

Funktions- eller komponentkrav - Begrænsninger og muligheder i udbudsreglerne

Bent Raben

Sweco Danmark A/S

Bent Raben

Projektleder, kontrakt- og udbudsspecialist

Civilingeniør, maskinretning DTH, 1984

Enkeltfag ved kandidatuddannelsen på Juridisk Fakultet, Københavns Universitet:

- EU Udbudsret, 2007
- Praktisk Aftaleret, 2009
- Entrepriseret, 2015

Valg af udbudsregler

Valg af udbudsregler (ikke statslige kontrakter)

gælder også offentlige organer/virksomheder som fx kommunale (og fælleskommunale) forsyningsselskaber (og undertiden private) (dog ikke koncessioner, indkøb af krigsmateriel og sociale tjenesteydelser)

		Beløbsgrænser i mio. DKK (2018 - 2019)					
		< 0,3	0,3 - 0,5	0,5 - 1,6	1,6 - 3,3	3,3 - 41,3	> 41,3
Forsynings- virksomhed	Bygge/anlæg	Privat virksomhed	Ingen regler, medmindre der modtages offentlig støtte, eller underentrepriser ved off. kontrakter => Tilbudsloven				Forsynings- virksomhedsdirektivet
		Offentligretlig organ eller virksomhed	Tilbudsloven, dog gælder §12, stk 2 og 3 normalt ikke! Min. 2 underhåndsbud.				Forsynings- virksomhedsdirektivet
		Myndighed	Ingen faste regler, kun Traktaten ved klar grænseoverskridende interesse	Tilbudsloven: 2-3 underhåndsbud, evt. fjerde udenfor lokalområdet		Tilbudsloven: > 3 mio.DKK: licitation	Forsynings- virksomhedsdirektivet
	Varekøb + tjenesteydelser	Privat virksomhed	Ingen regler				Forsyningsvirksomhedsdirektivet
		Myndighed/ offentligretlig organ/ virksomhed	Udbudslovens afsnit IV: Publicering på udbud.dk ved klar grænseoverskridende interesse. Ellers ingen krav.	Udbudslovens afsnit IV: Publicering på udbud.dk ved klar grænseoverskridende interesse. Ellers kun krav om indkøb på markedsvilkår (Udbudslovens afsnit V).			
Ikke forsynings- virksomhed	Bygge/anlæg	Privat virksomhed	Ingen regler, medmindre der modtages offentlig støtte, eller underentrepriser ved off. kontrakter => Tilbudsloven				
		Offentligretlig organ eller virksomhed	Tilbudsloven, dog gælder §12, stk 2 og 3 normalt ikke! Min. 2 underhåndsbud.				Udbudslovens afsnit II (Udbudsdirektivet)
		Myndighed	Ingen faste regler, kun Traktaten ved klar grænseoverskridende interesse	Tilbudsloven: 2-3 underhåndsbud, evt. fjerde udenfor lokalområdet		Tilbudsloven: > 3 mio.DKK: licitation	Udbudslovens afsnit II (Udbudsdirektivet)
	Varekøb + tjenesteydelser	Privat virksomhed	Ingen regler				Udbudslovens afsnit II (Udbudsdirektivet)
		Myndighed/ offentligretlig organ/ virksomhed	Udbudslovens afsnit IV: Publicering på udbud.dk ved klar grænseoverskridende interesse. Ellers ingen krav.	Udbudslovens afsnit IV: Publicering på udbud.dk ved klar grænseoverskridende interesse. Ellers kun krav om indkøb på markedsvilkår (Udbudslovens afsnit V).			

Specifikation vha. varemærker i bygge/anlægskontrakter:

> 41 mio. DKK: Varemærke må kun anvendes som specifikation, når andre måder ikke kan anvendes, og altid efterfulgt af "eller tilsvarende"

0,3 - 41 mio DKK: Varemærke kan anvendes, men tilsvarende produkter skal accepteres. Der skal være saglige grunde til afvisning af bestemte produkter

< 0,3 mio. DKK: Principielt som ovenfor, men i praksis formodentligt frit slag

Delydelsesregel: Ved udbud af et samlet projekt (bygge/anlæg) som et antal delkontrakter efter direktiverne (samlet værdi >41 mio. DKK), kan der undtages en eller flere delkontrakter for op til 20 % af den samlede sum af kontrakterne. Betingelserne er: 1) at den enkelte delkontrakt er maksimalt 0,6 mio DKK for varekøb og maksimalt 7,44 mio. DKK for bygge/anlægskontrakter, og 2) at disponering af undtagelserne er fastlagt fra projektets begyndelse. Undtagne kontrakter kan indgås som almindeligt indkøb uden udbud.

Valg af regelværk

- Kontrakttype (bygge-anlæg, varekøb, tjenesteydelse)

- Kontraktværdi (samlet anskaffelse, inkl. alle optioner)

Kontrakttype

- Bygge-anlæg
 - inklusive installationsarbejder mv.

- Varekøb
 - inklusive montage og idriftsættelse

- Tjenesteydelser
 - projektering, service, vedligehold, indregulering, instruktion, oplæring

Hvordan får man det man vil have?



Anvendelse af funktionskrav I

- Ingen lovmæssige begrænsninger
- Er udbudsretligt helt uproblematisk
- Fokuserer på resultatet i stedet for midlerne og vejen dertil

Anvendelse af funktionskrav II

- Fokuspunkter ved funktionskrav:
 - De rette tildelingskriterier i udbudsfasen
 - Den rette procedure vil typisk involvere forhandling
 - Kontrolproblemet: Hvordan eftervises at ydelsen er leveret? Hvad er acceptkriteriet? Kan forudsætningerne for kriteriets opfyldelse tilvejebringes?

Komponentkrav

- Neutrale tekniske specifikationer
- Henvisninger til normer og standarder
- Uafhængig af varemærker og handelsnavne
- Forbud mod ”skræddersyede” krav
- Særlige indskrænkende krav skal kunne retfærdiggøres sagligt

Begrænsning af mulighed for specifikation i form af varemærke I

- Tilbudsloven, § 2, stk. 2:
 - Udbyderen skal udnytte de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence.
- *Kaltoft og Pedersen: "Tilbudsloven", 2. udgave, Thomson Reuters 2008, side 82:*

"... indebære(r), at bygherren ikke er berettiget til at stille krav til anvendelsen af bestemte fabrikater, og at han heller ikke er berettiget til at beskrive opgaven i form af henvisninger til bestemte fabrikater, varemærker, patenter mv."
- "...[specifikation ved hjælp af varemærke] kun er berettiget, hvis det er udelukket at beskrive den pågældende leverance på anden måde" og efterfulgt af "eller dermed ligestillet"

Begrænsning af mulighed for specifikation i form af varemærke II

- Udbudsloven § 42:

En ordregiver må ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40,

- 1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller
- 2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.
- Stk. 2. En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen 'eller tilsvarende'.

Saglige grunde til at ønske bestemte komponenter

- Behov for at sikre sammenhæng med eksisterende anlæg

- Ønske om at undgå øgede driftsomkostninger ved forskellige systemer
 - Omstilling til (endnu et) nyt system
 - Omkostninger til uddannelse/opdatering på (endnu et) system
 - Service- og reparationsmuligheder
 - Pålidelighed (bl.a. ved ferie/sygeafløsning), forøget energiforbrug, ringere indeklima, ringere sikkerhed (laboratorier)

- Andet?

Samlet kontraktværdi <300.000 DKK

- Simpelt indkøb – ingen regler!
- dog evt. interne regler, og generelle offentligretlige principper

Samlet kontraktværdi <41 mio. DKK

- ”..skal udnytte muligheder for konkurrence”, jf. TBL
 - => Normalt skal varemærker undgås, men angivelse af produktnavn med tilføjelsen ”eller dermed ligestillet” kan anvendes, hvis behovet ikke kan beskrives på anden måde. Fravalg af konkurrerende fabrikater skal kunne begrundes sagligt ud fra specifikationen
- Udbyders omkostninger ved at bruge andre produkter kan lægges over på leverandør
- Vælg evt. bygherreleverance af kritiske komponenter (varekøb er ikke omfattet af TBL).
 - Husk dog lavere tærskelværdi for Udbudsloven vedr. varekøb (1,6 mio DKK)
 - Og ved klar grænseoverskridende interesse pligt til udbud med annoncering

Samlet kontraktværdi >41 mio. DKK

- Varemærker skal undgås, men specifikation ”eller tilsvarende” kan undtagelsesvis anvendes, jf. UBL
- Udbyders omkostninger ved at bruge andre produkter end eksisterende kan lægges over på leverandør
- Delydelsesregel: Delkontrakter på under 0,6 / 7,5 mio. DKK kan indgås direkte, i et samlet omfang <20% af hele projektets værdi => direkte indkøb
- Udbud med forhandling uden bekendtgørelsen, jf. UBL § 81, stk. 1, nr. 2: ”supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør ... når et skifte ... ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsvist store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse,.” Dog højst 3 års varighed!

Eksempel I

- Byggeri til 100 mio. DKK i tilknytning til eksisterende bygningsmasse
- Ønske om CTS-anlæg af samme fabrikat som eksisterende
- Efter udbudslovens undtagelser kan der **indkøbes** bygherreleverancer (hardware/software) uden udbud for samlet maksimalt 20% ~ 20 mio. DKK
- De enkelte indkøb kan dog maksimalt udgøre ca. 600.000 DKK
- Installation udbydes efter reglerne
- Efter udbudslovens undtagelser kan der leveres og installeres et **bygge-anlægsarbejde** uden udbud, hvis værdien af kontrakten er <7,5 mio. DKK

Eksempel II

- Byggeri til 45 mio. DKK, ønske om CTS-anlæg af samme fabrikat som i eksisterende bygningsmasse
- Efter udbudslovens undtagelser kan der indkøbes bygherreleverancer (hardware/software) for samlet maksimalt 20% ~ 9 mio. DKK
- Arkitekten har allerede aftalt indkøb af PH-lamper etc. samt indgåelse af en kontrakt om brolægninger uden udbud under undtagelsesbestemmelserne, for tilsammen 8,9 mio. DKK.
- Der kan højst købes yderligere bygherreleverance uden udbud for 100.000 DKK
- Specificér CTS-anlæg inkl. sømløs tilpasning til eks. system

Eksempel III

- Byggeri til 30 mio. DKK
- Ønske om motorventiler / radiatortermostater af særlige fabrikater
- Kontrahering direkte (ét underhåndsbud) for < 300.000 DKK
- Med/uden underhåndsbud vareindkøb for op til 1,5 mio. DKK (jf. Hørlyck "Tilbudsloven", s. 53-), ved klar grænseoverskridende interesse dog pligt til annoncering (jf. UBL §191), ellers indkøb på markedsvilkår (jf. UBL §193)
- Efter min. 2 underhåndsbud (bygge-anlægsarbejde)
 - for op til 500.000 DKK (offentlige myndigheder), jf. TBL §12, stk. 3, 1)
 - (det hele) op til 39 mio. DKK (offentligretlige organer)

Proaktivt!

- **Ved udbud af nye komplekser:**
- *Stil krav om at system skal være åbent/kompatibelt, så konkurrencen ikke afskæres i fremtiden, eller som minimum at der findes konkurrerende leverandører ved senere udvidelser*
- *Tag højde for udvidelser i kontrakten ved det første udbud i et bygningskompleks, således at samme leverandør kan levere fremtidige udvidelser i form af optioner i eksisterende kontrakt*

SWECO

