

Flere og mere fleksible indkøbsformer i Udbudsloven

Udbudsloven strømliner reglerne for dynamiske indkøbssystemer og udvider rammerne for nye offentlige samarbejdsformer; det giver kommunerne flere spændende indkøbsstrategiske muligheder!

Af Michael Steinicke, Professor, PhD, og Anders Nørgaard Jensen, Advokat, associeret partner, PUBLICURE Advokatfirma

Dynamiske indkøbssystemer

Forestil dig følgende:

- *Du skal indkøbe mikrobiler til Center for Ældre.*
- *Du afsender en elektronisk opfordring til at afgive tilbud til en kreds af allerede udvalgte virksomheder, der løbende udskiftes alt efter markedssituationen. Opfordringen ledsager du af et sæt udbudsdokumenter, der nærmere beskriver den ønskede biltype og mængden af biler.*
- *Tilbudsfristen er mindst 10 dage, og efter tilbudsvurderingen underretter du kredsen af udvalgte virksomheder om tildelingsbeslutningen. Du kan herefter indgå kontrakten uden at afholde en standstill periode.*

Processen gentager du senere på året i forbindelse med et køb af 23 varevogne til Ejendomsservice.”

Dette er i grove træk den virkelighed, som kan opnås med et dynamisk indkøbssystem, der bedst beskrives som en art elektronisk rammeaftale med mulighed for løbende udskiftning i leverandørmassen.

Systemet skal selvfølgelig først etableres, og ja, etableringen skal i medfør af de udbudsretlige principper iagttage nogle overordnede rammer for karakteren af de efterfølgende indkøb. Men herudover giver det dynamiske indkøbssystem enkle og fleksible rammer for indgåelse af EU-udbudsplichtige kontrakter uden for rammeaftalemodellen.

Og i modsætning til rammeaftaler har indkøbssystemet den fordel, at kredsen af potentielle leverandører aldrig er statisk.

Virksomheder, der ikke kom med ved etableringen, kan altså løbende ansøge om optagelse i hele det dynamiske indkøbssystems løbetid. Og med den nye udbudslov er der ikke længere begrænsninger for, hvor lang løbetiden skal være.

Etablering

Dynamiske indkøbssystemer understøttes efter det oplyste allerede af de almindeligt anvendte elektroniske udbudsværktøjer (herunder EU-Supply, ETHICS og MERCELL).

Systemet etableres i henhold til det gamle udbudsdirektiv efter proceduren om offentligt udbud. Det betyder blandt andet, at en virksomhed, der søger om optagelse, skal ledsage sin ansøgning af et ”vejledende tilbud”.

Det vejledende tilbud er sjældent dækkende for de konkrete indkøb under systemet. De skal derfor suppleres med egentlige tilbud, hvilket i realiteten overflødiggør det vejledende.

Det har de nye udbudsregler dog gjort op med, og i stedet oprettes det dynamiske indkøbssystem under udbudsloven efter en begrænset udbudsprocedure og altså uden krav om vejledende tilbud.

Interesserede virksomheder kan derfor nøjes med blot at sende en ansøgning, der godtgør dens egnethed på grundlag af de forud fastsatte udvælgelseskriterier. Processen forenkles dermed for alle parter, idet det selvsagt er vigtigt, at man som ordregiver tænker over niveauet for de kvalifikationskrav, som skal gælde i hele systemets levetid.

Hvilke ydelser?

Det "gamle" udbudsdirektiv begrænsede indkøb under et dynamisk indkøbssystem til "almindelige indkøb".

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har eksempelvis nævnt "standardiserede og gentagne indkøb, for eksempel fødevarer eller kontorartikler".

Men udbudslovens bemærkninger præciserer og udvider anvendelsesområdet til navnlig standardydelse, men anvendelsen er ikke begrænset hertil. Derfor kan også almindeligt anvendte – men ikke nødvendigvis standardiserede - tjenesteydelser være omfattet, f.eks. konsulentydelse.

Intellektuelle tjenesteydelser er immervæk væsensforskellige fra fødevarer eller kontorartikler. Udbudslovsbemærkningernes eksempler bibringer dermed antageligvis større klarhed om, at også mere komplicerede ydelser end kuglepenne og kartofler kan indkøbes under det dynamiske indkøbssystem. Det udslagsgivende må nok være, at ydelsen ikke kan karakteriseres som ualmindelig, og det åbner op for spændende nye muligheder.

Endelig kan ordregiver inddele det dynamiske indkøbssystem i kategorier af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, så der slippes for etablering over flere omgange.

Kommunale erfaringer

Efter at have henlevet en tilværelse i ubemærkethed i det gamle udbudsdirektivs første leveår ser vi nu stigende interesse for det dynamiske indkøbssystem.

Til eksempel har Næstved Kommune kastet sig ud i en ambitiøs indkøbseffektiviseringsplan og etableret flere dynamiske indkøbssystemer (ét indkøb af personbiler til Fællesudbud Sjællands 16 medlemskommuner, ét om beskæftigelsesrettede tilbud til ledige og sygemeldte borgere) og ét om håndværkerydelser.

Herudover har Odense Kommune etableret et tilsvarende system med henblik på indkøb af el-biler og Jysk Fællesindkøb anvender et udbudsformen til indkøb af udendørs lege-, fitness og aktivitetsudstyr.

Og med smidiggørelsen i den kommende udbudslov er vejen i endnu højere grad banet for, at innovative offentlige indkøbere kan gøre brug af indkøbssystemets fortræffeligheder fremover.

Koncernintern opgaveoverdragelse

Udover de dynamiske indkøbssystemer indeholder udbudsloven også andre alternativer til de gængse udbudsformer.

På baggrund af den nye udbudslov (til implementering af udbudsdirektiv 2014/24) er der etableret nye muligheder for offentligt samarbejde uden gennemførelse af et udbud. Med udbudsloven er den hidtil kendte praksis fra C-107/98, Teckal (den udvidede in house regel) og C-480/06,

Kommissionen mod Tyskland (Rugenberger Dam – kontraktuelle, horisontale samarbejder) indført i lovens § 12 og § 15.

Derudover der er som noget nyt indført mulighed for, at der kan overdrages opgaver mellem enheder der tilhører samme ”ordregiver-koncern”. Denne mulighed medfører en markant udvidelse af in house-mulighederne.

Desværre er der uklarhed om betingelserne for anvendelsen af denne in house-mulighed.

Koncern in house

De nye muligheder findes i udbudslovens § 13, hvori rammerne beskrives på følgende måde:

- Loven gælder ikke, når en ordregiver tildeler en offentlig kontrakt til den juridiske person, der kontrollerer ordregiveren i henhold til § 12, eller til en anden juridisk person, der kontrolleres af den samme juridiske person.

Bestemmelsen medfører, at den enhed, som ejes af en kommune kan overdrage en opgave udbudsrit til kommunen (dvs. i mod ”kontrolretningen”) samt at samme enhed udbudsrit kan overdrage en opgave til en anden person, der på tilsvarende måde er kontrolleret af samme ordregiver. Hvis man anskuede den offentlige organisering som en koncern vil der således være tale om en overdragelse fra et datterselskab til moderselskabet, og en overdragelse fra ét datterselskab til et andet datterselskab. Begge muligheder er nye med udbudsloven.

Der henvises i udbudslovens § 13 til lovens § 12 og til det kontrolforhold der skal være til stede mellem den kontrollerende ordregiver og den selvstændige juridiske enhed. Udbudslovens § 12 indskriver (i lidt modificeret udgave) den hidtidige praksis om den såkaldte udvidede in house-doktrin (efter C-107/98, Teckal). Bestemmelsen regulerer den situation, hvor en ordregiver kan overdrage en opgave til en selvstændig juridisk person, som ordregiveren kontrollerer. Der er tre kumulative betingelser i udbudslovens § 12:

- Ordregiver skal udøve en kontrol over den selvstændige enhed der svarer til den kontrol, ordregiveren fører med sine egne organisatoriske organer
- Den juridiske person skal udøve mere end 80 pct af sine aktiviteter i forbindelse med gennemførelse af opgaver, som enheden har fået betroet af ordregiveren eller af andre juridiske personer, som ordregiveren, der kontrolleres af ordregiveren, og
- Der ikke må være nogen direkte private kapitalandele i den juridiske person (medmindre dette er bestemt i lovgivningen og den private indflydelse ikke kan være af bestemmende karakter)

Henvisningen i § 13 til § 12 går efter ordlyden på kontrollen der udøves efter sidstnævnte bestemmelse. I lovens § 12 er der tre betingelser, men det er ud fra formuleringen vanskeligt at se, i hvilket omfang særligt den 2. betingelse (aktivitetsbetingelsen) skal være opfyldt førend in house-mulighed i § 13 er tilgængelig.

Uklarhed: hvilke betingelser skal være opfyldt?

I udbudslovens § 13 sker der udelukkende udtrykkelig henvisning til kontrolkriteriet, og derfor er det efter ordlyden uklart i hvilket omfang forbuddet mod privat kapitaldeltagelse (betingelse 3) og aktivitetskriteriet (betingelse 2) skal være opfyldt.

Ved en undersøgelse af forarbejderne fremgår det, at også forbuddet mod privat deltagelse skal respekteres efter § 13. Forarbejderne er derimod tavse i forhold til hvorvidt aktivitetskriteriet skal opfyldes. Tilsvarende findes der heller ikke noget klart svar på dette i Konkurrence- og

Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsloven (se afsnit 4.6.1). Heri nævnes blot, at det vigtigste er, at alle tre betingelser for at der foreligger kontrol skal være opfyldt. Dette er en uklar formulering, idet aktivitetskriteriet er adskilt fra og har ikke været set som en del af kontrolbedømmelsen.

Svaret synes at komme ved at se på formuleringen af bestemmelsen i udbudsdirektivet (2014/24). I art. 12, stk. 2, skrives det at ”stk. 1 gælder også” i forbindelse med § 13-situationen. Hermed henvises til hele bestemmelsen i art. 12, stk. 1 og dermed til alle tre betingelser. En mere tekstnær implementering af bestemmelsen i udbudsdirektivet kunne have givet en højere grad af klarhed omkring anvendelsen af § 13.

Skal betingelserne ”blot” opfyldes på koncernniveau?

Når det er fastslået, at alle tre betingelser efter § 12 skal opfyldes er det centralt for anvendelsen af § 13 at få afklaret, om betingelserne skal anvendes i forhold til den konkrete overdragelse (dvs. om betingelserne skal opfyldes i forholdet mellem eksempelvis to datterselskaber) eller om betingelserne blot skal opfyldes på koncernniveau (dvs. internt blandt de virksomheder der kan ses som en del af koncernen).

Det er ganske klart, at kontrolkriteriet (betingelse 1) blot skal opfyldes internt blandt de virksomheder der indgår i koncernen - og andet kunne vanskeligt give mening idet der jo mellem to datterselskaber i sagens natur ikke består et kontrolforhold.

I forhold til aktivitetsbetingelsen fastslår ordlyden i § 12, at aktiviteterne skal ske ”i forbindelse med gennemførelse af opgaver, den juridiske person har fået betroet af ordregiveren eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af ordregiveren”.

Derfor vil det blot være kravet, at den ordremodtagende enhed udøver mere end 80 % af sine aktiviteter for/med de andre enheder i ordregiver-koncernen, og altså ikke nødvendigvis for den enhed den tildeler den pågældende opgave. Ellers ville muligheden for at tildele opgaver fra den kontrollerede (datterselskab) til den kontrollerende enhed (moderselskab) heller ikke være mulig. Aktivitetsbetingelsen skal således ligesom kontrolkriteriet opfyldes på koncernniveau.

Derimod forholder det sig omvendt for forbuddet mod privat deltagelse (betingelse 3):

- Det fremgår af bemærkningerne til § 13, at forbuddet mod privat deltagelse gælder for den enhed, der konkret får en opgave overdraget.
- Det skal således vurderes i forhold til hver opgave der overdrages, hvorvidt modtageren inden for koncernen har privat deltagelse.

For anvendelsen af § 13 betyder det bl.a., at man skal være opmærksom hvor der i koncernen er offentligretlige organer med privat deltagelse. Disse vil ikke kunne overdrages opgaver uden udbud, selv om de øvrige to betingelser i § 13 er opfyldt.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at der således er forskel på, om en enhed i ordregiver-koncernen tildeler en opgave til et andet koncern-medlem, eller får overdraget en opgave fra et andet koncern-medlem. I sidste tilfælde har det afgørende betydning, hvorvidt der er privat deltagelse i enheden, hvilket ikke er tilfældet i det første tilfælde.