

19. februar 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Sendt pr. mail: ok@kfst.dk

18. februar 2019
J-nr.: 217498 / 2601174

Dansk Byggeris hørings svar vedrørende evaluering af udbudsloven

Overordnet finder Dansk Byggeri, at udbudsloven på mange områder fungerer overensstemmende med lovens formål. Der er der dog nogle områder, som giver anledning til manglende konkurrence og unødige hindringer for en gennemsigtig tildeling, som anført nedenfor.

Den generelle kontrol af lovens overholdelse:

Den primære kontrol med lovens overholdelse hviler på en antagelse af, at ansøgere og bydende i et udbud klager, hvis de mener, at loven overtrædes.

Klager til Klagenævnet for Udbud er imidlertid baseret på anvendelse af forhandlingsmaksimen. Det betyder, at selv om dommerne ved Klagenævnet for Udbud umiddelbart kan se, at loven er overtrådt, er de afskåret fra at pådømme overtrædelsen, hvis overtrædelsen ikke kan rummes inden for de nedlagte påstande og anbringender.

Det betyder i langt de fleste sager, at det er nødvendigt for klager at have advokatbistand for at sikre, at påstand og anbringender er korrekt formuleret, idet det er en forudsætning for at kunne vinde sagen. Omkostningerne til sådanne advokater er ganske betydelige, og har den følge, at mange overtrædelser ikke påtales. Det har medført, at et betydeligt antal advokater har kastet sig over udbudsretten som forretningsområde.

Det har derudover den effekt, at der oftest kun klages, hvis en forbigået tilbudsgiver mener, at han skulle have haft kontrakten, og dermed i sagsforløbet forbeholder sig ret til at kræve sit mistede dækningsbidrag erstattet, eller han kan få klagenævnet til at dømme kontrakten for "uden virkning", hvorved udbudet skal gå om. I de fleste andre sager er klagen direkte tabsgivende, selv om klager får medhold i sin påstand. Det skyldes, at klagenævnets tilken-

delse af omkostninger slet ikke står mål med de faktiske omkostninger, der skal til for at vinde en sag ved nævnet.

En ulempe ved denne retstilstand er, at der sjældent klages over meget hyppigt forekommende overtrædelser af loven. Eksempelvis vil man stort set i alle udbud kunne finde overtrædelse af lovens §§ 41 og 42. Det er meget sædvanligt i de tekniske specifikationer at anføre et produkt, der efterfølges med formuleringen "eller tilsvarende". En sådan og tilsvarende overtrædelser af §§ 41 og 42 reducerer konkurrencen betydeligt.

En anden typisk overtrædelse, som kan genfindes i mange udbudsmaterialer, beror på, at en del tekniske specifikationer ikke, som det kræves i loven, er knyttet til kontraktens genstand. Det ses i stadig stigende omfang, at der i udbudsmaterialerne stilles krav om social ansvarlighed, men meget ofte er kravene ikke knyttet til kontraktens genstand.

Et tredje eksempel på manglende tilknytning til kontraktens genstand er, at mange udbydere kræver, som tildelingskriterium, at den bydende skal angive "organisering af arbejdet". Et sådant underkriterium er imidlertid kun lovligt, såfremt "organiseringen af det personale, der skal udføre kontrakten, og dets kvalifikationer og erfaring, hvor kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt". Navnlige kravet om, at det tilbudte personale kan påvirke kontraktens opfyldelse betydeligt vil meget ofte ikke være overholdt. De pågældende personer vil være knyttet til den pågældende virksomhed, men at påstå at selv dygtige og erfarne ingeniører vil kunne løfte kontraktens opfyldelse betydeligt er illusorisk i de tilfælde, hvor det tekniske udfaldsrum ikke giver mulighed for sådanne løft.

Det er ejendommeligt, at se hvor forskelligt staten prioriterer, at lovene skal overholdes, Overholdelse af færdselsloven f.eks. udføres med nidkær stikprøvevis kontrol, mens overtrædelse af udbudsloven på de her nævnte områder fører staten ikke stikprøvevis kontrol med, og i modsætning til andre forvaltningsorganer anvendes her forhandlingsmaksimen. Overtrædelse af færdselsloven medfører bøder til statskassen, mens de her nævnte overtrædelser af udbudsloven fører til manglende konkurrence og dermed dyrere tilbud til de offentlige udbydere.

Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog mv.

Fordelen ved udbud med forhandling m. fl. er, at det giver udbyder mulighed for at forhandle en løsning, der er optimeret i forhold til hans behov. Det er godt og udmærket.

Ulempen er, at disse udbudsformer er særdeles omkostningstunge for de bydende. Disse omkostninger – når tilbudet ikke fører til accept - indgår som generelle omkostninger og betales af andre udbydere gennem de tilbud, entreprenøren får accept på. Det betyder generelt stigende priser ved tilbudsafgivelse, som ikke er ubetydelige.

Der er åbenlyse tilfælde, hvor disse generelle omkostninger ikke bør overvælttes til markedets øvrige ordregivere. Navnlige burde en udbyder betale de tilbudsgivende deres tilbudsomkostninger, hvor et udbud er så ringe forberedt, at det annulleres af udbyder. Eksempler herpå kunne være: I tilbudsfasen stiller de bydende spørgsmål til udbyder, der medfører, at udbyder indser, at hans udbud er så mangelfuldt, at det kræver efterfølgende bearbejdning og fornyet udbud. Her burde udbyder betale en konventionalbod på f.eks. 3 % af den anslåede tilbudspris til hver af de bydende eller erstatning til de bydende, der kan bevise, at deres tab er større end 3 %. Et andet eksempel kunne være, at udbyders overslag viser sig så urealistisk i forhold til indkomne tilbud, at udbyder må annullere udbudet og bearbejde det med henblik på fornyet udbud. Her kunne en tilsvarende konventionalbod med alternativ erstatning være berettiget.

Generelt ses især i bygge- og anlægsbranchen udbudsmaterialer af ringe kvalitet. Det er rigtig fint, at hele udbudsmaterialet skal være fuldt tilgængeligt ved annonceringen i EU-ti-

dende jf. lovens § 132. Men i praksis har det tilskyndet til dårligt gennemarbejdede udbudsmaterialer, som de bydende stiller mange spørgsmål til. Det resulterer typisk i, at rettelsesbladene udsendes ganske kort før tilbudsfristens udløb. Det medfører, at tilbudsgiverne afskæres fra at gennemarbejde deres tilbud, og risikoen dermed øges med højere tilbudspriser til følge og evt. annullering af udbudet.

Såfremt der indføres de foreslåede konventionalbøder, kunne det medføre en adfærdsregulerende forbedring hos udbydere, idet risikoen for at skulle betale konventionalbod/erstatning vurderes at ville øge kvaliteten af udbudsmaterialerne.

Bedømmelseskomite

Ved udbud hvor tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, bør der udpeges et bedømmelseskomite svarende til §§ 89 til 92, når der i bedømmelsen indgår kvalitative tildelingskriterier. Det er helt åbenlyst, at der er mulighed for at inddrage uvedkommende hensyn i konkurrencen, hvis ikke bedømmelsen foretages af et bedømmelsesudvalg, der er uafhængig af udbydes interesser. Det ville være et godt supplement til det udmærkede forslag til ændring af udbudsloven, hvori der foreslås en ændring af § 160 stk. 1 i loven.

Underretning til de bydende om tildelingsbeslutning

I udbudslovens § 171, stk. 4 anføres:

”Stk. 4. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstillperioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.

2) Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen. Ved innovationspartnerskab, udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog skal ordregiveren herudover redegøre for forløbet af forhandlingerne eller dialogen med tilbudsgiverne.

Stk. 5. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 4, til forbigåede ansøgere angive en begrundelse for, hvorfor ansøgernes anmodning om optagelse i det dynamiske indkøbssystem er blevet afvist.

Stk. 6. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger efter stk. 1, nr. 5, angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet annulleret.”

Da standsstillperioden er 10 dage, og da ordregivers meddelelse - ”Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen.” - ofte er særdeles summarisk, er de 10 dages stillstandsperiode meget ofte et utilstrækkeligt grundlag, når det ovevejes at indgive en klage til ”Klagenævnet for udbud”.

Da klagen er baseret på forhandlingsmaksimen, som beskrevet ovenfor, har udbyder en stor interesse i kun lige netop at give de oplysninger, der opfylder lovens krav. Hertil kommer, at når faktum er usikkert, bliver den tilhørende juridiske vurdering tilsvarende usikker, og en klage kan derfor skade forholdet til udbyder, hvis den ikke er funderet på en sikker vurdering af udbudsforløbet sammenholdt med retsfaktum. Hertil kommer, at i de ti dage stand still perioden varer, skal den potentielle klager bruge sine ressourcer optimalt, hvilket kan være en bekostelig affære.

Fremgangsmåden ved evaluering af tilbud

Dansk Byggeri hilser den forslåede ændring af § 160 stk. 1 velkommen, som anført i Lov L 125. Der henvises til bemærkningerne herom i vores høringssvar til dette lovforslag.

Som det fremgår af vores høringssvar til dette lovforslag, mener vi, at to kuvert systemet bør finde anvendelse på alle udbud over tærskelværdien, når tildelingskriteriet er "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Vægtning af tildelingskriterier

Af tilbudslovens § 165, stk. 1 fremgår:

§ 165. En ordregiver skal angive i udbudsmaterialet, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier. Dette gælder ikke, når der alene vurderes på baggrund af tildelingskriteriet pris eller omkostninger, jf. § 162, stk. 1, nr. 1 og 2.

Af sag EU-domstolens sag C 6/15 fremgår følgende af præmis 36

"Selv om det er tilladt den ordregivende myndighed at anvende en skala for at vurdere et af tildelingskriterierne, uden at denne skala offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, kan denne offentliggørelse, som det er fastslået i denne doms præmis 32, imidlertid ikke føre til en ændring af den i dokumenterne offentliggjorte relative vægtning af tildelingskriterierne."

Efter Dansk Byggeris vurdering sker der ofte en ændring af den anførte vægtning i forbindelse med anvendelse af offentliggjorte skalaer, idet disse skalaer fastsættes uden tilknytning til de anførte vægte.

I kendelser fra Klagenævnet for Udbud kan det påvises, at de anførte evalueringsmodeller fører til en ændring af de angivne vægte.

Forklaringen er, som følger:

Hvis der vælges tre tildelingskriterier, hvor $f(x)$ vægter 60 % repræsenterende pris; $g(x)$ vægter 30 % repræsenterende kvalitet og $h(x)$ vægter 10 % repræsenterende miljø, så er det givet, at vægtningen af de tre funktioner i det indbyrdes forhold skal give $(60 + 30 + 10) = 100$ %.

Hvis man for nemheds og eksemplets skyld bestemmer:

$$\begin{aligned}f(x) &= ax \\g(x) &= bx \\h(x) &= cx\end{aligned}$$

må følgende være givet: $f(x):(f(x) + g(x) + h(x)) = 0,6$, hvilket er det samme som

$$ax:(ax + bx + cx) = a:(a+b+c) = 0,6$$

Da forholdet mellem $f(x)$ og $g(x)$ forholder sig som 60 til 30, eller i forholdet 2 til 1 vil $b = a/2$

og

Da forholdet mellem $f(x)$ og $h(x)$ forholder sig som 60 til 10, eller i forholdet 6 til 1 vil $c = a/6$

a, b, c er hældningskoefficienterne til tre rette linjer, der går gennem $(x,y) = 0,0$.

Ændrer man således hældning på a, skal hældningen på b og c tilsvarende ændres, hvis man fortsat vil fastholde de valgte vægte af pris, kvalitet og miljø.

Det er således åbenlyst forkert og i strid med ovennævnte EU-domstolsafgørelse, når det i klagenævnet og i diverse juridiske artikler hævdes, at en ændring af kun én hældningskoefficient ikke fører til en ændring af de opgivne vægte.

At en ændring af en hældningskoefficient har betydning for vægten kan også forklares på følgende måde:

Meget ofte pointgives prisen ud fra en ret linje, med en negativ hældningskoefficient. Laveste pris gives karakteren 10, og hvis prisen tillagt et anslået spredningsinterval overstiges, gives karakteren nul. Grafisk er der tale om en ret linje, der fra skæring med y-aksen falder mod et skæringspunkt på x-aksen.

Forstiller man sig, at hældningen på linjen går mod nul, vil linjen gå mod vandret. Jo mere linjen nærmer sig vandret jo flere tilbudsgivere vil nærme sig karakteren 10. Modsat, hvis hældningskoefficienten går mod minus uendelig, det vil sige, at linjen bliver mere og mere lodret, så vil kun den laveste tilbudsgiver få karakteren 10, og alle andre tilbudsgivere vil få karakteren nul. I mellem de to yderpunkter vil vægtningen af pris variere mellem 0 % (nærmest vandret linje) og 100 % (nærmest lodret). En linje, som anført ovenfor, vil afhængig af den valgte hældning have en vægt, der varierer mellem 0 og 100 %.

Konklusion: Der vil således til en givet hældning kun være en vægt, og en hvilken som helst ændring af hældningen vil føre til en anden vægt, med mindre der foretages korrektioner på de andre vægtede parametre. Hvis man tillader udbyder at operere med to spredninger, på grund af at udbyder er usikker på prisvariationerne, er det således helt evident, at vægten af prisen indgår med to forskellige vægte afhængig af om den ene eller anden spredning kommer i spil.

Når man ser beregningen af de summerede vægte, sker det det typisk således:

$0,6 \times \text{point på pris} + 0,3 \times \text{point på kvalitet} + 0,1 \times \text{point på miljø} = \text{summeret point}$, som vil være mindre eller lig med 10. Herved er forudsat, at de indgående tildelingskriterier hver især udløser point mellem 0 og 10.

Men den udregning forudsætter, at funktionerne

Point på pris: $f(x,y,z)$

Point på kvalitet: $g(x, y, z)$

Point på miljø: $h(x, y, z)$

skal opfylde følgende krav:

$$0,6(f(x,y,z)) : (0,6f(x,y,z) + 0,3g(x,y,z) + 0,1h(x,y,z)) = 0,6$$

I modsat fald har prisen ikke vægtet med 60 % i forhold til, at miljø skulle vægte 30 % og miljø 10 %.

Udfordringen ligger i funktionerne på pointgivningen.

En simpel tilnærmelsesvis model kunne være, at alle parametre fik en karakter X, der ligger i et givet interval f.eks. mellem 0 – 20.

I så fald vil funktionen for pris, kvalitet og miljø være:

Pris: 0,6X

Kvalitet: 0,3X

Miljø: 0,1X

Vinderen ville så være den, der fik flest point ved at sammenlægge: $0,6X + 0,3X + 0,1X$

Dermed ville kravet så være opfyldt, idet vægten i det indbyrdes forhold ville være respekteret:

f.eks. fordi kvalitet vil vægte 30 %

$$0,3X:(0,6X + 0,3X + 0,1X) = 0,3$$

Problemet er naturligvis, hvordan X skal fastlægges. Hvordan findes en funktion, så kroner og æstetik er sammenlignelige? Æstetik kan ikke måles og vejes. Det er ganske udfordrende, hvis man skal finde en matematisk model på dette problem.

Man kunne derfor overveje en model, der tilnærmelsesvis opfyldte ovennævnte kriterier

En tilnærmelsesvis model

For bløde parametre (Kvalitative tildelingskriterier) kunne anvendes

20	Gives for det fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser
18	Gives for tilbud med særdeles tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
16	Gives for tilbud med meget tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
14	Gives for tilbud med god opfyldelse af underkriteriet
12	Gives for tilbud med lidt over middel opfyldelse af underkriteriet
10	Gives for tilbud med middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
8	Gives for tilbud med lidt under middel opfyldelse af underkriteriet
6	Gives for tilbud med mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
4	Gives for tilbud med utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
2	Givet for tilbud med meget utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
0	Gives for tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt (minimumskravene lige netop opfyldt)

For kvantitative parametre (kvantitative tildelingsparametre) kunne man f.eks. give point således:

20 point gives for fordelagtigste bud

18 point gives for en pris, der er 2 % dårlige end fordelagtigste bud

16 point gives for en pris, der er 4 % dårlige end fordelagtigste bud

14 point gives for en pris, der er 6 % dårlige end fordelagtigste bud

12 point gives for en pris, der er 8 % dårlige end fordelagtigste bud

10 point gives for en pris, der er 10 % dårlige end fordelagtigste bud

8 point gives for en pris, der er 12 % dårlige end fordelagtigste bud

6 point gives for en pris, der er 14 % dårlige end fordelagtigste bud

4 point gives for en pris, der er 16 % dårlige end fordelagtigste bud

2 point gives for en pris, der er 18 % dårlige end fordelagtigste bud

0 point gives for en pris, der er 20 % dårlige end fordelagtigste bud

Ovennævnte kan også skrives på følgende formel:

$$\text{Point} = ((- 100/\text{fordelagtigste bud}) \times \text{aktuelt bud} + 120)$$

Ovennævnte pointligning kunne f.eks. forstås således, at "fordelagtigste bud" kan f.eks. være "laveste pris" og aktuelt bud "en pris der er højere end laveste pris".

Hvis fordelagtigste bud er "pris", beregnes ovenstående procent således:

$((\text{Pris} - \text{laveste pris}) \times \text{laveste pris} \times 100\%)$, hvorefter der interpoleres retlinjet mellem de to point, hvormellem det beregnede point ligger eller point beregnes ved ovennævnte pointformel.

Afsluttende bemærkning

Det skal i den forbindelse bemærkes, at den foreslåede ændring af § 160 stk. 1, som anført i Lov L 125, hilser Dansk Byggeri velkommen. Forslaget vil bringe afgørende gennemsigthed i evalueringsmodellerne. Der henvises til bemærkningerne herom i vores høringssvar til dette lovforslag.

Men lovforslaget ændrer ikke på det faktum, at et tildelingskriterium kan være af kvalitativ karakter, der i modsætning til kvantitative kriterier, kan indebære et vidtgående frit skøn. Så længe direktiverne tillader kvalitative tildelingskriterier, vil udbydere i vidt omfang kunne vælge frit blandt de indkomne bud. Med ovenstående forslag til model er der lavet en tilnærmelsesvis model, der forsøger at imødegå det subjektive skøn i videst muligt omfang.

Venlig hilsen
Dansk Byggeri

Henrik Fausing

J-nr.: 217498 / 2603553

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

Det blev i forbindelse med udbudslovens behandling i Folketinget besluttet, at loven skulle evalueres, når reglerne har haft effekt i en vis periode. Jeg har besluttet, at igangsætte evalueringen nu, med henblik på at færdiggøre evalueringen i 2020.

Det overordnede formål med evalueringen er at afdække, om loven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven. Jeg igangsætter denne høring for at indhente oplysninger om brugernes erfaringer, hvad end det er som tilbudsgiver eller som ordregiver.

Bemærkningerne bedes i videst muligt omfang tage udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse. Formålet var at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til *større klarhed, forenkling og fleksibilitet* med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Såfremt man måtte have bemærkninger til udbudsloven, bedes de sendes til ok@kfst.dk senest den 20. februar 2019.

Med venlig hilsen



Rasmus Jarlov