. det løbende arbejde med at fremme grønne offentlige indkøb (GPP)⁷⁶, om sociale hensyn i offentlige indkøb⁷⁷ og om innovation⁷⁸.

⁷⁴ Se Rådets konklusioner af 13. september 2010 om erfaringerne fra A(H1N1)-pandemien.

⁷⁵ En sådan overvejelse ligger især i forlængelse af artikel 9 i TEUF, som opfordrer Unionen til at tage hensyn til de krav, der er knyttet til fremme af et højt beskæftigelsesniveau, sikring af passende social beskyttelse og bekæmpelse af social udstødelse.

⁷⁶ Jf. Kommissionens meddelelse "*Public Procurement for a Better Environment*" – KOM(2008) 400, der fastlagde mål for medlemsstaternes optagelse af grønne offentlige indkøb og startede udviklingen af fælles frivillige europæiske kriterier for grønne offentlige indkøb. Jf. også "*En håndbog om varetagelse af miljøhensyn i forbindelse med offentlige indkøb (Grønne indkøb)*", http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Jf. håndbogen "*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*" – SEK(2010) 1258.

⁷⁸ Efter forpligtelse nr. 17 i meddelelsen "Innovation i EU" overvåger Kommissionen nu en undersøgelse (fra november 2010 til november 2011), som har til formål at udvikle en ny støttemekanisme for indkøb af innovation. Denne ordning omfatter vejledning og oprettelse af en (finansiel) støttemekanisme, som skal hjælpe de ordregivende myndigheder med at gennemføre disse indkøb på en ikke-diskriminerende og åben måde, samle efterspørgslen, udarbejde fælles specifikationer og fremme SMV'ers adgang. Prækommercielle indkøb, jf. Kommissionens meddelelse "*Prækommercielle indkøb: vedvarende høj kvalitet i offentlige tjenester i Europa gennem øget innovation*" – KOM(2007) 799.

Især har medlemsstater i mere end ti år praktiseret grønne offentlige indkøb (GPP). De fleste medlemsstater har vedtaget nationale handlingsplaner GPP med frivillige eller obligatoriske mål og specifikke foranstaltninger, der skal fremme og udmønte GPP. EU har udviklet kriterier for GPP for 18 produkt- og tjenesteydelsesgrupper⁷⁹, og der kommer flere til. I det følgende afsnit drøftes det, om og hvilke ændringer der er behov for i EU's regler om offentlige indkøb for at sikre sammenhæng og hensigtsmæssighed i de forskellige foranstaltninger, som er truffet eller kan træffes på EU-plan eller nationalt plan.

4.1. "Hvordan foretages indkøb" for at nå Europa 2020-målene

Overvejelser vedrørende miljøbeskyttelse, social inddragelse eller fremme af innovation kan være relevante i forskellige faser af indkøbsproceduren, afhængigt af deres art. Ikke alle de forskellige overvejelser vedrørende disse politikmål kan tages i betragtning i hver fase. I det følgende afsnit drøftes det, hvordan der kan tages højde for hvert enkelt politisk mål på de forskellige stadier af en indkøbsprocedure.

Beskrivelse af kontraktens genstand og de tekniske specifikationer

I henhold til EU's gældende regler for offentlige indkøb skal de ordregivende myndigheder give en klar og ikke-forskelsbehandlende beskrivelse af kontraktens genstand, og de skal definere tekniske specifikationer, der ikke medfører en favorisering af bestemte virksomheder.

Krav vedrørende proces- og produktionsmetoder skal hænge sammen med fremstillingen af produktet og bidrage til dets karakteristika, men behøver dog ikke være synlige. I henhold til de gældende regler kan ordregivende myndigheder ikke kræve proces- og produktionsmetoder, der ikke hænger sammen med fremstillingen af produktet, og som ikke er afspejlet i produktets karakteristika.

Offentlige myndigheder og interessenter hævder til tider, at visse produkter af miljø- og sundhedsmæssige hensyn nødvendigvis skal eller bør indkøbes lokalt. I den forbindelse bør det fremhæves, at sådanne krav er i strid med EU's lovgivning, hvis de medfører uberettiget direkte eller indirekte forskelsbehandling af leverandørerne. De er kun berettigede i særlige tilfælde, hvor lovlige og objektive behov, som ikke vedrører rent økonomiske hensyn, kun kan opfyldes med produkter fra en bestemt region.

Spørgsmål

62. Mener De, at reglerne om tekniske specifikationer i tilstrækkelig grad åbner op for overvejelser vedrørende andre politikmål?
63. Er De enig i, at muligheden for at definere tekniske specifikationer som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav bedre vil sætte de ordregivende myndigheder i stand til at opfylde deres politiske behov i forhold til at definere dem som strenge tekniske krav? Hvis det er tilfældet, mener De så, at definitionen af

⁷⁹ Jf. Kommissionens meddelelse "Public Procurement for a Better Environment" – KOM(2008) 400, der fastlagde mål for medlemsstaternes optagelse af grønne offentlige indkøb og startede udviklingen af fælles frivillige europæiske kriterier for grønne offentlige indkøb. Jf. også "En håndbog om varetagelse af miljøhensyn i forbindelse med offentlige indkøb (Grønne indkøb)", http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

funktionsdygtighed eller funktionelle krav skal være obligatorisk under visse omstændigheder?

64. Mener De f.eks., at ordregivende myndigheder i tilstrækkelig grad udnytter mulighederne i artikel 23 i direktiv 2004/18/EF vedrørende kriterier om adgangsmuligheder⁸⁰ for handicappede eller design for samtlige brugere? Hvis nej, hvad skal der så gøres:
65. Mener De, at nogle af procedurene i de gældende direktiver⁸¹ (som f.eks. konkurrencepræget dialog, projektkonkurrencer) er særligt hensigtsmæssige, når der skal tages højde for miljø-, social-, adgangs- og innovationspolitikker?
66. Hvilke ændringer af procedurene vil De foreslå i forhold til de gældende direktiver med henblik på at sikre størst muligt hensyntagen til ovennævnte politikmål, samtidig med at princippet om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed respekteres, så der sikres ensartede vilkår for alle europæiske virksomheder? Kan brugen af innovative informations- og kommunikationsteknologier hjælpe indkøbere med at opfylde Europa 2020 målene?
67. Kender De til sager, hvor en begrænsning over for lokale eller regionale leverandører kan berettiges af lovlige og objektive årsager, som ikke er baseret på rent økonomiske hensyn?
68. Mener De, at politikrelaterede hensyn, som f.eks. miljø-, social- og innovationspolitikker, bedre kunne imødekommes, hvis brugen af udbud efter forhandling efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse blev tilladt som standardprocedure? Eller ville risikoen for forskelsbehandling og konkurrencebegrænsning være for stor?

Krav om de mest relevante udvælgelseskriterier

Ved vurdering af kandidaternes egnethed til at udføre kontrakten kan de ordregivende myndigheder inddrage specifik erfaring og kompetence i forbindelse med sociale eller miljømæssige aspekter, der er relevante for kontraktens genstand.

Spørgsmål:

69. Hvilke nyttige eksempler på tekniske kompetencer eller andre udvælgelseskriterier vil De foreslå med henblik på at styrke opnåelsen af mål, som f.eks. miljøbeskyttelse, fremme af social inddragelse, bedre tilgængelighed for handicappede og styrkelse af innovation?

Brug af de mest relevante udvælgelseskriterier

For at sikre effektiv konkurrence mellem økonomiske aktører og undgå, at de offentlige myndigheder træffer vilkårlige beslutninger, skal tildelingskriterierne i henhold til EU's gældende regler for offentlige indkøb være knyttet til kontraktens genstand, ikke give den

⁸⁰ Adgangsmuligheder betyder i denne forbindelse adgangsmuligheder for personer med funktionelle begrænsninger (handicap).

⁸¹ For en beskrivelse af procedurene henvises til afsnit 2.1 ovenfor.

ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed og skal være udtrykkeligt omtalt i udbudsbetingelserne.

Ordregivende myndigheder kan frit fastlægge den relative vægtning, der skal tildeles hvert af de kriterier, der bruges til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Derved kan evalueringen afspejle den betydning, de vil tillægge de miljømæssige eller sociale kriterier sammenlignet med andre kriterier, herunder prisen.

For standardvarer og -tjenesteydelser er det allerede i mange tilfælde muligt at sætte høje miljømæssige og sociale standarder i tekniske specifikationer eller kontraktbetingelser, samtidig med, at kontrakten tildeles efter kriteriet om laveste pris. På denne måde kan ordregivende myndigheder tilvejebringe varer og tjenesteydelser, som opfylder en høj standard til den bedste pris.

Brug af kriterier vedrørende miljø, energieffektivitet, adgangsmuligheder eller innovation i tildelingsfasen og ikke de tekniske specifikationer eller kontraktbetingelser kan imidlertid sikre, at virksomhederne anmodes om at afgive bud, som går videre end det niveau, der er anført i de tekniske specifikationer, og vil dermed fremskynde lanceringen af innovative produkter på markedet. Sådanne kriterier kunne også med fordel anvendes i tildelingsfasen, hvis der er usikkerhed med hensyn til de produkter eller tjenesteydelser, der findes på markedet.

Spørgsmål

70. Kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud synes at være mest velegnet til opfyldelse af andre politikmål. Mener De, at det for at tage højde for sådanne politikmål ville være mest hensigtsmæssigt at ændre de eksisterende regler (for visse typer kontrakter/visse specifikke sektorer/under visse omstændigheder):
- 70.1.1. kun at afskaffe kriteriet om den laveste pris
 - 70.1.2. at begrænse brugen af priskriteriet eller den vægt, de ordregivende myndigheder kan tildele prisen
 - 70.1.3. at indføre en tredje mulighed for tildelingskriterier ud over den laveste pris og det økonomisk mest fordelagtige tilbud? Hvis ja, hvilket alternativt kriterium vil De så foreslå, som kan sikre en mere effektiv opfyldelse af andre politikmål og garantere lige vilkår og fair konkurrence mellem europæiske virksomheder?
71. Mener De, den score, der kan tildeles f.eks. miljømæssige, sociale eller innovative kriterier, under alle omstændigheder skal begrænses til et angivet maksimum, så dette kriterium ikke bliver vigtigere end effektivitets- eller omkostningskriteriet?
72. Mener De, at muligheden for at lade tildelingsfasen omfatte miljømæssige og sociale kriterier er forstået og anvendes? Mener De, at denne mulighed skal tydeliggøres i direktivet?
73. Skal det efter Deres mening være obligatorisk at tage hensyn til livscyklusomkostninger ved konstatering af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, navnlig i tilfælde af store projekter? Er det i dette tilfælde nødvendigt/passende, at Kommissionens tjenestegrene udvikler en metode til livscyklusbaseret omkostningsberegning?

Indførelse af bestemmelser om kontraktens udførelse

I henhold til EU's gældende regler for offentlige indkøb skal bestemmelser om kontraktudførelse være knyttet til de opgaver, der er nødvendige for produktionen og leveringen af de indkøbte varer eller tjenesteydelser. Sådanne betingelser vedrørende udførelsen af kontrakten kan baseres på andre politiske hensyn, f.eks. sociale og miljømæssige hensyn⁸². Sidstnævnte kunne f.eks. bestå i et krav om, at kompensation for udledninger vedrørende specifikke indkøb med et betydeligt kulstofindhold. Nogle medlemsstater har erfaring i forbindelse med hyrevognskørsel eller andre transportydelser med at forlange, at køretøjer, der anvendes til disse formål, der hører til højeste energieffektivitetsklasse. Bestemmelser om kontraktens udførelse kan også bruges til at stimulere innovation under gennemførelsen af kontrakten, f.eks. ved at motivere til videreudvikling af produkterne eller tjenesteydelserne under kontraktudførelsen.

I denne fase kan ordregivende myndigheder pålægge den valgte tilbudsgiver visse forpligtelser vedrørende opnåelse af visse miljømæssige eller sociale mål, som ikke kan afspejles i de tidligere faser af indkøbsproceduren.

Spørgsmål

74. Bestemmelser om kontraktens udførelse er den mest velegnede fase til at inddrage sociale hensyn vedrørende beskæftigelses- og arbejdsforholdene for de arbejdstagere, der er involveret i gennemførelsen af kontrakten. Er De enig i det? Hvis ikke, bedes De angive den bedste alternative løsning.
75. Hvilken form for bestemmelser om kontraktens udførelse ville efter Deres mening være særlig passende, hvad angår hensyn til sociale og miljømæssige forhold samt energieffektivitet?
76. Bør visse generelle bestemmelser om kontraktens udførelse, navnlig bestemmelser vedrørende beskæftigelses- og arbejdsforholdene for de arbejdstagere, der er involveret i gennemførelsen af kontrakten, allerede angives på EU-plan?

Undersøgelse af kravene

Ordregivende myndigheder kan angive miljømæssige eller sociale krav, når de udformer tekniske specifikationer eller udvælgelses-/tildelingskriterier, eller når de fastlægger bestemmelser om kontraktens udførelse. I sådanne tilfælde udformer de normalt en liste over detaljer (certificering/dokumentation og/eller specifikke tilsagn), der skal indgives af kandidater eller tilbudsgivere med henblik på at dokumentere, at de kan opfylde de miljømæssige eller sociale krav. I henhold til de nuværende regler kan bestemte certificeringsordninger (f.eks. skovcertificeringsordninger, sociale certifikater osv.) accepteres som dokumentation, men tilsvarende dokumentation skal også accepteres. Et generelt problem i forbindelse med offentlige indkøb vedrører undersøgelsen af disse krav i forsyningskæden. Spørgsmålet om undersøgelse er særlig relevant i de tilfælde, hvor en del af forsyningskæden er placeret i et tredjeland.

Ved undersøgelsen af anmodninger om at deltage i udbud kontrollerer den ordregivende myndighed, om den information og dokumentation, kandidaterne eller tilbudsgiverne har

⁸² Jf. artikel 26 i direktiv 2004/18/EF.

indgivet, stemmer overens med kravene. Hvis krævede detaljer mangler, eller hvis de indgivne informationer betragtes som utilfredsstillende, udelukkes kandidaten eller tilbudsgiveren fra proceduren.

Spørgsmål

77. Mener De, at den gældende ramme for offentlige indkøb i EU skal tillade, at specifikke løsninger omhandler undersøgelsen af kravene i hele forsyningskæden? Hvis ja, hvilke løsninger vil De så foreslå i den forbindelse?
78. Hvad er den bedste måde, hvorpå ordregivende myndigheder kan hjælpes med at verificere kravene? Vil udviklingen af "standardiserede" overensstemmelsesvurderinger og dokumentation samt mærkning lette deres arbejde? Hvis denne fremgangsmåde vedtages, hvad kan der så gøres for at minimere den administrative byrde?

Tilknytning til kontraktens genstand/udførelse

Som tidligere nævnt er tilknytningen til kontraktens genstand en grundlæggende betingelse i henhold til EU's gældende regler for offentlige indkøb, som skal opfyldes, når overvejelser vedrørende andre politikker introduceres i den offentlige indkøbsproces. Dette gælder i hele indkøbsprocessen i forskellige faser og for forskellige aspekter (tekniske specifikationer, udvælgelseskriterier og tildelingskriterier). I tilfælde af bestemmelser om kontraktens udførelse omsættes det til kravet om en tilknytning mellem udførelsen af de opgaver, der er nødvendige for produktionen/leveringen af de varer eller tjenesteydelser, der er genstand for udbuddet.

En opblødning af dette krav vil muligvis sætte de offentlige myndigheder i stand til at gå videre i indsatsen for at opfylde Europa 2020-målene via offentlige indkøb. Det vil bl.a. give de ordregivende myndigheder mulighed for at påvirke virksomhedernes fremgangsmåder uanset det produkt eller den tjenesteydelse, der indkøbes, f.eks. med henblik på at tilskynde til øget miljømæssigt ansvar eller større opmærksomhed på virksomhedernes sociale ansvar. Dette kan være et effektivt instrument til støtte for Europa 2020-målene.

Ved overvejelsen af en sådan mulighed skal der foretages en nøje afvejning i forhold til andre politiske hensyn. Tilknytningen til kontraktens genstand sikrer, at selve indkøbet forbliver centralt for den proces, som skatteydernes penge bruges til. Dette er en vigtig garanti med henblik på at sikre, at de ordregivende myndigheder opnår det bedst mulige tilbud med effektiv anvendelse af de offentlige midler. Som forklaret ovenfor er dette mål også fremhævet i Europa 2020-strategien, som understreger, at politikken for offentlige indkøb skal sikre en mere effektiv brug af offentlige midler. Samtidig sikrer denne garanti for indkøb til den bedst mulige pris en vis sammenhæng mellem EU's politik for offentlige indkøb og reglerne for statsstøtte, da den sikrer, at økonomiske aktører ikke kan opnå uberettigede økonomiske fordele gennem tildelingen af offentlige kontrakter. Hvis tilknytningen til kontraktens genstand mindskes, er der risiko for yderligere forskel mellem anvendelsen af EU's regler for offentlige indkøb og EU's statsstøtteregler, hvilket i sidste ende kan være i strid med målet om øget konvergens mellem statsstøttereglerne og reglerne for offentlige indkøb.

Tilknytningen til kontraktens genstand kan også medvirke til at undgå en situation, hvor økonomiske aktører fra et bestemt land begunstiges til ulempe for aktører fra andre

medlemsstater. Dette er særlig relevant for visse forhold (f.eks. visse sociale krav), fordi der er større sandsynlighed for, at de er forankret i de særlige nationale, regionale eller endda lokale forhold, men det gælder også for andre politiske hensyn, som f.eks. miljøspørgsmål. Ved f.eks. levering af varer kan et krav om, at tilbudsgivernes kontorbygninger udelukkende opvarmes med solvarme, begunstige virksomheder fra medlemsstater med særlige meteorologiske forhold, der er gunstige for solteknologi.

Tilknytningen mellem politikrelaterede hensyn og kontraktens genstand skal også tilvejebringe sikkerhed og forudsigelighed for virksomhederne. Hvis en sådan tilknytning ikke findes (og hvis harmoniserede krav ikke findes på EU-plan), kan økonomiske aktører blive bedt om at overholde forskellige krav (med hensyn til procentdelen af kvinder, antal rekrutterede ledige, de ansattes adgang til børnepasningsfaciliteter, foranstaltninger til miljø- eller affaldshåndtering, miljømærker osv.) for hvert indkøb eller for hver ordregivende myndighed.

Opfyldelse af de forskellige krav, som de ordregivende myndigheder pålægger, kan være særlig vanskelig for små og mellemstore virksomheder, da de ikke altid har de nødvendige økonomiske og personalemæssige ressourcer til at opfylde en lang række samfundsmæssige krav fra sag til sag.

Endelig kan krav, der ikke har tilknytning til de indkøbte produkter eller tjenesteydelser, være i strid med Europa 2020-målet om fremme af innovation, da konkurrencen mellem virksomheder ikke længere tager udgangspunkt i udviklingen af de bedste (muligvis innovative) produkter eller tjenesteydelser, men på grundlag af virksomhedspolitikker.

Spørgsmål

79. Nogle interessenter foreslår at slække eller endda helt fjerne betingelsen om, at ordregivende myndigheders krav skal være knyttet til kontraktens genstand (der kan f.eks. stilles krav om, at tilbudsgiverne har indført en ligestillingspolitik eller ansætter en bestemt procentdel af bestemte kategorier af mennesker, som f.eks. jobsøgende, handicappede osv.). Er De enig i dette forslag? Hvilke fordele eller ulemper ville der efter Deres mening være ved at fjerne eller slække tilknytningen til kontraktens genstand?
80. Hvis tilknytningen til kontraktens genstand skal slækkes, hvilke korrigerende foranstaltninger skal der evt. indføres med henblik på at mindske risiciene for forskelsbehandling og betydelig begrænsning af konkurrencen?
81. Mener De, at små og mellemstore virksomheder kan have problemer med at overholde de forskellige krav? Hvis ja, hvordan skal disse problemer så løses efter Deres mening?
82. Hvis De mener, at tilknytningen til kontraktens genstand skal fjernes/slækkes, i hvilke faser i indkøbsprocessen skal det så ske?
- 82.1. Bør kravet om, at specifikationer vedrørende proces- og produktionsmetoder skal være knyttet til produktets karakteristika ved definitionen af tekniske specifikationer, lempes, så det bliver muligt at medtage elementer, der ikke afspejles i produktets karakteristika (ved indkøb af kaffe kan det f.eks. være krav om, at leverandøren betaler producenterne en præmie, der investeres i aktiviteter, der bidrager til den socialøkonomiske udvikling i lokalsamfundet)?

- 82.2. Mener De, at EU's regler for offentlige indkøb skal tillade, at de ordregivende myndigheder anvender udvælgelseskriterier baseret på virksomhedsmæssige karakteristika, der ikke er knyttet til kontraktens genstand (f.eks. krav om, at tilbudsgiverne har indført en ligestillingspolitik eller ansætter en bestemt procentdel af bestemte kategorier af mennesker, som f.eks. jobsøgende, handicappede osv.)?
- 82.3. Mener De, at tilknytningen til kontraktens genstand skal fjernes/slækkes i tildelingsfasen med henblik på at inddrage andre politiske hensyn (f.eks. ekstra point til tilbudsgivere, der ansætter jobsøgende eller handicappede)?
- 82.3.1. Andre tildelingskriterier end den laveste pris/det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller kriterier, der ikke er knyttet til kontraktens genstand, kan skabe yderligere forskel mellem anvendelsen af EU's regler for offentlige indkøb og EU's statsstøtteregler, så kontrakter, der tildeles på grundlag af andre kriterier end økonomiske kriterier, kan resultere i tildelingen af statsstøtte, som kan være problematisk i henhold til EU's statsstøtteregler. Er De enig i dette? Hvis ja, hvordan skal dette problem så løses?
- 82.4. Mener De, at EU's regler for offentlige indkøb skal tillade de ordregivende myndigheder at pålægge bestemmelser om kontraktens udførelse, som ikke er direkte knyttet til leveringen af de pågældende varer eller tjenesteydelser (f.eks. krav om, at ordregiveren tilbyder børnepasningsfaciliteter til de ansatte, eller at de tildeler en vis del af betalingen til sociale projekter)?

4.2. "Hvad skal der indkøbes" til støtte for Europa 2020-målene

En anden metode til at opnå politikmålene gennem offentlige indkøb kunne være at pålægge ordregivende myndigheder forpligtelser vedrørende, hvad der skal indkøbes. Det kan f.eks. ske ved at indføre obligatoriske krav eller kriterier vedrørende de indkøbte varers eller tjenesteydelsers karakteristika (f.eks. øvre grænser for energi- og ressourcebrug, miljøbelastende stoffer, minimumsniveauer for genbrug) eller alternativt ved at fastsætte mål (f.eks. at 60 % af de offentlige indkøb skal være miljøvenlige)⁸³Nylig europæisk sektorspecifik lovgivning på EU-plan har:

- indført krav til ordregivende myndigheder om, at de i deres offentlige kontrakter skal kræve et bestemt niveau af energieffektivitet⁸⁴
- indført krav til ordregivende myndigheder om, at de i deres beslutninger om offentlige indkøb skal tage energi- og andre miljøindvirkninger i betragtning⁸⁵
- opfordret den offentlige sektor til at foregå som et godt eksempel på området for energieffektivitet via anvendelsen af energieffektivitetskriterier ved udbud af offentlige

⁸³ Inden for grønne offentlige indkøb har flere medlemsstater som Nederlandene, Finland, Slovenien, Østrig og Belgien f.eks. opstillet ambitiøse mål for grønne offentlige indkøb på nationalt plan.

⁸⁴ Forordning (EF) nr. 106/2008 (EUT L 39 af 13.2.2008, s. 1) ("Energy Star-forordningen").

⁸⁵ Direktiv 2009/33/EF om fremme af renere og mere energieffektive køretøjer til vejtransport.

kontrakter⁸⁶ og via fremme af ressourceeffektive offentlige bygninger (f.eks. bygninger med lavt eller intet primært energiforbrug⁸⁷)

- opfordret kontraherende myndigheder til at tilstræbe kun at producere sådanne produkter, der hører til højeste energieffektivitetsklasse⁸⁸.

Kommissionen har i sin seneste meddelelse "Energy 2020 – A strategy for competitive, and sustainable and secure energy"⁸⁹ anført, at energikriterierne (vedrørende effektivitet, vedvarende energikilder og "smart networking") bør anvendes i alle offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter.

For produkter kunne der også mere bredt anvendes en monetariseringsmetode à la den, der er udviklet for direktivet om renere køretøjer⁹⁰. Faktisk kan en forpligtelse til at tage driftsomkostningerne for produkters og tjenesteydelsers levetid med i indkøbsbeslutningen (i stil med det, der allerede kræves for køretøjer) være med til at sikre lavere samlede omkostninger. Dette ville imidlertid kræve, at der identificeres en generel metode, der kan anvendes for alle produktgrupper.

Mere generelt er indførelsen af obligatoriske krav i EU's regler for offentlige indkøb gennem lovgivning baseret på delegerede retsakter blevet fremlagt som en yderligere metode til fremme af innovation eller andre politikmål i Europa 2020-strategien⁹¹.

Med hensyn til social inklusion anføres det i den nye europæiske handicapstrategi 2010-2020⁹², at Kommissionen vil undersøge fordelene ved at vedtage administrative bestemmelser for at sikre tilgængelighed i forbindelse med produkter og tjenester, herunder foranstaltninger til øget anvendelse af offentlige indkøbskontrakter.

Indførelse af sådanne krav kan være et effektivt instrument til at opnå Europa 2020-politikmålene gennem markedsudbredelsen af varer og tjenesteydelser af høj samfundsmæssig værdi. Ved centralisering af beslutninger om indkøbsstrategier kan desuden en opsplnitning af indkøbspolitikker undgås, og forudsigeligheden kan forbedres til gavn for de økonomiske aktører. F.eks. kan på forskellige tilgange fra medlemsstaternes side til grønne offentlige indkøb (GPP) give problemer, navnlig for SMV'er, der vil skulle tilpasse sig forskellige rammevilkår i forskellige lande, og dermed kompliceres udviklingen og salget af miljøvenlige produkter og tjenesteydelser.

⁸⁶ Direktiv 2006/32/EF om energieffektivitet i slutanvendelserne og om energitjenester.

⁸⁷ Direktiv 2009/28/EF om fremme af anvendelse af energi fra vedvarende energikilder (EUT L 140 af 5.6.2009, s. 16), og direktiv 2010/31/EU om bygningers energimæssige ydeevne (EUT L 153 af 18.6.2010, s. 13).

⁸⁸ Direktiv 2010/30/EU om angivelse af energirelaterede produkters energi- og ressourceforbrug ved hjælp af mærkning og standardiserede produktoplysninger (EUT L 153 af 18.6.2010, s. 6)

⁸⁹ KOM(2010) 639.

⁹⁰ For at støtte gennemførelsen af dette krav, der udspringer af direktivet, og for at tage højde for levetidsomkostningerne, har Kommissionen udviklet en portal for rene køretøjer, Clean Vehicle-portalen, der giver alle de oplysninger, der er nødvendige for at sætte beløb på de levetidsomkostninger, der behandles i direktivet: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Rapport fra Mario Monti til formanden for Europa-Kommissionen af 9. maj 2010, "A new strategy for the Single Market", punkt 3.4, s. 78.

⁹² KOM(2010) 636.

På den anden side er der rejst indvendinger mod indførelsen af krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes.

Et vigtigt aspekt, som skal overvejes, er risikoen for, at indførelsen af sådanne krav kan føre til forskelsbehandling eller begrænse konkurrencen på indkøbsmarkederne og muligvis medføre færre tilbudsgivere og højere priser, hvilket kan være et problem i en økonomisk lavkonjunktur, hvor mange medlemsstater oplever budgetmæssige begrænsninger. For at mindske denne risiko skal de indførte krav og kriterier være objektive og ikke-forskelsbehandlende og bør kun anvendes, hvor der er tilstrækkelig markedsudvikling på EU-plan til at sikre den effektive konkurrence. Der bør ligeledes tages højde for, at nogle krav til højere miljøbeskyttelse ikke desto mindre kan føre til økonomiske besparelser på mellemlang eller lang sigt (f.eks. omkring energieffektivitet).

Visse typer af krav kan have en større indvirkning på konkurrencen på indkøbsmarkeder end andre.

- Tekniske specifikationer vedrørende ydeevne vil sandsynligvis have mindre begrænsende indvirkning på konkurrencen end detaljerede tekniske specifikationer vedrørende de varer, der skal indkøbes.
- Obligatoriske krav vedrørende karakteristika for de varer, der skal indkøbes, kan i betydelig grad reducere udvalget og konkurrencen på indkøbsmarkederne eller helt eliminere den, hvorimod obligatoriske bestemmelser vedrørende fastlæggelsen af de forskellige tildelingskriterier, som skal tages i betragtning (f.eks. energieffektivitet, livscyklusomkostninger og adgangsmuligheder), sandsynligvis vil have en mindre begrænsende indvirkning på konkurrencen på indkøbsmarkederne.

Indførelsen af krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, kan også begrænse de ordregivende myndigheders råderum i indkøbsprocedurerne. Det kan påvirke deres kapacitet til at indkøbe varer og tjenesteydelser, der nøjagtigt opfylder deres særlige behov. Denne risiko kan afhjælpes ved at indføre et krav på et passende niveau.

Det hævdes også, at centralt indførte krav om, hvad der skal indkøbes, vil pålægge de ordregivende myndigheder og økonomiske aktører endnu en administrativ byrde, herunder f.eks. øget arbejde for at bekræfte, at virksomhederne opfylder kravene. Videreuddannelse og tilstrækkelig træning samt specifikke værktøjer⁹³ kan hjælpe de ordregivende myndigheder med at håndtere denne arbejdsbyrde effektivt. Desuden kunne standardiserede krav på EU-niveau, f.eks. om at købe varer med de bedste egenskaber, fjerne behovet for, at udbydende myndigheder skal være i besiddelse af specifik teknisk viden, når de udformer specifikationerne, hvilket således i visse tilfælde forenkler opgaven med at tage højde for sådanne kriterier på lokalt, regionalt og nationalt niveau.

En mindre vidtrækkende løsning kan være tilskyndelse til indkøb af visse typer varer eller tjenester uden at indføre krav om det. Sådanne incitament kan f.eks. være finansielle fordele til ordregivende myndigheder, der indkøber miljøvenlige, socialt inddragende eller innovative varer og tjenesteydelser, mekanismer til udveksling af bedste praksis mellem ordregivende myndigheder eller andre støtteordninger til ordregivende myndigheder, der ønsker at understøtte Europa 2020-målene via deres indkøb.

⁹³ Som f.eks. ovennævnte Clean Vehicle-portal.

Spørgsmål

83. Mener De, at krav på EU-plan med hensyn til, hvad der skal indkøbes, er en god metode til at opnå andre politikmål? Hvilke primære fordele og ulemper er der ved en sådan tilgang? For hvilke specifikke produktområder, tjenesteydelser eller specifikke politikker kan krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, være nyttige? Begrund venligst Deres valg. Nævn nogle eksempler på medlemsstaters indkøbspraksis, der vil kunne genbruges på EU-niveau.
84. Mener De, at yderligere krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, på EU-plan skal integreres i politikspecifik lovgivning (miljømæssig, energirelateret, social osv.) eller i stedet skal indføres via EU's generelle regler for offentlige indkøb?
85. Mener De, at krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, skal indføres på nationalt plan? Mener De, at sådanne nationale krav kan resultere i en potentiel fragmentering af det indre marked? Hvis ja, hvordan kan denne risiko så bedst begrænses?
86. Mener De, at krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, skal omhandle krav til de ordregivende myndigheder vedrørende optagelsesniveauet (f.eks. for grønne offentlige indkøb), karakteristika for de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsprojekter, de bør indkøbe, eller særlige krav, som der skal tages højde for som et af elementerne i tilbuddet?
- 86.1. Hvilke manøvre muligheder skal de ordregivende myndigheder have, når de træffer indkøbsbeslutninger?
- 86.2. Bør obligatoriske krav kun omfatte minimumsniveauet, så de enkelte ordregivende myndigheder kan fastlægge mere ambitiøse krav?
87. Hvilket instrument kan efter Deres mening bedst tage højde for den teknologiske udvikling, hvad angår den mest avancerede teknologi (f.eks. uddelegering af opgaven med at overvåge, hvilken teknologi der er blevet udviklet til den mest avancerede fase, eller krav til de ordregivende myndigheder om, at anvendelsen af den mest avancerede teknologi skal være et af tildelingskriterierne, osv.)?
88. Indførelsen af obligatoriske kriterier eller obligatoriske mål med hensyn til, hvad der skal indkøbes, må ikke resultere i elimineringen af konkurrence på indkøbsmarkedene. Hvordan kan der tages hensyn til målet om ikke at eliminere konkurrencen ved fastlæggelsen af disse kriterier eller mål?
89. Mener De, at den administrative byrde vil blive øget, hvis der indføres krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, navnlig for små virksomheder? Hvis ja, hvordan kan denne risiko så mindskes? Hvilke gennemførelsesforanstaltninger og/eller hvilken vejledning skal ledsage sådanne krav?
90. Hvis De ikke er tilhænger af krav med hensyn til, hvad der skal indkøbes, er der så andre instrumenter (f.eks. anbefalinger eller andre incitament), som kan være passende?

4.3. Innovation

Europa har et kæmpestort og uudnyttet potentiale med hensyn til at fremme innovation gennem offentlige indkøb, samtidig med at grænseoverskridende konkurrence tilskyndes, kulstoffattig økonomi fremmes, og således at der opnås de størst mulige økonomiske fordele for offentlige myndigheder. Offentlige indkøb af innovative produkter og tjenesteydelser er afgørende for at forbedre kvaliteten og effektiviteten af offentlige tjenesteydelser på et tidspunkt med budgetnedskæringer.

I de eksisterende EU-direktiver om offentlige indkøb benyttes der en fleksibel tilgang, som sætter de ordregivende myndigheder i stand til at bruge innovationsorienterede udbud, der kan motivere industrien til at finde nye avancerede løsninger.

Projektkonkurrencer⁹⁴ sætter de ordregivende myndigheder i stand til at anskaffe planer eller projekter inden for områder, som f.eks. arkitektur, bygge- og anlægsaktiviteter eller databehandling. Under en sådan procedure anmodes deltagerne om at foreslå projekter, der ligger uden for strenge referencer. De kan derfor fremlægge innovative idéer, som kan bruges i en fremtidig indkøbsprocedure.

I forbindelse med særligt komplekse kontrakter, hvor de ordregivende myndigheder mener, at anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud ikke giver mulighed for at tildele kontrakten, indeholder direktivet en anden procedure, den konkurrenceprægede dialog⁹⁵. I denne procedure kan ordregivende myndigheder indlede en dialog med kandidater for at identificere og definere de metoder, der bedst egner sig til at opfylde den ordregivende myndigheds behov. Deltagerne skal foreslå idéer og løsninger, som drøftes med de ordregivende myndigheder.

EU's nuværende regler for offentlige indkøb søger at beskytte innovative løsninger, selv om de ikke omfattes af intellektuelle ejendomsrettigheder. Foreslåede løsninger og andre fortrolige oplysninger må ikke formidles videre af de ordregivende myndigheder til de andre deltagere uden tilbudsgiverens samtykke⁹⁶.

Håndplukning af intellektuelle ejendomsrettigheder eller af selve de innovative løsninger er dog blevet nævnt som et forhold, der giver anledning til bekymring, navnlig i forbindelse med konkurrencepræget dialog. Hvis en deltager afslører de unikke egenskaber ved sin løsning, kan disse komme til andre kandidaters kendskab. De nuværende regler kræver, at sådanne oplysninger hemmeligholdes, men den ordregivende myndighed skal finde en balance mellem forpligtelsen til at beskytte sådanne fortrolige oplysninger og behovet for at fremlægge visse oplysninger for at finde frem til de løsninger, der bedst opfylder myndighedens behov. Ordregivende myndigheder kan blive fristet til at lægge pres på tilbudsgivere for at få dem til at acceptere fremlæggelse af oplysninger. Den kendsgerning, at den bedste løsning (den løsning, der vælges af den ordregivende myndighed) uundgåeligt fremlægges for alle deltagere, som derefter opfordres til at indgive bud baseret på denne løsning, kan afholde

⁹⁴ Jf. artikel 66 til 74 i direktiv 2004/18/EF.

⁹⁵ Jf. artikel 29 i direktiv 2004/18/EF og betragtning 31 i direktiv 2004/18/EF. Konkurrencepræget dialog er ikke omhandlet i direktiv 2004/17/EF. En ordregivende myndighed, der har valgt et udbud med forhandling med forudgående udbud, kan dog i specifikationerne angive, at proceduren gennemføres i overensstemmelse med bestemmelserne om konkurrencepræget dialog i direktiv 2004/18/EF.

⁹⁶ Artikel 29, stk. 3, i direktiv 2004/18/EF. En sådan garanti er en yderligere bestemmelse i tillæg til fortrolighedsklausulen i direktivets artikel 6.

deltagere fra at foreslå meget innovative løsninger, da de ikke er sikre på, at de vil blive "belønnet" for opfindelsen af denne løsning gennem tildelingen af den faktiske aftale.

Når ordregivende myndigheder udformer et udbud, kan de give tilbudsgiverne tilladelse til at fremlægge alternative tilbud. I det tilfælde kan der tilbydes varer eller tjenesteydelser, som ikke svarer til dem, der beskrives af den ordregivende myndighed, men som opfylder de tekniske minimumskrav i udbudsdokumenterne. Muligheden for at afgive tilbud, der adskiller sig fra de tekniske specifikationer, som de ordregivende myndigheder oprindeligt har fastlagt, opmuntrer økonomiske operatører til at foreslå mere innovative tjenesteydelser eller produkter. Dette kan tilskynde til forskning i nye teknologier og give brugerne adgang til tekniske fremskridt.

En anden vigtig måde for ordregivende myndigheder at stimulere innovation på er ved at kræve, at der udvikles produkter eller tjenesteydelser, der endnu ikke er tilgængelige på markedet. Inden for de gældende regler kan dette ske via såkaldt "prækommercielle indkøb"⁹⁷, som er indkøb af forsknings- og udviklingstjenesteydelser til udvikling af nye løsninger⁹⁸, med henblik på et evt. indkøb af det endelige produkt eller den endelige tjenesteydelse via en normal procedure for offentlige indkøb i en senere fase. Denne tilgang sætter de offentlige myndigheder i stand til at dele risici og fordele ved design, udformning af prototyper og test af en begrænset mængde nye produkter og tjenesteydelser med leverandører uden at involvere statsstøtte.

Prækommercielle indkøb kan hjælpe ordregivende myndigheder med at tilføre offentlige tjenesteydelser radikale kvalitets- og effektivitetsforbedringer ved at skabe højvækstmarkeder og udløse udvikling af nye banebrydende løsninger, der kan imødekomme udfordringer for den offentlige sektor, hvor der endnu ikke findes færdige produkter og tjenesteydelser på markedet.

På trods af disse forskellige muligheder for at fremme innovation gennem offentlige indkøb, er der nogle aktører, der gør gældende, at der er for få offentlige indkøb i Europa, der er specifikt rettet mod innovation. Dette kan skyldes en række faktorer, som f.eks.: forkerte incitament, der favoriserer lavrisikoløsninger; en mangel på viden om og kompetence i vellykkede indkøb af nye teknologier og innovationer; en manglende sammenhæng mellem offentlige indkøb og politikmål og en manglende strategisk tilgang. Der er således med tanke på et konstateret behov for vejledning behov for en debat om, hvordan anvendelsen af regler om offentlige indkøb og eventuelle yderligere foranstaltninger vil kunne hjælpe de ordregivende myndigheder med at fremme innovation. Især skal opmærksomheden rettes mod måling af indsatsen, da denne spiller en nøglerolle for vurderingen af offentlige indkøbs effekt på innovation, lige som der skal fokuseres på at forbedre indsatsen og opnå det faktiske innovationsmål.

⁹⁷ For yderligere vejledning henvises til Kommissionens meddelelse og tilhørende arbejdsdokument "Prækommercielle indkøb: vedvarende høj kvalitet i offentlige tjenester i Europa gennem øget innovation" - KOM(2007) 799 og SEK(2007) 1668. Oplysninger om den seneste udvikling og nyheder om prækommercielle indkøb findes på http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html.

⁹⁸ Indkøb, der ikke er omfattet af EU's direktiver om offentlige indkøb i medfør af artikel 16, litra f), i direktiv 2004/18/EF.

Spørgsmål

91. Mener De, at der er behov for at fremme og stimulere innovation yderligere gennem offentlige indkøb? Hvilke incitamenter/foranstaltninger ville støtte og fremskynde offentlige myndigheders inddragelse af innovation?
92. Mener De, at konkurrencepræget dialog i tilstrækkelig grad beskytter intellektuelle ejendomsrettigheder og innovative løsninger, så det sikres, at tilbudsgiverne ikke fratages fordelene ved deres innovative idéer?
93. Mener De, at andre procedurer bedre kunne opfylde kravet om styrket innovation gennem beskyttelse af originale løsninger? Hvis ja, hvilken form for procedurer ville så være mest velegnet?
94. Kan prækommercielle indkøb, hvor de ordregivende myndigheder indkøber forsknings- og udviklingstjenesteydelser til udvikling af produkter, der endnu ikke findes på markedet, bruges som tilgang til at stimulere innovation? Er der behov for yderligere deling af bedste praksis og/eller benchmarking af praksisser for indkøb af F&U på tværs af medlemsstater med henblik på at fremme bredere anvendelse af prækommercielle indkøb? Kan der være andre måder, der ikke udtrykkeligt er omfattet af de eksisterende lovrammer, hvorpå ordregivende myndigheder kan anmode om udvikling af produkter eller tjenesteydelser, der endnu ikke er tilgængelige på markedet? Kan De se nogen specifikke måder, hvorpå ordregivende myndigheder kan tilskynde SMV'er og nystartede virksomheder til at deltage i prækommercielle indkøb?
95. Er der behov for andre foranstaltninger med henblik på at fremme små og mellemstore virksomheders innovationskapacitet? Hvis ja, hvilke konkrete foranstaltninger vil De så foreslå?
96. Hvilke former for præstationsforanstaltninger vil De foreslå med henblik på at overvåge udviklingen og virkningen af innovative offentlige indkøb? Hvilke oplysninger ville være nødvendige med henblik på disse præstationsforanstaltninger, og hvordan kan de indsamles, uden at de ordregivende myndigheder/økonomiske operatører bliver pålagt en ekstra byrde?

4.4. Sociale tjenesteydelser

Sociale tjenesteydelser er angivet i bilag II B i direktiv 2004/18/EF. Som forklaret ovenfor er kontrakter om sociale tjenesteydelser med en værdi, der overstiger de grænser om anvendelse, som er fastlagt i direktiverne om offentlige indkøb, kun underlagt visse specifikke bestemmelser i direktiverne (bestemmelserne vedrørende tekniske specifikationer og offentliggørelse af indkøbsproceduren) og de grundlæggende principper i EU-lovgivningen, f.eks. ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed⁹⁹. Kontrakter under grænserne er som forklaret ovenfor underlagt de grundlæggende principper i EU-lovgivningen, f.eks. ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, hvis de er af grænseoverskridende interesse.

⁹⁹ Sociale tjenesteydelser er blandt de tjenesteydelser, der er anført i bilag II B til direktiv 2004/18/EF, som kun er omhandlet af visse regler i direktivet (se direktivets artikel 20 og 21 for oplysninger om sondringen mellem tjenesteydelser anført i bilag II A og tjenesteydelser anført i bilag II B).

Ved udlicitering af sociale tjenesteydelser via offentlige kontrakter har de offentlige myndigheder allerede betydelig handlefrihed med hensyn til de procedurer, der skal følges. Endvidere kan offentlige myndigheder indføre krav vedrørende især kvaliteten, omfanget og kontinuiteten af den relevante tjenesteydelse samt krav vedrørende brugeres involvering og deltagelse i leveringen og evalueringen af tjenesteydelsen eller sikring af, at leverandørerne af tjenesteydelsen er bekendte med lokale forhold, når de udfører tjenesteydelsen¹⁰⁰.

Ikke desto mindre hævder visse aktører, at der er behov for at tilpasse de gældende regler for bedre at tage hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for sociale tjenesteydelser. Der stilles især krav om højere grænser for sådanne tjenesteydelser. Det skal bemærkes, at en forøgelse af de relevante grænser i forbindelse med sociale tjenesteydelser ikke vil medføre en begrænsning i dækning og eventuelle erstatningskrav i henhold til GPA'en og andre internationale aftaler, eftersom B-tjenesteydelser ikke er dækket af disse instrumenter.

Spørgsmål

97. Mener De, at der i højere grad skal tages hensyn til de særlige forhold i forbindelse med sociale tjenesteydelser i EU's regler om offentlige indkøb? Hvis ja, hvordan skal dette så ske?
- 97.1. Mener De, at visse aspekter vedrørende indkøb af sociale tjenesteydelser i højere grad bør reguleres på EU-plan med det formål at forbedre kvaliteten af disse tjenesteydelser yderligere? Overvej navnlig følgende:
- 97.1.1. Bør direktiverne forbyde kriteriet om laveste pris for tildeling af kontrakter/begrænse anvendelsen af priskriteriet/begrænse den vægt, som ordregivende myndigheder kan tillægge prisen/indføre en tredje mulighed for tildelingskriterier ud over laveste pris og økonomisk mest fordelagtige tilbud?
- 97.1.2. Bør direktiverne tillade, at kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser reserveres til almennyttige organisationer/bør sådanne organisationer nyde andre privilegier i forbindelse med tildelingen af sociale tjenesteydelseskontrakter?
- 97.1.3. En lempelse af tildelingskriterierne eller forbeholdelse af kontrakter til visse typer organisationer vil kunne hæmme indkøbsprocedurerne evne til at sikre, at disse tjenesteydelser indkøbes "til de laveste omkostninger for samfundet" og kan således udgøre en risiko for, at de respektive kontrakter omfatter statsstøtte. Er De enig i disse indvendinger?
- 97.2. Mener De, at andre aspekter af indkøb af sociale tjenesteydelser skal reguleres mindre (f.eks. gennem højere grænser og de minimis-regler for sådanne tjenesteydelser)? Hvad er begrundelsen for en sådan særbehandling af sociale tjenesteydelser?

¹⁰⁰ Specifik vejledning i anvendelsen af regler om offentlige indkøb i forbindelse med sociale tjenesteydelser under hensyntagen til de offentlige myndigheders vide skønsmuligheder på dette område findes i "Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest" (SEC(2010) 1545), som opdaterer Kommissionens tjenestegrenes arbejdsdokument "Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest – SEC(2009) 1514 af 20.11.2007.

5. SIKRING AF SUNDE PROCEDURER

De finansielle risici og det tætte samspil mellem den offentlige og den private sektor gør offentlige indkøb til et risikoområde for usund forretningspraksis som f.eks. interessekonflikter, favorisering og korrupsion. Efter samme tankegang nævner Stockholmprogrammet¹⁰¹ offentlige indkøb som et område, som opmærksomheden i særlig grad bør rettes mod i kampen mod korrupsion.

Der er ikke kun behov for effektive mekanismer til forebyggelse af usund forretningspraksis i forbindelse med offentlige indkøb for at sikre fair konkurrence på et lige grundlag og garantere effektiv anvendelse af skatteydernes penge. De kan også i høj grad bidrage til, at den overordnede kamp mod økonomisk kriminalitet bliver en succes.

Direktivernes krav om gennemsigtige procedurer, der garanterer lige behandling af alle tilbudsgivere, reducerer allerede risikoen for usund forretningspraksis. De gældende direktiver indeholder imidlertid ikke mere specifikke regler, der kan forebygge og straffe interessekonflikter, og de indeholder kun enkelte specifikke regler, der straffer favorisering og korrupsion inden for offentlige indkøb. Disse problemer tages der specielt hånd om i den nationale lovgivning, men omfanget af særlige beskyttelsesforanstaltninger i den nationale lovgivning varierer stærkt mellem medlemsstaterne.

Øgede proceduremæssige garantier mod usund forretningspraksis på EU-plan kan forbedre den europæiske fælles standard for beskyttelse mod denne praksis, gøre procedurerne mere fair overordnet set og gøre indkøbsprocesserne mindre sårbare over for svig og korrupsion. Sådanne yderligere garantier medfører dog ofte en yderligere administrativ byrde for indkøbere og virksomheder, og deres merværdi i kampen mod usund forretningspraksis skal nøje vurderes i forhold til en mulig negativ indvirkning på det overordnede mål med forenklingen af procedurerne.

5.1. Forebyggelse af interessekonflikter

Begrebet interessekonflikt kendetegner en situation, hvor personer, som er involveret i beslutningen om kontrakttildelingen, har konkurrerende faglige eller personlige forpligtelser eller personlige eller finansielle interesser, som kan gøre det vanskeligt for dem at opfylde deres forpligtelser på en fair og upartisk måde, eller hvor en person kan påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces for at fremme sine egne interesser. En sådan interessekonflikt medfører ikke nødvendigvis korrupsion, men kan føre til korrupt adfærd. Det er derfor vigtigt at identificere og løse interessekonflikter for at forhindre svig. Det skal understreges, at en interessekonflikt både objektivt og i sig selv udgør en alvorlig mangel, uanset parternes hensigter, og uanset om de var i god eller ond tro.¹⁰²

Det bør drøftes, om der er behov for grundlæggende regler på EU-plan som f.eks. en fælles definition af uacceptable situationer med interessekonflikter og visse beskyttelsesforanstaltninger til forebyggelse eller løsning af sådanne situationer.¹⁰³ Disse

¹⁰¹ Rådets dokument 17024/09, vedtaget af Det Europæiske Råd den 10/11. december 2009.

¹⁰² Se dom af 15. juni 1999 i sag T-277/97 Ismeri Europa Srl mod Revisionsretten, præmis 123, vedrørende EU-institutionernes indkøbsregler.

¹⁰³ Se f.eks. reglerne om indkøb i EU's institutioner: Artikel 52 i Rådets forordning nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabets almindelige budget og den relevante retspraksis, navnlig dom af 9. juli 2002 i sag T-21/01 Zavvos mod Kommissionen og af 17. marts 2005 i sag T-160/03 AFCon Management Consultants mod Kommissionen.

beskyttelsesforanstaltninger kan omfatte krav om erklæringer om, at der ikke består nogen interessekonflikter, samt en vis grad af gennemsigtighed og pålidelighed hos de embedsmænd, som varetager de offentlige indkøb, hvad angår deres personlige situation, naturligvis i fuld overensstemmelse med databeskyttelsesregler og -standarder. EU's regler kan f.eks. omfatte en obligatorisk forpligtelse til at oplyse navnene på medlemmerne af evalueringsudvalget til et kontrolorgan eller indarbejde et krav om, at den ordregivende myndighed skal kontrollere, at der ikke består nogen interessekonflikter, når den opretter evalueringsudvalget.

Spørgsmål:

98. Vil De støtte indførelsen af en EU-definition af interessekonflikter i forbindelse med offentlige indkøb? Hvilke aktiviteter/situationer, som indeholder en potentiel risiko, bør omfattes (personlige forhold, forretningsinteresser, såsom aktiebeholdninger, uforenelighed med eksterne aktiviteter mv.)?
99. Mener De, at der er behov for beskyttelsesforanstaltninger for at forebygge, identificere og løse situationer med interessekonflikter effektivt på EU-plan? Hvis ja, hvilken type beskyttelsesforanstaltninger vil De mene er hensigtsmæssig?

5.2. Bekæmpelse af favorisering og korrupsion

Indkøbsmarkeder og navnlig store bygge- og anlægsprojekter anses ofte som et lukrativt mål for potentiel bestikkelse. Det bør ligeledes fremhæves, at processens integritet ikke kun er i fare i tilfælde af korrupsion, hvilket er ret åbenlyst, men også mere generelt i alle tilfælde af favorisering, også selv om det ikke nødvendigvis omfatter korrump adfærd, f.eks. favorisering af en lokal kandidat. De mest almindelige korrupsionsscenerier, som kan forekomme i offentlige indkøbsprocedurer, er de såkaldte "kickbacks" (dvs. betaling af bestikkelse som belønning til den embedsmand, som har påvirket indkøbsprocessen), manipulering af udbudsmateriale til fordel for en bestemt tilbudsgiver og brug af dækvirksomheder/mellemmænd, som skal dække over den korrupte embedsmands ulovlige aktiviteter.

Mange medlemsstaters indkøbsregler indeholder mekanismer, som specifikt har til formål at forebygge og bekæmpe korrupsion og favorisering. Ligesom ved spørgsmålet om interessekonflikter skal der udarbejdes en analyse af, om der skal integreres specifikke beskyttelsesforanstaltninger i EU's lovgivning om offentlige indkøb på den betingelse, at det ikke medfører uforholdsmæssigt store administrative byrder. Det bør dog erindres, at korrupsion ikke blot er et yderst følsomt spørgsmål for medlemsstaterne, men at de faktiske problemer på dette område og også de potentielle løsninger afhænger af den meget divergerende nationale administrative kultur og forretningskultur. Det kan derfor være vanskeligt at finde en løsning på EU-plan, som alle er tilfredse med.

Det foreslås ofte, at korrupsion inden for offentlige indkøb bør håndteres ved at øge gennemsigtigheden, navnlig vedrørende de beslutninger, som de tjenestemænd, som varetager de offentlige indkøb, træffer i løbet af proceduren. Dette ville gøre det muligt for kandidaterne og muligvis offentligheden generelt at granske embedsmænds beslutninger og dermed fungere som et effektivt instrument mod korrupsion. En sådan øget gennemsigtighed kunne f.eks. indføres i forbindelse med åbning af tilbud eller ved obligatorisk offentliggørelse af rapporter,

der dokumenterer indkøbsprocessen. Den yderligere administrative byrde ved en sådan foranstaltning vil være begrænset, eftersom de ordregivende myndigheder allerede er forpligtede til at udarbejde disse rapporter¹⁰⁴. På samme måde kan en offentliggørelse af de indgåede kontrakter (med redigering af kommercielt følsomme oplysninger) være befordrende for en bedre demokratisk granskning af indkøbsbeslutninger.

En anden mulighed er at udvikle særlige redskaber som gratis telefon- eller internetbaserede systemer til anmeldelse af svig for at opfordre deltagere eller andre personer til at oplyse om eventuelle ulovligheder eller uregelmæssigheder. Udbudsbekendtgørelsen, den ordregivende myndigheds websted og andre metoder til offentliggørelse kan indeholde henvisninger til et sådant system, hvor den ordregivende myndighed eller en tilsynsmyndighed kan få oplysninger fra anonyme eller identificerede kilder.

Fremgangsmåder såsom eksisterende redskaber, som fremmer god og gennemsigtig forvaltning af hele indkøbscyklussen, bør ligeledes støttes. I denne henseende kan det være en god idé at udarbejde lister over advarselsindikatorer, trods deres kendte begrænsninger¹⁰⁵. Fremme af klare regler for rapporteringskrav og for beskyttelse af angivere kan være en hjælp til at håndhæve en mere effektiv rapporteringspraksis. Brug af eksternt tilsyn (f.eks. forvaltningseksperter, ngo'er mv.) kan tilføre de interne kontrolredskaber øget værdi, når entreprenørernes resultater skal vurderes, og når mistænkelige sager skal spores og rapporteres.

Det kan ligeledes overvejes at anvende de eksisterende evalueringsmekanismer til at overvåge overholdelsen af relevante internationale instrumenter, herunder bestemmelser om korruption i offentlige indkøb¹⁰⁶.

Endelig kan en begrænsning af visse aspekter af de ordregivende myndigheders beføjelser gøre det vanskeligere at iværksætte beslutninger, som ikke er objektivt begrundede og dermed forhindre favorisering (f.eks. begrænsning af de ordregivende myndigheders beføjelser til at annullere proceduren). Sådanne foranstaltninger må dog ikke reducere de ordregivende myndigheders spillerum med hensyn til at købe varer og tjenesteydelser, som er tilpasset deres særlige behov.

Spørgsmål:

100. Er De enig i, at indkøbsmarkederne har en risiko for korruption og favorisering? Mener De, at der er behov for EU-foranstaltninger på dette område, eller bør det være op til de enkelte medlemsstater?
101. Hvad er efter Deres mening den største risiko for integriteten på de enkelte stadier af den offentlige indkøbsproces (definition af kontraktens genstand, udarbejdelse af udbuddet, udvælgelsesstadiet, tildelingsstadiet, kontraktens udførelse)?
102. Hvilke af de identificerede risici bør efter Deres mening håndteres ved at indføre mere specifikke/supplerende regler i EU's direktiver om offentlige indkøb og hvordan (hvilke regler/beskyttelsesforanstaltninger)?

¹⁰⁴ Artikel 43 i direktiv 2004/18/EF.

¹⁰⁵ World Bank Policy Research Paper nr. 5243, 29. marts 2010.

¹⁰⁶ Navnlige OECD-konventionen om bekæmpelse af bestikkelse af udenlandske offentligt ansatte i forbindelse med internationale forretningstransaktioner og FN-konventionen mod korruption.

- | |
|--|
| 103. Hvilke supplerende instrumenter kan indarbejdes i direktiverne for at tackle organiseret kriminalitet i forbindelse med offentlige indkøb? Vil De f.eks. støtte indførelse af forudgående kontrol ved underentrepriser? |
|--|

5.3. Udelukkelse af "underlødige" tilbudsgivere

Udelukkelse af tilbudsgivere, som er skyldige i korrupsion og, mere generelt, tjenesteforseelser ("debarment"), er et magtfuldt våben til at straffe – og også i en vis grad forebygge – usund forretningspraksis. Artikel 45 i direktiv 2004/18/EF indeholder allerede en forpligtelse til at udelukke tilbudsgivere, mod hvem der er afsagt en endelig dom af en række grunde (navnlig korrupsion), samt mulighed for at udelukke tilbudsgivere som følge af en række andre tilfælde af usund forretningspraksis (herunder en "alvorlig fejl" i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes hverv).

En række spørgsmål vedrørende denne bestemmelses anvendelsesområde, fortolkning, gennemførelse og praktiske anvendelse er dog stadig åbne, og medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder har anmodet om yderligere præcisering.

Det bør navnlig undersøges, om udelukkelsesgrundene i artikel 45 er hensigtsmæssige, tilstrækkeligt tydelige (navnlig udelukkelsen på grund af en "alvorlig fejl" i forbindelse med udøvelsen af et hverv) og udtømmende, eller om der er skal indarbejdes yderligere udelukkelsesgrunde. De ordregivende myndigheder synes også at opleve praktiske vanskeligheder, når de forsøger at tilvejebringe alle relevante personlige oplysninger om tilbudsgivere og kandidater, som er etableret i andre medlemsstater, og deres egnethed i henhold til deres nationale lovgivning.

Endvidere er der sandsynligvis behov for at få præciseret anvendelsesområdet for gennemførelsen af national lovgivning om udelukkelsesgrunde. Hvis medlemsstaterne får mulighed for at indarbejde udelukkelsesgrunde i deres nationale lovgivning, kan de måske håndtere særlige problemer med usund forretningspraksis i en national sammenhæng mere effektivt. På den anden side medfører særlige nationale udelukkelsesgrunde altid en risiko for forskelsbehandling af udenlandske tilbudsgivere og kan være en risiko for princippet om lige europæiske vilkår.

Et vigtigt spørgsmål, som ikke er omfattet af EU's gældende direktiver om offentlige indkøb, er det såkaldte "selvrensende" foranstaltninger, dvs. foranstaltninger, som træffes af den interesserede økonomiske aktør for at imødekomme en negativ situation, som påvirker hans/hendes berettigelse. Deres effektivitet afhænger af medlemsstaternes accept af dem. Spørgsmålet om "selvrensende foranstaltninger" hidrører fra behovet for at finde en balance mellem gennemførelsen af udelukkelsesgrundene og respekten for forholdsmæssighed og ligebehandling. Hensynet til selvrensende foranstaltninger kan hjælpe de ordregivende myndigheder med at gennemføre en objektiv og fyldigere evaluering af den enkelte kandidats eller tilbudsgivers situation for at tage stilling til dennes udelukkelse fra indkøbsproceduren.

I henhold til artikel 45 skal medlemsstaterne tage hensyn til selvrensende foranstaltninger, i det omfang sådanne foranstaltninger viser, at tvivlen om kandidatens eller tilbudsgiverens faglige hæderlighed, solvens og pålidelighed er fjernet. Der findes imidlertid ingen ensartede regler om "selvrensning", selv om de ordregivende myndigheder i visse medlemsstater desuagtet tager hensyn til foranstaltninger truffet af den økonomiske aktør med henblik på at afhjælpe udelukkelsessituationen.

Endvidere opstår spørgsmålet om, hvorvidt EU udtrykkeligt bør indføre sanktioner for forsøg på at sætte gennemsigtigheden og upartiskheden i indkøbsproceduren over styr (f.eks. kandidater eller tilbudsgivere, som forsøger at få adgang til fortrolige oplysninger og uretmæssigt påvirke den ordregivende myndigheds aktiviteter såsom udvælgelses- og tildelingsfasen). Sådanne sanktioner kan f.eks. omfatte afvisning af kandidaten eller tilbudsgiveren, hvis blot beslutningen er behørigt begrundet.

Visse alvorlige former for ulovlig adfærd, som f.eks. korruption eller bevidst uanmeldte interessekonflikter, bør også pålægges alvorligere (f.eks. strafferetlige) sanktioner. Medlemsstaterne har allerede pligt til at pålægge deres embedsmænd strafferetlige sanktioner, hvis de gør sig skyldige i korruption. Hensigtsmæssigheden af at fastlægge minimumsstandarder for sanktioner bør vurderes i lyset af overtrædelsens omfang og principperne for nødvendighed, subsidiaritet og forholdsmæssighed¹⁰⁷.

Spørgsmål:

104. Mener De, at artikel 45 i direktiv 2004/18/EF vedrørende udelukkelse af tilbudsgivere er et nyttigt instrument, hvad angår sanktionering af usund forretningspraksis? Hvilke forbedringer foreslår De til denne mekanisme og/eller alternative mekanismer?
105. Hvordan kan samarbejdet blandt ordregivende myndigheder med hensyn til at tilvejebringe personlige oplysninger om kandidater og tilbudsgivere styrkes?
106. Mener De, at spørgsmålet om "selvrensende foranstaltninger" udtrykkeligt bør indgå i artikel 45, eller bør det kun reguleres på nationalt plan?
107. Er en begrundet beslutning om at afvise et tilbud eller en ansøgning en passende sanktion med hensyn til at sikre en bedre overholdelse af princippet om ligebehandling?
108. Mener De, at der i lyset af Lissabontraktaten under visse omstændigheder bør udformes minimumsstandarder for strafferetlige sanktioner på EU-niveau, f.eks. i tilfælde af korruption eller uanmeldte interessekonflikter?

5.4. Undgåelse af urimelige fordele

Endelig kan der være situationer, hvor der ikke består en interessekonfliktsituation eller usund forretningspraksis, og hvor proceduren ikke længere er rimelig, fordi visse tilbudsgivere befinder sig i en fordelagtig situation. Eksempelvis kan det give kandidaten eller tilbudsgiveren en betydelig fordel i form af fortrolige oplysninger, hvis denne tidligere har udført forberedende arbejder i forbindelse med udviklingen af den tjenesteydelse, der skal indkøbes (som f.eks. forskning og/eller design), og dette kan igen skabe bekymring om overholdelse af princippet om ligebehandling¹⁰⁸.

Spørgsmålet er her, i hvilket omfang der kan kompenseres for fordelene uden at udøve forskelsbehandling af den pågældende tilbudsgiver. Det vil sandsynligvis være en

¹⁰⁷ Om EU's funktionelle kompetence inden for strafferet, se sag C-440/05, *Kommissionen mod Rådet*, præmis 66.

¹⁰⁸ Se forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom*.

overreaktion ganske enkelt at udelukke tilbudsgivere, som har udført forberedende arbejder i tilknytning til projektet, og det kan sikkert heller ikke lade sig gøre i praksis, navnlig når der kun er få kvalificerede konkurrenter på det pågældende marked. En meningsfuld kompensation kan f.eks. bestå af en forpligtelse til at give alle konkurrerende tilbudsgivere alle fortrolige oplysninger, som den tilbudsgiver, som har en fordel, kan have fået som følge af en tidligere tilknytning til projektet.

Et endnu mere ømtåleligt emne er problemet med de naturlige fordele, som eksisterende tilbudsgivere nyder, og som er endnu vanskeligere at identificere klart og kompensere for. Igen kan det være hensigtsmæssigt med obligatorisk videregivelse af visse fortrolige oplysninger for at mindske risikoen for forskelsbehandling, forudsat at kommercielt følsomme oplysninger beskyttes korrekt.

Spørgsmål:

109. Bør der på EU-plan være særlige regler vedrørende spørgsmålet om visse tilbudsgiveres fordele som følge af tidligere tilknytning til udformningen af genstanden for udbudsprojektet? Hvilke beskyttelsesforanstaltninger foreslår De?
110. Mener De, at problemet med mulige fordele for siddende tilbudsgivere skal behandles på EU-plan, og hvis ja, hvordan?

6. TREDJELANDSLEVERANDØRERS ADGANG TIL EU'S MARKED

De internationale forpligtelser, som EU har påtaget sig inden for indkøb, afspejles i forskellige bestemmelser i direktiverne.

I betragtning 7 i direktiv 2004/18/EF og betragtning 14 i direktiv 2004/17/EF henvises der udtrykkeligt til Rådets afgørelse 94/800/EF, som godkendte WTO-aftalen (GPA). I henhold dertil "*er det den ordning, der er fastsat i WTO-aftalen, der skal anvendes over for tilbudsgivere og på varer fra tredjelande, der har undertegnet aftalen*". Endvidere er betingelserne vedrørende GPA'en afspejlet i artikel 5 i direktiv 2004/18/EF og artikel 12 i direktiv 2004/17/EF. Som følge deraf bør økonomiske aktører fra de lande, som har underskrevet GPA'en, have samme behandling som europæiske økonomiske aktører på de betingelser, som er fastlagt i GPA'en, navnlig EU's bilag 1, som omfatter alle EU's forpligtelser i henhold til aftalen.

Endvidere indføres der med artikel 58 i direktiv 2004/17/EF for de områder, som EU ikke har indgået internationale aftaler med, en præference for indkøb af varer, og i henhold til artikel 59 i samme direktiv er det muligt at begrænse adgangen til EU's indkøbsmarked for forsyningsvirksomheder.

Mange interessenter har for nylig påpeget, at EU's indkøbsmarked er mere åbent end vores internationale partners indkøbsmarkeder. Som følge deraf konkurrerer EU's virksomheder ikke altid på lige fod med udenlandske virksomheder. Endvidere har situationen negative konsekvenser for EU's forhandlingsposition i internationale forhandlinger om større markedsadgang. Det er derfor nødvendigt at reflektere over EU's politik for offentlige indkøb i forhold til tredjelande og om anvendelsen af ovennævnte bestemmelser samt mulige forbedringer.

Dette hænger sammen med den løbende debat om, hvordan EU kan øge sin indflydelse i internationale forhandlinger med henblik på at sikre en mere afbalanceret og gensidig adgang til EU's og udenlandske indkøbsmarkeder. Kommissionen er i øjeblikket ved at gennemføre en konsekvensvurdering af de forskellige mulige politiske løsninger, der tager udgangspunkt i gennemførelsen af vores internationale forpligtelser, som f.eks. aftalen om offentlige indkøb (Government Procurement Agreement), samt i forhold til tredjelande, som EU endnu ikke har indgået sådanne aftaler med.

Spørgsmål:

111. Hvad er Deres erfaring med og/eller Deres holdning til mekanismerne i artikel 58 og 59 i direktiv 2004/17/EF?
- 111.1. Bør disse bestemmelser forbedres yderligere? Hvis ja, hvordan? Kan det være hensigtsmæssigt at udvide anvendelsesområdet for disse bestemmelser, så de omfatter mere end forsyningsvirksomhedernes indkøb?
112. Hvilke andre mekanismer vil De foreslå for at opnå bedre symmetri i adgangen til markederne for offentlige indkøb?

Denne grøn bog behandler de spørgsmål, som Kommissionen har identificeret som værende vigtige aspekter af den fremtidige reform af EU's politik for offentlige indkøb. Der kan være andre vigtige spørgsmål, som ikke er behandlet i ovennævnte grøn bog. Det kunne i øvrigt være interessant at høre fra interessenter, hvilke af ovennævnte spørgsmål de finder vigtigst, og hvilke spørgsmål der synes at være mindre relevante i lyset af en fremtidig reform. Alle aktører opfordres således til at besvare nedenstående spørgsmål.

Spørgsmål:

113. Er der andre spørgsmål, som De mener, bør behandles i en fremtidig reform af EU's direktiver om offentlige indkøb? Hvilke spørgsmål er det, hvilke problemer skal efter Deres mening behandles, og hvordan kan en mulig løsning på disse problemer se ud?
114. Opstil de forskellige spørgsmål i denne grøn bog efter deres betydning samt andre spørgsmål, som de mener, er vigtige. Hvis De skulle vælge tre prioriterede spørgsmål, som skal behandles først, hvilke ville De da vælge? Begrund venligst Deres valg.

Kommissionen opfordrer alle interesserede parter til at sende deres bidrag inden den 18. april 2011, gerne pr. e-mail og i Word-format til MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Bidragene behøver ikke omfatte alle spørgsmålene i denne grøn bog. De kan begrænses til de spørgsmål, som de anser for at være vigtige for Dem. Anfør venligst, hvilke aspekter Deres bidrag vedrører.

Modtagne bidrag offentliggøres sammen med bidragsyderens identitet på internettet, medmindre bidragsyderen har indvendinger mod offentliggørelsen af personlige oplysninger

med den begrundelse, at offentliggørelsen vil være til skade for hans eller hendes lovlige interesser. I så fald kan bidraget offentliggøres anonymt. Ellers offentliggøres bidraget ikke, ligesom der i princippet ikke tages hensyn til dets indhold.