



Notat om de retlige rammer for gennemførelsen af frivillige udbud

11. november 2024

Sagsnummer

Dokumentnummer

Når det kommer til offentlige indkøb i Danmark, skal kommunerne følge forskellige regelsæt afhængig af kontraktens art og værdi samt på baggrund af, om udbuddet er omfattet af EU-regler. Nedenfor gennemgås en overordnet beskrivelse af forskellene på udbud efter koncessionsdirektivet, udbudsdirektivet og tilbudsloven, hvorefter reglerne for frivillige udbud gennemgås i relation til de lovbestemte regelsæt.

Udbud efter koncessionsdirektivet

Koncessionsdirektivet omfatter indkøb, hvor en privat aktør får retten til at udnytte et offentligt anlæg eller en serviceydelse mod enten betaling fra slutbrugere eller betaling fra det offentlige. For koncessionskontrakter gælder, at leverandøren bærer den økonomiske risiko ved opgaven – det vil sige, at leverandøren kun får indtjening, hvis borgerne eller slutbrugerne anvender tjenesten. Som et eksempel fra Københavns Kommune kan nævnes udbud af driften af Amager Bio og Beta.

Koncessionsdirektivet indeholder:

- Regler for offentliggørelse af koncessionsudbud over visse tærskelværdier (ofte højere end i udbudsdirektivet).
- Krav om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere.
- Færre specifikke krav end udbudsdirektivet, hvilket giver større fleksibilitet, dog med krav til rimelige og gennemsigtige processer.

Udbud efter udbudsdirektivet (udbudsloven)

Udbudsdirektivet gælder for udbud af offentlige kontrakter over en vis tærskelværdi og har mere detaljerede regler end koncessionsdirektivet. Direktivet gælder for de fleste indkøbsformer, hvor det offentlige betaler en leverandør for levering af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder.

Center for Borgerservice og
Myndighed
Jura og Huslejenavn
Nyropsgade 3
1602 København V

EAN-nummer
5798009782601

www.kk.dk

Det skal i denne sammenhæng nævnes, at der er forskel på udbudslovens afsnit II og afsnit III. Afsnit II i udbudsloven omhandler udbud af almindelige vare- og tjenesteydelser, mens afsnit III (light-regimet) omhandler udbud af en række særlige ydelser, herunder en række fritids-, sports- og kulturelle aktiviteter. Light-regimet indeholder mere lempelige regler for gennemførslen af udbud end udbudslovens afsnit II gør. Tærskelværdierne i de to afsnit er ligeledes forskellige. Tærskelværdien for kommunale udbud efter light-regimet er 5.581.350 kr. i 2024-2025, mens tærskelværdien for kommunale udbud efter afsnit II er 1.644.638 kr. i samme periode.

Udbudsdirektivet indeholder:

- Krav om brug af en struktureret udbudsprocedure, hvor kommunerne kan vælge mellem f.eks. udbud med forhandling, offentlige udbud eller begrænset udbud.
- Krav om offentliggørelse af udbudsmaterialet i EU's TED-database, så tilbudsgivere i hele EU kan byde ind.
- Strenge regler om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.
- Procedureregler for, hvordan udbudsprocessen skal afvikles, inklusive detaljerede krav til evalueringskriterier og udelukkelse af tilbudsgivere ved uregelmæssigheder.

Udbud efter tilbudsloven

Tilbudsloven gælder primært for bygge- og anlægsarbejder samt nogle specielle tjenesteydelser, når kontraktens værdi ligger under EU's tærskelværdier. Tilbudsloven kræver en fair og gennemsigtig proces, men reglerne er mindre omfattende end dem i EU-direktiverne, og der er ikke krav om offentliggørelse i EU's TED-database. Der er dog krav om konkurrenceudsættelse og rimelige procedurer, herunder fx at få tilbud fra flere leverandører.

Frivillige udbud

Reglerne om frivillige udbud kan anvendes, når en offentlig aktør giver støtte, uden at der foreligger en gensidigt bebyrdende aftale, eller når et indkøb falder udenfor den skrevne udbudslovgivnings anvendelsesområde.

Den frivillige udbudsprocedure er eksempelvis blevet brugt til udbud af Sommerdansen i Fælledparken, ligesom KFU den 24.10.2024 besluttede at gennemføre et frivilligt udbud om drift af Ørestad Streethal.

I de tilfælde, hvor støtte eller indkøb ikke er omfattet af den skrevne lovgivning, gælder der stadig visse grundlæggende principper og retsgrundsætninger, som kommuner og andre offentlige enheder skal overholde. Disse principper og grundsætninger kan i et vist omfang betyde, at kommunerne vil være tvunget til at udbyde deres opgave, hvorfor begrebet *frivilligt udbud* ikke er fuldstændigt retvisende. Begrebet bruges i nærværende notat om ulovregulerede udbud.

De væsentligste principper og retsgrundsætninger i forbindelse med afholdelsen af frivillige udbud er:

1. God forvaltningsskik

Selvom der ikke er et formelt krav om en struktureret udbudsprocedure, skal den offentlige enhed stadig handle i overensstemmelse med god forvaltningsskik. Dette indebærer, at kommunen bør sørge for, at indkøbet/støtten gennemføres på en måde, som sikrer offentlighedens tillid til forvaltningen og en hensigtsmæssig brug af offentlige midler.

2. Lighedsgrundsætningen

Lighedsgrundsætningen fastslår, at lige forhold bør bedømmes ens. Lighedsgrundsætningen indebærer, at potentielle leverandører skal behandles ens ud fra objektive kriterier. I praksis betyder det, at kommunen eller den offentlige enhed bør sikre, at de oplysninger, der gives til én leverandør, også er tilgængelige for andre. Det kan indebære at sørge for, at alle interesserede parter har lige adgang til information om indkøbet/støtten. Hvis kommunen fx inviterer flere leverandører til at afgive tilbud, skal alle have lige muligheder for at sikre en fair konkurrence.

3. Økonomisk forsvarlig forvaltning

Princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning kræver, at offentlige midler bruges effektivt og hensigtsmæssigt. Dette indebærer, at kommunen bør sikre den bedst mulige kvalitet til den laveste pris. Ved indkøb/støtte, der ikke er reguleret af lovgivningen, kan det f.eks. betyde, at kommunen må foretage en uformel markedsanalyse eller indhenter flere tilbud for at opnå en konkurrencedygtig pris. Dette princip sikrer, at skatteborgernes penge anvendes på en måde, der er økonomisk ansvarlig og gennemtænkt.

4. Saglig forvaltning

Kravet om saglig forvaltning (også kaldet forbuddet modmagtfordrejning) formulerer, at den offentlige forvaltning kun må lægge vægt på de hensyn, der er relevante for sagens afgørelse. Dette betyder, at offentlige beslutninger skal træffes på et sagligt grundlag og i overensstemmelse med det formål, beslutningen er tiltænkt. Kommunen må ikke lade sig påvirke af uvedkommende hensyn, f.eks. personlige interesser eller ønsket om at tilgodese en bestemt leverandør uden sagligt grundlag. Ved udbud uden lovgivningskrav betyder det, at beslutningen om, hvem der får kontrakten, kun må baseres på kriterier, der er relevante for den konkrete opgave, som f.eks. pris, kvalitet eller leveringssikkerhed, og dermed ikke på personlige præferencer.

5. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet, der anvendes i både forvaltningsret og EU-ret, indeholder et krav om, at et middel skal være egnet og nødvendigt for at opnå det tilstræbte formål. Selv når der ikke er formelle krav til en udbudsproces, bør processerne være proportionale i forhold til indkøbs/støttens størrelse og kompleksitet. For små eller ukomplicerede indkøb/støttebeløb kan det være tilstrækkeligt at kontakte en eller to leverandører, mens større indkøb/støttebeløb kan kræve en mere grundig proces, så man er sikker på at få den bedst mulige løsning.

Udbudsprocedure

Den største forskel på en frivillig og en lovreguleret udbudsprocedure er, at kommunen ikke ved en frivillig udbudsprocedure er bundet af de detaljerede regler for offentliggørelse, gennemførsel, udvælgelse og tildeling, der gælder ved lovregulerede udbud. I stedet kan kommunen anvende en mere fleksibel og uformel proces.

For at eksemplificere gennemgås en række af de væsentlige forskelle på frivillige udbud og udbud efter udbudsloven nedenfor:

- Offentliggørelse: Ved frivillige udbud stilles der ikke strenge krav til offentliggørelsessted og offentliggørelsens indhold. Udbud efter udbudsloven skal offentliggøres i Den Europæiske Unions Tidende, og gives der forkerte eller utilstrækkelige oplysninger, kan udbuddet risikere at skulle gå om.

- Gennemførsel: Ved frivillige udbud findes der ikke endeligt fastsatte krav til gennemførelsen af udbudene. I udbudsloven findes der strenge krav til tidsfrister, standstill-perioder og udarbejdelse af udbudsrapporter m.v.
- Udvælgelse: Ved frivillige udbud findes der ikke endeligt fastsatte krav til udvælgelsen af, hvilke leverandører der inviteres til at afgive tilbud. Dette er gennemgående reguleret i udbudsloven.
- Tildelingskriterier: Ved frivillige udbud har kommunen større frihed til at vælge de tildelingskriterier, der passer specifikt til indkøbet/støtten. I udbudsloven kan der kun vælges mellem pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ovenstående eksemplificerer, at der er større form- og gennemførelsesfrihed ved afholdelsen af frivillige udbud. De lovregulerede udbudsprocedurer er imidlertid, i et vist omfang, en kodificering af de ovenfor nævnte principper og retsgrundsætninger. Det kan derfor være en god idé at lægge sig op ad de lovregulerede udbudsprocedurer, hvis man vil sikre en lovlig gennemførsel af et frivilligt udbud.

Klageadgang

Klagenævnet for Udbud er en dansk instans, der behandler klager over offentlige udbud, som er omfattet af udbudsreglerne i den skrevne lovgivning. Klagenævnet har kompetence til at behandle klager over både overtrædelser af formelle regler (f.eks. uretmæssig afvisning af tilbud) og procedureregler (f.eks. manglende gennemsigtighed eller ligebehandling). Nævnet kan træffe afgørelser om annullering af udbudsbeslutninger, pålægge sanktioner og i visse tilfælde tilkende erstatning.

Klagenævnet for Udbud kan også træffe afgørelse om, hvorvidt et udbud er omfattet af udbudsreglerne. Hvis der opstår tvivl om, hvorvidt en offentlig kontrakt skal følge de lovregulerede udbudsregler, kan Klagenævnet vurdere sagen.

Hvis et indkøb/støttebeløb ikke er omfattet af den skrevne lovgivning, kan man ikke klage til Klagenævnet for Udbud, da nævnet kun behandler sager inden for udbudslovgivningens rammer. I disse tilfælde kan man i stedet klage til den relevante kommunale eller statslige tilsynsmyndighed,

f.eks. Ankestyrelsen, hvis der er mistanke om brud på eksempelvis god forvaltningsskik eller de forvaltningsretlige principper om saglighed og økonomisk forsvarlig forvaltning.

Kontraheringspligt

Uanset om en ordregiver skal annullere et EU-udbud, en licitation efter tilbudsloven eller et frivilligt udbud, er der ikke nogen skrevne regler, der beskriver, hvornår en annullering af udbuddet kan finde sted.

Det betyder, at ordregiver som udgangspunkt frit kan annullere et udbud. Et udbud skal altså ikke resultere i en kontraktindgåelse. En ordregivers annullering af et udbud skal være sagligt og må ikke ske til fordel for en bestemt leverandør/tilbudsgiver.

Sammenfatning

Når et offentligt indkøb/støttebeløb ikke er omfattet af den skrevne lovgivning, skal kommuner og andre offentlige myndigheder stadig overholde de forvaltningsretlige principper og retsgrundsætninger.

Reglerne for frivillige udbud er dog mere lempelige end de lovfastsatte udbudsregler, der stiller strenge krav til offentliggørelse, gennemførsel, udvælgelse og tildeling.

Klagenævnet for Udbud kan træffe afgørelse inden for de lovgivne udbudsrammer, mens man i stedet klage til den relevante kommunale eller statslige tilsynsmyndighed, f.eks. Ankestyrelsen, hvis der er mistanke om brud på eksempelvis god forvaltningsskik.

Et udbud skal ikke resultere i en kontraktindgåelse. En ordregivers annullering af et udbud skal imidlertid være sagligt og må ikke ske til fordel for en bestemt leverandør/tilbudsgiver.