

Lovforslag nr. L 150. Fremsat den 15. december 2004 af økonomi- og erhvervsministeren (Bendt Bendtsen)

Forslag

til

Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Kapitel 1

Anvendelsesområde

§ 1. Loven gælder for indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder og for tildeling af ordren.

Stk. 2. Loven gælder for følgende udbydere:

- 1) statslige, regionale og kommunale myndigheder og offentligtretlige organer.
- 2) andre udbydere, når de udbyder bygge- og anlægsarbejder, som modtager offentlig støtte, herunder garantier, og
- 3) tilbudsgivere, når de indhenter tilbud hos underentreprenører til brug for udførelse af en bygge- og anlægsopgave omfattet af loven for en bygherre omfattet af nr. 1) eller 2).

Stk. 3. Bortset fra § 3, stk. 2, og § 7 gælder loven dog ikke udbud, der er omfattet af

- 1) udbudsdirektivet, herunder reglerne for delarbejder omfattet af direktivets artikel 9, stk. 5 a,
- 2) forsyningsvirksomhedsdirektivet, herunder reglerne for delarbejder omfattet af direktivets artikel 17, stk. 6 a, eller
- 3) lov nr. 378 af 14. juni 1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder med senere ændringer eller regler udstedt med hjemmel heri.

Stk. 4. Lovens regler om fremgangsmåden ved indhentning af tilbud og ved tildeling af ordren finder endvidere anvendelse, når en udbyder, der ikke er omfattet af stk. 3, klart tilkendegiver, at loven eller nærmere angivne regler heri vil blive

anvendt som grundlag for tildeling af en ordre om et bygge- og anlægsarbejde.

Stk. 5. Ved »bygge- og anlægsarbejder« forstås i overensstemmelse med udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion. Ved »udbudsdirektivet« forstås Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Ved »forsyningsvirksomhedsdirektivet« forstås Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. Begrebet »offentligtretlige organer« forstås i overensstemmelse med definitionen heraf i udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Kapitel 2

Generelle principper for tilbudsindhentning

Konkurrence og ligebehandling

§ 2. Tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder omfattet af denne lov indhentes ved offentlig eller begrænset licitation eller ved underhåndsbud.

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

Stk. 3. Det påhviler udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudet og tildelingen af ordren at sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, sag-

lige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Tilbudsfrister og vedståelsesfrister

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

Stk. 2. Der gælder en vedståelsesfrist på 40 arbejdsdage, medmindre andet er angivet i udbudsmaterialet.

Stk. 3. Ved forhandlinger af licitationsbud efter § 11 gælder, at uanset vedståelsesfristen efter stk. 2 frigøres en tilbudsgiver, der ikke indbydes til forhandlinger eller fravælges i løbet af forhandlingerne, fra sit tilbud, så snart vedkommende beslutning er meddelt tilbudsgiveren.

Kapitel 3

Fremgangsmåden ved en licitation

Definitioner

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

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

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

Tilbudets form

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

Tilrettelæggelse af offentlig og begrænset licitation

§ 6. Hvis udbyderen ved en offentlig licitation kræver oplysninger vedrørende teknisk og øko-

nomisk formåen, som tilbudsgiver skal dokumentere at råde over for at kunne få sit bud taget i betragtning, skal karakteren af disse oplysninger og dokumentationen herfor være angivet i annoncen. I annoncen angives tillige, om opgaven vil blive tildelt efter kriteriet laveste pris eller efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud.

Stk. 2. Ved begrænset licitation kan udbyderen gennemføre en prækvalifikationsrunde ved at indkalde mulige tilbudsgivere ved offentliggørelse af en udbudsannonce i pressen eller i elektroniske medier. I udbudsannoncen skal angives

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

Stk. 3. Ved indbydelse til en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation skal udbyder oplyse, hvor mange bydende der maksimalt vil blive opfordret til at afgive tilbud. Det skal af indbydelsen fremgå, om opgaven vil blive tildelt efter kriteriet laveste pris eller efter kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud. For udbydere omfattet af § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, gælder, at medmindre kun bestemte virksomheder har praktisk mulighed for at udføre arbejdet, skal mindst 1 af de indbudte være fra områder uden for lokalområdet, og udbyder kan ikke ved hvert udbud indbyde den samme kreds af virksomheder. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte regler, der begrænser adgangen til at anvende begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation.

Adgangen til at være til stede ved åbningen af licitationsbudene

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

Tildelingskriterier

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

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

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

Stk. 3. Udbyderen kan forkaste et tilbud, såfremt det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid.

Alternative bud

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

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

Forhandlinger

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

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

Stk. 2. Når udbyderen vælger at forhandle, skal det senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for de udvalgte tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig at forhandle med, tilkendegives, hvilken procedure der vil blive

fulgt, hvis dette ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

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

Stk. 4. Forhandlingerne må ikke føre til, at opgavens karakter ændres væsentligt, eller til, at tildelingskriterierne, herunder den vægtning eller prioritering, der er lagt til grund ved udvælgelsen af forhandlingspartnere efter stk. 1, ændres.

Kapitel 4

Underhåndsbud

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

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

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

- 1) der er tale om delarbejder, hvis anlæds værdi eksklusiv moms er 500.000 kr. eller derunder, og den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20 pct. af de samlede arbejders værdi,
- 2) bygge- og anlægsarbejdets omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag, såsom visse forsøgs-, forsknings- og udviklingsarbejder eller restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder, eller arbejdet af tvungne sikkerhedsmæssige grunde ikke kan udsættes,
- 3) der ikke ved licitation er indkommet et egnet eller forskriftsmæssigt bud, eller der ikke er modtaget nogen ansøgninger, forudsat de

- oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt,
- 4) kun en bestemt virksomhed kan udføre arbejdet, eller
 - 5) bygge- og anlægsarbejdet supplerer et arbejde, der har været udbudt i licitation, og arbejdet på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendigt for fuldførelse af det udbudte arbejde, og ordren tildeles den virksomhed, der udfører det oprindelige arbejde, medmindre udbyderen kan påvise særlige forhold, der begrundes, at udbyderen kan lade andre udføre arbejdet.

Stk. 4. Når den samlede, anslåede værdi eksklusiv moms af et bygge- og anlægsarbejde overstiger 300.000 kr., skal udbydere omfattet af § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, indhente mindst 2 underhåndsbud. Disse udbydere kan ikke ved hvert udbud indbyde den samme kreds af virksomheder.

Stk. 5. Udbyder skal ved indhentning af underhåndsbud give meddelelse om, hvorvidt tilde- ling af ordren vil ske på grundlag af kriteriet laveste pris eller kriteriet økonomisk mest fordelagtig tilbud.

Stk. 6. Udbyderen kan forkaste et tilbud, såfremt det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid.

Stk. 7. Økonomi- og erhvervsministeren kan undtage bestemte kategorier af udbydere fra reglerne i stk. 2 og 3.

Kapitel 5

Rammeaftaler

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

Stk. 2. En rammeaftale har kun virkning i forholdet mellem de direkte parter i aftalen. En rammeaftale kan kun indgås mellem én udbyder og én virksomhed. Udbyder kan om nødvendigt anmode virksomheden om at komplettere sit tilbud til brug for kontraktindgåelsen. Dette må dog ikke medføre væsentlige ændringer i aftalevilkårene.

Stk. 3. En rammeaftale må højst gælde for en periode på 4 år.

Kapitel 6

Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere

§ 14. Udbyderen underretter hurtigst muligt alle tilbudsgivere, der har afgivet et licitationsbud eller et underhåndsbud, om hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til ordretildelingen, herunder i givet fald begrundelsen for at annullere en licitation eller indhentning af underhåndsbud.

Stk. 2. Ved begrænset licitation med prækvalifikation underretter udbyderen hurtigst muligt ansøgere om, hvorvidt de er blevet prækvalificerede. Efter anmodning underretter udbyderen endvidere en forbigået ansøger om begrundelsen for, at ansøgningen er blevet forkastet.

Stk. 3. Udbyderen underretter efter anmodning berørte tilbudsgivere om begrundelsen for at forkaste tilbudet, jf. § 8, stk. 3 og § 12, stk. 6, såfremt en sådan begrundelse ikke allerede er givet i medfør af § 15, stk. 2.

§ 15. Når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, gælder endvidere reglerne i stk. 2-4.

Stk. 2. Senest samtidig med, at der indledes forhandlinger efter § 11, underretter udbyderen berørte tilbudsgivere om en beslutning om ikke at indbyde dem til forhandlingerne og en begrundelse herfor.

Stk. 3. Efter afslutningen på forhandlinger efter § 11 underretter udbyderen hurtigst muligt tilbudsgivere, som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Stk. 4. Hvis der ikke har været forhandlinger efter § 11, eller hvis tilbudene er indhentet ved underhåndsbud, underretter udbyderen efter anmodning tilbudsgivere, som har overholdt udbudsbetingelserne, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Kapitel 7

Klage over licitation m. v.

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

Kapitel 8

Ikrafttrædelse m.v.

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

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

§ 18. Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland.

Bemærkninger til lovforslaget

Almindelige bemærkninger

1. Indledning

Tilbudsloven erstattede licitationsloven i september 2001 og omfatter offentligt samt offentligt støttet byggeri under tærskelværdien for anvendelsen af EU-direktivet, pr. 1. januar 2005 ca. 5,9 mio. euro. Det offentlige/offentligt støttede byggeri udgør iflg. Erhvervs- og Byggestyrelsens skøn 20-25 % af det samlede byggeri i Danmark.

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

For at undgå et unødigt træk på tilbudsgivernes ressourcer blev det i forbindelse med Konkurrenceevnepakken i 2002 fastsat i tilbuds bekendtgørelsen, bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002, at der højst kan indhentes 4 underhåndsbud. Dette loft gælder også for private hoved- eller totalentreprenører ved offentligt og offentligt støttet byggeri. Samtidig blev disse entreprenørers tilbudsindhentning dog i vid udstrækning dereguleret. I dag er disse entreprenører således ikke underlagt beløbsgrænsen på 2 mio. kr. ekskl. moms for indhentning af underhåndsbud.

GfK-undersøgelsen

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

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

Offentligt og offentligt støttet byggeri

Samlet tyder GfK-undersøgelsen på, at de nye regler for forhandling og for underhåndsbud i forbindelse med offentligt og offentligt støttet byggeri har skærpet konkurrencen. Den øgede konkurrence om opgaverne medfører imidlertid, at tilbudsgiverne bruger flere ressourcer på at afgive tilbud end under licitationsloven. Dette gælder både i forbindelse med licitationer, hvor der forhandles, og underhåndsbud.

Vedståelsesfristen i loven har ikke virket uniforme-rende. En vedståelsesfrist indebærer, at tilbudsgivere må holde ressourcer i beredskab i den periode, som påregnes at medgå til at finde det bedste bud. Lavere vedståelsesfrister end den i loven nævnte frist på 40 dage bruges også af den offentlige sektor. I den offentlige sektor bruger dog forholdsmæssigt flere udbydere en længere vedståelsesfrist end 40 dage end i den private sektor.

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

Det kan endvidere svække gennemsigtheden i forbindelse med kvalitetskonkurrencer, hvis udbyderen ikke klart på forhånd i udbudsmaterialet melder ud, hvorledes underkriterierne vil blive anvendt.

Privat erhvervsbyggeri

Det fremgår af GfK-undersøgelsen, at dereguleringen af privat byggeri – og derved bl.a. bortfaldet af loftet på underhåndsbud og begrænsningerne i adgangen til at forhandle med flere - ikke har ført til et unødigt træk på tilbudsgivernes ressourcer. Der indhentes således færre underhåndsbud i den private sektor end i den offentlige sektor. Det kan hænge sammen med,

at en professionel bygherre ikke kan være interesseret i at indhente flere tilbud end nødvendigt for at teste markedet. I modsat fald kan det blive vanskeligt at tiltrække de gode tilbud ved efterfølgende udbud.

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

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

2. Lovforslagets indhold

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

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

2.1. Lovens anvendelsesområde

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

Privat byggeri foreslås ikke inddraget under tilbudsloven. Private virksomheder er generelt ikke omfattet af udbudsreglerne, hverken i andre brancher eller i andre lande. Og GfK-undersøgelsen viser som nævnt, at der ikke er problemer i det private byggeri, som samfundsøkonomisk kan begrunde regulering. I øvrigt anvender mange private bygherrer ifølge GfK-undersøgelsen efter eget valg tilbudsloven. Det er regeringens formodning, at den private sektor også fremover vil lade sig inspirere af tilbudslovens regler, når de indgår bygge- og anlægskontrakter, og regeringen vil gerne tilskynde til, at det sker, ved at udarbejde en vejledning om private bygherres muligheder for at anvende tilbudslovens regelsæt.

Hvis aktørerne respekterer de konkurrenceretlige principper, vil markedet effektivisere byggeriet. I den forbindelse bemærkes, at en regulering af tilbudsindhentning som i tilbudsloven alene forpligter de, der

indhenter tilbud. De, der afgiver tilbud, er ikke pligtsubjekter i loven.

2.2. Forhandlingsadgangen ved kvalitetskonkurrencer

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

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

2.3. Reglerne for underhåndsbud

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

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

Der sker endvidere den ændring, at tærsklen for indhentning af underhåndsbud hæves fra de nugældende 2 mio. kr. til 3 mio. kr. Dette kan spare ressourcer på begge sider. Udbydere skal ikke udarbejde et detaljeret udbudsgrundlag. Også tilbudsgivere kan spare ressourcer, fordi der ikke vil blive indhentet mere end højst 4 underhåndsbud, jf. ovf., medens ud-

gangspunktet i forbindelse med en begrænset licitation er, at der indbydes mindst 5 tilbudsgivere.

Ved fastsættelsen af den nye tærskel er der taget hensyn til, at reglen vil gælde i forhold til en meget uhomogen gruppe af udbydere, med meget forskellige erfaringer i at teste opgaver på et marked, og at det kan ved byggeri for mindre erfarne bygherrer give større sikkerhed for, at konkurrencen er effektiv, at udbudet afholdes i form af en licitation i overensstemmelse med et klart defineret udbudsgrundlag.

Beløbsgrænsen vil heller ikke fremover gælde i forhold til private hovedentreprenører ved offentligt og offentligt støttet byggeri, selvom denne gruppe i øvrigt er omfattet af loven, jf. forslaget til § 1, stk. 2, nr. 3. Denne gruppe udbydere vil imidlertid være underkastet loftet på antallet af underhåndsbud, der kan indhentes, således som de også er underkastet det i dag gældende loft.

2.4. Mere gennemsigtighed

2.4.1. Direkte indbudt licitation

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

2.4.2. Vægtning af underkriterier

Efter de gældende regler i tilbudsloven skal udbyder ved tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« så vidt muligt angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge. Dette svarer til reglen i de EU-udbudsdirektiver, der har været gældende indtil 1.1.2005,

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

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

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

2.4.3. Bedre begrundelse, når der forhandles

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

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

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

Uden for denne situation opretholdes de gældende regler om begrundelse efter anmodning, herunder reglen i tilbuds bekendtgørelsen om underretning, hhv. begrundelse i forbindelse med underhåndsbud.

3. Klarere regler

Forslaget indebærer endvidere en række regelforenklinger:

3.1. Klarere beskrivelse af anvendelsesområde

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

3.2. Sammenskrivning af tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen

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

Rådgiverhabilitet

En række af bestemmelserne i tilbudsbekendtgørelsen vil dog ikke blive indarbejdet i loven. Det drejer sig bl.a. om reglen om rådgiverhabilitet, som i tilbudsbekendtgørelsen har fået en særlig udformning, som har skabt tvivl om, hvorvidt reglen afviger fra lovens generelle regler om ligebehandling mv.

Ligebehandlingsprincippet i loven tydeliggøres endvidere ved en sammenskrivning af to bestemmelser, således at det bliver klart, at ligebehandlingsprincippet ikke kun gælder i forhold til aktuelle tilbudsgivere, men også i processen med at udvælge tilbudsgiverne.

Indbyrdes forbundne selskaber

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

Bud på eget arbejde

Forbudet mod, at offentligretlige organer og støtteprivate udbydere kan give bud på eget arbejde, overføres ikke til loven. For nogle offentligretlige organer gælder der begrænsninger for, hvad de selv kan

producere. Dette er fx tilfældet med almene boligelskaber.

I det omfang der ikke gælder sådanne begrænsninger for in house produktion vil et forbud mod at afgive et eget bud/kontrolbud kunne hæmme konkurrenceudsætningen. Det kan være vanskeligere at motivere en udbyder til at teste en opgave på markedet, hvis et udbud af udbyderen opleves som ensbetydende med, at opgaven overgår til en ekstern leverandør uden hensyn til, om udbyderen selv råder over effektive ressourcer.

Offentlig licitation

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

Underhåndsbud over den økonomiske tærskel

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

Den nye udformning dækker de fleste af de i tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, omhandlede situationer.

Der skønnes dog ikke at være behov for at medtage en udtrykkelig bestemmelse om »gentagelsesarbejder«, jf. tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 6. Det fremgår af den i dag gældende bestemmelse, at adgangen til at overdrage et gentagelsesarbejde til en tidligere valgt entreprenør uden en ny licitation forudsætter, at denne mulighed fremgik af det oprindelige udbudsmateriale. Kontrakten om gentagelsesarbejdet har således været konkurrenceudsat og kan tildes uden en ny konkurrence. I et vist omfang vil forholdet endvidere være dækket af reglerne om rammeaftaler.

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

Endelig udelades § 13, stk. 4, nr. 8 om særlige planlægningsopgaver mv. for entreprenøren ved visse ty-

per støttet byggeri. Anvendelsesområdet er til en vis grad sammenfaldende med undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 34 om en særlig procedure for at udpege en entreprenør ud fra dennes egnethed til at indgå i en planlægningsgruppe mv. Disse hensyn kan imidlertid i tilbudsloven varetages efter reglerne for partnering.

Andre overvejelser

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

Lovforslaget indeholder ikke særlige regler om tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne. Spørgsmålet reguleres dels af ligebehandlingsprincippet, jf. den foreslåede § 2, stk. 3, dels af reglerne for alternative bud, der ikke foreslås ændret, jf. forslagens § 9.

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

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

Selv om et tilbudsforbehold kun repræsenterer mindre afvigelser fra udbudsgrundlaget, er der dog normalt ikke en pligt for udbyder til at foretage en sådan prissætning og tage hensyn til tilbudet.

Selv mindre afvigelser fra udbudsgrundlaget indebærer således en risiko for tilbudsgiveren for, at udbyderen vil se bort fra tilbudet. Det kan være vanskeligt

for en udbyder at vurdere den præcise rækkevidde og økonomiske betydning af et forbehold, og spørgsmålet kan på grund af reglerne for forhandling og rangordningen på licitationstidspunktet ofte ikke afklares i en direkte kontakt med tilbudsgiveren. Denne usikkerhed medfører, at udbyder påtager sig en risiko ved at antage et tilbud uden at kende de præcise økonomiske konsekvenser. Hertil kommer, at der kan være forbehold, der indeholder afvigelser, der ganske vist er små og uden økonomisk værdi eller i hvert fald umiddelbart kapitaliserbare, men som efter deres indhold alligevel giver udbyder noget andet end det, han har efterlyst.

Et forbehold kan dog efter Klagenævnets kendelse af 26. november 2004 være så bagatelagtigt, at udbyder kan have pligt til at tage det i betragtning. En udbyder må ikke bruge sit skøn i strid med de almindelige grundsætninger om proportionalitet og saglighed, men dette er udtryk for en konkret afvejning, og kan ikke gøres til genstand for en udtrykkelig regulering.

Hvis et forbehold er forårsaget af uklarheder i udbudsmaterialet, kan det i øvrigt medføre, at en udbyder afskæres fra at afvise et tilbud på grund af dette forbehold.

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

4. Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

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

Forenklingen af lovens regelsæt indebærer administrative lettelser på udbydersiden.

5. Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet

Forslaget vil føre til et mindre ressourceforbrug på tilbudsgiversiden: Ikke-inviterede tilbudsgivere frigøres straks fra deres tilbud. Reglen om, at det fjerde un-

derhåndsbud skal komme uden for lokalområdet, vil være en konstant påmindelse for udbyderne om, at der ikke skal indhentes flere underhåndsbud end nødvendigt af hensyn til konkurrencesituationen. Og tilbudsgiverne får oplysninger om antallet af mulige konkurrenter og om vægtningen af underkriterierne, således at det bliver lettere at vurdere, om der skal bindes ressourcer på at deltage i vedkommende konkurrence.

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

6. Miljømæssige konsekvenser

Lovforslaget har ingen miljømæssige konsekvenser

7. Forholdet til EU-retten

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

8. Høring

Lovforslaget har forud for fremsættelsen været sendt i høring hos Advokatsamfundet, Akademiker-

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

9. Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser

	Positive konsekvenser/mindre udgifter (hvis ja, angiv omfang)	Negative konsekvenser/merudgifter (hvis ja, angiv omfang)
Økonomiske konsekvenser for det offentlige	Den effektive konkurrence oprettholdes. Bortfaldet af en række konkurrencebegrænsningerne med licitationslovens ophævelse blev anslået til at give besparelser på 3 % af byggesummen.	Neutral. En eventuel forøgelse af ressourcer ifm. vægtning af underkriterier og udbygget begrundelsespligt forventes opvejet af besparelser ved ikke at skulle forhandle med alle tilbudsgivere og som følge af forhøjelsen af tærsklen for underhåndsbud til 3 mio. kr.
Administrative konsekvenser for det offentlige	Administrative lettelser ifm. forhandlingsprocessen, kvalificeringen af konkurrencekravet ifm. underhåndsbud samt forhøjelsen af den økonomiske tærskel for underhåndsbud samt regelforenkligning.	De nye regler skal indarbejdes i udbydernes rutiner. Konkurrencestyrelsen vil udarbejde vejledninger.
Økonomiske konsekvenser for erhvervslivet	Forslaget vil mindske ressource-trækket på tilbudsgiversiden.	Ingen.
Administrative konsekvenser for erhvervslivet	Det bliver lettere for tilbudsgivere at kontrollere, at udbudsprocessen har været fair Private bygherrer bevarer deres fleksibilitet.	Ingen.
Miljømæssige konsekvenser	Ingen.	Ingen.
Administrative konsekvenser for borgerne	Fleksibiliteten opretholdes, da privat byggeri fortsat holdes uden for reguleringen.	Ingen.
Forholdet til EU-retten	Lovforslaget regulerer offentlige bygge- og anlægskontrakter under udbudsdirektivernes tærskelværdi på grundlag af EF-Traktatens principper for offentlige kontrakter.	

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til kapitel 1

Kapitlet fastlægger lovens anvendelsesområde.

Til § 1

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

I stk. 2 er angivet, hvilke udbydere der er pligtsubjekter efter loven. Heller ikke her er der tale om ændringer i det gældende anvendelsesområde, men alene om tydeliggørelser.

Efter nr. 1 gælder tilbudsloven »ordregivende myndigheder«, som defineret i udbudsdirektivet. En forsyningstjeneste kan være omfattet af denne definition og vil i så fald være omfattet af tilbudsloven, med mindre kontrakten er stor nok til at være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Efter nr. 2 gælder loven for andre bygherrer, når de udbyder opgaver, der modtager offentlig støtte. Som i dag vedrører bestemmelsen kun den konkrete opgave, hvortil der ydes støtte.

Efter nr. 3 gælder loven endelig tilbudsgivere, det være sig hovedentreprenører eller totalentreprenører, der indhenter tilbud hos underentreprenører i forbindelse med et offentligt eller offentligt støttet bygge- og anlægsarbejde. Bestemmelsen gælder som i dag kun for den entreprenør, som er direkte ansvarlig over

for en udbyder som nævnt i nr. 1 og nr. 2, ikke for sådanne entreprenørers underentreprenører, selv om disse måtte indhente tilbud fra andre entreprenører eller håndværkere.

Det er endvidere præciseret, at bestemmelsen om entreprenørers indhentning af tilbud kun gælder i forbindelse med opgaver, der er omfattet af loven. Herved er tydeliggjort, at loven ikke gælder i forbindelse med indhentning af tilbud på opgaver omfattet af EU-direktiverne, jf. undtagelsen herfor i det foreslåede stk. 3, og heller ikke for en opgave under tærskelværdien for en udenlandsk udbyder, som en hovedentreprenør måtte indhente tilbud på.

I *stk. 3* er i overensstemmelse med de gældende regler angivet, at loven som udgangspunkt ikke gælder for udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller lov nr. 378/1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder.

Efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra d) skal bygge- og anlægskontrakter, der er accessoriske til en tjenesteydelseskontrakt, behandles efter reglerne for tjenesteydelser. Det gælder også for bygge- og anlægsarbejder med en værdi under tærskelværdien på ca. 6 mio. euro. Dette kan føre til, at et bygge- og anlægsarbejde, der isoleret set ville være omfattet af tilbudsloven, i stedet skal følge de fællesskabsretlige regler for tjenesteydelser.

Det er – i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens vejledning om den gældende tilbudslov – præciseret, at delopgaver, som, i sammenhæng med et udbud omfattet af udbudsdirektivet, tildeles efter udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5 a, hhv. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6 a ikke er omfattet af tilbudsloven. Henvielsen til de to direktivbestemmelser omfatter alle led i bestemmelserne, herunder sidste led om adgangen til at undlade at udbyde visse projekteringsarbejder mv.

Dog gælder reglerne om adgangen til at være til stede ved åbningen af budene også for udbud omfattet af de nævnte tre regelsæt. Også den fakultative vedståelsesfrist gælder for arbejder over tærskelværdien, jf. henvielsen til den foreslåede § 3, stk. 2. Henvielsen omfattet ikke den automatiske frigørelse i forbindelse med forhandlinger efter § 11, jf. den foreslåede § 3, stk. 3, da tilbudslovens regler for forhandlinger ikke gælder for arbejder omfattet af de tre regelsæt.

Stk. 4 om private bygherrers adgang til at underkaste sig lovens regelsæt gengiver gældende § 1, stk. 4, idet det dog for tydelighedens skyld er anført, at tilvalget skal være klart udtrykt. Der er ikke herved tilsigtet nogen realitetsændring. Klagenævnet fortolker såle-

des den gældende regel således at et tilvalg skal være »udtrykkeligt og utvetydigt«.

Stk. 5 indeholder en række definitioner. Det er bl.a. tydeliggjort, at begrebet »bygge- og anlægsarbejde« skal afgrænses i overensstemmelse med udbudsdirektivets definition af bygge- og anlægsarbejder. Dette er i overensstemmelse med de gældende regler, jf. Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2004 (Nordborg kommune). Anvendelsesområdet er defineret ved en henvisning til udbudsdirektivets definition af offentlige bygge- og anlægsarbejder. Derimod overtager tilbudsloven ikke direktivets definition af de typer *kontrakter*, der er omfattet. Direktivets definition omfatter også kontrakter, hvor udbyderen »ved et hvilken som helst middel« lader udføre et bygge- og anlægsarbejde. Det citerede udtryk dækker kontrakter, hvor den private part optræder som bygherre og ejer af bygninger, der er skræddersyet til en offentlig myndigheds behov, og hvor finansieringen sikres ved at det offentlige indgår langvarige leje- eller leasingkontrakter (OPP-kontrakter). I overensstemmelse med den gældende lov gælder forslaget ikke denne type kontrakter. I Klagenævnets kendelse af 30. august 2004 har nævnet dog ansat et turn-key projekt, der er bestilt af en ordregivende myndighed og umiddelbart efter byggeriets færdiggørelse tilskødes denne, for at være omfattet af tilbudsloven. Der var tale om et byggeri, hvortil den ordregivende myndighed modtog et støtte-tilsagn efter reglerne om byfornyelse, jf. stk. 3, nr. 2, men dette indgik ikke i Klagenævnets begrundelse.

Til kapitel 2

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

Til § 2

Bestemmelsen i *stk. 1* udtrykker overordnet, at når der ved offentligt eller offentligt støttet byggeri indhentes tilbud, skal dette ske i overensstemmelse med de i loven fastsatte procedurer for offentligt eller begrænset licitation eller for underhåndsbud. Bestemmelsen gengiver tilbudslovens § 2, stk. 1.

Også rammeaftaler skal indgås ved licitation eller, hvis betingelserne i § 12 er opfyldt, som underhåndsbud, jf. den foreslåede § 13, stk. 1.

Stk. 2 gengiver uændret gældende § 5, stk. 1 i loven. Intensiteten af den krævede konkurrence, herunder antallet af tilbud, afhænger bl. a. af kontraktværdien. Ved begrænset licitation af arbejder over den økonomiske tærskel for underhåndsbud på 3 mio. kr., vil der

typisk være behov for et større antal tilbud, end hvis det drejer sig om underhåndsbud. Der er i den foreslåede § 12, stk. 4, sket en udmøntning af konkurrencekravet ved indhentning af underhåndsbud.

Selv om der indbydes et passende antal tilbudsgivere, kan udbyder sætte konkurrencen ud af spil, hvis de indbudte tilbudsgivere indbyrdes er så nært forbundne, at de ikke kan forventes at konkurrere indbyrdes. Den gældende tilbuds bekendtgørelse indeholder i §§ 7 og 8 om begrænset licitation og § 12 om underhåndsbud en bestemmelse om, at der kun kan indbydes én virksomhed fra en kreds af indbyrdes forbundne virksomheder. Nærværende lovforslag indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, fordi konkurrencekravet i § 2, stk. 2, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i § 2, stk. 3, kan bidrage til at undgå konkurrenceforvridning.

Det følger af konkurrencekravet, at aftalernes løbetid ikke må være længere, end hvad der forretningsmæssigt kan begrundes for udbyderen, fx henset til leverandørens nødvendige afskrivninger og muligheder for at tilrettelægge og planlægge opgaven ved et funktionsudbud. Specielt vedrørende rammeaftaler er det gældende loft på 4 år videreført i lovforslagets § 13.

Den proces, der reguleres, bygger på tilbudsindhentning, ikke på bestilling af regningsarbejder. Statslige og støttede udbyderes adgang til regningsarbejder er begrænset i medfør af, cirkulære nr. 174/1991 om fast pris og tid på bygge- og anlægsarbejder.

Stk. 3 gengiver gældende § 6, stk. 1 og 2, i loven. Bestemmelsen regulerer bl.a. »rådgiverhabilitet«. Det bemærkes, at den særlige udførelse af habilitetsreglen, som ses i gældende tilbuds bekendtgørelses § 5, ikke er indarbejdet i nærværende lovforslag. Det vil således være de almindelige regler om rådgiverhabilitet, således som de er fortolket i Klagenævnets praksis, som vil være afgørende for, om de i bekendtgørelsen udtrykkeligt nævnte forretningsførere eller byggeadministratorer er blevet inhabile som følge af deres deltagelse i nogle tidligere faser af projektet.

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

såvel den udtrykkelige bestemmelse om udvælgelse af tilbudsgivere i (gældende) § 6, stk. 2, men altså ifølge kendelsen også mod det generelle ligebehandlingsprincip i (gældende) § 6, stk. 1.

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

Som nævnt ovenfor ad stk. 2 er bestemmelserne i §§ 7, 8 og 12 i den gældende tilbuds bekendtgørelse om tilbud fra en kreds af tilbudsgivere med særlige indbyrdes forbindelser ikke indarbejdet udtrykkeligt i lovforslaget. Konkurrencekravet og ligebehandlingsprincippet i § 2, stk. 2 og 3, kan bidrage til at undgå, at konkurrencen forvrides gennem sammensætningen af tilbudsgivere.

Kravet om ligebehandling ved udvælgelse af tilbudsgivere gælder uanset udbudsform.

Til § 3

Stk. 1 om tilbudsfrister gengiver gældende § 5, stk. 2, i loven.

Stk. 2 om vedståelsesfrister gengiver gældende § 5, stk. 3, i loven. Som i dag kan lovens indikative vedståelsesfrist fraviges i udbudsmaterialet. Uanset den vedståelsesfrist, som er fastsat i udbudsbetingelserne eller følger direkte af loven, kan der efter den nye bestemmelse i § 3 stk. 3, ske en hurtig frigørelse af tilbudsgivere, der ikke inviteres til forhandlinger.

Stk. 3 fastsætter som noget nyt en automatisk frigørelse af tilbudsgivere, der ikke inviteres til forhandlinger eller fravælges i løbet af forhandlingerne efter § 11. Bestemmelsen omfatter ikke tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig ret til at forhandle med, men ikke aktuelt inddrager i forhandlingerne, jf. bemærkningerne til den foreslåede § 11, stk. 2. Frigørelsen indtræder, så snart beslutningen er meddelt til de berørte tilbudsgivere, jf. den foreslåede § 15, stk. 2.

Til kapitel 3

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

Til § 4

§ 4 indeholder i *stk. 1 -3* definitioner af en licitation, hhv. en offentlig licitation og en begrænset licitation og svarer til gældende § 4, stk. 1-3.

Til § 5.

I bestemmelsen gengives gældende § 4, stk. 4 om skriftlighed og kommunikation i elektronisk form i forbindelse med licitationer.

Til § 6

Bestemmelsen angiver, hvorledes udbyder skal tilrettelægge og indhente tilbud ved en licitation.

I *stk. 1* om offentlig licitation foreslås en bestemmelse om, at hvis udbyderen ønsker at opstille bestemte mindstekrav for den tekniske og økonomiske formåen, som tilbudsgiveren skal dokumentere for at få sit tilbud taget i betragtning, skal dette være angivet annoncen.

Det gældende regelsæt indeholder ikke en sådan bestemmelse, men bestemmelsen er i overensstemmelse med udbudsdirektivets regler samt hvad der i dag gælder ved begrænset licitation med prækvalifikation, jf. § 7, stk. 3 i den gældende tilbudsbekendtgørelse, der er indeholdt i den foreslåede § 6, stk. 2.

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

Dokumentationen for de faglige og økonomiske formåen kan i overensstemmelse med EF-Domstolens praksis på direktivernes område også vedrøre underentreprenører, såfremt det kan dokumenteres, at der virkelig rådes over disse ressourcer. Udbyderen kan derfor kræve oplysninger om disse forhold.

Bestemmelsen og den tilsvarende bestemmelse i stk. 2 vedrørende prækvalifikation må i øvrigt ses i sammenhæng med dokumentationskravet vedrørende nøgletal, jf. bekendtgørelse nr. 1135 af 15. december 2003.

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

I *stk. 2* fastsættes, hvad der skal oplyses i annoncen, når udbyder vælger at gennemføre en prækvalifikati-

onsrunde i forbindelse med en begrænset licitation. Indholdet svarer til tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 2 og 3. Se i øvrigt bemærkningerne ovenfor ad det foreslåede stk. 1 om dokumentation for tekniske og økonomiske formåen.

Bestemmelsen i tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, om tilbud fra en kreds af indbyrdes forbundne virksomheder er ikke medtaget i denne sammenhæng, jf. bemærkningerne herom til forslaget § 2.

I overensstemmelse med de gældende regler vil der ikke være et udtrykkeligt fastsat minimum for hvor mange tilbudsgivere, der skal prækvalificeres. Udbudsdirektivet angiver i udgangspunktet et minimum på 5 tilbudsgivere. Den tilbudsbekendtgørelse, der var gældende 2001/2002 havde ligeledes en udtrykkelig bestemmelse om at der som hovedregel skulle indbydes mellem 5 og 7 tilbudsgivere. Bestemmelsen blev ikke gentaget i tilbudsbekendtgørelsen fra 2002. I Konkurrencestyrelsens vejledning anbefales det, at der indhentes mellem 5 og 7 tilbud. Et sådant antal vil formentlig være bedst i overensstemmelse med lovens konkurrencekrav, jf. den foreslåede § 2, stk. 2.

Den udtrykkelige bestemmelse om tilbudsgiverens personlige forhold (myndighed, konkurs eller betalingsstandsning, strafbare forhold eller gentagen, grov, faglig forsømmelse) i tilbudsbekendtgørelsens § 9 foreslås ikke indarbejdet i lovforslaget. Der er tale om en række objektivt konstaterbare forhold, som det uden nærmere regulering vil være sagligt at tage hensyn til i forbindelse med en udvælgelse. Og i forbindelse med sammenligning af tilbudene vil forholdet være dækket af den foreslåede § 8, stk. 3.

Stk. 3. fastsætter proceduren i forbindelse med direkte indbudt licitation.

Bestemmelsen gengiver bl.a. tilbudsbekendtgørelsens § 8, nr. 2, om, at mindst én tilbudsgiver ikke kan være fra lokalområdet, og nr. 3, om ikke at indbyde den samme kreds af tilbudsgivere ved hvert udbud.

I overensstemmelse med de gældende regler omfatter disse to krav dog ikke entreprenører omfattet af den foreslåede § 1, stk. 2, nr. 3. Deres valg af tilbudsgiver er derfor alene styret af kravene om at skabe tilstrækkelig konkurrence og af ligebehandlingsprincippet, jf. den foreslåede § 2, stk. 2 og 3.

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

F. t. 1. vedr. tilbud i bygge- og anlægssektoren

tilbudsgivere har et kundeunderlag, der geografisk adskiller sig fra de andre tilbudsgivere.

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

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

Efter det foreslåede stk. 3, *sidste pkt.* bemyndiges økonomi- og erhvervsministeren til at fastsætte regler om adgangen til at anvende begrænset licitation uden prækvalifikation. Formålet med bemyndigelsen er alene at sikre mulighed for at justere reglerne om adgangen til direkte indbudt licitation, evt. ved en ændring af de i stk. 4 nævnte procedurer, hvis der på et tidspunkt gennem EF-Domstolens praksis sker en præcisering af det offentlighedsprincip, som også gælder for kontrakter under direktivernes tærskelværdier, og den i stk. 3 foreslåede procedure viser sig at være i strid med en sådan praksis.

Til § 7

§ 7 gengiver uændret gældende § 7 i loven.

Til § 8

Bestemmelsen viderefører den gældende § 8 i loven i en ændret skikkelse.

I *stk. 1, nr. 2*, er gengivet § 10, stk. 1, nr. 2 i tilbuds-bekendtgørelsen, der indeholder en række yderligere eksempler på underkriterier, udover, hvad der er angivet i eksemplificeringen i § 8 i den gældende lov. Formulering indebærer således ikke nogen realitetsændring, hverken i forhold til gældende lov eller i forhold til udbudsdirektivernes eksemplificering - som nævnt er der tale om eksempler. Det er heller ikke udtryk for en realitetsændring, at den foreslåede formulering ikke omtaler, at tildelingen skal ske »i overensstemmelse med udbudsbetingelserne«, da denne overensstemmelse fremgår af stk. 2.

En udbyder, der ikke har angivet underkriterierne på fyldestgørende måde, risikerer, at udbudet bliver betragtet som en priskonkurrence, hvor der kun kan forhandles med den lavestbydende.

Også sociale hensyn kan i et vist omfang inddrages som et underkriterium, jf. fx EF-Domstolens afgørelse af 26. september 2000 i sag C-225/98 om lovligheden af et kriterium om lokal beskæftigelse. I den forbindelse bemærkes, at de foreslåede bestemmelser ikke er til hinder for, at udbyder i udbudsmaterialet kan fastsætte særlige *kontraktvilkår* vedrørende entreprenørens pligt til at varetage sociale hensyn under

udførelsen af kontrakten, jf. den udtrykkelige bestemmelse herom i udbudsdirektivets artikel 26.

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

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

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

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

Stk. 3 om den overvejende sandsynlighed for, at tilbudsgiveren ikke kan gennemføre arbejdet i overensstemmelse med sit tilbud, gengiver gældende § 8, stk. 3, i loven. Sidste punktum i gældende stk. 3 om pligten til at begrunde en sådan afgørelse er dog overført til forslaget § 14, stk. 3, jf. bemærkningerne hertil.

Bestemmelsen har samme funktion som udbudsdirektivets artikel 55 om unormalt lave bud. Der er tale om en undtagelse fra udgangspunktet om, at ordren skal tildeles det bedste tilbud. Bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende. Bestemmelsen kan ikke bruges til at tage en tidligere foretaget udvælgelse af tilbudsgiverne op til revurdering, uanset om udvælgelsen er sket ved direkte henvendelse efter § 6, stk. 3, eller på grundlag af udvælgelseskriterier/mindstekrav efter § 6, stk. 1 og 2. Den foreslåede (og gældende) § 8, stk. 3, kan således alene anvendes på forhold, som udbyderen ikke burde have taget stilling til ved udvælgelsen af tilbudsgiverne.

Til § 9

Bestemmelsen svarer til gældende § 9. Der gælder fortsat ingen formkrav til, hvorledes et minimumskrav skal fremgå af udbudsbetingelserne. Klagenævnet for Udbud har i flere tilfælde forholdt sig til, om der i de

konkrete tilfælde er tale om minimumskrav, som lægger rammen for tilladelige afvigelser fra de generelle udbudsbetingelser. Denne praksis vil således fortsat være retningsgivende.

Til § 10

De hidtidige regler for forhandling i forbindelse med priskonkurrencer foreslås opretholdt.

Til § 11

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

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

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

Tilbudsgiverne kan ikke i en teknisk afklaringsfase – uopfordret eller med udbyderens billigelse – fremsende et revideret bud, jf. at stk. 1 taler om rangordning af de ved licitationen afgivne bud.

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

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

Udbyder skal i den forbindelse tilkendegive, om alle tilbudsgivere, der tages ud til forhandlinger, vil blive givet mulighed for at revidere deres tilbud. Udbyderen har således ikke pligt til altid at forhandle med 3 tilbudsgivere, jf. loftet på 3 »eller færre«.

De tilbudsgivere, der ikke er blevet fravalgt, har ikke krav på at blive inddraget aktivt i forhandlingerne, jf. udtrykket »forbeholder sig at forhandle med«. Hvis ikke alle udvalgte tilbudsgivere inddrages i forhandlingerne, skal udbyderen starte med de(t) bedste bud. Udbyder vil ikke have pligt til at tage et revideret tilbud, der fremsendes uopfordret, i betragtning. Det kan endvidere være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage hensyn til et revideret tilbud, der fremsættes i strid med den forhandlingsrytme, udbyderen har tilkendegivet at ville følge.

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

Stk. 4 gengiver § 11, stk. 3, i gældende lov og § 11, stk. 7, i tilbudsbekendtgørelsen, idet det dog er præciseret, at vægningen eller prioriteringen af underkriterierne, der er lagt til grund ved valget af forhandlingspartnere, ikke må ændres ifm. valget mellem forhandlingspartnere.

Til kapitel 4

I kapitel 4/§ 12 er samlet reglerne om underhåndsbud.

Til § 12

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

I stk. 2 er fastsat, at det normale er, at der kun indhentes indtil 3 underhåndsbud. Dog kan der indhentes et 4. underhåndsbud, hvis udbyderen i opfordringen til at afgive bud over for de første tilbudsgivere har for-

beholdt sig denne mulighed, og det fjerde bud indhentes fra en tilbudsgiver fra området udenfor det lokale område. Et krav om at gå uden for lokalområdet gælder også ved direkte indbudt licitation, jf. bemærkningerne til den foreslåede § 6, stk. 3, om forståelsen af lokalområdet. Ved at kvalificere, at et eventuelt 4. bud ikke kan indhentes fra lokale håndværkere, bidrager reglen til, at udbydere kun indhenter et 4. underhåndsbud, når udbyderen anser det for nødvendigt.

Antallet på 3 udtrykker et maksimum. Ofte vil udbyder kunne nøjes med et lavere antal uden derved at overtræde kravet om at skabe mest mulig konkurrence, jf. bemærkningerne til forslagens § 12, stk. 4.

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

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

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

Tærsklen på 3 mio. kr. ekskl. moms gælder ikke for udbydere omfattet af den foreslåede § 1, stk. 2, nr. 3, dvs. hovedentreprenører ved et offentligt eller offentligt støttet bygge- og anlægsarbejde. De kan således frit indhente underhåndsbud, selv om opgaven har en værdi på mere end 3 mio. kr. ekskl. moms.

Udbydere, der er omfattet af § 1, stk. 2, nr. 1 eller 2, kan kun indhente underhåndsbud på arbejder over 3 mio. kr. ekskl. moms i de situationer, der er nærmere beskrevet i stk. 3, nr. 1 – 5. Da der er tale om undtagelser, skal disse bestemmelser i overensstemmelse med Klagenævnets og EF-Domstolens praksis fortolkes indskrænkende.

Selv om den samlede anslåede værdi overstiger 3 mio. kr. ekskl. moms, kan der således efter stk. 3, nr. 1, indhentes underhåndsbud på delarbejder, hvis anslåede værdi ekskl. moms er 500.000 kr. eller derunder, og den samlede værdi af disse delarbejder ikke

overstiger 20 pct. af de samlede arbejders værdi. En tilsvarende undtagelse gælder i dag efter tilbuds bekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 1.

Efter stk. 3, nr. 2, gælder undtagelsen fra tærsklen på 3 mio. kr. også, hvis bygge- og anlægsarbejds omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag. I overensstemmelse med tilbuds bekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 3 nævner bestemmelsen udtrykkeligt visse restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder. Den foreslåede bestemmelse omfatter endvidere arbejder, der af tvungende sikkerhedsmæssige årsager ikke kan udsættes, jf. den selvstændige bestemmelse herom i tilbuds bekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 10.

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

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

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

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

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

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

Også udbudsdirektivet regulerer i artikel 31, nr. 4, litra a., spørgsmålet om uforudsete supplerende arbejder. Efter direktivbestemmelsen kan udbyder kun undgå et nyt udbud, såfremt udbyder vælger den entreprenør, der allerede opholder sig på byggepladsen.

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

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

Stk. 4 udmønter bl.a. konkurrencekravet i lovens § 2, stk. 2, i forhold til underhåndsbud.

I 1. pkt. fastsættes, at over en bagatelgrænse på 300.000 kr. ekskl. moms skal offentlige og offentligt støttede bygherrer altid skal indhente mere end 1 underhåndsbud. Udmøntningen omfatter ikke udbydere omfattet af § 1, stk. 2, nr. 3, (entreprenører). Denne gruppe udbydere kan derfor også over bagatelgrænsen undlade at indhente mere end 1 underhåndsbud, såfremt udbyderen i øvrigt lever op til lovens generelle konkurrencekrav (forslagets § 2, stk. 2). En sådan udbyder kan fx ud fra andre tilbud, som udbyderen har indhentet i andre sammenhænge om lignende forhold, vurdere, at omkostningerne ved at indhente yderligere tilbud ikke står mål med den anslåede besparelse ved en konkurrence. Den økonomiske risiko for, at denne vurdering er korrekt, bærer vedkommende entreprenør selv.

I overensstemmelse med tilbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 2, jf. § 8, stk. 1, nr. 3, er det i stk. 4, 2. pkt., fastsat, at udbydere omfattet af § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, ikke ved hvert udbud må invitere den samme kreds af

tilbudsgivere. Bestemmelsen må ses i sammenhæng med det netop nævnte krav om konkurrence også ved underhåndsbud, men har tillige til formål at holde adgangen til offentligt finansierede kontrakter åben for nye virksomheder.

Heller ikke i forbindelse med underhåndsbud er der medtaget en specifik bestemmelse om indbyrdes forbundne selskaber, jf. bemærkningerne til den foreslåede § 2, stk. 2 og 3.

Ifølge stk. 5 skal udbyderen ved opfordringen til at byde oplyse, om der er tale om en priskonkurrence eller en kvalitetskonkurrence. Dette svarer til tilbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 1.

I stk. 6 er fastsat en til forslaget § 8, stk. 3 svarende regel om unormalt lave bud m. v., jf. bemærkningerne til den foreslåede § 8, stk. 3.

I stk. 7 bemyndiges ministeren til at fastsætte regler for, at bestemte kategorier af udbydere ikke skal være omfattet af reglerne i stk. 2 og 3. I dag er fx DSB og PostDanmark ikke omfattet af reguleringen i tilbudsbekendtgørelsen, fx reglerne om underhåndsbud. Også offentligtretlige organer såsom boligsekskaberne er undtaget fra udbudsreglerne, når det konkrete byggeri ikke er støttet.

Til Kapitel 5

Rammeaftaler

I kapitel 5 er samlet reglerne om rammeaftaler. Afhængig af kontraktværdien m. v. kan rammeaftaler indgås på grundlag af en licitation eller på grundlag af underhåndsbud. Den gældende lov har ikke bestemmelser om rammeaftaler, men der findes regler herom i tilbudsbekendtgørelsen.

Til § 13

I stk. 1 er fastsat en definition af rammeaftaler som aftaler om betingelserne, f. eks. med hensyn til kvalitet, pris og mængde/omfang, for en mulig udførelse af bygge- og anlægsarbejder af samme karakter i løbet af en given periode.

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

Adgangen til at indgå små rammeaftaler ved indhentning af underhåndsbud, er ny i forhold til den gældende bestemmelse i tilbudsbekendtgørelsens § 3. I realiteten er der dog næppe nogen forskel i forhold til

gældende ret, for uden en sådan adgang ville en udbyder kunne indhente tilbud efter reglerne for underhåndsbud – den økonomiske tærskel er den samme. Det kan derfor spare ressourcer ikke mindst på tilbudsgiversiden, at de enkelte kontrakter samles i en rammeaftale og konkurrenceudsættes under ét. Også ved tildeling af disse mindre rammeaftaler skal kravet om at udnytte mulighederne for konkurrence oprettholdes.

I *stk. 2* er fastsat, at rammeaftaler kun har virkning i forholdet mellem de oprindelige parter. Det er således ikke muligt for andre at trække på aftalen – fx for at undgå en licitation.

Det er endvidere i overensstemmelse med gældende § 3 i tilbudsbekendtgørelsen fastsat, at der for det samme arbejde kun kan indgås aftale med én leverandør.

Til kapitel 6

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

Til § 14

Stk. 1 vedrører pligten til at underrette tilbudsgivere om, hvilken beslutning, der er truffet med hensyn til ordretildelingen.

Udbyder kan som i dag annullere udbudet, hvis der er en saglig grund. Det er foreskrevet i slutningen af *stk. 1*, at en annullation skal begrundes uden at afvente en anmodning. Heri ligger bl. a., at der skal være en saglig grund for at kunne annullere. Dette er i overensstemmelse med gældende lovs § 12, stk. 1, der dog kun gælder ved licitationer. Tilbudsbekendtgørelsens § 14 gælder derimod både for licitationer og for underhåndsbud.

Underretningspligten gælder både i forhold til pris-konkurrencer og kvalitetskonkurrencer og erstatter § 12, stk. 1 i den gældende lov. I forhold til den gældende lov er bestemmelsen udvidet til også at gælde i forhold til tilbudsgivere, som udbyder har anset for at være ukonditionsmæssige. Dette er i overensstemmelse med § 14 i tilbudsbekendtgørelsen og med udbuds-direktivet.

I *stk. 2* er fastsat en pligt for udbyder til hurtigst muligt at underrette ansøgere, der er blevet fravalgt i forbindelse med en prækvalifikation. Disse ansøgere kan endvidere efter anmodning få en begrundelse for, hvorfor de ikke er blevet prækvalificerede. Dette er i

overensstemmelse med tilbudsbekendtgørelsens § 7, stk. 5.

I *stk. 3* er fastsat, at udbyder efter anmodning skal begrunde, hvorfor et tilbud er blevet forkastet efter § 8, stk. 3, om licitationer, eller § 12, stk. 6, om underhåndsbud.

Til § 15

I § 15 er som anført i *stk. 1* fastsat særlige regler for begrundelse, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud.

Stk. 2 og 3 gælder ved licitationer, hvor der forhandles efter § 11. Stk. 4 drejer sig om licitationer, hvor der ikke indledes forhandlinger, og om underhåndsbud.

Efter *stk. 2* skal udbyder senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for alle berørte tilbudsgivere give en begrundelse for, hvorfor de ikke er inviteret. Underretnings- og begrundelsespligten gælder også i forhold til tilbudsgivere, som udbyder ikke anser for at være konditionsmæssige.

Efter *stk. 3* skal udbyder hurtigst muligt efter forhandlingernes afslutning give tilbudsgivere, som der har været forhandlet med, eller som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med, jf. bemærkningerne til § 11, stk. 2, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele. Disse informationer skal gives uopfordret.

Når der ikke har været iværksat forhandlinger kan konditionsmæssige tilbudsgiver i medfør af den foreslåede *stk. 4* efter anmodning få oplysninger om det vindende tilbuds egenskaber og relative fordele.

Til § 16

Bestemmelsen vedrører adgangen til at klage til Klagenævnet for Udbud, og gengiver med redaktionelle ændringer gældende § 13 i den gældende lov.

Til § 17

(Ikrafttrædelse)

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

Til § 18

(Færøerne og Grønland)

Tilbudsloven gælder ikke for Grønland og Færøerne, da lovens regulering er et hjemmestyreanliggende, hhv. særanliggende.

Til lovforslag nr. L 150. Skriftlig fremsættelse (15. december 2004)

Økonomi- og erhvervsministeren (Bendt Bendtsen):

Herved tillader jeg mig for Folketinget at fremsætte:

Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

(Lovforslag nr. L 150).

Regeringen lægger vægt på et effektivt byggeri. Der er stadig et effektiviseringspotentiale i dansk byggeri, når vi sammenligner med andre lande. Det bedste middel til at udløse dette potentiale er konkurrence.

Tilbudsloven fra 2001 skal sikre forretningsmæssighed ved offentligt og offentligt støttet byggeri. Gevinsten ved konkurrence må imidlertid vejes op imod udbyderes og tilbudsgiveres omkostninger ved at gennemføre konkurrencen. Allerede i 2002 fastsatte jeg derfor i Konkurrenceevnepakken, at der ved offentligt og offentligt støttet byggeri højst skal kunne indhentes 4 underhåndsbud.

En omfattende undersøgelse af tilbudslovens virkninger, som jeg igangsatte sidste efterår, har imidlertid vist, at tilbudsgiversiden fortsat bruger mange ressourcer ved at afgive tilbud på offentligt finansieret byggeri. Forslaget om at ændre tilbudsloven skal derfor bidrage til at undgå et unødigt ressourcetræk i forbindelse med tilbud på offentligt finansieret byggeri, uden at det begrænser mulighederne for en effektiv konkurrence.

Undersøgelsen viste, at der er behov for større gennemsigtighed omkring tildelingen af opgaverne. Lovforslaget vil derfor skabe større klarhed omkring de kriterier, som tilbud sammenlignes på grundlag af.

Endelig skal lovforslaget bidrage til regelforenklingen. I dag findes nogle af de operative bestemmelser for indhentning af tilbud og tildeling af ordren i loven, medens andre bestemmel-

ser findes i tilbudsbekendtgørelsen. De to regelsæt overlapper endvidere hinanden i et vist omfang. For at skabe en klarere indbyrdes sammenhæng i regelsættet og gøre det mere overskueligt foreslås det derfor at indarbejde tilbudsbekendtgørelsens regler i selve loven.

Konkret foreslås det, at der kun kan forhandles med 3 tilbudsgivere eller derunder, og at de ikke-inviterede tilbudsgivere frigøres fra deres tilbud, så snart forhandlingspartnerne er valgt. Dette vil spare ressourcer for tilbudsgiverne. Også udbyderne kan spare ressourcer, fordi de fremover ikke skal forhandle med alle forskriftsmæssige tilbudsgivere.

Reglerne for indhentning af underhåndsbud foreslås også ændret, så offentlige og offentligt støttede udbydere kun kan indhente et 4. underhåndsbud, hvis dette kommer fra en tilbudsgiver, der ikke kommer fra lokalområdet.

Der sker endvidere den ændring, at tærsklen for indhentning af underhåndsbud hæves fra de nugældende 2 mio. kr. til 3 mio. kr. Dette kan spare ressourcer på begge sider.

For at give tilbudsgiverne bedre muligheder for at disponere sine ressourcer i forbindelse med en direkte indbudt licitation foreslås det, at udbyder i opfordringen til at byde skal oplyse, hvor mange tilbudsgivere, der maksimalt vil blive opfordret til at byde.

Forslaget om, at udbyderen normalt skal vægte underkriterierne ved en licitation med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, vil give en potentiel tilbudsgiver bedre mulighed for at vurdere, om der overhovedet skal afgives bud. Herudover giver kravet om vægtning af underkriterierne større sikkerhed for, at de indkomne tilbud er blevet sammenlignet på en fair og objektiv måde.

Tilbudsgivernes retssikkerhed tilgodeses endvidere ved et krav om, at udbydere, der indleder

forhandlinger, altid skal give de fravalgte tilbudsgivere en begrundelse for fravalget.

Idet jeg henviser til de udførlige bemærkninger til lovforslaget, skal jeg anbefale forslaget til Folketingets velvillige behandling.