# DE NYE UDBUDSDIREKTIVER

David Salomonsen, advokat

Den 1. september 2015

# PROGRAM

- De nye udbudsdirektiver – baggrund og implementering
- Kontrakter under tærskelværdierne
- Light-regimet, bl.a. omfattende ældreområdet
- Sociale hensyn ved udbud efter det nye udbudsdirektiv
- Kontrolbud
- Øvrige ændringer i medfør af udbudsdirektivet

# DE NYE UDBUDSDIREKTIVER

# NYT UDBUDSDIREKTIV ENDELIGT VEDTAGET

- Forslag til nye udbudsdirektiver fremsat december 2011. Foruden nyt udbudsdirektiv, nyt forsyningsvirksomhedsdirektiv samt direktiv om koncessionskontrakter.
- Politisk aftale vedrørende direktiverne indgået i juni 2013
- Udbudslovsudvalg nedsat i 2013 med henblik på udarbejdelse af udkast til udbudslov, der implementerer udbudsdirektivet i dansk ret. Tillige vurdere grundlaget for ændringer af tilbudsloven.
- Direktiverne endeligt vedtaget af Rådet februar 2014
- Direktiverne trådt i kraft den 18. april 2014 med to års implementeringsfrist.

# NYE REGELSÆT - DIREKTIVERNE

- Tre nye direktiver blev vedtaget af Rådet i februar 2014
  - Nyt udbudsdirektiv, nyt forsyningsvirksomhedsdirektiv samt direktiv om koncessionskontrakter
- **Hvorfor nye direktiver?**
- Kommissionens forslag fra 2011 (KOM 2011/896)

*"Dette forslag har to supplerende mål:*

*1) Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler – gennem forenkling og fleksibilitet.*

*2) At give ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål - miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimaændringer, fremme af innovation, beskæftigelse og social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser."*

# NYE REGELSÆT – IMPLEMENTERING I DE NORDISKE LANDE

- Implementeringsfristen er april 2016
- Det forventes, at Finland implementerer udbudsdirektivet sammen med koncessionsdirektivet i en samlet lov. Endvidere er det forventningen, at lovforslaget fremsættes for det finske parlament i september med henblik på ikrafttræden foråret 2016
- Sverige vil implementere det nye udbudsdirektiv i en ny lov, der erstatter deres eksisterende lov. Det forventes, at det svenske lovforslag vil blive fremsat for Riksdagen i slutningen af 2015 eller tidligt i 2016 med henblik på ikrafttræden den 1. april 2016
- Implementeringen af udbudsdirektivet i Norge sker ved administrativ forskrift, svarende til en bekendtgørelse. Norge har alene sendt deres forslag til implementering af udbudsdirektivet i høring
- Implementeringen af udbudsdirektivet i Danmark sker via udbudsloven. Et forslag til udbudslov blev fremsat i marts 2015, men bortfaldt da Statsministeren udskrev valg. Lovforslaget må forventes fremsat igen hurtigst muligt

# REGERINGENS NEDSÆTTELSE AF UDBUDSLOVSUDVALG

- Regeringen nedsatte i juni 2013 et udbudslovsudvalg der skal udarbejde et forslag til en dansk udbudslov. Det er første gang, at EU's udbudsdirektiver implementeres i Danmark via en lov.
- Med nedsættelsen af udvalg om dansk udbudslovgivning har det været regeringens ønske, at der udarbejdes forslag til et samlet og overskueligt regelsæt, der implementerer det nye udbudsdirektiv i dansk ret.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Advokatsamfundet/Danske Advokater, LO, FTF / AC, Dansk Byggeri, Dansk Erhverv, Danske Regioner, DI, Erhvervs- og Vækstministeriet, Finansministeriet,, Foreningen af offentlige indkøbere, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Håndværksrådet, Kommunernes Landsforening, Statens og Kommunernes Indkøbsservice, Økonomi- og Indenrigsministeriet.

# KOMMISSORIET

- Uddrag:
- Formål:
- *"Det foreslåede regelsæt skal i videst muligt omfang føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører. Målet er, at sætte "det gode købmandsskab" i centrum, når det offentlige køber ind, således at ressourcerne bruges på at sikre det bedst mulige indkøb i stedet for på regelfortolkning og administrativt arbejde."*

# KOMMISSORIET

- *Udvalget skal i sit arbejde have særligt fokus på:*
- *At fremme effektiv konkurrence om løsningen af de offentlige opgaver.*
- *At udbudsdirektivet implementeres i en form og med et indhold, der gør udbudsprocessen så overskuelig som muligt, og at udvalget i forbindelse med implementeringen skal søge at imødegå evt. tvivl, som bestemmelserne i deres EU-retlige udformning kan give anledning til.*
- *At det materielle indhold i offentlige indkøb ikke reguleres i udbudsreglerne, hvorfor udvalget skal fokusere på de processuelle regler vedrørende indkøb.*
- *At visse af direktivets bestemmelser efterlader medlemsstaterne en valgfrihed i forbindelse med implementeringen. Udvalget skal her fremlægge anbefalinger til om, og i givet fald hvordan, disse bestemmelser skal implementeres.*
- *At der i Danmark skal kunne anvendes samtlige udbudsformer, som direktivet indeholder.*

# KOMMISSORIET

- *At der sker inddragelse af erfaringerne med anvendelsen af de gældende udbudsregler, bl.a. erfaringer fra udbud af større IT-projekter.*
- *At der under udarbejdelsen inddrages erfaringer fra andre lande, herunder om muligt oplysninger om hvordan direktivet forventes implementeret.*

# HVEM ER OMFATTET AF UDBUDSREGLERNE?

**Udbudsdirektivet**

- Ordregivende myndigheder:
  - Staten (ministerier, styrelser mv.)
  - Regionale og lokale myndigheder (kommuner, regioner)
  - Offentligretlige organer (ex. DSB, kommunale selskaber, alm. boligselskaber)
  - Sammenslutninger af ovennævnte
- Visse bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelseskontrakter, hvortil der ydes offentlig støtte på mere end 50 % er også omfattet af udbudsdirektivet

**Forsyningsvirksomhedsdirektivet**

- Ordregivende myndigheder (samme som ved udbudsdirektivet).
- ”Offentlige virksomheder”.
- Private virksomheder, som har særlige eller eksklusive rettigheder,
  - Når virksomheden udøver en eller flere aktiviteter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, *og*
  - Aktiviteterne udøves på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder tildelt af det offentlige (ex. forbrugerejet vandforsyningsselskab)

# FORBUNDNE SELSKABER – ”IN-HOUSE”

- Offentlige anskaffelser kan under visse omstændigheder foretages uden udbud med henvisning til reglerne om **in-house ydelser.**
- **In-house:**
  - Opgaver, som varetages internt af en ordregivende myndighed, dvs. opgaver, som udføres ved brug af interne ressourcer uden anskaffelser fra eksterne tredjemænd

# UDVIDET IN-HOUSE

- **Udvidet in-house:**
  - En offentlig myndighed anvender en selvstændig juridisk person til udførelse af en opgave.
- **Det nye udbudsdirektiv artikel 12:**

*"1. En offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:*

*a) […] kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene*

*b) mere end 80 % af aktiviteterne i den kontrollerede juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed […], og*

*c) der er ikke nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser […]"*

# HORISONTALE SAMARBEJDER

- **Det nye udbudsdirektiv artikel 12:**

*"4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:*

*a) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om*

*b) gennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser og*

*c) de deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet."*

- Bestemmelsen er en kodificering af gældende ret, og fastslår, at kontrakter, der udelukkende er indgået mellem ordregivere, ikke er udbudspligtige, når de nævnte betingelser er opfyldt

# KONTRAKTER UNDER TÆRSKELVÆRDIEN

# UDBUD UNDER TÆRSKELVÆRDIERNE

- Tærskelværdierne for EU-udbud ændres ikke med den nye udbudslov
- Bygge- og anlæg: **38.624.809 kr.**
- Varer og tjenesteydelser: **1.541.715 kr.**
- Dog "ny" tærskelværdi i relation til light-regimet (visse tjenesteydelser)**: 750.000 EURO** (ca. 5,6 mio. kr.)
- Tilbudslovens afsnit 2 ophæves endegyldigt samtidig med udbudslovens ikrafttrædelse.
- Kontrakter under ovennævnte tærskelværdier vil for så vidt angår vare- og tjenesteydelseskontrakter fremover være omfattet af særskilte afsnit i udbudsloven.

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Lovforslagets § 10:
- ”*Afsnit 4 gælder for offentlige kontrakter, der* ***ikke er omfattet af afsnit 2 eller 3****, hvis kontrakten eller projektkonkurrencen har* ***klar grænseoverskridende interesse****.”*
- Afsnit 2 = offentlige kontrakter <u>over</u> tærskelværdien
- Afsnit 3 = sociale og andre specifikke tjenesteydelser <u>over</u> tærskelværdien
- <u>§ 10 er ikke en implementering af en bestemmelse fra udbudsdirektivet, men er indsat i loven efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.</u>

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Lovforslagets afsnit 4
- *"§ 191: En ordregiver skal forud for indgåelse af vare- og tjenesteydelseskontrakter med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 10, annoncere kontrakten på udbud.dk."*
- Ergo skal den ordregivende myndighed i relation til alle kontrakter, der ligger under den relevante tærskelværdi (i princippet uden nogen bundgrænse) vurdere, om kontrakten har *klar grænseoverskridende interesse.*
- Ændringsforslag fremsat af erhvervs- og vækstministeren. Kravet om annoncering på netop udbud.dk, der vil i stedet følge af bekendtgørelse, så lettere at ændre senere.

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Hvad med kontrakter, der værdimæssigt ligger over tærskelværdien, men er omfattet af en undtagelsesbestemmelse?
- Også pligt til at vurdere den klare grænseoverskridende interesse i forhold til sådanne kontrakter og potentielt annoncere på udbud.dk?
- Eksempelvis kontrakt vedr. indkøb af programmateriale, jf. undtagelsesreglen i udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 2. (kendelse af 4. februar 2013 - SDI Media vs. Danmarks Radio).
- Ikke omfattet af afsnit 4, men potentielt pligt til at skabe gennemsigtighed omkring kontraktindgåelsen, hvis *klar grænseoverskridende interesse,* jf. Klagenævnets praksis!

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Hvilke elementer indgår ved vurderingen af den *klare grænseoverskridende interesse:*
- Uddrag fra forarbejderne:
- ”*Det beror på ordregiverens konkrete vurdering, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen skal der lægges vægt på* ***kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.”***
- Andre relevante elementer fremhævet i forarbejderne:
- Kontraktens varighed (længere kontrakt giver bedre mulighed for at afskrive investeringer).
- Mulighed for at opnå EU-finansiering af grænseoverskridende projekter.
- Svag indenlandsk konkurrence.

# KLAGENÆVNETS PRAKSIS - EKSEMPLER

- **Klagenævnets kendelse af 22. marts 2013 - Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland.**
- Rammeaftale om vikarer til hjemmerespirationsområdet (II B-ydelse).
- Værdi af rammeaftale: Flere hundrede mio. kr.
- Klagenævnet: *"henset til opgavens karakter og udførelsessted – ikke oplysninger, som understøtter, at der foreligger en sådan grænseoverskridende interesse."*

# KLAGENÆVNETS PRAKSIS - EKSEMPLER

- **Klagenævnets kendelse af 6. marts 2014 - G4S Security Service A/S mod Region Syddanmark**
- Kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion på psykiatrisk afdeling (II B-ydelse)
- Anslået værdi af kontrakt – ca. 5 ½ mio.kr.
- Klagenævnet: Ikke klar grænseoverskridende interesse. Meget udførlige præmisser!
- *"Den ordregivende myndighed har ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling har grænseoverskridende interesse."*
- *"Tjenesteydelser, som er omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet, er optaget på bilaget ud fra en antagelse om, at kontrakter vedrørende sådanne tjenesteydelser ikke umiddelbart, i betragtning af deres særlige karakter, frembyder nogen grænseoverskridende interesse. Der må derfor, til fastlæggelse af, at der alligevel foreligger en klar grænseoverskridende interesse,* ***påvises mere end blot en teoretisk potentiel interesse.****"*

# KLAGENÆVNETS PRAKSIS - EKSEMPLER

- **Klagenævnets kendelse af 2. december 2014 - A-Vask A/S mod Høje-Taastrup Kommune**
- Kontrakt om udførelse af måtteservice (II B-ydelse)
- Anslået værdi 1,2 mio. kr.
- Klagenævnet:
- ”*Høje Taastrup Kommune har oplyst, at ingen udenlandske virksomheder afgav tilbud på den annoncerede opgave, eller under annonceringsprocessen tilkendegav at have interesse for opgaven. På den baggrund og henset til det oplyste om den begrænsede økonomiske værdi af kontrakten, samt at måttehåndteringen kræver jævnlig fysisk tilstedeværelse af en chauffør, der kan kommunikere på dansk, finder klagenævnet ikke, at kontrakten frembød en sådan interesse for tjenesteydere i andre EU-lande, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.*”
- ”***Det forhold, at der kunne være en generel interesse fra et firma i Kiel for det danske marked for måttehåndtering, og at Malmø ligger i relativt kort afstand fra indklagedes adresse i Høje Taastrup, kan ikke i sig selv føre til en anden vurdering.***”

# KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Vores påstand:
- Meget sjældent, at en kontrakt, der er under tærskelværdien, vil have klar grænseoverskridende interesse!
- Inden for særlige områder vil der dog på grund af et begrænset indenlandsk marked i højere grad være *klar grænseoverskridende interesse*. Eksempelvis regioners, universiteters og forsyningers indkøb af specialudstyr-/instrumenter.
- Teknisk rådgivning (arkitekter, ingeniører mv.) formentlig aldrig *klar grænseoverskridende interesse*, med mindre helt unik specialistviden krævet.

# ANNONCERING - HVORDAN

- *§ 191 Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om annoncering som nævnt i stk. 1.*
- Forarbejderne:
- *"Det er hensigten, at reglerne for indgåelse af kontrakter under EU's tærskelværdier med klar grænseroverskridende interesse, jf. § 191, stk. 1, i videst muligt omfang skal svare til reglerne for indgåelse af kontrakter om sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som er nævnt i § 186."*

# PROCEDUREN – ”ANNONCERINGSUDBUD”

- ”*§ 192. En ordregiver skal fastlægge en procedure for tildeling, som er i overensstemmelse med § 2* [de generelle principper]*, herunder fastsætte kriterier for tildeling.*
- *Stk. 2. En ordregiver skal orientere potentielle tilbudsgivere om proceduren for tildeling på en måde, der sætter interesserede tilbudsgivere i stand til at afgive tilbud.*
- *Stk. 3. En ordregiver skal skriftligt og samtidigt underrette alle tilbudsgivere, der har afgivet bud, om, hvilken beslutning der er truffet med hensyn til tildelingen, herunder i givet fald begrundelsen for at annullere proceduren. Ordregiveren skal efter anmodning underrette tilbudsgiveren om begrundelsen for beslutningen.”*
- Forpligtelserne svarer formentlig til de forpligtelser, der i dag er gældende i relation til annonceringsudbud efter tilbudslovens afsnit 2. Flere kendelser fra Klagenævnet herom.

# PROCEDUREN – ”ANNONCERINGSUDBUD”

- Fra forarbejderne:
- *”…ikke nødvendigvis medfører pligt til at gennemføre et egentligt udbud, men blot skal muliggøre, at interesserede virksomheder kan tilkendegive deres interesse.”*
- *”…ikke et krav, at der udarbejdes et udbudsmateriale med detaljerede beskrivelser af det udbudte…”.*
- *”Der gælder heller ingen specifikke minimumsfrister.”*
- *”…ikke pligt til at vælge et af de tildelingskriterier, som følger af § 162…”*
- *”…ikke medfører pligt for ordregiveren til at vægte eventuelle underkriterier eller anføre dem i prioriteret orden…”*
- *”Ordregiverens proceduremæssige forpligtelser ud over en annoncering på udbud.dk består således i, 1. at udarbejde et materiale, der sætter interesserede tilbudsgiver i stand til at afgive tilbud, 2. at fastsætte kriterier for tildeling og 3. at træffe en tildelingsbeslutning og orientere tilbudsgiverne om denne.”*

# PROCEDUREN – ”ANNONCERINGSUDBUD”

- Jo mere man får sin procedure til at ligne et EU-udbud, jo større vil tendensen formentlig være til at Klagenævnet vil vurdere påståede overtrædelser af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på tilsvarende måde som ved EU-udbud.
- Sørg for at gøre annonceringsudbuddene som simple som mulige – ikke alene af hensyn til ordregiver, men også af hensyn til tilbudsgiverne.
- Klagenævnet for Udbud vil være kompetent til at behandle klager over annonceringsudbud gennemført i henhold til udbudslovens afsnit 4.

# IKKE KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Lovforslagets § 11:
- ”*Afsnit 5 gælder ved indgåelse af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, som ikke er omfattet af afsnit 2-4, og som har en anslået værdi på mindst 500.000 kr. eksklusive moms.”*
- Afsnit 2 = offentlige kontrakter <u>over</u> tærskelværdien
- Afsnit 3 = sociale og andre specifikke tjenesteydelser <u>over</u> tærskelværdien
- Afsnit 4 = offentlige kontrakter under tærskelværdien med *klar grænseoverskridende interesse.*
- § 11 er ikke en implementering af en bestemmelse fra udbudsdirektivet, men er indsat i loven efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Lovforslagets afsnit 5:
- *§ 193. En ordregiver skal forud for indgåelse af vare- og tjenesteydelseskontrakter uden klar grænseoverskridende interesse, jf. § 11, sikre sig, at indkøbet foregår på* ***markedsmæssige vilkår****. Dette kan eksempelvis ske ved, at ordregiveren*
- *1) gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud,*
- *2) indhenter to eller flere tilbud, eller*
- *3) annoncerer på* [*udbud.dk*] *eller på ordregiverens hjemmeside.*
- Forarbejderne: ”*Markedsafdækningen kan være baseret på benchmarkingundersøgelser, mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb. I sådanne situationer kan det være tilstrækkeligt at indhente et tilbud.*”
- Ingen pligt til annoncering!

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Ikke i alle tilfælde nødvendigt at foretage en afsøgning af markedet.
- Kan undlades, hvis ordregiver på forhånd har aktuel viden om markedet. Eksempelvis som følge af netop indgået kontrakt omkring tilsvarende ydelser.
- Ordregiver har mulighed for at lægge vægt på, hvorvidt de forventede udgifter ved en afsøgning står mål med de udbudsomkostninger, der vil være forbundet med at gennemføre afsøgningen.

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Hvis der indhentes flere end tre tilbud, skal det begrundes og samtidig oplyses, hvor mange tilbud, der højst vil blive indhentet (stk. 2).
- Hvis mere end et tilbud indhentes, skal der ske samtidig underretning og på anmodning gives begrundelse for beslutning om ”tildeling” (stk. 3).
- Ordregiver skal kunne dokumentere, at købet er foregået på markedsmæssige vilkår (stk. 4).
- Ordregiver skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet (stk. 5). Gælder også for ikke-forvaltningsmyndigheder – eksempelvis almene boligselskaber!

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Procedurekrav, hvis der indhentes flere tilbud (forarbejderne):
- ”*Ordregiveren skal oplyse de interesserede tilbudsgivere om, hvor mange tilbud, der indhentes.*”
- *”…ikke pligt til at fastsætte en tidsfrist.”*
- *”Hvis ordregiveren vælger at fastætte en tidsfrist, skal ordregiveren* ***som udgangspunkt*** *afvise tilbud, som ikke er fremkommet rettidigt.”*
- *”Ordregiveren er ikke forpligtet til på forhånd at orientere potentielle tilbudsgivere om eventuelle kriterier for tildeling og vægtningen af disse.* [men hensigtsmæssigt]*”*
- *” Ordregiveren vil her som følge af den almindelige vejledningspligt have pligt til at besvare henvendelserne…”*
- *”Der er ikke en pligt til at udarbejde et skriftligt evalueringsnotat.* [men anbefales]*”*

# INGEN KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Vil afsnit 5 ændre meget i praksis i forhold til den sædvanlige fremgangsmåde i relation til kontrakter, der ikke er omfattet af udbuds-/annonceringspligt? Næppe….
- Dog bør man fremadrettet være særligt opmærksom på at fremskaffe dokumentation for, at en kontrakt er indgået på markedsmæssige vilkår.
- § 1, stk. 4 i Lov om Klagenævnet for Udbud (erstatter håndhævelsesloven):
- *"Loven gælder ikke for klager over overtrædelse af udbudslovens § 1 og § 193."*
- Hvad gør man så, hvis man vil klage?
- Statsforvaltningen, Ombudsmanden, domstolene?

# LIGHT-REGIMET

# NYT LIGHT REGIME – OPHÆVELSE AF BILAG IIA-/IIB-SONDRINGEN

HØRTEN



- På nuværende tidspunkt er tjenesteydelser er opdelt i bilag A og bilag B-ydelser:
  - **Bilag A-**ydelserne er underlagt alle bestemmelserne i udbudsdirektivet.
  - **Bilag B-**ydelserne er alene underlagt bestemmelserne om kravspecifikation og offentliggørelse af kontraktindgåelse
- Eksempler på **bilag B**-ydelser:
  - Kantinevirksomhed,
  - Personlig pleje og praktisk hjælp til hjemmeboende borgere
  - Tilsynsopgaver, såsom tilsyn med botilbud til voksne inden for ældreområdet, socialpsykiatrien, handicapområdet og området for udviklingshæmmede
- Har opgaven grænseoverskridende interesse?
  - Kontrakter vedrørende **bilag B**-ydelser underlagt EU-Traktatens principper (bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed), hvis det vurderes, at opgaven har en klar grænseoverskridende interesse

# NYT LIGHT REGIME – OPHÆVELSE AF BILAG IIA-/IIB-SONDRINGEN



Det nye udbudsdirektiv artikel 74

- **Tildeling af kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser**

*"Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV, tildeles i overensstemmelse med reglerne i afsnit III, kapitel I, når kontrakternes værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 4, litra d* (dvs. 750 000 EUR)."

- Bl.a. sundheds- og socialvæsen, velfærdsydelser, hotel- og restaurationstjenesteydelser, visse juridiske tjenesteydelser, administrative tjenester.

# NYT LIGHT REGIME – OPHÆVELSE AF BILAG IIA-/IIB-SONDRINGEN



**Nyt light regime - ordregiverens proceduremæssige forpligtelser:**

- Pligt til at offentliggøre udbudsbekendtgørelse eller vejledende forhåndsmeddelelse
- Ordregiver kan frit tilrettelægge proceduren for kontraktindgåelse, der blot skal være i overensstemmelse de generelle principper – gennemsigtighed, ligebehandling mv.
- Den ordregivende myndighed kan begrænse konkurrencen om disse kontrakter til socialøkonomiske virksomheder (der opfylder visse betingelser)

# NYT LIGHT-REGIME

- Lovforslagets § 7:
- ”*Afsnit 3 gælder ved indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV til denne lovs bilag 2, når værdien af kontrakten mindst svarer til 5.583.000 kr. eksklusive moms.”*
- Bl.a. kontrakter vedr. sundheds- og socialvæsen, velfærdsydelser, hotel- og restaurationstjenesteydelser (herunder madudbringning), visse juridiske tjenesteydelser, tjenester for lokalsamfundet, administrative tjenester på det sociale område, uddannelsesområdet, sundhedsområdet og det kulturelle område.
- Lovforslagets § 186:
- *”En ordregiver skal ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser, jf. § 7, fastlægge en procedure i overensstemmelse med lovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling.!*

# NYT LIGHT-REGIME

- *§ 187**.** Ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser skal en ordregiver **på forhånd offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse**.*
- *Stk. 2. Udbudsbekendtgørelser skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del H, til denne lovs bilag 2 i overensstemmelse med Europa-Kommissionens standardformularer samt oplysninger om den procedure, ordregiveren har fastlagt efter § 186.*
- *Stk. 3. Forhåndsmeddelelser skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del I til denne lovs bilag 2. Meddelelsen skal angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, og opfordre interesserede økonomiske aktører til skriftligt at tilkendegive deres interesse.*
- *Stk. 4. Udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen skal offentliggøres enten ved elektronisk fremsendelse til EU's publikationskontor eller i ordregiverens køberprofil.*
- *Stk. 5. Stk. 1 kan fraviges i tilfælde, der svarer til de tilfælde, der er omfattet af §§ 80-83.*

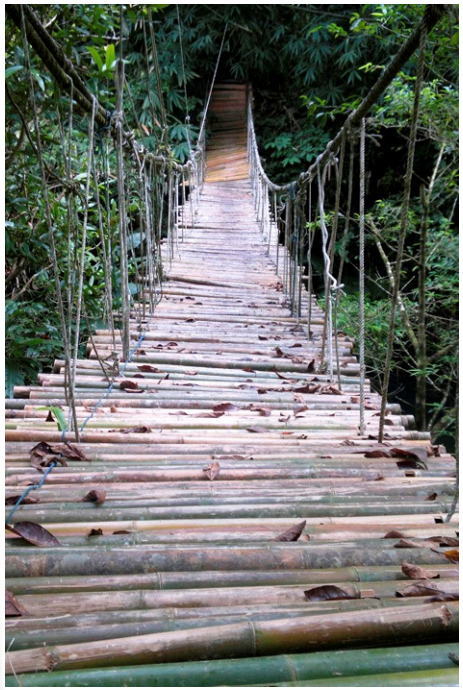
# NYT LIGHT-REGIME -

- Lovforslagets § 190:
- *”Ordregiveren kan forbeholde retten til at deltage i udbuddet til **organisationer, der udelukkende beskæftiger sig med de tjenesteydelser på sundheds-, social- og kulturområdet, der er omhandlet i § 186.***
- *Stk. 2. En organisation som omhandlet i stk. 1 skal opfylde følgende betingelser:*
- *1) Formålet med organisationen er at varetage offentlige tjenesteydelsesopgaver med tilknytning til levering af de tjenesteydelser, der er omhandlet i stk. 1.*
- *2) Udbyttet geninvesteres for at opfylde organisationens målsætninger. Udloddes eller omfordeles udbyttet, skal dette ske ud fra deltagelsesorienterede hensyn.*
- *3) Ledelses- eller ejerskabsstrukturerne i den organisation, der gennemfører kontrakten, er baseret på principper om medarbejderejerskab eller medarbejderdeltagelse eller skal kræve aktiv deltagelse af medarbejdere, brugere eller interessenter.*
- *4) Organisationen har ikke fået tildelt en kontrakt for de pågældende tjenesteydelser af den pågældende ordregiver i henhold til denne bestemmelse i de seneste tre år.*
- *Stk. 3. Kontraktens løbetid må højst være tre år.*
- *Stk. 4. Udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen skal indeholde en henvisning til denne bestemmelse.”*

# ARBEJDSKLAUSULER

# HVAD TALER VI OM?

- ”Sociale klausuler” er en løst defineret samlebetegnelse for forskellige klausuler, f.eks.:
  - Arbejds-/ILO-klausuler
  - Lærlingeklausuler
  - Klausuler om brug af ledige
  - Fair Trade-klausuler
  - Klausuler om lokale råvarer
  - etc.
- Dækker alle klausuler, der ikke direkte vedrører kerneydelsen, men ”noget mere”
- Forskelligt indhold ➔ forskellig retlig vurdering



# EKSEMPLER PÅ SOCIALE KLAUSULER

- **Arbejdsklausuler**
  - Løn- og ansættelsesvilkår
  - Grundlæggende arbejdstagerrettigheder
- **Klausuler i forhold til arbejdets udførelse mv**
  - Arbejdsmiljø
  - Boligforhold
- **Beskæftigelsesklausuler**
  - Krav om ansættelse af langtidsledige, kontanthjælpsmodtagere, personer med nedsat arbejdsevne, handicappede etc.
- **Lærlingeklausuler**
  - Krav om at en del af opgaverne udføres af elever/lærlinge
- **Indkøbs-/Fair Trade-klausuler**
  - Etiske standarder
  - Fair Trade
  - Økologi
  - Lokalt produceret el.lign.
- **Bæredygtighedsklausuler**
  - Miljømærkning
  - Genanvendelse af emballage
  - Begrænsning af ressourceforbrug (f.eks. vand og el)

# BAGGRUND

- Regeringen og KL indgik den 13. juni 2013 aftale om kommunernes økonomi for 2014, hvor det bl.a. blev aftalt, at arbejdsklausuler skal søges udbredt i kommunale kontrakter
- Beskæftigelsesministeriets cirkulæreskrivelse af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakters § 8:

  *"Det henstilles, at alle kommuner og regioner anvender arbejdsklausuler i bygge- og anlægskontrakter efter retningslinjerne i dette cirkulære uanset kontraktens størrelse samt i øvrige kontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt"*
- Anvendelse af arbejdsklausuler er frivillig (dog ikke ILO94 for staten)
- Beskæftigelsesministerens har udtalt på et åbent samråd den 26. februar 2015 i Beskæftigelsesudvalget, at regeringen ikke ønsker at lovgive om kommuner og regioners brug af arbejdsklausuler

# UDBREDT ANVENDELSE AF ARBEJDSKLAUSULER

- KL har i december 2014 og januar 2015 gennemført en spørgeskemaundersøgelse om kommunernes brug af arbejdsklausuler og sociale klausuler i udbud
- Alle 98 kommuner deltog i spørgeskemaundersøgelsen
- Fastslået, at
  a) 83 % af kommunerne altid eller ofte anvender arbejdsklausuler i bygge- og anlægskontrakter og
  b) 70 % af kommunerne altid eller ofte anvender arbejdsklausuler i tjenesteydelseskontrakter

# EU-RETTEN OG ARBEJDSKLAUSULER

# GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

- Udbudsdirektivet:

Udgangspunkt: Ordregivende myndigheder skal agere som markedsaktører og skal derfor identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Modifikation: Der er dog visse ikke direkte økonomiske hensyn, som det er sagligt for offentlige myndigheder at lægge vægt på, ex. miljøegenskaber.

- Hvad med de sociale hensyn?
- Concordia-dommen (C-513/99) – mulighed for at inddrage brede miljømæssige hensyn ved tildelingen. Gælder det også sociale hensyn – eksempelvis at lade tilbudsgiverne konkurrere på, hvor mange langtidsledige de vil gøre brug af i forbindelse med et konkret projekt?

# RETSPRAKSIS

- **Klassisk dom fra EF-domstolen – C-31/87 Beentjes**
- En hollandsk ordregivende myndighed ville i et udbud forpligte tilbudsgiverne til at ansætte langtidsledige
- **Vedrørende inddragelsen af sociale klausuler udtalte EF-domstolen:**

Et sådant krav er lovligt, hvis:

1. det tydeligt fremgår af udbudsmaterialet som kontraktkrav, og
2. kravet hverken er direkte eller indirekte diskriminerende overfor tilbudsgivere fra andre medlemsstater

# SOCIALE KLAUSULER

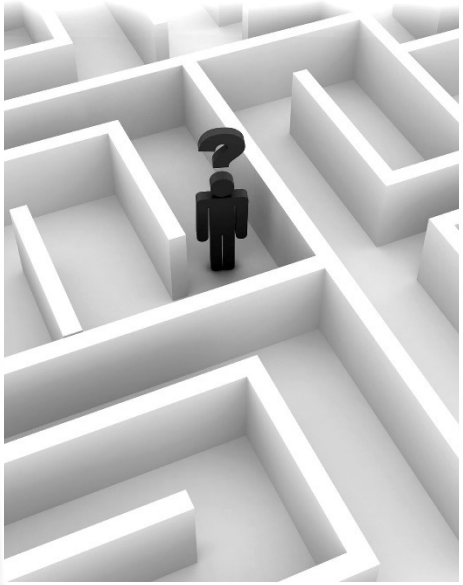
- **Udbudsdirektivets artikel 26:**

*De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn."*

- **Det nye udbudsdirektiv artikel 70:**

*"De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn."*

- Arbejdsklausuler er et eksempel på en social betingelse/hensyn



# ARBEJDSKLAUSULER

- Arbejdsklausuler kan anvendes, når de er:

  A) knyttet til kontraktens genstand,

  B) nævnt i udbudsbekendtgørelsen og

  C) i overensstemmelse med EU-retten

# ARBEJDSKLAUSULER

Ang. ”knyttet til kontraktens genstand”:

- Klausulen skal vedrøre opfyldelsen af pågældende kontrakt
- Dvs. klausulen alene må omhandle forhold for leverandørens medarbejdere beskæftiget med opgaven og i kontraktperioden.
- Arbejdsklausulen må ikke vedrøre generelle forhold hos leverandøren eller forhold vedrørende andre opgaver, som leverandøren udfører for ordregiver.

Ang. ”nævnt i udbudsbekendtgørelsen”:

- Sikrer det EU-retlige princip om gennemsigtighed

# ARBEJDSKLAUSULER

Ang. ”overensstemmelse med EU-retten”:

- Dvs. at både EUF-Traktaten og afledt ret (direktiver og forordninger) skal overholdes
- Ikke-diskriminerende: Arbejdsklausulen må ikke bevirke, at udenlandske leverandører udelukkes fra eller får vanskeligere ved at komme i betragtning til kontrakten.
- Eksportforbud: Arbejdsklausulen må generelt ikke knyttes til ydelser, opgaver eller produkter, der produceres eller leveres i andre lande
- Vær opmærksom på udstationeringsdirektivet (96/71)
- Direktivets bestemmelser finder anvendelse på bestemmelser om mindsteløn, som søges sikret gennem fagforeningernes kollektive kampskridt eller ved at indsætte en arbejdsklausul i en offentlig kontrakt
- Arbejdsklausulen kan som udgangspunkt kun opretholdes, hvis den underliggende nationale ordning om mindsteløn opfylder betingelserne i udstationeringsdirektivet.

# UDSTATIONERINGSDIREKTIVET

- **Udstationeringsdirektivets artikel 3:**

*"**Stk. 1.** Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder […] sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:*

*ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8 […]"*

***Stk. 8.** Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område. Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, kan medlemsstaten beslutte at lægge følgende til grund:*

- *de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller*
- *de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område*

*såfremt deres anvendelse på de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder på de områder, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, i nærværende artikel, ikke medfører forskelsbehandling mellem disse virksomheder og de øvrige virksomheder, der er nævnt i dette afsnit, og som befinder sig i en tilsvarende situation.*

# UDSTATIONERINGSLOVEN

- **Udstationeringsloven § 6 a.**

*Stk. 1. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde som over for danske arbejdsgivere anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.*

*Stk. 2. Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales."*

# EU-DOMSTOLENS DOM I SAG C-341/05, LAVAL UN PARTNERI

HØRTEN



- Vedrørende fortolkningen af udstationeringsdirektivets krav til kollektive aftaler. Dommen omhandler svenske fagforeningernes blokade af Laval for at tvinge Laval til at tiltræde en overenskomst og indgå i forhandling om ansattes lønvilkår. I Sverige blev løn forhandlet fra sag til sag på arbejdspladsen, hvilket ikke var et udtryk for en mindsteløn fastsat i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1.
- Domstolen vurderede, at fagforeningernes ret til kollektive kampskridt dermed udgjorde en restriktion der var uforenelig med art. 56.
- Om de kollektive kampskridt kunne falde ind under tvingende almene hensyn udtalte Domstolen (præmis 110):
- *"Kollektive kampskridt som dem, der er genstand for hovedsagen, kan imidlertid ikke begrundes med henvisning til det tvingende almene hensyn […], når den lønforhandling, som de kollektive kampskridt har til formål at gennemføre i forhold til en virksomhed, der har hjemsted i en anden medlemsstat, indgår i en national kontekst, der er kendetegnet ved, at der ikke findes bestemmelser af nogen som helst art, der er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at det ikke i praksis gøres umuligt eller urimeligt vanskeligt for en sådan virksomhed at få klarhed over, hvilke forpligtelser den skal overholde med hensyn til mindstelønnen."*

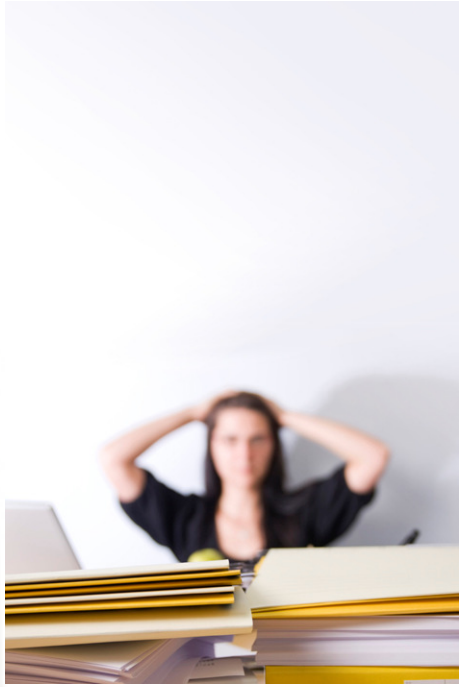
# GENNEMSIGTIGHED

- **Udbudsdirektivets artikel 2**

***"Principper for indgåelse af kontrakter***

*De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en* ***gennemsigtig*** *måde."*

- Et krav om at tilbudsgiver har alle oplysninger om udbuddet.
- Tilbudsgiver kan se hvilke overenskomster der bliver henvist til og at indholdet i denne overenskomst fremgår klart nok til at tilbudsgiver kan udregne løn- og arbejdsvilkår for arbejdet.



# RÜFFERT-DOMMEN (C-346/06)

- Præmis 30: *Det følger heraf, at der ved en foranstaltning som den i hovedsagen foreliggende ikke er fastsat en lønsats på en af de måder, der fremgår af artikel 3, stk. 1, første afsnit, første og andet led, samt artikel 3, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 96/71 [udstationeringsdirektivet].*

- Præmis 31: *Nævnte bestemmelse kan især ikke fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse. For så vidt angår de områder, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g), fastlægger direktivet nemlig udtrykkeligt den grad af beskyttelse, som værtsmedlemsstaten kan kræve iagttaget af virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, i forhold til deres arbejdstagere, der er udstationeret på denne værtsmedlemsstats område. […]*

# ILO 94

- **Beskæftigelsesministeriets notat fra september 2008**

”*En anden væsentlig forskel mellem situationen i Danmark og Tyskland end* [ovenstående?] *vedrørende reguleringen af mindsteløn er,* ***at Danmark i modsætning til Tyskland har ratificeret ILO konvention 94****. Danmark er således folkeretligt forpligtet i henhold til konventionen, og kan ikke – uden at opsige konventionen – undlade at anvende de i konventionen angivne overenskomster i forbindelse med udbud, der er dækket af konventionen.*”

- ILO Konvention 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter ratificeret af Danmark ved kgl. resolution af 22. juli 1955
- Bekendtgørelse nr. 1 af 04. januar 1957 om Danmarks ratifikation af den Internationale Arbejdskonference i Geneve i året 1949 vedtagne konvention om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

# KONVENTIONER INDGÅET FORUD FOR NYE MEDLEMSSTATERS TILTRÆDELSE

HØRTEN



- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde art. 351 (tidligere 307 EF)
- *De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i traktaterne. …*
- *EU-Domstolen har slået fast, at medlemsstater ikke kan betragtes som tredjelande*
- *Sag C-301/08 Deutscher Luftpol, præmis 19:*
- *"Det fremgår…af fast retspraksis, at bestemmelserne i en konvention, der er indgået forud for traktatens ikrafttrædelse, ikke kan påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne."*

# BUNDESDRUCKEREI GMBH MOD STADT DORTMUND (C-549/13)



- *”Under alle omstændigheder synes den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning ikke at være forholdsmæssig, for så vidt som dens anvendelsesområde udvides til en situation som den i tvisten i hovedsagen omhandlede, hvor arbejdstagere udfører en offentlig kontrakt i en anden medlemsstat end den, hvori den ordregivende myndighed er hjemmehørende, og hvori mindstelønnen er lavere.*
- *Ved i en sådan situation at pålægge en fast mindsteløn, der svarer til den, der i lyset af leveomkostningerne i medlemsstaten for den ordregivende myndighed kræves for at sikre en passende betaling til arbejdstagerne i denne medlemsstat, men som er uden sammenhæng med leveomkostningerne i den medlemsstat, hvori ydelserne vedrørende den pågældende offentlige kontrakt skal udføres, og som derfor forhindrer de i sidstnævnte medlemsstat hjemmehørende underleverandører i at drage en konkurrencemæssig fordel af de forskelle, der eksisterer mellem de respektive lønsatser, går denne lovgivning nemlig videre end nødvendigt for at sikre opfyldelsen af målet om beskyttelse af arbejdstagerne*
- *Den i hovedsagen omhandlede lønbeskyttelsesforanstaltning kan heller ikke begrundes i formålet om de sociale sikringsordningers stabilitet.”*

# SAMMENFATNING

- Retspraksis fra EU-dommene Rüffert og Laval viser, at det formentlig kan være i strid med udstationeringsdirektivet og retten til fri bevægelighed at stille andre krav til arbejdsvilkår end dem, der følger af direktivet
- De krav, der stilles til løn og arbejdstid i en arbejdsklausul, skal svare til kollektive overenskomster, der er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder hele det danske område
- Krav om gennemsigtighed indebærer, at leverandør skal have let adgang til oplysninger om det nærmere indhold af arbejdsklausulen

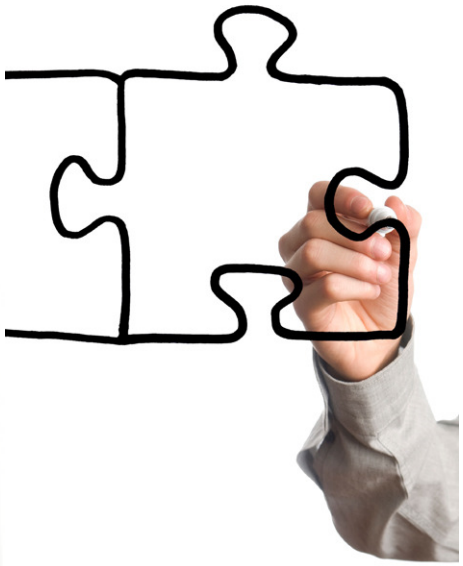
# PRAKTISKE ERFARINGER MED HÅNDHÆVELSE AF ARBEJDSKLAUSULER

# KONSTATERE OVERTRÆDELSE

- Konstateres ofte først sent i processen. Fx i forbindelse med konkurs eller øvrige tvister i forbindelse med kontraktudførsel
- Egen kontrolinstans med stikprøver
- Tip fra interessenter
- Faglig tvist
- Pressen
- Vores Anbefaling til ordregiveren: Fastlæg en køreplan på forhånd, der kan sikre hurtig reaktion
  - Flerhed af interessenter – klar styring
  - Anvende kontrolmuligheder i kontrakt, medfører reduceret standpunktsrisiko
  - Tilbageholdelse af vederlag. Forudsætter opgørelse af muligt krav.
  - Øvrige sanktioner

# HVILKEN OVERENSKOMST?

- Normalt vil en leverandør være forpligtet til at tilbyde sine medarbejdere løn- og ansættelsesforhold, der ikke er mindre gunstige end de løn- og ansættelsesforhold, som er gældende på den egn, hvor arbejdet udføres.
- Der er ej fastsat mindsteløn ved lov → ingen autoritativ fastsættelse af løn- og ansættelsesforhold på egnen.
- Kan være tvivl om, hvad der forstås ved egnen? Nationalt område eller regional afgrænsning?
  - Kan have betydning for løntillæg i lokalaftaler



# HVILKEN OVERENSKOMST?

- Hvad gør man, hvis man er i tvivl om lønniveau mv.  på området?
- Beskæftigelsesministeriet anbefaler i sin vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter følgende: "*Hvis der er tvivl om lønniveauet mv., kan der fx søges oplysning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer, som har overenskomst på området.*"
- Betyder det, at man skal anvende en bestemt overenskomst?
  - Nej.
- Hvis der gælder flere overenskomster på egnen, er det tilstrækkeligt, at niveauet i blot én af overenskomsterne er overholdt.

# HVORNÅR ER ARBEJDSKLAUSULEN OVERHOLDT?

- Bemærk, at der kun er pligt til, at løn- og ansættelsesvilkår samlet set ikke er mindre attraktive end de vilkår, som gælder på egnen.
- Tilbyder leverandøren på enkelte punkter sine medarbejdere ringere vilkår end de på egnen gældende vilkår, kan dette formentlig opvejes af, at leverandøren på andre punkter tilbyder sine medarbejdere bedre vilkår end de på egnen gældende vilkår.

# UDFORMNING AF ARBEJDSKLAUSULER

# BESKÆFTIGELSESMINISTERIETS VEJLEDNING - FORPLIGTELSE

- *”Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.*
- *Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører orienterer de ansatte om de gældende arbejdsvilkår.”*

# BESKÆFTIGELSESMINISTERIETS VEJLEDNING - KONTROL



- *”Ordregiver kan til enhver tid udbede sig relevant dokumentation for, at løn- og arbejdsvilkår for arbejdstagerne lever op til den forpligtelse, som arbejdsklausulen fastsætter. Ordregiver kan kræve, at leverandøren – efter skriftligt påkrav herom – inden for 10 arbejdsdage fremskaffer relevant dokumentation såsom løn- og timesedler, lønregnskab og ansættelseskontrakter fra såvel egne som eventuelle underleverandørers arbejdstagere. Ordregiver kan til brug for sin vurdering af, om leverandøren eller underleverandører har overholdt klausulen søge rådgivning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer.*
- [*Eller*]
- *Leverandøren er forpligtet til inden for 10 dage efter skriftlig anmodning at udlevere et udtræk pr. medarbejder fra E-indkomst, med en oversigt over leverandørens indbetalte A-skat for de pågældende medarbejdere. For personale, hvor oplysningerne indberettes til andre landes skattemyndigheder, skal tilsvarende oplysninger udleveres.”*

# BESKÆFTIGELSESMINISTERIETS VEJLEDNING – SANKTION

- *Hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne kan ordregiver tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav.*
- *Leverandøren kan endvidere pålægges at betale en bod på xx % af kontraktsummen til udbyder, hvis arbejdsklausulen ikke overholdes.*

# HÅNDHÆVELSE AF KRAV – FASTSLÅET VED FAGRETSLIG KENDELSE



- *Hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne kan ordregiver tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav. Såfremt leverandøren eller underleverandøren er part i en overenskomst svarende til forpligtelsen i stk. 1, og ved udførsel af nærværende kontrakt ikke overholder sine forpligtelser i henhold til pågældende overenskomst, kan tilbageholdt vederlag endvidere anvendes til at tilgodese krav for overtrædelse af overenskomsten fastslået ved fagretslig kendelse.*

# SUPPLERENDE PRÆVENTIV ORDNING

- Leverandøren skal forud for kontraktindgåelse oplyse, hvordan leverandøren påtænker at overholde arbejdsklausulen
- Hvis leverandøren ikke kan beskrive, hvordan klausulen overholdes, kan dette føre til, at udbuddet ikke kan tages i betragtning
- Leverandøren kan tillige forpligtes til som en del af mindstekravet at beskrive, hvordan leverandøren vil sikre, at eventuelle underleverandører overholder arbejdsklausulen.
- Kan dette afholde leverandører, der ikke kan overholde klausulen fra at afgive et tilbud?
- Kan dette placere initiativet og ansvaret for at finde en kontraktmæssig løsning mere entydigt hos leverandøren?

# MARKEDSDIALOG OG RÅDGIVERHABILITET

- **Det nye udbudsdirektiv artikel 40**

*”Inden iværksættelsen af en udbudsprocedure kan ordregivende myndigheder gennemføre markedsundersøgelser […]*

*[…] Denne rådgivning kan anvendes i planlægningen og gennemførelsen af udbudsproceduren, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke medfører en konkurrencefordrejning eller en overtrædelse af principperne om ikkeforskelsbehandling og gennemsigtighed.”*

- **Det nye udbudsdirektiv artikel 41**

*”Når en ansøger eller tilbudsgiver eller en virksomhed, der har tilknytning til en ansøger eller tilbudsgiver, har rådgivet den ordregivende myndighed, […] træffer den ordregivende myndighed passende foranstaltninger for at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes af den pågældende ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse.”*

# OPGØRELSE AF KONTRAKT VÆRDI FOR DECENTRALE ENHEDER

HØRTEN



- **Det nye udbudsdirektiv artikel 5, stk. 2:**

*”Hvis den ordregivende myndighed består af særskilte driftsenheder, skal der tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle de enkelte driftsenheder.*

*Uanset første afsnit kan værdierne, hvis en særskilt driftsenhed selv er ansvarlig for sine indkøb eller visse kategorier heraf, anslås af den pågældende enhed.”*

- **Forslag til udbudslov § 31, stk. 3:**

*”En decentral enhed er selv ansvarlig for en kontrakt i henhold til stk. 2, når enheden*

*1) selv står for gennemførelse af udbudsforretningen,*

*2) har et selvstændigt budget for det pågældende udbud, som den råder over, og*

*3) ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af ordregiveren.”*

# ØGET ADGANG FOR SMV'ER – OPDELING AF KONTRAKTER I DELKONTRAKTER

HØRTEN



- **Det nye udbudsdirektiv Artikel 46**

*"De ordregivende myndigheder kan beslutte at tildele en kontrakt i form af særskilte delkontrakter og kan afgøre størrelsen og genstanden for sådanne delkontrakter.*

*De ordregivende myndigheder angiver […] de vigtigste grunde til deres beslutning om ikke at opdele kontrakten i delkontrakter […]"*

**"Opdel eller forklar princip" – grunde til at kontrakten ikke opdeles kan være:**

- Markedsmæssige hensyn – fx, at der ikke vil være en konkurrence om delkontrakter, hvis en kontrakt opdeles
- Økonomiske hensyn – hvis der fx kan opnås økonomiske fordele, såsom stordriftsfordele, ved ikke at opdele kontrakten. Herunder laverer udbudsomkostninger og efterfølgende administrationsomkostninger

# OFFENTLIGGØRELSE AF UDBUDSMATERIALET

**Det nye udbudsdirektiv artikel 53:**

- *”De ordregivende myndigheder giver vederlagsfrit ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne fra datoen for en bekendtgørelses eller meddelelses offentliggørelse i overensstemmelse med artikel 51* [dvs. fra tidspunktet fra bekendtgørelsen offentliggøres i den Europæiske Unions Tidende]”

**Ved begrænset udbud:**

- Ordregiver kan ikke længere færdigøre udbudsmaterialet sideløbende med, at udbudsprocessen officielt er i gang
- Har det nogen større praktisk betydning? – med de nuværende regler er det også anbefalelsesværdigt at have alt materiale (mere eller mindre) klart når udbudsbekendtgørelsen offentliggøres

# UDELUKKELSESGRUNDE

**Obligatorisk udelukkelse (jf. det nye udbudsdirektiv artikel 57, stk. 1), hvis** tilbudsgiver er dømt for:

- Deltagelse i en kriminel organisation, bestikkelse, svig og hvidvask af penge. Efter det nye direktiv også terror og børnearbejde

**Mulighed for at udelukkelse (jf. det nye udbudsdirektiv artikel 57, stk. 4), hvis**

- Tilbudsgiver er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord
- Tilbudsgiver ved en retskraftig dom er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed
- Tilbudsgiver i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed
- Tilbudsgiver er i restance mht. betaling til sociale sikringsordninge eller skatter og afgifter
- **Det nye direktiv specificere bl.a., at karteller også kan anvendes som udelukkelsesgrund**

- Mulighed for self cleaning efter det nye direktiv – både i forhold til obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde
- Personsammenfald: Også grundlag for udelukkelse, når en person, der sidder i virksomhedens ledelse, er ramt af en obligatorisk udelukkelsesgrund

# OVERSIGT OVER UDBUDSPROCEDURER OG ÆNDRINGER

- Offentligt udbud – **kortere minimumsfrister**
- Begrænset udbud – **kortere minimumsfrister**
- **Udbud med forhandling – udvidet adgang og ny proces**
- **Konkurrencepræget dialog – udvidet adgang og ny proces**
- Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse
- **Innovationspartnerskaber – nyskabelse**
- Projektkonkurrencer
- **Forenklet procedure for sociale og andre specifikke tjenesteydelser – nyskabelse (nyt light-regime)**
- Bygge- og anlægsopgaver under EU's tærskelværdier (Tilbudsloven)
- **Varer- og tjenesteydelser under EU's tærskelværdier med/uden klar grænseoverskridende interesse.**

# UDVIDEDE MULIGHEDER FOR UDBUD MED FORHANDLING OG KONKURRENCEPRÆGET DIALOG

HØRTEN



- **Det nye udbudsdirektiv Artikel 26, stk. 4**

*"Medlemsstaterne sørger for, at ordregivende myndigheder kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i følgende situationer:*

***a)** ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der opfylder et eller flere af følgende kriterier:*

*i) den ordregivende myndigheds behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger*

*ii) de omfatter design eller innovative løsninger*

*iii) hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling*

*iv) hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed […]*

***b)** når der i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud."*

# FRISTER GENERELT – GÆLDENDE (OG NYE)

| UDBUDSFORM | ANSØGNINGSFRIST | TILBUDSFRIST |
|---|---|---|
| **OFFENTLIG** | - | 52/**35** |
| **BEGRÆNSET** | 37/**30** | 40/**30** |
| **FORHANDLING** | -/**30** | -/**30** |

# TILDELINGSKRITERIER

**Det nye udbudsdirektiv artikel 67:**

*"Stk. 1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om prisen på visse varer eller vederlaget for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder det økonomisk mest fordelagtige tilbud til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:*

*Stk. 2. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt udvælges på grundlag af pris eller omkostninger efter en tilgang baseret på omkostningseffektivitet, såsom en beregning af livscyklusomkostninger i overensstemmelse med artikel 68, og kan omfatte det bedste forhold mellem pris og kvalitet, som skal vurderes på grundlag af kriterier, herunder kvalitative, miljømæssige og/eller sociale aspekter i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt."*

# FÆLLES EUROPÆISK UDBUDSDOKUMENT

- En ordregiver skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbigt bevis for:
  - at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde
  - at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de egnethedskrav, der er opstillet
  - hvis relevant, hvorledes ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier i forhold til udvælgelsen
- Før tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har besluttet at tildele kontrakten, fremlægger dokumentation, for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument
- Ordregiveren kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere eller præcisere dokumentationen, der er modtaget. Ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke forpligtede til at fremlægge dokumentationen, når:
  - 1) ordregiveren kan skaffe certifikaterne eller de relevante oplysninger direkte gennem adgang til en national database, eller
  - 2) ordregiveren allerede er i besiddelse af fortsat aktuel dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer

# KONTRAKTÆNDRINGER

- Ny detaljeret regulering af mulighederne for at foretage kontraktændringer i overensstemmelse med udbudsdirektivet artikel 72
- Blandt andet bagatelgrænser på 10 % for så vidt angår vare- og tjenesteydelseskontrakter og 15 % for bygge- og anlægskontrakter, så længe tærskelværdien ikke isoleret set overskrides for så vidt angår ændringen
- Endvidere forøgede muligheder for at ændre også ud over bagatelgrænsen, når væsentlige ulemper forbundet med at skulle benytte anden leverandør
- Der findes ingen lignende regler i de gældende direktiver – men reglerne er en kodificering af EU-retspraksis

# UDBUDSLOVEN: ÆNDRINGER & NYSKABELSER

# OFFENTLIGGØRELSE AF EVALUERINGSMODELLEN

**Forslag til udbudslov § 160:**

*”En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden samt beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.*

= **Pligt til offentliggøre evalueringsmetode i udbudsbetingelserne**

- Ordregiveren kan anføre, at en **beskrevet evalueringsmetode i visse konkrete situationer kan tilpasses** på en bestemt måde, eller, at det i visse konkrete situationer er muligt at benytte en **sekundær evalueringsmetode**
- De sekundære evalueringsmetoder være fastlagt på forhånd og beskrevet klart i udbudsmaterialet
- Udbudslovens uden sammenligning mest kontroversielle bestemmelse!

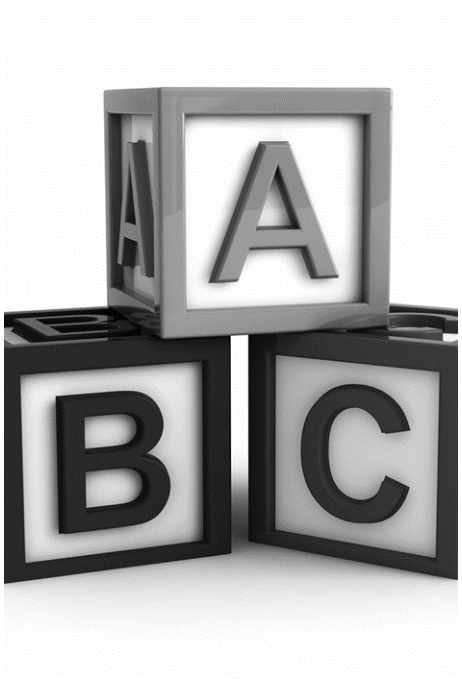
# OPHØR AF KONTRAKTER VED ANNULLATION AF TILDELING

**Forslag til udbudslov § 185, stk. 2:**

*"Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende […]"*

- Medfører behov for exit-klausuler!

# KONTROLBUD



# HVAD ER ET KONTROLBUD?

- Et kontrolbud er kommunens bud på sin egen udbudte opgave. Hvis en kommune fx ønsker at sende en rengøringsopgave i udbud, kan kommunen udarbejde et kontrolbud for at vurdere, om det kan betale sig at udlicitere opgaven. Et kontrolbud er på den måde et internt arbejdsredskab i kommunen
- Kontrolbuddet kan fungere som et benchmark, der viser, hvor gode de eksterne tilbud er i forhold til kommunen selv
- Kontrolbud er kun relevant, hvor en opgave i forvejen løses internt og/eller den bestillende institution har potentiel kapacitet til fremover at løse en i udbudssituationen eksternt varetaget opgave, fordi der kun i sådanne situationer er reelt grundlag for sammenligning med eksterne leverandører

# HVAD ER ET KONTROLBUD?

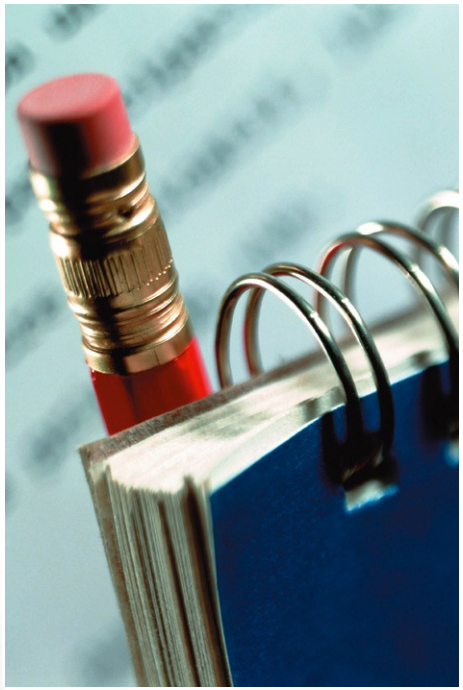
**Vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:**

- *”Udbudsreglerne tager ikke stilling til, hvornår f.eks. en kommune kan opfylde sine egne behov ved at varetage udførelsen af opgaven med sit eget personale (såkaldt ”intern opgavevaretagelse” eller ”in house produktion”), eller om kommunen skal udlicitere opgaven, og således lade en ekstern part varetage udførelsen af opgaven. Intern opgavevaretagelse er i modsætning til ekstern opgavevaretagelse ikke omfattet af udbudspligten, da der ikke her er tale om ”gensidigt bebyrdende aftaler*
- *Selv om en opgavevaretagelse har været udliciteret, kan en ordregiver – uden udbud – tage opgaven tilbage igen, og lade sit eget personale varetage opgaven”*

# UDARBEJDELSE AF KONTROLBUD

**Bekendtgørelse om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud § 4:**

- *”Stk. 1. Det skal fremgå af udbudsannoncen og udbudsmaterialet, hvis kommunen eller regionen foretager et kontrolbud.*
- *Stk. 2. Kontrolbud skal afgives senest samtidigt med udløbet af fristen for aflevering af eksterne tilbud.*
- *Stk. 3. Kontrolbud skal foretages på samme vilkår som eksterne bud og som specificeret i udbudsmaterialet.*
- *Stk. 4. Vurderingen af de indkomne eksterne tilbud og kommunens henholdsvis regionens kontrolbud skal foretages således, at der ikke deltager nogen, der har medvirket ved udarbejdelsen af kontrolbuddet.”*



# EVALUERING AF KONTROLBUD

**Klagenævnets kendelse af 9. november 2011 – LO mod Københavns Universitet**

- Udbud af rengøring på Københavns Universitet, hvor universitetet afgav kontrolbud.
- Universitetets rådgiver vurderede, at kontrolbuddet var det økonomisk mest fordelagtige, men Universitetet valgte ikke desto mindre at tildele kontrakten til Allianceplus A/S.
- LO klagede på vegne af Universitetets rengøringsfolk.

**Klagenævnet udtalte:**

- *"Et kontrolbud er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men en teknik til brug for ordregiverens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at lade en ekstern leverandør løse den pågældende opgave. Uanset om indklagede måtte have vurderet, at kontrolbuddet var mere økonomisk fordelagtigt end tilbuddene, ville indklagedes tildeling af opgaven til en af tilbudsgiverne herefter ikke have været i strid med ud-budsbetingelserne eller udbudsdirektivet."*

# SPØRGSMÅL?

# PROFIL | DAVID SALOMONSEN

David Salomonsen er specialiseret i udbudsret – både i EU-retligt og nationalt perspektiv. David har stor erfaring med at rådgive ordregivere og tilbudsgivere om udbudsretlige forhold, ligesom han har erfaring som projektleder på udbudsprocesser.

David rådgiver også energi- & forsyningsvirksomheder om de særlige vilkår, der gælder for disse brancher.

Siden 2011 har David undervist på Københavns Universitet, og han afholder kurser om blandt andet udbudsret, aftaleret og regulering af offentligt ejede selskaber.

**David Salomonsen**

Advokat

Dir: +4533344359
Mob: +4552344359
E-mail: dsa@horten.dk

**Karriere**
Advokatbeskikkelse, 2014
Advokatfuldmægtig, Horten, 2011
Stud.jur., Horten, 2009:

**Uddannelse**
Cand.jur., Københavns Universitet, 2011

**Specialer**
Udbudsret
EU-ret & menneskerettigheder

Horten Advokatpartnerselskab
Philip Heymans Allé 7
DK-2900 Hellerup, Copenhagen

Tel. 3334 4000
Fax 3334 4001
info@horten.dk

horten.dk