

Forsynings- sikkerhed i offentlige indkøb

Vejledning om ordregivers
muligheder for at sikre
forsyning i offentlige indkøb

November 2025



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Forsyningssikkerhed i offentlige indkøb

Vejledning om ordregivers muligheder
for at sikre forsyning i offentlige indkøb

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf. 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-868-1

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

November 2025

Indhold

Kapitel 1	4
Indledning	4
1.1 Formålet med vejledningen.....	4
1.2 Vejledningens indhold og opbygning.....	5
Kapitel 2	8
Udbudsstrategiske overvejelser	8
2.1 Indledning.....	8
2.2 Er det relevant at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed?.....	9
2.3 Identifikation af risici	11
2.4 Løsningsmuligheder	18
2.5 Dialog med markedet	22
Kapitel 3	24
Forsyningssikkerhed i udbudsmaterialet	24
3.1 Indledning.....	24
3.2 Inddragelse af forsyningssikkerhed i de tekniske specifikationer.....	24
3.3 Forsyningssikkerhed i forbindelse med udelukkelse, egnethed og tildeling	25
3.4 Inddragelse af forsyningssikkerhed i kontraktbetingelser.....	33
Kapitel 4	42
Indkøb i hastende tilfælde	42
4.1 Indledning.....	42
4.2 Indledende overvejelser i forbindelse med hastende indkøb	42
4.3 Hvornår kan hasteproceduren anvendes?.....	43
4.4 Hvornår kan udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse anvendes?.....	46
4.5 Længerevarende krisesituationer	54
4.6 Håndtering af igangværende udbudsprocedurer.....	54
4.7 Mulighederne for ændring af igangværende kontrakter	55

Kapitel 1

Indledning

1.1 Formålet med vejledningen

Forsyningssikkerhed i offentlige indkøb handler om at sikre offentlige myndigheder en stabil adgang til nødvendige varer eller tjenesteydelser – eksempelvis energi, medicin eller værne-midler. Det gælder særligt i situationer, hvor forsyningen kan være usikker, som fx under co-vid-19-pandemien, samt ved forstyrrelser i værdikæderne efter invasionen af Ukraine.

Udbudsloven rummer en række muligheder for, at offentlige ordregivere kan håndtere forsy-ningsusikkerhed i forbindelse med deres indkøb, samt en række handlemuligheder, som or-dregiver kan gøre brug af ved akutte og uforudsete krisesituationer, hvor hurtig levering er påkrævet.

Formålet med denne vejledning er at sætte fokus på forsyningssikkerhed i forbindelse med relevante offentlige indkøb og at hjælpe offentlige ordregivere med at tage højde for forsy-ningssikkerhed, hvor det vurderes til at være nødvendigt, og hvor forsyningskæden kan komme under pres.

Vejledningen giver et overblik over, hvordan hensynet til forsyningssikkerhed kan indarbej-des i hele indkøbsprocessen, både ved strategisk planlægning og ved udarbejdelse af udbuds-materialet. Derudover belyser vejledningen ordregivers muligheder for at foretage indkøb ved akutte behov, når uforudsete situationer opstår. Vejledningen er ikke målrettet mod indkøb af specifikke produkter eller ydelser, men kan anvendes ved alle typer af indkøb, hvor forsy-ningssikkerhed er et centralt hensyn. Målgruppen er alle offentlige ordregivere, der har behov for at ruste sig bedre mod forsyningsusikkerhed og styrke samfundet mod potentielle kriser.

Vejledningen tager udgangspunkt i udbudslovens regler og vedrører derfor alene offentlige kontrakter på udbudslovens område.¹ Vejledningen omhandler således ikke kontrakter undta-get fra udbudslovens anvendelsesområde, fx på grund af beskyttelsen af væsentlige nationale sikkerhedsinteresser.

¹ Udbudsloven implementerer udbudsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF). Vejledningen vil ligeledes kunne anvendes for tilsvarende bestem-melser i de øvrige udbudsdirektiver (forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttje-nester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF), koncessionsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter) og forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rå-dets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregi-veres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF)).

Boks 1.1
Ordliste

I denne vejledning følges Styrelsen for Forsyningsikkerheds afgrænsning af følgende begreber:

Forsyningsikkerhed forstås som sikkerheden for, at man som myndighed eller leverandør rettidigt kan tilvejebringe de nødvendige ressourcer for at kunne levere sine kerneydelser/løse sine kerneopgaver.

Forsyningshændelse er en situation, der medfører, at en vare ikke kan produceres og/eller videresendes til næste virksomhed i forsyningskæden, ligegyldigt hvilken type hændelse der er tale om.

Kilde: Styrelsen for Forsyningsikkerhed: *Sådan får du styr på forsyningsikkerhed*, september 2024.

1.2 Vejledningens indhold og opbygning

Vejledningen består af to dele, der beskriver mulighederne for at indtænke og skabe forsyningsikkerhed på forskellige tidspunkter, hvor ordregivers indkøb kan blive påvirket.

Den første del (kapitel 2 og kapitel 3) vedrører overvejelser og vurderinger, som kan være relevante for at **forebygge** forsyningshændelser, hvor ordregiver som udgangspunkt ikke står i en akut krisesituation.

Kapitel 2 omhandler, hvordan ordregiver kan have fokus på forsyningsikkerhed i sine udbudsstrategiske overvejelser ved planlægningen og tilrettelæggelsen af sine indkøb, herunder hvordan en indledende markedsundersøgelse kan bruges til at blive klogere på, om og i givet fald hvordan hensyn til forsyningsikkerhed kan inddrages.

Kapitel 3 indeholder en gennemgang af, hvordan ordregiver kan indtænke forsyningsikkerhed i udarbejdelsen af sit udbudsmateriale, fx i de tekniske specifikationer eller kontraktklausulerne.

Den anden del (kapitel 4) beskriver, hvilke muligheder ordregiver har, når akutte og eventuelt **uforudsete behov** opstår, fx som følge af en forsyningshændelse. Afsnit 4.2-4.6 omhandler de situationer, hvor ordregiver som følge af et akut opstået behov er nødsaget til at foretage nogle specifikke indkøb under tidsmæssigt pres. Afsnit 4.7 gennemgår ordregivers muligheder for at ændre eksisterende kontrakter for at imødekomme en forsyningshændelse. Det kunne fx være ved et øget eller ændret indkøbsbehov, eller hvis hændelsen giver anledning til andre ændringer, eksempelvis ekstraordinære prisstigninger, som bl.a. fulgte efter Ruslands invasion af Ukraine i 2022.

Boks 1.2

Hovedbudskaber: Inddragelse af forsyningssikkerhed i offentlige indkøb**Kapitel 2: Udbudsstrategiske overvejelser**

- » Ordregiver bør allerede i planlægningsfasen overveje, om forsyningssikkerhed er relevant for det konkrete indkøb, og hvordan det kan håndteres i en udbudsproces. Det gælder særligt, når indkøbet angår kritiske områder.
- » Ordregiver bør identificere de specifikke risici, der er forbundet med enten at sikre eller at undlade at sikre forsyningssikkerheden, og eventuelt have en markedsdialog om, hvordan disse risici kan håndteres.
- » For forsyningskritiske opgaver bør det vurderes, hvilke tiltag der konkret er nødvendige for at sikre den nødvendige grad af forsyningssikkerhed. Dette kan fx ske via fællesindkøb eller indkøbssamarbejder, som kan gøre ordregiver til en større og mere prioriteret kunde, eller ved at sprede indkøb på flere leverandører, fx gennem opdeling af kontrakten, ved at benytte rammeaftaler med flere leverandører eller ved brug af dynamiske indkøbssystemer. Forsyningssikkerhed kan fx understøttes ved at have adgang til flere potentielle leverandører.
- » Ordregiver kan fx benytte markedsdialog til at få indblik i leverandørernes fokus på forsyningssikkerhed og forsyningskæder og til at afdække relevante krav og kontraktvilkår, herunder lagerføring og prisregulering.

Kapitel 3: Forsyningssikkerhed i udbudsmaterialet

- » Ordregiver har flere muligheder for at inddrage forsyningssikkerhed i udbudsmaterialet.
- » Forsyningshensyn kan, såfremt de er saglige og proportionalt begrundede, indarbejdes i de **tekniske specifikationer**. Kravene skal være knyttet til kontraktgenstanden og må ikke gå længere, end hvad der er nødvendigt, da unødigt stramme krav kan begrænse konkurrencen.
- » Anvendelse af funktionskrav frem for detaljerede tekniske krav giver tilbudsgiverne større fleksibilitet og kan understøtte forsyningssikkerheden ved at åbne for flere løsningsmuligheder.
- » Ordregiver kan overveje at styrke forsyningssikkerheden gennem brug af **frivillige udelukkelsesgrunde**, fx har ordregiver mulighed for at tilvælge den frivillige udelukkelsesgrund, hvor en virksomhed, der tidligere har væsentligt misligholdt en offentlig kontrakt, i visse tilfælde kan udelukkes.
- » Krav til **egnethed og udvælgelse** skal være relevante og proportionale med kontraktens genstand og værdi.
- » Krav til økonomisk og finansiel formåen kan være med til at sikre, at leverandører har den nødvendige robusthed, men for høje krav kan udelukke små og mellemstore virksomheder.
- » Krav til teknisk og faglig formåen, fx gennem tidligere erfaring eller beskrivelse af forvaltning af forsyningskæder og eftersporingsystemer, kan indgå for at understøtte forsyningssikkerheden.
- » Forsyningssikkerhed kan også indarbejdes i **tildelingskriterierne**, fx ved at vurdere tilbudsgivers planer for løbende forsyning, strategi for anvendelse af underleverandører eller beredskab ved krisesituationer.
- » Endelig kan forsyningssikkerhed sikres i **kontraktbetingelser**, fx via krav om lagerbeholdning eller ændringsklausuler om produktudskiftning og prisregulering.

Kapitel 4: Indkøb i hastende tilfælde

- » Ordregiver skal sikre, at hastende indkøb foretages i overensstemmelse med udbudsloven.
- » Anvendelse af udbudslovens regler om **hasteprocedurer** forudsætter, at der foreligger et akut behov hos ordregiver, og det akutte behov skal medføre, at det ikke er muligt at gennemføre udbuddet med de almindelige minimumsfrister.
- » Udbudslovens procedure **udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse** er en undtagelse og skal fortolkes restriktivt. Proceduren kan kun anvendes, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives ordregiver, gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister – og kun i det strengt nødvendige omfang.
- » Proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse gør det muligt at forhandle direkte med leverandører og tildele kontrakter for at imødekomme det akutte behov.

- » Hvis en akut krisesituation trækker ud og får længere varighed, end hvad man havde forventet, kan der opstå nye begivenheder, som kan være uforudsete. Det vil betyde, at brug af hasteprocedure eller forhandling kan være relevant, men der skal foretages en ny vurdering af betingelserne for at bruge undtagelserne.
- » Hvis der opstår krisesituationer under et igangværende udbud, kan ordregiver forlænge tilbudsfristen, hvis det er begrundet i varetagelsen af saglige hensyn.
- » Ændringer af igangværende kontrakter eller rammeaftaler er tilladt, så længe de ikke vedrører grundlæggende elementer, som kunne have påvirket deltagelsen eller konkurrencen i udbudsprocessen. Grundlæggende ændringer kræver fornyet udbud.
- » Ændringer, der ikke vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer, kan fx være, hvis de følger af aftalte ændringsklausuler, anses for at være bagatelagtige eller skyldes uforudsete forhold.

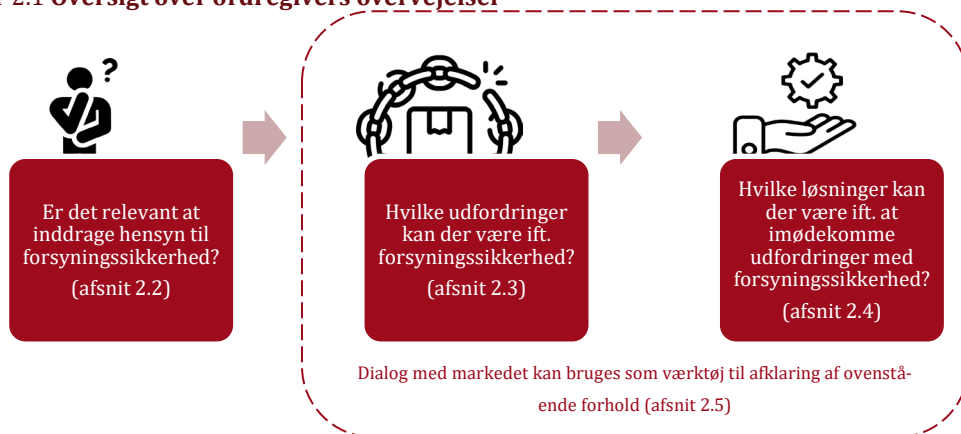
Kapitel 2

Udbudsstrategiske overvejelser

2.1 Indledning

Dette kapitel har til formål at hjælpe ordregiver med at vurdere, om der er behov for at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed i forbindelse med planlægning af kommende indkøb. Er behovet for at inddrage sådanne hensyn til stede, bør ordregiver indtænke det i forbindelse med tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudsprocessen.

Figur 2.1 Oversigt over ordregivers overvejelser



Ordregiver bør indledningsvist vurdere, om forsyningssikkerhed har betydning for det konkrete indkøb. Ordregiver bør fx overveje, om der er tale om et indkøb, der er kritisk for udførelsen af samfundsvigtige funktioner eller ordregivers egne kerneopgaver. Læs mere herom i afsnit 2.2.

Herefter bør det undersøges og vurderes, hvilke risici der konkret er forbundet med at sikre forsyningssikkerheden af de pågældende varer eller ydelser. Det kan være udefrakommende generelle omstændigheder som fx geopolitiske forhold, geografiske forhold og klimaforhold men også mere specifikke forhold, der kan vedrøre leverandørers forsyningskæder, markedets størrelse og sammensætning eller manglende mulighed for at erstatte de pågældende varer eller ydelser. Læs mere herom i afsnit 2.3.

Når ordregiver har identificeret de relevante risici for forsyningssikkerheden, bør det overvejes, hvordan disse kan imødekommes i forbindelse med indkøbet, fx ved at stille relevante krav til ydelsen eller fastsætte særlige vilkår for dens udførelse. Læs mere herom i afsnit 2.4.

Dialog med markedsaktører kan være centralt i forhold til at identificere risici for forsyningssikkerhed og finde løsninger, som kan imødekomme disse risici. Muligheden for at bruge markedsdialog og potentielle emner for denne dialog gennemgås i afsnit 2.5.

Bemærk, at gennemgangen af de relevante undersøgelser og vurderinger i dette kapitel ikke er udtømmende.

2.2 Er det relevant at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed?

Ordregiver bør indledningsvist vurdere, om forsyningssikkerhed har betydning for det konkrete indkøb. Ordregiver bør fx overveje, om der er tale om et indkøb, der er kritisk for udførelsen af samfundsvigtige funktioner eller ordregivers egne kerneopgaver.

Det kan fx være en offentlig myndighed, som er ansvarlig for at sikre, at vejene er ryddet for sne, og at der er saltet for is. Det er en opgave, der ofte bliver udliciteret til en leverandør, der skal sørge for snerydning og saltning af vejene. Har snerydningsleverandøren problemer med at få leveret vejsalt, kan der opstå en situation, hvor leverandøren ikke har mere salt på lager, som kan bruges til at salte vejene med. Selv om det i henhold til den indgåede kontrakt er leverandørens ansvar at sikre, at denne har vejsalt, er det den offentlige myndighed, der har ansvaret for, at vejene bliver ryddet og saltet.

Eksemplet er simpelt, men illustrerer nogle af de udfordringer, man som offentlig myndighed kan stå over for, hvis man ikke tager passende hensyn til forsyningssikkerheden i sine indkøb. For at reducere forsyningsproblemerne kunne myndigheden fx have lavet aftaler med flere forskellige leverandører, hvis den manglende saltleverance alene var knyttet til en eller flere leverandører. Myndigheden kunne også have egen lagerbeholdning af salt eller overveje, om et alternativt produkt kunne bruges i stedet for salt, fx grus.

For bedst muligt at forstå, hvordan man kan – og bør – sikre hensynet til forsyningssikkerhed ved det konkrete indkøb, er det vigtigt at vide noget om det produkt, man skal indkøbe. Det kunne fx være, hvordan forsyningskæden er, hvem der er potentielle underleverandører, og hvorfra produkterne, der skal leveres eller bruges i forbindelse med levering af en ydelse, kommer. For at få viden om sådanne markedsforhold kan ordregiver vælge at gå i dialog med virksomheder på markedet, læs mere om dette i afsnit 2.5.

Det er vigtigt, at ordregiver allerede i forbindelse med planlægningen af sine indkøb overvejer, om der er risici for forsyningssikkerheden i den pågældende kontrakt, og at ordregiver, hvis det er nødvendigt og proportionalt, tager hensyn hertil i forbindelse med indkøbet. Ordregiver bør først og fremmest danne sig et overblik over, hvilke varer og ydelser der er særligt kritiske for ordregivers løsning af samfundsvigtige og forretningskritiske funktioner. Dette forudsætter, at ordregiver har et overblik over, hvilke kerneopgaver der er kritiske for opretholdelsen af disse funktioner.

Ordregiver kan overveje nogle af følgende elementer:

Hvor kritisk er kontrakten?

Ordregiver bør overveje konsekvenserne ved, at leverandøren ikke leverer varen eller ydelsen i rette tid og/eller mængde. Det behøver ikke nødvendigvis skyldes større udefrakommende omstændigheder, som eksempelvis en pandemi eller krig, men kan også skyldes forhold som leverandørens misligholdelse. Angår indkøbet udførelsen af en kritisk opgave, som ordregiver har ansvaret for, bør ordregiver inddrage hensyn til forsyningssikkerhed ved sådanne indkøb. En kritisk opgave kan fx være en kommunes forpligtelse til at levere transport til visiterede borgere, hvor det kan blive kritisk for borgerne, hvis de ikke bliver hentet og transporteret, når de har behov for det.

Tidligere erfaringer

I forbindelse med overvejelserne om, hvorvidt kontrakten bør tage hensyn til forsyningssikkerhed, kan ordregiver inddrage egne eller andre ordregivers erfaringer. Det kan fx være, at ordregiver har oplevet leveringsvanskeligheder på grund af uforudsete udsving i ordregivers behov eller som følge af uforudsete forsyningshændelser. Her kan ordregiver bl.a. overveje, hvad årsagen til leveringsvanskelighederne var, hvorfor problemerne opstod, og hvad ordregiver kan gøre for at afhjælpe en lignende situation ved fremtidige indkøb.

Forsyningskæden

Ordregiver kan også vurdere, hvordan forsyningskæden ser ud for den pågældende vare eller ydelse, der skal leveres. Det kan dog være en udfordrende opgave, da det altid er svært at forudse, hvor den næste forsyningskrise kommer fra, og forsyningskæden ofte er meget kompleks. Forsyningskæden omfatter hele netværket af producenter, leverandører, distributører og andre parter, der er involveret i fremstillingen og leveringen af et produkt fra råmaterialer til det færdige produkt hos ordregiveren. Forsyningskæden inkluderer således både produktion, behandling, lagerhold, transport og distribution.

Det kan derfor være relevant at afdække de vigtigste risici ved forsyningskæderne, herunder overveje, om en del af risikoen fx kan afhjælpes ved at bruge flere leverandører med forskellig risikoprofil. Samtidig er det relevant at overveje den mulige skadevirkning. Fx er Suezkanalen en meget vigtig transportkanal, men når der en sjælden gang er sket en ulykke, eller der har været konflikter, som har begrænset eller forsinket forsyninger, har det haft store konsekvenser. For ordregiver er det relevant at overveje, om det er et problem, der skal iagttages, eller om det ligger under en rimelig bagatelgrænse, fx ved at hændelserne sker så sjældent, at der er langt større konsekvenser og udgifter forbundet med at tage højde for den risiko.

Under alle omstændigheder er det vigtigt at overveje og eventuelt undersøge de risici, der kan være ved forsyningskæderne for de efterspurgte produkter. Dette kan eksempelvis ske gennem markedsdialog og erfaringsudveksling med andre ordregivere.

Boks 2.1 Eksempel vedrørende behov for at indtænke hensyn til forsyningssik- kerhed ved udbud af vej- salt

Ved Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' (herefter SKI) genudbud af rammeaftale 50.80 Vejsalt og bæredygtige tømidler havde SKI fokus på, hvordan forsyningssikkerheden kunne sikres.

Udfordringen var bl.a., at der i spidsbelastningsperioder kunne være en måneds leveringstid på vejsalt, mens vejrudsigten typisk kun går 10 dage frem. Hvis det bliver koldt i en længere periode, er der derfor risiko for, at leverandørerne løber tør for salt.

Forsyningssikkerhed ved den udbudte rammeaftale handlede derfor bl.a. om kunde- og leverandørlagre og uforudsigeligheden i forhold til saltbehovet på grund af vejret.

Ordregiver skal være bevidst om, at hensyn til forsyningssikkerhed kan være et fordyrende element. Det kan fx medføre en højere pris, hvis leverandøren skal opretholde et større lager, eller hvis mindstekravene til leverandørerne generelt skærpes for at sikre forsyningssikkerheden. Ordregiver skal derfor altid overveje, hvilke midler der konkret vil være nødvendige og relevante for at sikre den for ordregiver nødvendige grad af forsyningssikkerhed i en kontrakt.

Boks 2.2 Eksempel vedrørende risikovurdering og seg- mentering af kontrakter

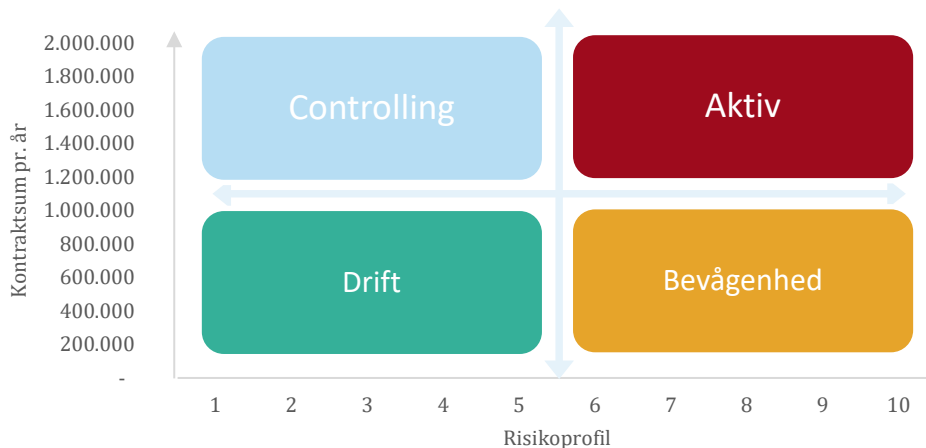
Fredensborg Kommune har som en del af sine interne indkøbsprocesser udviklet en proces, hvor kommunen foretager en risikovurdering og segmentering allerede ved planlægningen af sine indkøb.

Processen indebærer, at kommunen vurderer risikoen ved en kontrakt ud fra følgende fem risikoparametre:

- » Politisk bevågenhed
Hvor stor bevågenhed har ydelsen i medierne?
- » Økonomisk risiko
Hvor stor en økonomisk risiko er der forbundet med ikke-rettidig levering af ydelsen? Har ydelsen fx en direkte påvirkning på andre ydelser, som dermed ikke kan leveres, eller medfører forsinket leverance øgede omkostninger på andre områder?
- » Leveringssikkerhed
Hvor vigtigt er det, at ydelsen bliver leveret til tiden?

- » Ydelsens kompleksitet
Hvor kompleks er ydelsen? Er kontraktens ydelse fx afhængig af integrationer med andre systemer eller samarbejde med andre leverandører om det samlede resultat?
- » Markedet/leverandøren
Hvilken risiko er der eller kan der være forbundet med markedet eller leverandøren? Er der fx tale om en monopolsituation, et marked med få aktører eller et nichemarked?

Resultatet af risikovurderingen og kontraktens økonomiske værdi afgør segmenteringen, og hvordan kontrakten efterfølgende håndteres og styres, herunder om der skal anvendes en proaktiv eller reaktiv kontraktstyring:



Hvis en kontrakt vurderes til at have en eller flere risikoparametre på over fem point, skal udbudskonsulenten drøfte håndteringen af disse med den, der har ansvaret for styringen af kontrakten (en contract manager), for at sikre, at kontrakten kommer til at indeholde kontraktvilkår, som imødekommer den identificerede risiko.

2.3 Identifikation af risici

Når ordregiver har vurderet, at det kan være relevant at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed i forbindelse med indkøb af en vare eller ydelse, bør det undersøges, hvilke risici der konkret er forbundet med at sikre eller at undlade at sikre forsyningssikkerheden. Ordregiver kan bruge markedsdialogen som et værktøj til at blive klogere på de risici. Læs mere om rammerne for markedsdialog i afsnit 2.5.

Nedenfor gennemgås eksempler på konkrete spørgsmål inden for nogle forskellige emner. Spørgsmålene kan ordregiver stille i forbindelse med planlægningen af et udbud. Derefter kan ordregiver vurdere, hvilken betydning de skal have for udarbejdelsen af udbudsmaterialet.

Fokus på forsyningssikkerhed og leverandørens forsyningskæder

Ordregiver kan bruge markedsdialog til at undersøge, hvilke tiltag leverandørerne iværksætter for at sikre forsyningssikkerheden. Det kan også give indsigt i, hvad de allerede kan og har mulighed for fremadrettet at gøre for at sikre en kontinuerlig forsyning, herunder hvordan de sikrer forsyningen gennem deres forsyningskæder. Dialogen kan også bruges til at undersøge, hvor leverandørerne, baseret på deres egne erfaringer, selv ser risici for forsyningssikkerheden.

Det kan fx være relevant at overveje den geografiske dimension i leverandørernes forsyningskæder. Det kan være, at en række leverandører får leveret varer fra områder, der i den konkrete situation opfattes som særligt risikable, fx på grund af konflikter eller klimahændelser. Det kan fx være levering af produkter, der skal passere igennem sårbare transportkorridorer

eller andre "flaskehalse", hvor leveringstiden kan blive meget påvirket. Det kan være relevant at overveje, hvis en præcis eller maksimal leveringstid anses som en meget kritisk faktor i et indkøb. Læs eventuelt mere om friend- eller nearshoring i Styrelsen for Forsyningssikkerheds vejledning: *Sådan får du styr på forsyningssikkerhed* fra august 2024.²

Ordregiver kan stille leverandøren forskellige spørgsmål for at få et indblik i forsyningskæderne og de risici, der knytter sig dertil:

- » Hvilke forhold kan påvirke forsyningssikkerheden på det pågældende marked/for den pågældende leverandør?
- » Hvad gør leverandørerne for at opretholde forsyningssikkerhed, fx i forhold til deres forsyningskæder – herunder sikring mod naturfænomener eller geopolitiske forhold som fx krige, konflikter eller sanktioner?
- » Har leverandørerne interne beredskabsplaner for at sikre forsyningsudfordringer, og hvad indebærer disse planer i så fald?
- » Hvor ser leverandørerne risici i forsyningskæden, og hvordan vil de eventuelt kunne imødekomme disse risici?

² Vejledningen kan tilgås på Styrelsen for Forsyningssikkerheds hjemmeside.

Boks 2.3

Eksempel på en markedsundersøgelse med fokus på forsyningssikkerhed og leverandørens forsyningskæder

For at afklare, hvordan hensyn til forsyningssikkerheden kunne indtænkes ved genudbuddet af rammeaftale 50.80 Vejsalt og bæredygtige tømidler, gennemførte SKI en indledende markedsundersøgelse. Under markedsundersøgelsen stillede SKI bl.a. følgende spørgsmål med fokus på forsyningssikkerhed, den sæsonvariation, som kan påvirke rammeaftalen, og leverandørernes forsyningskæder:

Forsyningssikkerhed:

- » Forsyningssikkerhed er et vigtigt tema i denne aftale. Hvordan sikrer man den?
- » Løber I nogen sinde tør for salt?
- » Kan man lave nogle tiltag, der gør det nemmere for jer at sikre forsyningssikkerheden?
- » Hvordan sikrer I, at der er nok vejsalt til vinteren? (Hvor meget køber I "for meget"? Har I aftaler om at kunne aftage mere end først aftaget?)

Sæsonvariation:

- » Hvornår begynder behovet for salt at stige?
- » Hvordan forudsiger I behovet for salt? (Variation fra måned til måned og år til år?)
 1. Forecasting software?
 2. Anden teknologi?
 3. Simple vejrpogoser? Sandsynligheder?

Forsyningskæder:

- » Vi har hørt, at størstedelen af saltets pris, som kunden betaler, kommer fra fragt. Derfor er vi meget interesserede i at blive klogere på jeres forsyningskæder. Kan I tage os igennem jeres forsyningskæder skridt for skridt?
- » Vi vil meget gerne blive klogere på, hvad der sker i de forskellige led, men også, hvor lang tid de tager, og hvor omkostningsfulde de er, samt hvorvidt der er kritisk timing.
 - Produktion hos underleverandør/egen produktion:
 - » Hvordan indgår I aftaler med jeres underleverandører?
 - Fragt fra produktionssted til lager:
 - » Hvordan får I fragtet saltet fra produktionsstedet til lageret? (Skib, lastbil?)
 - » Hvad er besværligt?
 - » Hvor meget salt kan I fragte pr. skib?
 - » Hvor mange er inde over dette led?
 - » Er der fx shippingagenter inde over fragt med skib?
 - Vedrørende havne:
 - » Anvender I flere havne?
 - » Kan I i princippet anvende alle havne?
 - » Hvordan bliver man koblet på en ny havn?
 - » Er det besværligt/dyrt?
 - » Er det dyrere at dele en leverance mellem flere havne?
 - Levering ud til kunderne:
 - » Hvordan leveres saltet til kunderne? (Eksterne eller interne fragtmænd?)
 - » Hvor fragtes det fra?
 - » Hvor mange lokationer har den typiske kunde?
- » Er der nogle led, som er særligt forbundet med risici/usikkerhed?

Hvordan kan markedet imødekomme ordregivers behov for forsyningssikkerhed?

Ordregiver kan også bruge markedsdialog til at undersøge, om markedet har en sådan karakter, at det understøtter ordregivers behov for at sikre forsyningen. Det kan fx vedrøre de leverandører, der er i markedet, og muligheden for at erstatte de efterspurgte varer eller ydelser med andre (substitution).

Relevante spørgsmål kan her være:

- » Er det et marked med mange eller få leverandører, herunder mange små og mellemstore virksomheder (SMV'er)?
- » Hvor meget har de enkelte leverandører kapacitet til at levere eller lagre, og kan nogle leverandører eksempelvis kun levere eller lagre visse mængder?

-
- » Er det et marked med væsentlige barrierer for eventuelle nye markedsaktører, fx på grund af krav om myndighedsgodkendelser?
 - » Er markedet domineret af aktører i samme geografiske område eller med samme underleverandører?
 - » Er der mulighed for *friend- eller nearshoring* inden for lovgivningen?³

Afklaring af disse spørgsmål kan hjælpe ordregiver med at vurdere, hvordan markedssituationen kan inddrages til at sikre forsyningssikkerhed. Ordregiver kan fx på baggrund af undersøgelserne vurdere, om det vil være mest hensigtsmæssigt at indgå en kontrakt eller en rammeaftale, opdele kontrakten i delaftaler eller indgå en rammeaftale med flere leverandører. Overvejelserne om aftaleform behandles nærmere nedenfor i afsnit 2.4.

Ordregiver kan også bruge dialogen til at undersøge, om ordregivers behov vil kunne imødekommes af andre varer eller ydelser, i tilfælde af at der opstår leveringsumulighed eller leveringsvanskeligheder. Det kunne fx være ved at substituere varerne med andre lignende varer eller med helt andre løsninger, der potentielt kan løse det samme behov.

Det har i mange år været relativt nemt at få leveret de varer, som man skulle bruge. Dette er dog ikke længere en selvfølge. Det kan derfor være hensigtsmæssigt at sprede risici ud på flere varer eller ydelser.

Ordregiver kan endvidere bruge sin viden om alternative løsninger, når kravene til kontraktens genstand fastsættes. Fx ved at formulere kravene, så de kan rumme muligheden for at tilbyde forskellige eller andre løsninger end de oprindelig tiltænkte. Ordregiver kan også overveje at tillade alternative tilbud⁴ eller fastsætte en ændringsklausul, som giver mulighed for at substituere varer eller ydelser eller eventuelt overgå til en alternativ logistisk løsning i kontraktens løbetid.⁵

Til brug for vurderingen af, hvordan ordregivers behov kan imødekommes, herunder om behovet kan substitueres af alternative varer eller ydelser, kan ordregiver eksempelvis undersøge følgende:

- » Hvordan kan leverandørerne imødekomme ordregivers behov?
- » Er der andre måder at opfylde ordregivers behov på, fx alternative produkter eller løsninger?
- » Er det et marked, hvor der sker en hurtig udvikling, eksempelvis i forhold til produkterne?
- » Hvor mange leverandører vil kunne levere de forskellige produkter?
- » Er der store forskelle på de enkelte tekniske løsninger og deres krav til ordregivers forhold, som fx ressourcer, kompetencer eller afhængighed af andre leverandører?
- » Hvilke prisforskelle er der mellem de forskellige løsninger?
- » Med hvilket varsel vil leverandørerne kunne levere de alternative løsninger, hvis der opstår leveringsvanskeligheder for de primære løsninger?

³ Læs mere om friend- og nearshoring i Styrelsen for Forsyningssikkerheds vejledning *Sådan får du styr på forsyningssikkerhed*, august 2024, som kan tilgås på styrelsens hjemmeside.

⁴ Læs mere om alternative tilbud i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

⁵ Læs mere om ændringsklausuler i afsnit 4.7 nedenfor.

Boks 2.4

Eksempel vedrørende spørgsmål til markedet om produkt og leverandørfelt

- I forbindelse med SKI's indledende markedsundersøgelse ved genudbuddet af rammeaftale 50.80 Vejsalt og bæredygtige tømidler havde SKI stillet følgende spørgsmål til undersøgelse af brancheforhold, markedsaktører og de relevante produkter:
- » Hvad karakteriserer branchen?
 - » Hvilke nye udfordringer har I virksomheder i branchen?
 - Hvilke andre virksomheder ser I som jeres primære konkurrenter?
 - » Er markedet skarpt delt op i havsalt, stensalt og vakuumsalt?
 - » Hvordan kan vi øge konkurrencen på aftalen?
 - » Hvordan har efterspørgslen udviklet sig hen over årene?
 - Bliver der købt mere eller mindre salt?
 - » Hvordan forventer I, at markedet vil udvikle sig i fremtiden?
 - » Hvad har påvirket jeres virksomhed og de andre virksomheder i branchen i de seneste år?
 1. Teknologi?
 2. Forecasting?
 3. Kundernes maskiner?
 4. Bæredygtighed?
 - » Har markedet overhovedet ændret sig over de seneste år?
 - » Hvad kunne påvirke markedet fremadrettet?
 - » Er det realistisk på nuværende tidspunkt eller i fremtiden at lade havsalt, stensalt og vakuum-salt konkurrere mod hinanden?
 - Hvilke udfordringer kan der være ved det?

Krav og kontraktuelle emner

En dialog med leverandørerne på det pågældende marked kan også bruges til at få viden om, hvilke krav og kontraktklausuler ordregiver kan stille for at sikre forsyningssikkerhed. Det kan fx være spørgsmål om lagerføring, pris og prisregulering samt alternative varer.

Lagerføring

Ordregiver kan undersøge leverandørernes lagerføring af de relevante varer med henblik på at vurdere, hvordan denne påvirker forsyningssikkerheden. På baggrund af undersøgelsen kan ordregiver vurdere, om forsyningssikkerheden bedst kan sikres ved leverandørernes eller ordregivers egen opbygning af et lager, og hvilke omkostninger og andre risici der kan være forbundet hermed.

Ordregiver kan som led i denne undersøgelse fx stille følgende spørgsmål:

- » Egner kontraktens genstand sig til opbygning af et lager?
- » Vil leverandørerne kunne imødekomme et krav om, at der skal opbygges et lager, som en del af kontrakten?
- » Giver det bedst mening i forhold til kontraktens genstand at opbygge lageret hos leverandøren eller ordregiver? Hvad skal ordregiver eventuelt overveje i forhold til de to muligheder?
- » Hvilke produkter vil leverandørerne anbefale at lagere baseret på kontraktens genstand og ordregivers behov? Er der eksempelvis nogle af produkterne, hvor der er en høj efterspørgsel i markedet, hvorfor det kunne give mening at have et lager?
- » Hvilken minimumskapacitet vil leverandørerne 1) anbefale i forhold til produkterne og 2) kunne imødekomme baseret på ordregivers forventede behov?
- » Hvilke erfaringer har leverandørerne med et eventuelt restlager i forhold til at minimere spild? Kan restlageret eksempelvis videresælges til andre kunder? Hvordan har betalingen for et eventuelt restlager været håndteret i andre kontrakter?
- » Har leverandørerne erfaring med opbygning af lager og den efterfølgende administration af lageret fra andre kunder?
- » Hvordan kan lageropbygningen prissættes mest optimalt, og hvad vil et krav om lageropbygning betyde for priserne, herunder forskellen mellem et lager hos leverandøren selv og et lager hos ordregiver?

- » Er der andre relevante forhold i opbygningen og administrationen af et lager, som ordregiver bør kende til, fx i forhold til myndighedsgodkendelser eller lignende?
- » Hvis ikke opbygningen af et lager vurderes til at være hensigtsmæssig, har leverandørerne så andre forslag eller erfaringer, som kan implementeres, i forhold til at sikre den løbende forsyning og håndtere mulige udsving i ordregivers behov?
- » For produkter med begrænset holdbarhed kan der spørges ind til, hvordan leverandørerne arbejder med lagerstyring under hensyn til produkternes holdbarhed, og om og hvordan der eventuelt kan tages højde for, at produkterne med kortest holdbarhed bliver brugt først, for dermed at minimere risikoen for, at produkterne udløber.

Hvis lagerføringen vurderes til at være hensigtsmæssig, kan det eventuelt undersøges, om det kunne være fordelagtigt at opbygge fælles lagre med fx andre myndigheder eller andre danske eller nordiske partnere med samme ressourcebehov.

Boks 2.5 Eksempel vedrørende spørgsmål om lagerfø- ring

I forbindelse med SKI's indledende markedsundersøgelse ved genudbuddet af rammeaftale 50.80 Vejsalt og bæredygtige tømidler havde SKI stillet følgende spørgsmål om lagerføring:

Lager:

- » Hvor opbevarer I saltet, når det ankommer til Danmark?
- » Hvordan opbevares saltet?
- » Er lagerplads en betydelig omkostning?
- » Hvor meget lager har man typisk?
- » Har man en regel for, hvor lang tid saltet må være lagret, før det kommer ud til kunden?

Minimumsforpligtelse:

- » Der er store udsving i forbruget af vejsalt hos kunderne, og leverandørerne bærer i den forbindelse hele risikoen. Ville det give mening at få kunderne til at forpligte sig til et minimumsforbrug?
- » I så fald, hvor meget skulle de forpligte sig til, for at det gjorde en forskel?
- » Vil kunderne kunne opnå lavere priser, hvis de forpligtede sig til et minimumsforbrug? (Gerne i kr. eller %).
- » Ville man kunne forestille sig, at kunderne kunne købe salt til at lægge på leverandørens lager?
- » Hvad er jeres tanker?

Pris og prisregulering

De udefrakommende omstændigheder, som kan påvirke forsyningssikkerheden, kan også have betydning for leverandørernes priser. Det gælder både de priser, leverandørerne byder ind med ved afgivelse af tilbud, og priserne i kontraktperioden, hvis der eksempelvis sker en udvikling i markedet, som medfører, at visse varer eller ydelser bliver væsentligt dyrere. Sådanne væsentlige prisstigninger kan have stor betydning for leverandørernes leveringsevne og -villighed.

Det er som udgangspunkt de priser, som leverandørerne byder ind med, der er gældende i kontraktperioden, da det er disse priser, som har været en del af konkurrencen. Kun hvis kontrakten indeholder en mulighed for at regulere priserne, kan en regulering ske i kontraktperioden.

Ofte strækker kontrakter sig over en længere periode, hvor der kan være store eller mindre udsving i de omkostninger, som leverandørerne har baseret deres tilbudte priser på.

Disse udsving kan imødekommes, ved at ordregiver i kontrakten indarbejder en klausul om regulering af priserne (en såkaldt "prisreguleringsklausul"). Se mere om kontraktklausuler i afsnit 3.4. Det vil dog flytte risikoen for prisstigninger fra leverandør til ordregiver.

Ordregiver kan også bruge markedsdialogen til at få viden om leverandørernes prisstruktur i forhold til følgende:

- » Hvilke omkostningstyper kan påvirke kontrakten?
- » Hvilke overvejelser gør leverandørerne sig, når de skal fastsætte priserne i deres tilbud?
- » Hvilken prisstruktur vil leverandørerne eventuelt foreslå for produkterne eller ydelserne omfattet af kontrakten?
- » Er produktionen eller leverancerne i høj grad afhængige af råvarer, komponenter, ydelser m.v., som er påvirket af store udsving i priserne?
- » Er det et marked, hvor der sker en hurtig udvikling af eksempelvis produkterne eller andre forhold af betydning for priserne?
- » Hvor stor en del af leverandørernes tilbudte enhedspriser går til selve indkøbet af produktet, og hvor stor en del skal dække de øvrige omkostninger, såsom emballage, lønudgifter m.v.?
- » Hvilke(t) prisindeks vil det være relevant at regulere priserne efter? Vil det være hensigtsmæssigt at anvende forskellige prisindeks for forskellige delleverancer?
- » Hvor ofte foreslår leverandørerne, at priserne reguleres, baseret på leverandørernes kendskab til udviklingen, branchekutyme og erfaringer fra andre kontrakter?

Boks 2.6

Eksempel vedrørende spørgsmål om priser og prisregulering

I forbindelse med SKI's indledende markedsundersøgelse ved genudbuddet af rammeaftale 50.80 Vejsalt og bæredygtige tømidler havde SKI stillet følgende spørgsmål til leverandørernes priser og prisregulering:

Priser:

- » Hvilke krav eller elementer i denne aftale er fordyrende?
- » Hvor stor en del af den pris, I har budt ind med, skal dække risici?

Prisregulering (spørgsmålene blev tilpasset i forhold til, om det var en leverandør, ordregiver allerede havde en kontrakt med, eller om det var en ny leverandør, der potentielt kunne byde på udbuddet):

- » Har jeres omkostninger ændret sig i aftalens levetid?
 1. Hvad har ændret sig?
 2. Hvornår?
 3. Hvor meget? (Gerne konkret i kr. eller %).
- » Mener I, at aftalens prisregulering har imødekommet disse ændringer? Og har det betydning for, hvordan I kommer til at prissætte i et kommende udbud?
- » Hvis man skulle skrue en bedre prisregulering sammen, hvad kunne man så gøre?

Ud over at gå i dialog med leverandørerne på markedet kan ordregiver også bruge Danmarks Statistik til at blive klogere på de forskellige prisreguleringsindeks, hvilke indeks der egner sig til forskellige områder, og hvor ofte indekstallene offentliggøres.⁶

Øvrig dialog

Ud over at have en dialog med virksomheder kan det også være relevant at have en dialog med andre offentlige myndigheder, som står med lignende udfordringer og eventuelt har gennemført et tilsvarende indkøb. Man kan eksempelvis finde inspiration i andre ordregiveres udbudsmateriale og tage kontakt til dem for at høre om gode og dårlige erfaringer med at sikre forsyningssikkerheden i en given kontrakt. Dette vil man eventuelt kunne bruge til at præcisere sine indkøbsbehov og formulere sine krav m.v.

⁶ Læs mere om prisreguleringsklausuler i afsnit 3.4.

2.4 Løsningsmuligheder

Ud over at have en dialog med markedet om de risici, der kan være for forsyningssikkerheden, kan det også være hensigtsmæssigt med en dialog om, hvordan man kan imødekomme eventuelle risici.

Kan det være hensigtsmæssigt at lave et fællesindkøb eller et indkøbssamarbejde?

Flere ordregivere kan være afhængige af de samme ressourcer eller have behov for at indkøbe de samme varer eller ydelser. Et indkøbssamarbejde eller et fællesindkøb med andre ordregivere kan eventuelt medvirke til at sikre forsyningssikkerheden blandt de samarbejdende ordregivere. Fx kan de samarbejdende ordregivere blive en større og mere prioriteret kunde hos leverandøren, som følge af at indkøbsvolumenen øges.

Boks 2.7

Eksempler på, hvordan man kan identificere andre ordregivere, der kan være relevante at indgå et indkøbssamarbejde med

Når man som ordregiver skal undersøge, om der er andre offentlige ordregivere, der har lignende behov, og som man potentielt ville kunne have et indkøbssamarbejde med, så kan man fx:

- » Deltage i relevante netværk, fx koncernindkøbernetværk
- » Have dialog med nuværende eller potentielle leverandører om deres øvrige offentlige kunder, herunder også nordiske
- » Foretage en søgning på lignende varer eller ydelser på TED⁷.

Derudover kan et samarbejde med andre ordregivere også medføre lavere omkostninger ved varetagelsen af forsyningssikkerhedshensyn, både som følge af de stordriftsfordele, som et samarbejde kan medføre, og ved deling af eventuelle fælles udgifter. Fx kan flere ordregivere have samme behov for opbygning af et lager af kritiske varer. I så fald kan de samarbejdende myndigheder dele udgifter til opbygning og drift af fx lager eller distribution.

Her kan ordregiver i visse tilfælde med fordel også kigge mod de øvrige nordiske lande, der kan have visse sammenfaldende behov.

Boks 2.8

Eksempel vedrørende nordisk fællesindkøb af kampuniformssystem⁸

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse indgik i 2022 en fælles rammeaftale sammen med Finland, Norge og Sverige vedrørende anskaffelse af et kampuniformssystem.

I forbindelse med fællesindkøbet var Forsvarets erfaring, at det var særdeles kompliceret og krævede en meget stor indsats, meget tid og mange ressourcer at indgå en fælles nordisk aftale. Dette skyldtes bl.a., at det krævede meget koordinering og var juridisk komplekst, da det var flere landes udbudslovgivning, der skulle synkroniseres.

På baggrund af det pågældende indkøb er det Forsvarets anbefaling, at man foretager en grundig analyse, inden et fællesudbud igangsættes, da det tager tid og energi, fordi antallet af interessenter øges. Man skal derfor – forud for igangsættelsen – være sikker på, at gevinsten står mål med indsatsen.

⁷ Tenders Electronic Daily er onlineudgaven af tillægget til EU-Tidende, hvor der offentliggøres offentlige kontrakter i EU. TED kan tilgås på ted.europa.eu.

⁸ Læs mere på Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses hjemmeside: www.fmi.dk/da/nyheder/2022/kontraktunderskrivelse-paa-nyt-nordisk-uniformssystem.

Boks 2.9

Eksempel vedrørende en aftale om indkøb af og lager for værnemidler på sundhedsområdet⁹

Staten og Danske Regioner indgik i 2023 en aftale om en indkøbs- og lagermodel for værnemidler på sundhedsområdet, der skal understøtte forsyningssikkerheden for regioner og kommuner i forbindelse med eventuelle kommende kriser, der ikke kan rummes af det stående beredskab. Staten fastsætter det samlede måltal, mens den fremtidige lagerløsning, herunder ejerskab, organisering, indkøb og drift, er forankret i regionerne. Derudover er der en central indkøbsfunktion i regi af Region Hovedstaden.

Det er centralt, at ordregivere i samarbejdet grundigt afklarer, om deres behov er enslydende, eller om der kan være forskelle, der skal tages højde for i forbindelse med en eventuel udbudsproces. Derudover kan det være ressourcetungt og tidskrævende at foretage et fællesindkøb eller et indkøbssamarbejde, da der skal ske koordination med flere ordregivere og der formodentligt også skal være flere inde over beslutninger og godkendelser.

Kan ordregivers valg af aftaleform eller indkøbsmetode sikre forsyningssikkerhed?

Ordregiver kan i visse situationer sikre bedre forsyningssikkerhed i forhold til kritiske ressourcer ved at sprede indkøbet på flere leverandører. Hvis ordregiver fx har identificeret en sårbarhed ved konkrete kritiske ressourcer på et marked med flere forsyningskilder, kan det være en idé at sprede risikoen for manglende levering ved at have flere leverandører.

Fra et forsyningssikkerhedsperspektiv forudsætter det selvsagt, at de forskellige leverandørers produkter ikke stammer fra den samme producent eller underleverandør. Ellers vil risikospredningen have begrænset effekt, selv om leverandørerne dog kan ligge inde med forskellige lagerbeholdninger m.v. Derfor er kendskab til forsyningskæder også et vigtigt element i vurderingen af, hvilke konkrete tiltag ordregiver skal gøre brug af for at sikre forsyningssikkerhed i sine kontrakter.

Udbudsloven giver ordregiver forskellige muligheder for, at der kan være flere leverandører på de offentlige kontrakter. Det er for det første muligt at opdele kontrakterne i flere delkontrakter. Derudover giver reglerne mulighed for at anvende forskellige indkøbsmetoder – navnlig rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Det er fx muligt at indgå en rammeaftale med flere leverandører, så flere leverandører bliver pålagt leveringsforpligtelser. Der kan også etableres et dynamisk indkøbssystem, som kan gøre det muligt at foretage hurtige indkøb ved forskellige leverandører, når indkøbsbehovet opstår.

Boks 2.10

Beskrivelse af indkøbsmetoder

Indkøbsmetoder er en fællesbetegnelse for de forskellige kontrakt- og tildelingsmetoder, som ordregiver kan anvende i forbindelse med et udbud. Det kan fx være en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem.

En rammeaftale er en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. En rammeaftale kan anvendes, hvor ordregiver over en nærmere fastsat periode har behov for at foretage gentagne eller løbende indkøb, men hvor det konkrete indkøbsbehov endnu ikke er fuldt kendt på tidspunktet for aftalens indgåelse. En rammeaftale har til formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der kan tildeles på rammeaftalen i aftalens løbetid.

Dynamiske indkøbssystemer er en elektronisk indkøbsproces, som kan anvendes til indkøb af ydelser, der er generelt tilgængelige på markedet, og som opfylder ordregiverens krav. Til

⁹ Læs mere om den fælles aftale på Styrelsen for Samfundssikkerheds hjemmeside: www.sfos.dk/wp-content/uploads/2023/03/Aftale-om-indkoebs-og-lagermodel-for-vaernemidler-paa-sundhedsomraadet.pdf.

forskel fra rammeaftaler er der ikke begrænsninger på løbetiden af de dynamiske indkøbssystemer, ligesom egnede virksomheder kontinuerligt skal have mulighed for at blive optaget i indkøbssystemet.

En af fordelene ved rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer er, at ordregiver ikke skal gennemføre et nyt EU-udbud, hver gang der skal foretages et indkøb.

Når man fx ved brug af indkøbsmetoder anvender flere forskellige leverandører, kan det dog have den ulempe, at ordregiveren bliver en mindre kunde hos de enkelte leverandører i stedet for at være en større kunde hos én enkelt leverandør. Det kan medføre en lavere prioritering hos leverandørerne.

Rammeaftale med flere leverandører

Hvis ordregiver indgår en rammeaftale med flere leverandører frem for en kontrakt eller rammeaftale med én leverandør, vil der være flere leverandører, som ordregiver løbende kan tildele kontrakter. Hvis én leverandør eksempelvis i en periode ikke har ressourcer til at levere en ordre, vil ordregiver dermed kunne tildele kontrakten til en anden leverandør på rammeaftalen. Ordregiver bør dog ikke indgå rammeaftalen med flere leverandører, end hvad der reelt vurderes at være behov for, da dette kan medvirke til, at leverandørerne allokterer unødvendige ressourcer til opfyldelse af en aftale, hvor de potentielt ikke skal levere.

Boks 2.11 Beskrivelse af tildeling af leveranceaftaler på en rammeaftale

De specifikke kontrakter, der indgås på grundlag af en rammeaftale, skal tildeles på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen.¹⁰ Ordregiver skal således ved udbud af rammeaftaler tage stilling til proceduren for tildeling.

Ordregiver kan ved indgåelse af rammeaftaler med flere leverandører vælge at tildele de enkelte kontrakter ved direkte tildeling eller ved genåbning af konkurrencen ("miniudbud").¹¹

Der kan anvendes forskellige modeller for direkte tildeling af en kontrakt. Det kan fx være:

- » en kaskademodel, hvor leverandørerne ranglistes
- » en behovsmodel, hvor tildeling sker ud fra ordregivers behov
- » en kombination heraf.

Det afgørende er, at det klart skal fremgå af udbudsmaterialet, hvordan og i hvilke situationer de enkelte tildelingsmetoder anvendes.

Læs mere om rammeaftaler i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Den eller de tildelingsmetoder, man vælger at anvende på sin rammeaftale, kan afhænge af flere forskellige forhold, bl.a. kontraktens genstand. Skal rammeaftalen eksempelvis omfatte nogle produkter, som ordregiver løbende skal kunne købe med kort varsel, kan ordregiver fastlægge, at tildelingen sker ved direkte tildeling efter en kaskademodel frem for miniudbud. Et miniudbud vil ofte være mere tidskrævende, men omvendt kan det potentielt medføre lavere priser, da konkurrencen genåbnes.

¹⁰ Jf. udbudslovens § 97.

¹¹ Jf. udbudslovens § 98.

Et miniudbud kan være hensigtsmæssigt i de tilfælde, hvor der fx er tale om varer eller ydelser, hvor ordregiver forventer, at der løbende kan ske store udsving i priserne. De priser, som tilbudsgiverne byder ind med ved rammeaftalens indgåelse, kan fx fastsættes som maksimumspriser, som tilbudsgiverne kan tilbyde ved de løbende miniudbud. Tilbudsgiverne kan så byde ind med lavere priser ved de enkelte miniudbud.

Dynamisk indkøbssystem

Hvis ordregiver på tidspunktet for indkøbet ikke kan fastlægge indkøbsbehovet tilstrækkeligt klart, hvis der er tale om et område med stor udvikling, eller hvis behovet vil variere meget, kan det være hensigtsmæssigt at overveje et dynamisk indkøbssystem.

Boks 2.12 Beskrivelse af tildeling af en kontrakt på et dy- namisk indkøbssystem

Indkøb på et dynamisk indkøbssystem sker ved, at alle leverandører, som er optaget, opfordres til at afgive tilbud.¹² Hvis det er opdelt i kategorier, opfordres alle leverandører inden for den relevante kategori.

For at blive optaget i et dynamisk indkøbssystem skal leverandørerne alene aflevere et ESPD, der dokumenterer, at de lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed og ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Leverandørerne skal dermed ikke afgive et tilbud, priser eller en løsningsbeskrivelse, når de skal optages. Tilbud – fx løsningsbeskrivelser eller priser – skal først afgives, når ordregiver skal foretage et konkret indkøb. De afgivne tilbud vil derfor altid tage højde for leverandørernes eventuelle omkostninger m.v. på tidspunktet for det konkrete indkøb.

Tilbudsfristen for et konkret indkøb, der foretages i et dynamisk indkøbssystem, skal være passende, men på mindst 10 dage. Et indkøb i et dynamisk indkøbssystem kan derfor, som udgangspunkt, foretages hurtigere end ved gennemførelse af et EU-udbud.

Læs mere om dynamiske indkøbssystemer i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Et dynamisk indkøbssystem kan have den fordel, at hvis én eller flere leverandører i en periode ikke har mulighed for at levere de pågældende varer eller ydelser, vil det være muligt, at andre leverandører i systemet kan byde på en konkret kontrakt. Det kan være med til at sikre en bedre forsyningssikkerhed.

Et dynamisk indkøbssystem har også den fordel, at der løbende skabes konkurrence om de pågældende varer eller ydelser, og at leverandørerne får mulighed for at byde ind med de nyeste varer og ydelser.

Derudover vil nye leverandører på markedet løbende have mulighed for at blive optaget i det dynamiske indkøbssystem. Ordregivers muligheder for forsyning bliver dermed i mindre grad afhængige af de løbende udsving, som de enkelte leverandører kan opleve, fx i lagerbeholdning eller tilgængelige ressourcer. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at der ikke er et forpligtende aftaleforhold med leverandørerne, før der er foretaget et konkret indkøb i det dynamiske indkøbssystem. Derfor er der en risiko for, at leverandørerne, fx i forbindelse med en forsyningshændelse, vil prioritere de kunder, som de har en leveringsforpligtelse over for, fx

¹² Jf. udbudslovens § 105.

via en kontrakt eller en forpligtende rammeaftale. Dette er især vigtigt, hvis der er tale om levering af ydelser, hvor manglende levering kan have samfundskritisk betydning.

Opdeling af kontrakten

Ud over spørgsmål om aftaleform og indkøbsmetode er det også hensigtsmæssigt for ordregiver at vurdere, om kontrakten skal opdeles i mindre delkontrakter eller ej.¹³

Hvis man fx skal indgå en kontrakt, der skal omfatte et bredt sortiment af produkter, kan kontrakten opdeles i forskellige delkontrakter. En opdeling vil potentielt kunne udvide et eventuelt leverandørfelt til leverandører, der ikke ville kunne levere på én stor samlet kontrakt. På den måde kan ordregiver få mulighed for at blive en prioriteret kunde hos en mindre virksomhed i stedet for at være en mindre prioriteret kunde hos en større eller stor virksomhed.

Derudover kan ordregiver overveje, hvilken betydning det vil have for fremtidige aftaler og leveringer, hvor mange leverandører der indgås aftale med, og hvor lang løbetid aftalen har. På længere sigt kan der være risiko for, at ordregiver skaber et meget lille leverandørfelt, hvis ordregiver koncentrerer sin efterspørgsel om en enkelt eller meget få leverandører. Det vil kunne svække forsyningssikkerheden i fremtiden og i øvrigt påvirke konkurrencen negativt og dermed kunne resultere i højere priser m.v.

2.5 Dialog med markedet

Til brug for vurderingen af, om og hvordan forsyningssikkerhed kan sikres i ordregivers kontrakter, kan ordregiver vælge at gå i dialog med virksomheder på markedet. Det kan eksempelvis være nuværende eller potentielle leverandører. Det kan også være relevant at gå i dialog med andre ordregivere, relevante brancheorganisationer eller myndigheder. Dialogen kan øge forståelsen for leverandørfeltet, markedet og markedssituationen for den relevante kontrakt, og hvordan forsyningssikkerhed kan indtænkes i forhold til ordregivers konkrete behov.

Boks 2.13 Rammerne for markeds- dialog

Det følger af udbudslovens § 39, at der er vide rammer for at have dialog med virksomheder på markedet forud for et udbud.

Der er ingen formelle krav om, hvordan dialogen skal foregå, men har ordregiver dialog med flere virksomheder, kan det være med til at sikre, at enkelte virksomheder ikke bliver favoriseret.

Dialogen skal ske under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Dialogen må ikke føre til, at en eller flere virksomheder opnår en konkurrencefordel. En virksomhed kan opnå en væsentlig fordel, hvis den kommer i besiddelse af flere relevante oplysninger end de øvrige virksomheder. Ordregiver skal træffe passende foranstaltninger for at udligne eventuelle konkurrencefordele. I langt de fleste situationer kan ordregiver afhjælpe en fordel ved at gøre relevant materiale tilgængeligt for alle tilbudsgivere og give længere frister, så alle tilbudsgivere får de samme muligheder og den samme mængde tid til at sætte sig ind i materialet.

¹³ Det fremgår af udbudslovens § 49, stk. 2, at ordregiver skal vurdere, om det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i flere delkontrakter. Hvis kontrakten ikke opdeles i flere delkontrakter, skal ordregiver angive en forklaring i udbudsmaterialet om, hvorfor kontrakten ikke opdeles. Læs mere om opdel eller forklar-princippet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide *Opdel kontrakten, eller forklar*.

Efter offentliggørelse af et udbud er der begrænset adgang til dialog. De fleksible udbudsprocedurer kan give mulighed for dialog under selve udbudsprocessen.

Læs mere om rammerne for markedsdialog i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*.

Dialogen behøver ikke kun at være en del af en indledende markedsundersøgelse i forbindelse med planlægningen af et konkret indkøb. Det kan også være en løbende dialog – eventuelt i en kontraktperiode – med nuværende eller potentielle leverandører om, hvad der rører sig på markedet, og hvordan virksomhederne selv arbejder med at sikre forsyningssikkerheden i deres forsyningskæder.

For at sikre det bedste udbytte af en dialog er det vigtigt at forberede sig. Det kan eksempelvis gøres ved at sætte sig ind i den specifikke vare eller ydelse, der skal anskaffes, og forberede spørgsmål og emner til dialogen.

Når ordregiver har gennemført en dialog med virksomheder m.v. på markedet, må den viden og inspiration, som ordregiver har fået, gerne indarbejdes i udbudsmaterialet. Det er dog vigtigt, at ordregiver er opmærksom på, at de krav, som stilles, skal være saglige og proportionale, og at en eventuel konkurrencefordel, som en leverandør kan have opnået ved at deltage i dialogen, bliver udlignet.¹⁴

¹⁴ Jf. udbudslovens § 39, stk. 2. Læs mere om dette i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*.

Kapitel 3

Forsyningssikkerhed i udbudsmaterialet

3.1 Indledning

I forbindelse med udarbejdelsen af et udbudsmateriale har ordregiver flere muligheder for at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed. Ordregiver kan fx stille krav til de produkter, der skal leveres, stille krav om lagerføring af visse kritiske produkter eller indsætte andre klausuler, som skal tage højde for de udefrakommende omstændigheder, der kan påvirke opfyldelsen af kontrakten.

I afsnit 3.2 gennemgås, hvordan ordregiver kan inddrage hensyn til forsyningssikkerhed i de tekniske specifikationer. Ordregiver kan også varetage hensyn til forsyningssikkerhed gennem krav til leverandørernes deltagelse i udbuddet ved at fastsættelse udelukkelsesgrunde, kriterier for egnethed og udvælgelse samt kriterier for tildeling. Disse muligheder beskrives i afsnit 3.3. Endelig beskriver afsnit 3.4, hvordan forsyningssikkerhed kan indtænkes i kontraktbetingelserne, fx ved at indarbejde ændringsklausuler.

3.2 Inddragelse af forsyningssikkerhed i de tekniske specifikationer

Ordregiver kan inddrage hensynet til forsyningssikkerhed i udformningen af de tekniske specifikationer.

De tekniske specifikationer skal fastsætte de egenskaber, som de varer eller ydelser, der skal anskaffes, skal opfylde. De tekniske specifikationer kan også vedrøre egenskaber ved den specifikke fremstillingsproces, leveringen eller en anden proces i enhver fase i anskaffelsens livscyklus.¹⁵

Hvis ordregiver vurderer, at der skal inddrages hensyn til forsyningssikkerhed i de tekniske specifikationer, skal ordregiver være opmærksom på, at disse skal være knyttet til kontraktens genstand.¹⁶ Det betyder, at kravet skal angå de specifikke produkter, som skal anskaffes, og ikke eksempelvis leverandørens øvrige produkter eller generelle politikker. Derudover må ordregivers krav ikke gå længere, end hvad der er nødvendigt for at opfylde ordregivers konkrete og saglige behov.

Ordregiver skal ligeledes være opmærksom på, at de krav, som ordregiver fastsætter i de tekniske specifikationer, sætter rammerne for, hvilke leverandører der kan afgive tilbud. Mindstekrav til den vare eller ydelse, der ønskes anskaffet, vil kunne begrænse antallet af mulige leverandører, da det alene er de leverandører, hvis produkter eller ydelser overholder mindstekravene, som kan afgive et konditionsmæssigt tilbud. Unødige begrænsninger i antallet af potentielle leverandører kan i sig selv begrænse forsyningssikkerheden og medføre højere priser.

¹⁵ Jf. udbudslovens § 40, stk. 2.

¹⁶ Jf. udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1.

Helt generelt bør ordregiver altid overveje, hvilke mindstekrav der er nødvendige at stille. Stiller ordregiver fx krav om, at produkterne skal leveres i en bestemt emballage eller lignende, kan der være leverandører, der må afholde sig fra at afgive tilbud, fordi de ikke anvender den specifikke emballage, men måske benytter en lige så effektiv eller endda endnu bedre emballage. Det kan resultere i en unødigt begrænsning af konkurrencen, hvis ordregiver godt kunne acceptere en anden emballage.

I boks 3.1 er der givet et konkret eksempel på tekniske krav ved indkøb af mundbind. De tilbudte mundbind skal opfylde kravene, for at et tilbud kan komme i betragtning.

Boks 3.1
Eksempel vedrørende
tekniske specifikationer
for mundbind

SKI's rammeaftale 50.20 Forbrugsartikler indeholder nedenstående krav til mundbind med elastikker og visir:

- » Produktet skal bestå af materialerne PP non woven, stål, viscose, PE film.
- » Produktet skal være latexfrit.
- » Produktet skal være et medicinsk mundbind.
- » Produktets visir skal være med antidug og antirefleks.
- » Produktet skal kunne anvendes til beskyttelse af mund og næse ved procedurer, hvor der kan opstå sprøjt og stænk til mund og næse af eksempelvis kropsvæsker, inklusive blod, sekreter og ekskretter, eller andet flydende materiale, der kan indeholde smitte-stoffer.
- » Produktet skal være et engangsprodukt.
- » Produktet skal kunne bortskaffes som almindeligt husholdningsaffald.

Kravene behøver ikke være målrettet mod produkterne i sig selv, men kan være knyttet til deres egenskaber (funktionskrav). I stedet for at beskrive de tekniske krav til selve anskaffelsen kan ordregiver således stille krav om, at et produkt skal kunne opnå et bestemt resultat eller have en bestemt effekt, uden at fastlægge krav om, hvordan dette skal opnås teknisk.

Et eksempel kan være anskaffelse af ansigtsbeskyttelse til brug ved podning. Et funktionskrav kan fx være, at beskyttelsen har en sådan kvalitet, at sandsynligheden for, at poderen ikke bliver eksponeret for vira og bakterier, er tilstrækkeligt høj, samtidig med at værnemidlet skal være nemt og brugbart ved podning af en borger. Her kan det være tilbudsgivers eget valg, om der bydes ind med mundbind eller hel- eller halvansigtsvisirer. Det afgørende er, at produktet lever op til de funktionskrav, der er stillet.

Brugen af funktionskrav kan således give tilbudsgiver større fleksibilitet, hvis kravene giver adgang til, at der kan tilbydes forskellige løsninger. Det kan øge forsyningssikkerheden, når flere løsninger er i spil i forhold til at opfylde et behov.

3.3 Forsyningssikkerhed i forbindelse med udelukkelse, egnethed og tildeling

Ordregiver kan også varetage hensyn til forsyningssikkerhed gennem krav til leverandørernes deltagelse i udbuddet ved at fastsætte udelukkelsesgrunde, kriterier for egnethed og udvælgelse samt kriterier for tildeling. Forsyningssikkerhed er også et emne, der kan tænkes ind i forbindelse med eventuelle forhandlinger eller en eventuel dialog ved brugen af de fleksible udbudsprocedurer.¹⁷

¹⁷ Jf. udbudslovens §§ 61-72.

Udelukkelse

Ordregiver har mulighed for at udelukke en virksomhed fra at deltage i et udbud, hvis virksomheden er omfattet af udbudslovens udelukkelsesgrunde. Udbudsloven indeholder både obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.¹⁸ De obligatoriske udelukkelsesgrunde, som bl.a. omfatter alvorlige strafferetlige forhold, interessekonflikter, konkurrencefordrejning, urigtige oplysninger og alvorlige forsømmelser i erhvervsudøvelsen, finder altid anvendelse. De frivillige udelukkelsesgrunde skal derimod tilvælges i det konkrete udbud og anføres i udbudsbekendtgørelsen, før de kan finde anvendelse. Ordregiver kan således overveje, om forsyningssikkerheden kan styrkes ved at anvende nogle af de frivillige udelukkelsesgrunde i det konkrete udbud, jf. boks 3.2.

Boks 3.2 Beskrivelse af udbudslovens frivillige udelukkelsesgrunde

Ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis denne:

- » har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område
- » er erklæret konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling eller lignende
- » har indgået en konkurrenceforvridende aftale, eller hvis ordregiver har tilstrækkeligt plausibile indikationer på, at en sådan aftale er indgået
- » har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, hvilket har medført ophævelse eller lignende
- » har uretmæssigt forsøgt at påvirke ordregivers beslutningsproces, har fået fortrolige oplysninger, der kan give uretmæssige fordele i udbudsproceduren, eller groft uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have haft væsentlig indflydelse på ordregivers beslutninger under udbudsproceduren, eller
- » har ubetalt forfalden gæld på under 100.000 kr. til offentlige myndigheder.

Eksempelvis har ordregiver mulighed for at tilvælge en frivillig udelukkelsesgrund, som giver ordregiver mulighed for at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis det kan påvises, at virksomheden har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og misligholdelsen har medført, at den pågældende kontrakt er blevet ophævet, eller en lignende sanktion.¹⁹ Det vil potentielt kunne understøtte forsyningssikkerheden.

Det er ordregiver, der skal kunne påvise, at virksomheden tidligere har misligholdt en kontrakt, og at det førte til ophævelse eller lignende, og at virksomheden således er omfattet af udelukkelsesgrunden. Ordregiver kan fx påvise dette ved en dom eller voldgiftskendelse eller ved dokumentation for egne eller andres erfaringer.

Ordregiver kan kun udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, som er omfattet af en udelukkelsesgrund (frivillig eller obligatorisk), hvis denne inden for en passende frist ikke kan dokumentere sin pålidelighed. Konstaterer ordregiver, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, og har ordregiver meddelt dette til virksomheden, skal virksomheden have mulighed for at påvise sin pålidelighed. Hvis virksomheden kan påvise sin pålidelighed, kan ordregiver ikke udelukke virksomheden.²⁰

¹⁸ Jf. udbudslovens §§ 134a-137. Læs mere om udelukkelse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne*.

¹⁹ Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

²⁰ Læs mere om pålidelighed og dokumentation heraf i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed*.

Ud over de udbudsretlige regler er ordregiver også forpligtet til at overholde internationale sanktioner, som er gældende i Danmark. Det gælder fx forbuddet mod at tildele offentlige kontrakter til økonomiske aktører med tilknytning til Rusland.²¹

Egnethed og udvælgelse

Ordregiver har mulighed for at stille krav til leverandørernes egnethed. Det kan være med til at sikre, at leverandørerne har de fornødne forudsætninger for at udføre den udbudte kontrakt, navnlig for så vidt angår virksomhedernes økonomi og tekniske evner.

De krav, der stilles, skal være relevante for udførelsen af den konkrete kontrakt og være proportionale i forhold til kontraktens genstand og værdi.

Ordregiver kan inddrage hensyn til forsyningssikkerhed ved fastsættelse af kravene til egnethed (og udvælgelse) for at sikre, at feltet af leverandører, som deltager i konkurrencen om den udbudte kontrakt, har tilstrækkelig robusthed til at udføre opgaven.

Boks 3.3 Beskrivelse af fastsættelse af krav til egnethed

Ordregiver har i henhold til udbudslovens § 140 mulighed for at fastsætte krav til en ansøgers eller tilbudsgivers egnethed.

Kravene skal relatere sig til:

- » udøvelse af det pågældende erhverv,²²
- » økonomisk og finansiell formåen eller
- » teknisk og faglig formåen.

Egnethedskravene skal fastsættes som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen, hvilket betyder, at virksomheder, der ikke lever op til de stillede egnethedskrav, skal afvises, og de kan derfor ikke deltage i udbudsprocessen. Omvendt kan en ordregiver ikke afvise en virksomhed, hvis den opfylder de fastsatte minimumskrav.

Når der stilles krav til ansøgers eller tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen, skal ordregiver også i udbudsbekendtgørelsen anføre, hvordan det skal dokumenteres, at ansøger eller tilbudsgiver opfylder de stillede minimumskrav. Ordregiver kan kun kræve de former for dokumentation for teknisk og faglig formåen, som fremgår af udbudsloven.²³

Læs mere om fastsættelse af krav til egnethed i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Økonomisk og finansiell formåen

For at sikre, at de leverandører, der byder på kontrakten, har en vis robusthed i forhold til virksomhedernes økonomiske situation, kan ordregiver overveje, om der skal stilles krav til økonomisk og finansiell formåen.

²¹ Sanktionerne, der omfatter forbuddet mod at tildele offentlige kontrakter til økonomiske aktører med tilknytning til Rusland, blev vedtaget i Rådets forordning (EU) 2022/576 af 8. april 2022 om ændring af forordning (EU) nr. 833/2014 om restriktive foranstaltninger på baggrund af Ruslands handlinger, der destabiliserer situationen i Ukraine.

²² Egnethedskriteriet vedrørende udøvelse af det pågældende erhverv gennemgås ikke nærmere i denne vejledning, da det sjældent vil være relevant i forhold til forsyning. For yderligere gennemgang af dette kriterium henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

²³ Den udtømmende liste for dokumentation for teknisk og faglig formåen fremgår af udbudslovens § 155 samt §§ 157-158.

Det kunne fx være krav til omsætning, egenkapital eller andre nøgletal. Ordregiver kan fx stille krav om, at tilbudsgiver skal have en vis soliditetsgrad i de to seneste afsluttede regnskabsår.

Der er begrænsninger i forhold til størrelsen af de økonomiske minimumskrav, der må stilles,²⁴ ligesom de stillede krav skal være proportionale i forhold til kontrakten.

Derudover vil krav til økonomisk og finansiell formåen udelukke de leverandører, der ikke lever op til de stillede krav. Det er derfor vigtigt, at ordregiver nøje overvejer, hvilke økonomiske minimumskrav der skal stilles til virksomhederne. Økonomiske nøgletal kan påvirkes af forskellige forhold, hvilket ordregiver skal være opmærksom på, når minimumskravene fastsættes, da det eksempelvis kan betyde, at ordregiver risikerer at udelukke leverandører, hvor de økonomiske nøgletal er påvirket af fx investeringer eller dårlige regnskabsår, men som potentielt kunne have udført opgaven på et højt niveau. Det vil også kunne udelukke nye virksomheder på markedet, der ikke endnu har den fornødne egenkapital eller afsluttede regnskabsår.²⁵

Ordregiver skal således afveje, om hensynet til at sikre, at den vindende virksomhed har en høj leveringssikkerhed, står mål med de negative effekter på pris og potentielt forsyningssikkerhed ved at stille krav, der begrænser tilbudsgiverfeltet. Ordregiver kan i stedet for økonomiske nøgletal fx overveje, om man kan sikre den ønskede robusthed gennem egnethedskrav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen.

Teknisk og faglig formåen

Ordregiver kan også inddrage hensyn til at sikre forsyningssikkerhed ved at stille minimumskrav til leverandørernes tekniske og faglige formåen.

Hvordan minimumskravet til egnethed skal fastsættes, vil afhænge af, hvad ordregiver vurderer virksomheden skal leve op til og kunne dokumentere for at være egnet til at udføre den konkrete opgave.

Boks 3.4 Beskrivelse af dokumentation for teknisk og faglig formåen

Det fremgår af udbudsloven, at ordregiver kan kræve, at ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin tekniske og faglige formåen.

Det fremgår af udbudslovens § 155, hvordan denne dokumentation skal ske. Det fremgår bl.a., at ansøger eller tilbudsgiver skal dokumentere det på en eller flere af følgende måder:²⁶

- » En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter og den offentlige eller private modtager
- » Oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, navnlig dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, uanset om de direkte eller indirekte hører til ansøgerens eller tilbudsgiverens virksomhed
- » Angivelse af den forvaltning af forsyningskæden og de eftersporingsystemer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten

²⁴ Jf. udbudslovens § 142, stk. 2, hvor det fremgår, at ordregiver ikke kan kræve, at en ansøgers eller en tilbudsgivers minimumsomsætning pr. år er højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge- og anlægsarbejderne, tjenesteydelserne eller vareleverancerne.

²⁵ Nystartede virksomheder vil også skulle leve op til de stillede krav, men kan eventuelt basere sig på en anden enhed, jf. udbudslovens § 144, eller dokumentere deres finansielle formåen på anden måde end ved at dokumentere regnskabstal fra tidligere år, jf. udbudslovens § 154.

²⁶ For en udtømmende liste over mulige dokumentationsformer henvises til udbudslovens § 155 og for en gennemgang heraf henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

- » Angivelse af de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen eller entreprenøren eller virksomhedens ledende medarbejdere, når disse ikke evalueres som et kriterium for tildeling
- » En erklæring om tjenesteyderens eller entreprenørens årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledende medarbejdere i de seneste tre år
- » Oplysning om, hvor stor en del af kontrakten ansøgeren eller tilbudsgiveren eventuelt agter at give til en underleverandør.

Det kan fx være minimumskrav til virksomhedens forvaltning af forsyningskæden og de eftersporingssystemer, som kan anvendes ved gennemførelsen af kontrakten. Det betyder eksempelvis, at ordregiver kan kræve en beskrivelse af den måde, ansøgeren eller tilbudsgiveren vil administrere og kontrollere underleverandørkæden på. Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan i denne forbindelse anføre oplysninger om den person hos ansøgeren eller tilbudsgiveren, der har overblikket over underleverandørerne og deres opgaver. Endvidere kan en ansøger eller tilbudsgiver anføre konkrete kontrolforanstaltninger, der skal sikre, at underleverandørkæden udfører opgaverne i overensstemmelse med kontrakten.

Det kan også være relevant at stille et minimumskrav om, at ansøger eller tilbudsgiver skal dokumentere erfaring med tidligere opgaver, hvor forsyningssikkerheden har været et centralt hensyn. Fx stille et minimumskrav om referencer, der skal vise erfaring med at håndtere knaphed af varer, produktionsvanskeligheder eller lignende. Dermed kan ordregiver vurdere, om ansøgeren eller tilbudsgiveren har den fornødne erfaring med lignende opgaver, fx erfaring med lager eller lagerstyring.

Udvælgelse

Ved udbudsprocedurer med en udvælgelsesfase²⁷ skal ordregiver udvælge, hvilke deltagere der skal deltage i udbuddet.²⁸ Kun de udvalgte deltagere opnår adgang til at afgive tilbud eller til at deltage i dialogen.

Er der flere ansøgere, som ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, og som opfylder minimumskravene til egnethed, skal der foretages en udvælgelse blandt de kvalificerede ansøgere. Det kan ske på baggrund af, i hvilken grad de opfylder de fastsatte udvælgelseskriterier. Disse udvælgelseskriterier fastsættes af ordregiver og skal være objektive og ikke-diskriminerende og være angivet i udbudsbekendtgørelsen.²⁹

Udvælgelsen kan ske på baggrund af de kriterier, som blev anvendt ved vurderingen af egnethed, fx teknisk og faglig formåen, jf. ovenfor. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at der ved fastsættelsen af udvælgelseskriterier alene kan lægges vægt på forhold, som er relevante for det pågældende indkøb.

²⁷ Begrænset udbud, jf. udbudslovens §§ 58-60, udbud med forhandling, jf. udbudslovens §§ 61-66, konkurrencepræget dialog, jf. udbudslovens §§ 67-72, og innovationspartnerskab, jf. udbudslovens §§ 73-78.

²⁸ Ordregiver skal i så fald fastsætte antallet af ansøgere, som vil blive udvalgt og opfordret til at afgive tilbud eller deltage i en dialog, jf. udbudslovens § 145, stk. 1.

²⁹ Jf. udbudslovens § 145, stk. 2, 1. punktum.

Tildeling

Ordregiver skal tildele den udbudte kontrakt til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.³⁰

Boks 3.5

Beskrivelse af tildeling i forhold til det økonomisk mest fordelagtige tilbud

En ordregiver skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af følgende tildelingskriterier:

- » Pris
- » Omkostninger
- » Bedste forhold mellem pris og kvalitet.³¹

Ved brug af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” skal ordregiver fastsætte underkriterier og eventuelle delkriterier hertil, som tilbuddene vil blive vurderet på baggrund af.

I forbindelse med fastsættelsen af under- og delkriterier skal ordregiver sikre en effektiv konkurrence om kontrakten, og kriterierne skal derfor indeholde et konkurrencemæssigt element eller på anden måde give grundlag for en konkurrence, der er egnet til at identificere det tilbud, som har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det er et krav, at under- og delkriterierne er relevante, saglige og proportionale i forhold til den specifikke kontrakt. De skal derudover formuleres i klare, præcise og utvetydige vendinger og må ikke give ordregiveren et ubetinget frit valg mellem tilbuddene. Det er derudover et krav, at kriterierne er knyttet til kontraktens genstand, dvs. relaterer sig til de varer eller ydelser, som skal leveres i henhold til kontrakten.

Læs mere om tildelingskriterier i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Ved brug af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” kan de kvalitative under- og delkriterier vedrøre leveringstid, organisering af personale, lagerkapacitet, produktionskapacitet, leverandørstyring m.v. Det betyder, at der kan konkurreres på parametre, der har betydning for forsyningssikkerheden.

Ordregiver skal for de enkelte kvalitative kriterier beskrive, hvad der tillægges positiv betydning i forbindelse med evalueringen. Det kan fx være, at det vægter positivt, jo hurtigere leverandøren kan igangsætte en nødproduktion, som virksomheden kan overgå til, hvis denne selv producerer de udbudte varer.

Hvilke specifikke underkriterier og eventuelt delkriterier ordregiver skal fastsætte i sit udbud, afhænger altid af en konkret vurdering, ligesom beskrivelserne af, hvilke elementer der tillægges positiv betydning, skal fastsættes i forhold til det specifikke udbud.

Nedenfor er oplistet en række eksempler på, hvordan hensyn til forsyningssikkerhed kan inddrages ved fastsættelsen af underkriterier og eventuelt delkriterier. Der er alene tale om overordnede eksempler, som kan tjene som inspiration for ordregivere.

³⁰ Jf. udbudslovens § 161.

³¹ Jf. udbudslovens § 162.

Tilbudsgivers plan for at sikre løbende forsyning

Ordregiver kan eksempelvis evaluere tilbudsgivernes plan for at sikre en løbende forsyning. Ordregiver kan i den forbindelse bede tilbudsgiverne om at beskrive, hvordan de vil håndtere planlagte og ikke-planlagte udsving i ordregivers behov, eller deres plan for, hvordan de vil håndtere det, hvis en forsyningshændelse skulle opstå.

For at give tilbudsgiverne de bedste forudsætninger for at beskrive sin plan bør ordregiver give oplysninger om det forventede behov eller have fastlagt den mængde, tilbudsgivernes løsningsbeskrivelse skal tage udgangspunkt i. Disse oplysninger bør indgå i udbudsmaterialet, så det er gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad de skal forholde sig til, når de skal udarbejde deres tilbud.

Alternativt kan ordregiver bede tilbudsgiverne om at beskrive deres forsyningskæder, og hvordan de sikrer forsyningssikkerheden i alle dele af forsyningskæden.

Ordregiver kan på baggrund af beskrivelserne vurdere, i hvilken grad de tilbudte planer, beskrivelser m.v. kan sikre forsyningssikkerheden for leverancerne.

Boks 3.6 Eksempel på tildelings- kriterium om sikring af løbende forsyning

Ordregiver vil foretage en evaluering af tilbudsgivers opfyldelse af kriteriet "Tilbudsgivers plan for at sikre løbende forsyning" på baggrund af tilbudsgivers løsningsbeskrivelse.

Tilbudsgiver skal beskrive en plan for:

- » hvordan der sikres kontinuerlig levering af produkterne
- » hvordan tilbudsgiver håndterer nedbrud m.v., som kan påvirke forsyningssikkerheden
- » hvor hurtigt tilbudsgiver vil kunne udnytte tilsvarende produktionsfaciliteter eller andre tiltag, der sikrer, at tilbudsgiver kan genoptage leveringen og efterleve kontrakten
- » hvordan udsving i den løbende produktion for at møde ordregivers behov, der er beskrevet i kravspecifikationen, håndteres, herunder med hvilket varsel tilbudsgiver kan opskalere sin produktion fra (eksempelvis) 1.000 til 3.000 produkter pr. arbejdsdag ved både forudsete og akutoptståede behov for opskalering.

Ved evalueringen vægtes det positivt, at produktionsprocesserne i størst muligt omfang sikrer en kontinuerlig levering, fx ved planlagte/ikke-planlagte servicevinduer eller ved uforudsete nedbrud i produktionen, og dermed understøtter en fleksibel og effektiv produktion, administration og kontrol. Det vægtes desuden positivt, jo hurtigere leveringen kan genoptages ved et eventuelt nedbrud.

Det vægter endvidere positivt, at tilbudsgiver hurtigt kan opskalere sin produktion, både ved varslede opjusteringer fra ordregiver og ved akutoptståede behov, således at en bestilling af en større mængde kan håndteres.

Tilbudsgivers kontrol af og samarbejde i forbindelse med brug af underleverandører

Ordregiver kan også overveje at tillægge det betydning, hvordan tilbudsgiver vil sikre, at dennes underleverandører opfylder kontraktens krav, fx gennem procedurer i forbindelse med brug af underleverandører. Det kan i den forbindelse tillægges positiv betydning, hvordan og i hvilket omfang tilbudsgiver fører kontrol med, følger op på samt på anden måde sikrer et gensidigt forpligtende samarbejde med de underleverandører, der skal anvendes til opfyldelse af kontrakten.

Sikring af medarbejdere

Hvis tilbudsgiver skal levere mandskab eller medarbejdere til brug for løsning af en kritisk opgave, kan ordregiver evaluere, hvordan tilbudsgiver vil sikre det nødvendige mandskab til opgaveløsningen. Ordregiver kan fx foretage en evaluering af tilbudsgivers plan for at fastholde og tilføre/allokere medarbejdere til løsning af den udbudte opgave.

Det kan fx vægte positivt, hvis planen påviser, at det nødvendige mandskab vil kunne sikres ved, at tilbudsgiveren har en ekstra kapacitet på x antal medarbejdere, som kan allokeres til løsning af den udbudte opgave. Det kan også vægtes positivt, at tilbudsgiveren løbende sikrer oplæring eller uddannelse af medarbejdere, som vil kunne indgå i opgaveløsningen. Tilbudsgiverens plan kan eventuelt også begrænse sig til fastholdelse af nøglemedarbejdere.

Håndtering af krisesituationer eller forsyningshændelser

Hensyn til forsyningssikkerhed kan efter omstændighederne også inddrages ved at evaluere tilbudsgivers plan for håndtering af krisesituationer. Ordregiver kan eksempelvis bede tilbudsgiver om at beskrive, hvordan denne håndterer en given krisesituation eller forsyningshændelse.

Ordregiver kan på baggrund af beskrivelsen vurdere, hvor godt rustet tilbudsgiveren er til at håndtere en eventuel krise eller hændelse, der medfører udfordringer i eksempelvis produktionen. Ordregiver kan i den forbindelse tillægge det positiv vægt, hvis planen indeholder en analyse af, hvordan og i hvor høj grad ordregiver bliver påvirket af en eventuel negativ hændelse, hvis planen involverer forskellige muligheder for at imødekomme leveringsvanskeligheder, samt hvis planen tager højde for længerevarende krisesituationer eller forsyningshændelser.

Forhandling

Ved udbud, hvor der er mulighed for at forhandle,³² kan ordregiver overveje, om der er relevante forhandlingsemner, der omhandler hensynet til forsyningssikkerhed.

Det kan fx være, at der kan forhandles om forhold vedrørende optimering af forsyningssikkerhed i forhold til fx lagerkapacitet, mulighed for alternative underleverandører, hvor hurtigt og hvordan leverandøren kan overgå til at levere substituerende varer eller ydelser, optimering af transportmæssige forhold eller eventuelle alternative transportmuligheder. Et andet forhandlingsemne kan være omstilling til egenproduktion, produktion i et nærområde, finansiering af en eventuel omstilling eller en omstilling til en mere bæredygtig produktion, hvor knappe ressourcer undværes eller genbruges i højere grad.

Øvrige forhold

Ordregiver har mulighed for at kræve, at tilbudsgiver angiver, hvilke dele af den udbudte kontrakt tilbudsgiveren har til hensigt at give i underleverance til tredjemand, og hvilke underleverandører tilbudsgiveren foreslår, hvis disse kendes på tidspunktet for tilbudsafgivelsen.³³

Ved at sikre, at ordregiver har kendskab til, hvilke underleverandører der anvendes til gennemførelse af kontrakten, er der større mulighed for, at ordregiver hurtigere kan identificere potentielle leveringsvanskeligheder og rettidigt reagere herpå, hvis der eksempelvis opstår uroligheder på verdensmarkedet eller globale forsyningskriser.

Hvis ordregiver fastsætter, at en leverandør skal benytte netop de underleverandører, der er angivet i tilbuddet, skal det fremgå eksplicit af kontrakten. Her har ordregiver også mulighed

³² Udbud med forhandling, jf. udbudslovens §§ 61-66, konkurrencepræget dialog, jf. udbudslovens §§ 67-72, og innovationspartnerskab, jf. udbudslovens §§ 73-78.

³³ Jf. udbudslovens § 177, stk. 1.

for at fastsætte, at en eventuel udskiftning af underleverandører kræver ordregivers samtykke eller opfyldelse af særlige betingelser.

3.4 Inddragelse af forsyningssikkerhed i kontraktbetingelser

Som en del af udbudsmaterialet skal ordregiver fastlægge de betingelser, der skal være gældende for kontraktens gennemførelse. Kontraktbetingelserne er de vilkår, som ordregiver kræver, at tilbudsgiver skal opfylde, såfremt vedkommende bliver tildelt den pågældende kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand og kan bl.a. omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.³⁴

Nedenfor gennemgås nogle eksempler på, hvilke kontraktbetingelser ordregiver kan overveje for at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed i kontrakten.

Flere af eksemplerne vedrører ændringsklausuler, hvor der gives mulighed for at tilføje fleksibilitet til kontrakten i tilfælde af fx en forsyningskrise eller andre ekstraordinære udefrakommende omstændigheder, som kan påvirke leverancerne. Sådanne klausuler giver mulighed for at tilpasse kontrakten til de ændrede omstændigheder. De udbudsretlige rammer for ændringsklausuler gennemgås i kapitel 4.7 om ændringer af kontrakter.

Ordregiver skal være opmærksom på, at der alene er tale om eksempler, hvorfor oplistningen ikke er udtømmende. Derudover skal ordregiver i hvert tilfælde foretage en konkret vurdering af, hvilke betingelser der skal inddrages i en specifik kontrakt og hvilke forpligtelser dette vil medføre for kontraktens parter.

Krav om lagerbeholdning

Formålet med at inddrage hensyn til forsyningssikkerhed er bl.a. at sikre ordregivers løbende forsyning. Ordregiver kan derfor overveje, om kontraktens genstand egner sig til, at leverandøren skal sikre en lagerbeholdning til ordregivers rådighed som en del af kontrakten. En lagerbeholdning kan sikre, at ordregiver altid har en vis mængde af de kritiske varer til rådighed.

Ordregiver bør overveje, om der er varer, der er omfattet af kontrakten, som er så forsyningskritiske, at det vil være hensigtsmæssigt at opretholde en lagerbeholdning, da det som udgangspunkt kan føre til højere priser på kontrakten. Lagerbeholdningen kan efter omstændighederne fx omfatte forbrugsvarer som vejsalt, værnemidler eller medicin. Det kan også være kritiske reservedele, hvis kontrakten eksempelvis omfatter levering af større maskiner.

Ordregiver bør også overveje, hvilke krav der skal stilles til størrelsen af lagerbeholdningen. Ordregiver kan fx overveje, hvilken minimums- eller maksimumsbeholdning ordregiver vil kræve, og hvordan der sættes fokus på, at en eventuel holdbarhedsperiode for varerne ikke udløber.

Lagerets placering bør også overvejes, herunder om lageret skal opbygges hos leverandøren, hos underleverandører eller på ordregivers lokaliteter. Lagerets geografiske placering og logistiske forhold vedrørende leverancer fra lageret kan også have betydning for ordregivers adgang til varerne.

³⁴ Jf. udbudslovens § 176, stk. 1.

Derudover bør de juridiske forhold vedrørende lageret, herunder ejerskab, fordeling af risici for varernes hændelige undergang og udløbsperiode, også overvejes.

Endelig bør ordregiver overveje, hvad der skal ske med lageret ved kontraktens ophør, herunder hvordan man kan minimere spild i forbindelse hermed. Ordregiver kan fx overveje at indarbejde en klausul om, at ordregiver og leverandøren skal lægge en plan for at minimere spild på lageret, når der eksempelvis er ét år tilbage af kontraktens løbetid. Fx ved at den fastsatte minimumsbeholdning kan fraviges, så lagerets beholdning mindskes frem til kontraktens ophør. Andre eksempler kan være mulighed for salg til ordregiver ved kontraktudløb, mulighed for salg til tredjemand, tilbagekøbsret til leverandøren eller lignende. Desuden kan der være tale om lagercirkulation, hvor et leverandørlager, der er øremærket til ordregiver, og som leverandøren kontinuerligt gør brug af i sine normale forretninger/salg, er sikret en løbende minimumsbeholdning til ordregiver. Denne model kan medføre en forhøjet pris for ordregiver i bytte for, at leverandøren har alle risici og ejerskab over lageret.

Ved overvejelser om håndtering af lager ved kontraktens ophør bør ordregiver inddrage, om de af kontrakten omfattede varer er standardprodukter, som indgår i leverandørens standard-sortiment, eller om der er tale om produkter, som er specifikt udviklet og produceret til ordregiver. Hvis kontrakten omfatter standardprodukter, vil leverandøren forventeligt kunne videre-sælge et eventuelt restlager til andre kunder. Hvis kontrakten modsat omfatter produkter specifikt udviklet og produceret til ordregiver, kan ordregiver overveje, hvad der skal ske med den resterende lagerbeholdning ved kontraktens udløb, og betalingen herfor.

Ordregiver skal være opmærksom på, at krav om lagerføring kan medføre betydelige merudgifter, fx til lagerets drift og administration. Ordregiver bør derfor nøje overveje, om der er behov for at stille krav om lager i en given kontrakt, og om det er det bedste middel til at sikre forsyningssikkerheden. Ordregiver kan eventuelt bruge markedsdialogen til en afklaring heraf og eventuelt til at afklare de relevante forhold omkring lagerets etablering, størrelse, drift, juridiske forhold m.v. for at sikre, at kravene tilgodeser ordregivers behov og er rimelige og proportionale, så de kan honoreres af markedet.³⁵

Boks 3.7

Eksempel på lagerklausul med vilkår, som tager højde for kontraktens ophør

Leverandøren skal sikre, at der til enhver tid lagerføres de tilbudte produkter, svarende til tre måneders produktion baseret på kundens historiske forbrug i det forudgående kalenderår, således at produkterne til enhver tid kan leveres inden for produktionsfristerne.

I løbet af det sidste år af kontraktens løbetid aftales lagerstyring af produkterne mellem kunden og leverandøren løbende med henblik på at minimere spild, og ovenstående krav til minimumsbeholdningen kan nedsættes efter aftale.

I forhold til *kundespecifikke produkter*:

Ved kontraktens udløb betaler kunden for restlageret af produkterne, dog maksimalt for x produkter, til de priser, der fremgår af leverandørens tilbud, inklusive eventuelle prisreguleringer, jf. kontraktens afsnit om prisregulering.

³⁵ Se afsnit 2.5 om at gennemføre en markedsdialog med spørgsmål om lageropbygning m.v.

Ændringsklausuler

Udskiftning af produkter

Forsyningshændelser kan medføre, at der i kontraktens løbetid er specifikke produkter, som ordregiver ikke længere kan købe, eller at der opstår råvare-/materielemangel. Et eksempel herpå er EU's sanktioner mod Rusland som følge af Ruslands invasion af Ukraine, der som udgangspunkt forbyder køb af eksempelvis jern og stål fra økonomiske aktører fra eller med tilknytning til Rusland.

Ordregiver kan i kontrakten enten forpligte leverandøren til eller give leverandøren mulighed for at udskifte de berørte produkter med andre produkter, som kan opfylde ordregivers behov. Dermed kan der skabes større sikkerhed for, at der kontinuerligt leveres til tiden. Denne forpligtelse eller mulighed skal i så fald være beskrevet i kontrakten i en klar, præcis og entydig ændringsklausul.³⁶

En ændringsklausul skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer og betingelserne for deres anvendelse. Det betyder, at ordregiver i ændringsklausulen skal beskrive:

- » hvilke varer der kan udskiftes
- » hvilke substituerende varer der skal leveres i stedet for samt
- » hvilke betingelser der gælder for udskiftningen, fx med hvilket varsel udskiftningen kan ske, og hvilken pris der skal betales for produkterne, eller på hvilket objektivt grundlag prissætningen skal beregnes.

Udskiftningen kan vedrøre de produkter, der skal leveres, råvarer eller delkomponenter hertil. Udskiftningen af råvarer kan fx være relevant, hvis ordregiver har en kontrakt med et krav om, at produkterne skal være produceret af én type råvare, og ordregiver ønsker muligheden for at anvende en anden substituerbar råvare, hvis der opstår forsyningsvanskeligheder.

Selve vurderingen af, om en ønsket ændring kan foretages i henhold til en ændringsklausul, gennemgås nedenfor i afsnit 4.7.

Hardship-klausuler

De fleste danske offentlige kontrakter indeholder en force majeure-klausul. En force majeure-klausul kan have mange forskellige udformninger og formuleringer, men hovedformålet med klausulen er, at den fritager begge parter fra deres kontraktuelle forpligtelser, i tilfælde af at uforudsigelige eller ekstraordinære begivenheder gør det umuligt for parterne at kunne levere i henhold til kontrakten. Da covid-19-pandemien brød ud i Danmark, kunne dette, for nogle kontraktors vedkommende, i en periode karakteriseres som force majeure.

En begivenhed vil dog ikke kunne karakteriseres som force majeure, hvis begivenheden gør, at det stadig er muligt for leverandøren at overholde sine leveringsforpligtelser, men grundet uforudsete hændelser gør det usædvanligt byrdefuldt for leverandøren. Fx vil betydelige stigninger i råvare- eller energipriserne som udgangspunkt ikke kunne karakteriseres som force majeure, da leverandøren objektivt set stadig har mulighed for at levere.

For at imødekomme et behov for at justere i kontrakten i tilfælde af ekstraordinære situationer, som ikke er force majeure, men som påvirker leverandørens incitament til at levere i rette

³⁶ Jf. udbudslovens § 179. Læs mere om mulighederne for at ændre en eksisterende kontrakt i 4.7.

tid og mængde, benytter nogle ordregivere såkaldte "hardship-klausuler". Formålet med hardship-klausuler er at have mulighed for at foretage de nødvendige ændringer i kontrakten for netop at kunne imødekomme uforudsete hændelser, der medfører forsynings- og leveringsvanskeligheder, eller lignende situationer, der medfører, at det er usædvanligt byrdefuldt for leverandøren at levere og opfylde sine forpligtelser i henhold til kontrakten.

For at en hardship-klausul kan karakteriseres som en ændringsklausul i udbudslovens forstand, skal den være klar, præcis og entydig. Dvs. at hardship-klausulen fx skal fastlægge:

- » I hvilke situationer klausulen kan anvendes, herunder hvilke ekstraordinære begivenheder der kan føre til, at klausulen anvendes, samt hvornår opfyldelse af kontrakten anses for at være urimelig byrdefuld.
- » Hvilke ændringer der kan foretages. Skal det fx være muligt at udskifte varer med andre, udtage varer fra sortiment eller ekstraordinært regulere leverandørens priser?
- » Hvordan prissætningen af ændringen skal ske. Hvis der fx er tale om ekstraordinær regulering af leverandørens priser, skal der være et objektivi grundlag for denne regulering, fx henvisning til specifikke prisindeks m.v. eller mulighed for regulering af nettokonsekvensen af stigningen i afgifter m.v. Klausulen kan også give mulighed for at nedjustere priserne i tilfælde af ophør af den ekstraordinære situation. Læs mere om prisregulering nedenfor.
- » Hvad processen for at foretage ændringen i henhold til klausulen skal være, fx hvordan ændringen skal varsles, hvilken dokumentation leverandøren skal fremlægge, eller hvornår ændringen træder i kraft.

Opfylder klausulen ikke betingelserne om at være klar, præcis og entydig, vil en potentiel ændring skulle vurderes efter udbudslovens øvrige regler om ændringer af kontrakter i udbudsloven. Læs mere herom i afsnit 4.7.

Boks 3.8
Eksempel vedrørende
ekstraordinære ændrin-
ger af leverandørens
omkostninger³⁷

SKI har bl.a. indsat nedenstående klausul (i uddrag) i forbindelse med sin møbelaftale, 50.30 (bilag H):

"3 Ændring som følge af ekstraordinære ændringer af Leverandørens Omkostninger

3.1 Kriterier for prisregulering som følge af ekstraordinære ændringer af Leverandørens omkostninger

Leverandøren er, i stedet for prisregulering som følge af ændring i prisindeks, jf. punkt 2.2, berettiget til at regulere prisen på de tilbudte Produkter efter modellen i punkt 3.3, i tilfælde af ekstraordinære ændringer af Leverandørens omkostninger til Produkterne på Rammeaftalen, såfremt følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- » Leverandørens kostpris for Produktet er steget mere end 10 %. Ved vurderingen af om kostprisen er steget, sammenlignes Leverandørens gennemsnitlige kostpris for Produktet i de seneste 3 sammenhængende måneder med Leverandørens gennemsnitlige kostpris for Produktet i den samme periode 12 måneder forinden (dog tidligst med Leverandørens kostpris på tidspunktet for tilbudsfristen). Hvis Leverandøren eksempelvis i august måned 2022 ønsker at regulere prisen, sker der en sammenligning af Leverandørens gennemsnitlige kostpris i maj, juni og juli måned 2022 med Leverandørens gennemsnitlige kostpris i maj, juni og juli måned 2021. Hvis tilbudsfristen var for mindre end 12 måneder siden, sammenlignes Leverandørens gennemsnitlige kostpris for Produktet i de seneste 3 måneder i stedet for med Leverandørens gennemsnitlige kostpris for Produktet 3 måneder efter fristen for tilbudsafgivelse. Hvis Leverandøren eksempelvis i august måned 2022 ønsker at regulere prisen, og Rammeaftalen trådte i kraft 1. januar 2022 og tilbudsfristen var 1. oktober 2021, sker der en

³⁷ Beskrivelsen er alene et eksempel, og det er ordregivers eget ansvar at vurdere klausulens gyldighed i en given situation.

- ammenligning af Leverandørens gennemsnitlige kostpris i maj, juni og juli måned 2022 med Leverandørens gennemsnitlige kostpris i oktober, november og december måned 2021, og
- » ændringen af Leverandørens kostpris for Produktet skyldes ekstraordinære forhold af en særlig kvalificeret karakter (såsom krig, naturkatastrofer, pandemier, vareknaphed o.lign.) som er uden for Leverandørens kontrol, uden det dog er en betingelse, at der foreligger force majeure, jf. Rammeaftalens punkt 14 og
 - » ændringen af Leverandørens kostpris skyldes forhold, der ikke forelå og som Leverandøren ikke kunne forudse på tidspunktet for Leverandørens afgivelse af tilbud, og
 - » ændringen af Leverandørens kostpris for Produktet skyldes generelle ændringer i markedsprisen, der ikke kun påvirker priserne for Leverandøren men markedet generelt. Prisændringen må således ikke blot skyldes, at Leverandøren indgår nye aftaler på ændrede vilkår eller indgår aftale om indkøb af andre materialer eller andre typer af fragt, eller at Leverandøren på anden måde ændrer på omkostningerne til Produktet, uden at dette er forårsaget af generelle ændringer i markedsprisen, og
 - » ændringerne i Leverandørens kostpriser for alle Produkter omfattet af Rammeaftalen indebærer, at Rammeaftalen samlet set bliver tabsgivende for Leverandøren. Herved forstås at Leverandørens bruttoavance for en periode på 3 måneder, regnet fra tidspunktet efter Leverandøren ønsker at regulere priserne, bliver nul eller negativ (og at Rammeaftalen inden stigningen i Leverandørens kostpris ikke var tabsgivende). Ved vurderingen lægges Leverandørens omsatte mængder i den samme periode før Leverandøren ønsker at regulere priserne til grund. Vurderingen foretages samlet for alle Produkter på Rammeaftalen og uanset om Produktet er steget eller faldet i pris.”

Prisregulering

Priserne i en kontrakt kan ligeledes påvirkes af udefrakommende omstændigheder, så de priser, en tilbudsgiver bød ind med i sit tilbud, ikke længere er dækkende for tilbudsgiverens omkostninger. Dette oplevede mange ordregivere og tilbudsgivere eksempelvis i forbindelse med Ruslands invasion af Ukraine, hvor priserne steg på mange forskellige typer af råvarer, og det medførte logistiske udfordringer, som også resulterede i prisstigninger på transport m.m.

For at imødekomme ændringer i en branche eller i markedskononomien generelt har ordregiver mulighed for at benytte sig af prisreguleringsklausuler. Dette vil især være relevant i længerevarende kontrakter. Fordelen ved brug af prisreguleringsklausuler kan bl.a. være, at tilbudsgiver ved tilbudsafgivelsen ikke behøver at indregne et risikotillæg for eventuelle uforudsete udsving i priserne i kontraktperioden. Prisreguleringsklausuler betyder, at ordregiver overtager risikoen for prisudsving.

Derudover kan prisreguleringsklausuler også medvirke til at sikre forsyningssikkerheden. Det skyldes, at en leverandør, i tilfælde af uforudsete stigninger i leverandørens omkostninger, fortsat kan – og har en interesse i at – levere i henhold til kontrakten. I de tilfælde, hvor tilbudsgiver ikke har mulighed for at regulere priserne i takt med markedet, kan det potentielt føre til, at leverandøren er nødsaget til at opsiges kontrakten, fordi kontrakten ikke længere er rentabel for leverandøren. Hvis der ikke er en opsigelsesmulighed, kan det i værste fald resultere i misligholdelse af kontrakten.

For at en prisreguleringsklausul kan karakteriseres som en ændringsklausul i udbudslovens forstand, skal den være formuleret i klare, præcise og entydige vendinger.³⁸

³⁸ Opfylder klausulen ikke betingelserne om at være klar, præcis og entydig, vil en potentiel ændring skulle vurderes efter udbudslovens øvrige regler om ændringer af kontrakter i udbudsloven. Læs mere herom i afsnit 4.7.

Det mest sædvanlige er, at prisudviklingen reguleres på baggrund af et prisindeks, som måler prisniveauet for varer eller ydelser over tid. Der findes mange forskellige prisindeks, som kan være mere eller mindre overordnede. Fx viser Danmarks Statistiks nettoprisindeks den samlede udvikling i de faktiske forbrugerpriser fratrukket moms og afgifter. Prisregulering efter et prisindeks har den fordel, at det ikke kun giver mulighed for, at leverandørerne kan kræve prisstigninger, hvis fx en forsyningshændelse medfører generelle prisstigninger på markedet. Ordregiver kan også kræve reduktion af priserne, hvis det generelle prisniveau på markedet falder igen. Denne mulighed for reduktion af priserne skal, ligesom de øvrige muligheder for regulering, fremgå tydeligt af prisreguleringsklausulen.

Da prisudviklingen kan variere meget mellem forskellige brancher, kan det være relevant at bruge mere specifikke prisindeks, som bedre udtrykker prisudviklingen i en specifik branche. Hvis kontrakten fx angår køb af køretøjer, kan ordregiver overveje at regulere priserne efter Danmarks Statistiks nettoprisindeks 07.1 Køb af køretøjer.³⁹

Angår kontrakten forskellige varer og ydelser, kan ordregiver også overveje, om prisreguleringen skal foretages efter forskellige prisindeks. Afhængigt af prisstrukturen for kontrakten kan ordregiver eksempelvis angive, at specifikke varelinjer reguleres efter ét prisindeks, mens andre varelinjer reguleres efter et andet prisindeks.

Boks 3.9

Eksempler på prisregulering efter to forskellige prisindeks

Eksempel 1

Priserne er faste til og med den 31.05.2025. Herefter kan de reguleres én gang årligt per 1. juni i henhold til nedenstående. Første mulighed for regulering er den 01.06.2025.

Vederlaget reguleres i henhold til Danmarks Statistiks indekser med følgende fordeling:

Indeks 1:

- » 70 procent af vederlaget reguleres i overensstemmelse med den procentvise udvikling i "ILON12: Lønindeks for virksomheder og organisationer (1. kvartal 2005 = 100), brancheindeks Rejsebureauer, rengøring og anden operationel service – sæsonkorrigeret" fra 4. kvartal forrige år til 4. kvartal året før prisreguleringen.

Indeks 2:

- » 30 procent af vederlaget reguleres i overensstemmelse med den procentvise udvikling i "Nettoprisindekset" – (PRIS116: Nettoprisindeks, hovedtal (2015=100) efter type) fra februar måned året før til februar måned samme år som prisreguleringen.

Priserne angives med to decimaler.

Preisreguleringer sker på Leverandørens eller Ordregivers foranledning ved meddelelse af indekstal og den procentvise regulering, der ønskes foretaget. Dette skal meddeles modparten skriftligt senest 1. april i det år, hvor reguleringen skal træde i kraft pr. 1. juni. Såfremt varsel ikke modtages senest den 1. april i det år, hvor reguleringen skal træde i kraft den 1. juni, fortages retten til prisregulering for det pågældende år. Der kan således ikke indekserreguleres med tilbagevirkende/fremadrettet kraft for det pågældende år, såfremt en prisreguleringsmulighed ikke udnyttes indenfor tidsfristen.

Meddelelse om prisregulering skal sendes til modparten pr. e-mail. Beregningen som danner baggrund for prisreguleringen skal være bilagt denne. Enhver prisregulering forudsætter skriftlig godkendelse fra modparten, før den kan træde i kraft.

³⁹ Læs mere på Danmarks Statistiks hjemmeside.

Eksempel 2

Indeks 1:

Lønindeks for virksomheder og organisationer, brancheindeks Rejsebureauer, rengøring og anden operationel service 4. kvartal 2023 = 120,1 og 4. kvartal 2024 = 122,0.

70% af vederlaget reguleres således med $(122,0 - 120,1) * 100 / 120,1 = 1,58 \%$

Indeks 2:

Nettoprisindekset februar 2024 = 130,3 og februar 2025 = 131,4.

30% af vederlaget reguleres således med $(131,4 - 130,3) * 100 / 130,3 = 0,84\%$.

Den samlede regulering i eksemplet er således $(0,70 * 1,58 \%) + (0,30 * 0,84 \%) = 1,36 \%$.

Såfremt ovennævnte indekstal ikke længere måtte blive beregnet af Danmarks Statistik, reguleres vederlaget i overensstemmelse med udviklingen i et andet tilsvarende neutral fastsat og af Danmarks Statistik offentliggjort indekstal, eller hvis et sådant ikke findes, efter principper som ligger den anførte indeksregulering så nær som mulig. Det er Ordregiver som vælger grundlaget for den fremtidige indeksregulering i et sådant tilfælde.

Såfremt Leverandøren ikke udnytter muligheden for prisregulering for en given periode, vil vederlag og Aftalens øvrige priser forblive de samme indtil det tidspunkt, hvor prisregulering igen kan ske det efterfølgende år.

I stedet for en regulering af priserne efter et prisindeks kan priserne eksempelvis også reguleres efter en fast årlig procentsats. Det kan være relevant på områder, som fx ikke påvirkes af stigende råvarepriser eller prisstigninger på transport. Det kan eksempelvis være regulering af timepriser for konsulenter.

Boks 3.10
Eksempel på prisregulering efter en fast procentsats

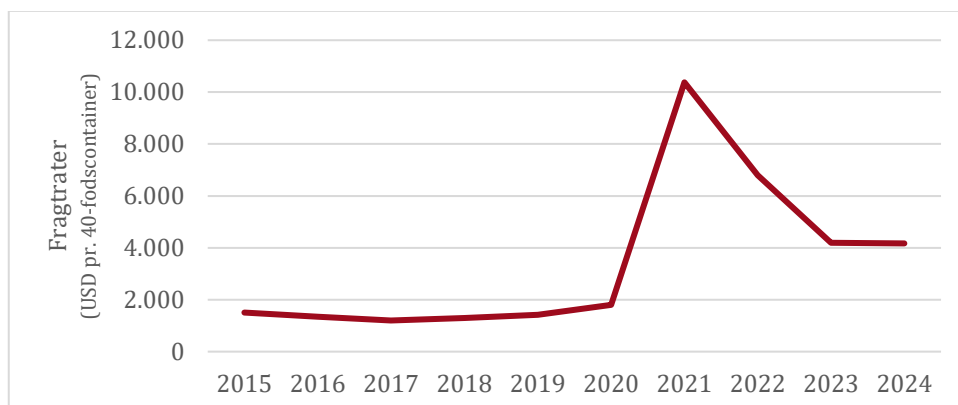
Af SKI's tidligere rammeaftale om it-konsulenter, 02.17 fra 2021, fremgår det, at der vil blive foretaget en årlig fast procentuel regulering:

"I Rammeaftalens varighed vil timepriserne i bilag F.2 blive reguleret én gang årligt med 1,5%. Prisreguleringen træder i kraft hver den 1. februar (første gang den 1. februar 2022 og gældende til og med den 31. januar 2022). SKI foretager reguleringen som beskrevet ovenfor. En prisregulering efter nærværende punkt har alene virkning fremadrettet og alene for priserne i Rammeaftalens sortiment, dvs. for tildeling af Leveringsaftaler efter en prisregulering er trådt i kraft."

Er der tale om en kontrakt, hvor der er varer, der skal fragtes, kan det også overvejes, om der kan være behov for at have en prisreguleringsklausul, der særskilt regulerer en eventuel udvikling i fragtpreiser. Især i den nuværende markedssituation, hvor den geopolitiske udvikling kan føre til ændringer af fragtruter, kan det medføre store udsving i fragtpreiserne.

Som eksempel kan nævnes de globale priser for fragt af en 40-fodscontainer, som er steget markant inden for de sidste år. En helt ekstraordinær stigning fandt sted i forbindelse med covid-19-pandemien, hvor priserne for fragten af en 40-fodscontainer steg til mere end fem gange priserne i tidligere år.

Figur 3.1 Globale containerpriser for en 40-fodscontainer



Kilder: <https://terminal.freightos.com/freightos-baltic-index-global-container-pricing-index> og <https://www.drewry.co.uk/supply-chain-advisors/supply-chain-expertise/world-container-index-assessed-by-drewry>

Øvrige kontraktbetingelser

Andre kontraktbetingelser end de ovenfor nævnte kan også, efter omstændighederne, understøtte forsyningssikkerhed for varer eller ydelser. Nedenfor gennemgås enkelte eksempler på sådanne kontraktbetingelser. Det afhænger altid af en konkret vurdering, hvorvidt en specifik betingelse bør anvendes i en given kontrakt.

Erstatningskøb

I forlængelse af de sædvanlige misligholdelsesbeføjelser kan ordregiver vælge at indsætte en klausul om erstatningskøb i sin kontrakt. Herefter er ordregiver berettiget til at foretage erstatningskøb hos en anden leverandør i tilfælde af restordre hos den nuværende leverandør. Det vil være relevant, hvis man forventer, at en forsyningshændelse ikke berører alle leverandører af den pågældende vare (eller ikke rammer alle lige hårdt). Det er afgørende, at ordregiver beskriver, hvornår, i hvilket omfang og på hvilke vilkår klausulen om erstatningskøb kan finde anvendelse. Derudover skal ordregiver være opmærksom på, at der kan være en udbudspligt for selve erstatningskøbet.

Boks 3.11 Eksempel på regulering af erstatningskøb

ERSTATNINGSKØB

I tilfælde af restordre, jf. afsnit x, er Ordregiver berettiget til omgående at foretage det fornødne indkøb af tilsvarende varer fra anden side med henblik på at dække Ordregivers behov for Varerne.

Ordregiver har mulighed for at bestille et større antal varer, end restordren omfatter, hvis det af Ordregiver skønnes nødvendigt, fx hvor det som følge af særlige omstændigheder er nødvendigt at foretage et vist minimumsindkøb for at sikre forsyningen i restordreperioden. Erstatningskøb kan foretages indtil datoen for ophør af restordreperioden, jf. afsnit x.

Ved restordre har Ordregiver en særdeles udvidet adgang til at indkøbe varer, der er dyrere end de billigste på markedet, når dette begrundes med patientsikkerheds-, forsyningssikkerheds- og/eller omkostningsmæssige hensyn bl.a. forbundet med vareskifte. Vurderingen heraf vil bl.a. ske under hensyntagen til Leverandørens meddelelse om, hvornår levering igen vil kunne forventes, det skønnede forbrug i restordreperioden, Varens karakter og anvendelse, omfanget og løsningen af eventuelle tidligere restordreperioder i løbet af Indkøbsperioden, samt hvorvidt det skønnes nødvendigt, at den samme leverandør i fuldt omfang skal kunne dække hele behovet for varen i restordre på ét eller flere sygehuse. Ved restordre ved

Indkøbsperiodens start er Ordregiver som udgangspunkt og under hensyntagen til ovennævnte retningslinjer berettiget til at fortsætte med en tidligere anvendt vare for at undgå varskifte.

Ordregiver er berettiget til alene at foretage indkøb af erstatningsvarer, der er generelt tilgængelige, og Ordregiver er således ikke forpligtet til at undersøge muligheden for at indkøbe erstatningsvarer, der enten skal specialfremstilles eller som ikke er umiddelbart generelt tilgængelige.

Hvis Leverandøren varsler restordren med minimum 6 ugers varsel, kan Leverandøren anviser et forslag til en løsning for erstatningskøb, hvis Leverandøren har sendt sit forslag til løsning til Ordregiver senest 4 uger før første dag i restordreperioden. Ordregiver kan frit vælge, om Ordregiver vil acceptere Leverandørens forslag til løsning.

Leverandøren er forpligtet til at erstatte Ordregivers meromkostninger ved køb af erstatningsvarer fra anden side. Leverandøren er herunder forpligtet til at dække dokumenterede meromkostninger for Ordregiver.

Ordregiver er desuden berettiget til at kræve forholdsmæssigt afslag for mangelfulde varer og/eller foretage modregning mod Leverandøren, herunder modregning med fordringer fra andre aftaleforhold mellem Leverandøren og Ordregiver.

Med de fravigelser, der følger af ovenstående bestemmelser, gælder i øvrigt dansk rets almindelige regler vedrørende modregning og tabsbegrænsningspligt.

Leverandøren er ikke forpligtet til at betale erstatning ved manglende imødekommelse af bestillinger på Varer, der ikke er omfattet af leveringsforpligtelsen, jf. pkt. xx og pkt. xx.

Kapitel 4

Indkøb i hastende tilfælde

4.1 Indledning

Indimellem står ordregiver i en situation, hvor der er behov for at foretage et akut indkøb eller fremskynde udbudsprocessen. Det var fx tilfældet under covid-19-pandemien, hvor ordregivere i hele verden stod over for store udfordringer, da efterspørgslen efter visse produkter steg voldsomt, samtidig med at en række forsyningskæder var afbrudt.

Ordregiver skal gøre sig indledende overvejelser i forbindelse med hastende indkøb. Disse overvejelser beskrives i afsnit 4.2, som også indeholder et overblik over de muligheder, udbudsreglerne giver, for hurtigt at foretage de nødvendige indkøb.

I afsnit 4.3 beskrives muligheden for at anvende hasteproceduren og dermed forkorte lovens minimumsfrister under udbudsprocessen, hvis ordregiver har et akut behov. Er indkøbet derimod så hastende, at det ikke er muligt at afvente de forkortede frister, kan der være mulighed for at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Læs mere om denne mulighed i afsnit 4.4.

I afsnit 4.5 beskrives, hvor længe en begivenhed kan anses som uforudset, og om en begivenhed igen kan blive uforudset. Opstår der en krisesituation under en igangværende udbudsproces, har ordregiver mulighed for at forlænge fristerne for afgivelse af tilbud eller annullere udbuddet. Denne mulighed gennemgås i afsnit 4.6.

Endelig gennemgås i afsnit 4.7 de muligheder, en ordregiver har, for at foretage ændringer af igangværende kontrakter og rammeaftaler for at imødekomme en forsyningskrise.

4.2 Indledende overvejelser i forbindelse med hastende indkøb

Når der opstår en forsyningshændelse eller en krisesituation, kan ordregiver overveje følgende for at fremskynde et indkøb:

- » kontakte potentielle leverandører i og uden for EU pr. telefon, e-mail eller personligt
- » benytte agenter, der har en bedre forbindelse til markederne
- » sende repræsentanter direkte til de lande, der har de nødvendige lagre og kan sørge for øjeblikkelig levering
- » kontakte potentielle leverandører for at indgå aftale om en produktionsforøgelse eller en opstart eller fornyelse af produktionen.⁴⁰

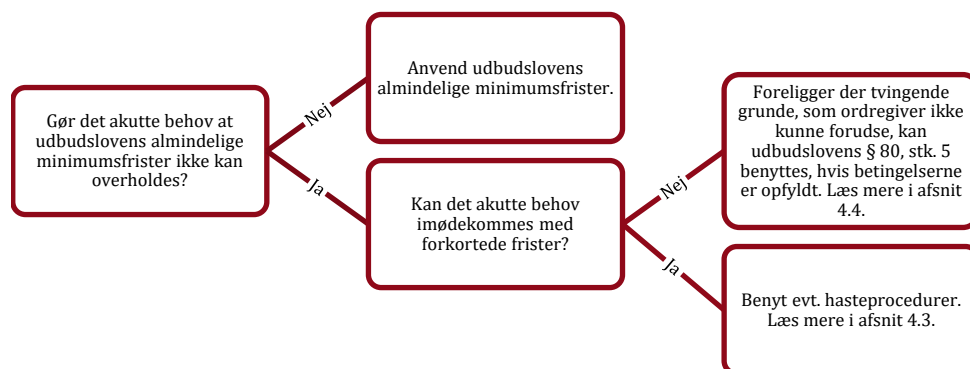
⁴⁰ Jf. Kommissionens meddelelse af 1. april 2020 – om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen (2020/C 108 I/01).

Ordregiver skal sikre sig, at et eventuelt akut indkøb sker inden for de rammer, udbudsloven giver, for at foretage akutte indkøb. Dvs. at det skal være umuligt at gennemføre udbud efter de almindelige minimumsfrister.

Ved et akut behov har ordregiver mulighed for at forkorte de almindelige minimumsfrister, hvis behovet gør det umuligt at anvende minimumsfristerne, men hvor en almindelig procedure med offentliggørelse stadig er mulig (afsnit 4.3). Kun i ekstraordinære situationer, hvor tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiver ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives ordregiver, gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister, er der mulighed for at tildele kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse (afsnit 4.4). Proceduren kan ordregiver dog kun anvende i strengt nødvendigt omfang, dvs. at den kontrakt, der indgås, skal begrænses til det strengt nødvendige.

De overvejelser, som ordregiver skal gøre sig i forbindelse med et hastende indkøb, er indledningsvist skitseret nedenfor i Figur 4.1.

Figur 4.1 Hvilken procedure skal anvendes ved hastende indkøb?



Læs mere uddybende om betingelserne nedenfor i afsnit 4.3-4.4.

4.3 Hvornår kan hasteproceduren anvendes?

Står man som ordregiver i en situation, hvor man har et akut behov for at foretage et indkøb, har man i visse tilfælde mulighed for at reducere de almindelige frister. Dette omtales i praksis som en hasteprocedure.⁴¹

⁴¹ Læs mere om processen for brug af hasteproceduren i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Hasteprocedurer kan anvendes i forbindelse med offentligt udbud,⁴² begrænset udbud⁴³ og udbud med forhandling⁴⁴ og er kendetegnet ved, at minimumsfristerne for gennemførelse af udbuddet forkortes.

Ordregiver kan anvende hasteprocedurer, når følgende betingelser er opfyldt:

1. Der skal foreligge et akut behov hos ordregiver, og
2. Det akutte behov skal medføre, at det ikke er muligt for ordregiver at gennemføre udbuddet ved brug af udbudslovens almindelige minimumsfrister.

En hasteprocedure er en undtagelsesbestemmelse i forhold til de almindelige minimumsfrister i udbudsprocedurerne og skal derfor fortolkes indskrænkende. Det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger et akut behov. Det skal også konkret begrundes, hvorfor de almindelige minimumsfrister ikke kan overholdes. Begrundelsen skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende bestemmelsen er opfyldt.

Første betingelse: *Hvornår er der tale om et akut behov?*

Et akut behov foreligger, når der er tale om hastende omstændigheder, som gør det umuligt at overholde de almindelige minimumsfrister, men hvor en procedure med offentliggørelse stadig er mulig. Det er ikke et krav, at behovet skal skyldes uforudsete eller udefrakommende begivenheder, men det må ikke blot bero på ordregivers manglende planlægning, dvs. situationer, som ordregiver har bragt sig selv i. Fx er der ikke tale om et akut behov, hvis ordregiver på grund af dårlig planlægning igangsætter en udbudsproces så sent, at processen ikke vil kunne gennemføres under overholdelse af de almindelige frister.

Derimod kan forhold, som ikke kan tilskrives ordregiveren, fx pludseligt opståede behov, konkret begrunde brugen af en hasteprocedure. Et andet eksempel på et akut behov kan være etableringen af midlertidige skolebygninger, som følge af at der er konstateret skimmelsvamp i skolens klasselokaler, eller hvis en brand medfører, at der er behov for midlertidige bygninger.

Hvornår der er tale om et akut behov, der begrundes brugen af en hasteprocedure, vil altid være en konkret vurdering, som ordregiver skal kunne begrunde.

Adgangen til at anvende bestemmelsen kan bortfalde, hvis der går for lang tid fra den ekstraordinære omstændighed, der fører til, at ordregiver har et akut behov, til at ordregiver igangsætter sit udbud. Ordregiver skal i hver situation konkret vurdere, om betingelserne for at anvende proceduren er opfyldte, herunder sikre sig, at ordregivers akutte behov ikke i stedet vil kunne imødekommes ved anvendelse af udbudslovens almindelige minimumsfrister.

⁴² Jf. udbudslovens § 57, stk. 5.

⁴³ Jf. udbudslovens § 59, stk. 3, og § 60, stk. 6.

⁴⁴ Jf. udbudslovens § 63, stk. 2, og § 65, stk. 2.

Boks 4.1

Eksempel vedrørende brug af hasteprocedurer gennem en længere periode for samme indkøb

En ordregiver havde anvendt hasteproceduren i forbindelse med gentagne udbud af kontrakter vedrørende afsætning af affaldsforbrændingsslagge (herefter "slagge") til genanvendelse. Ved hvert udbud havde ordregiver angivet "begrænset oplagsplads for slagge" som begrundelse.

Selv om ordregivers anvendelse af hasteproceduren for det første indkøb af slagge muligvis var et udtryk for et akut behov, og dermed kunne have været berettiget, var hasteproceduren blevet en slags standardprocedure for ordregiver.

Ordregivers mekaniske brug af hasteproceduren for en række lignende indkøb gennem en længere periode uden en tilstrækkeligt konkret begrundelse var således uberettiget.

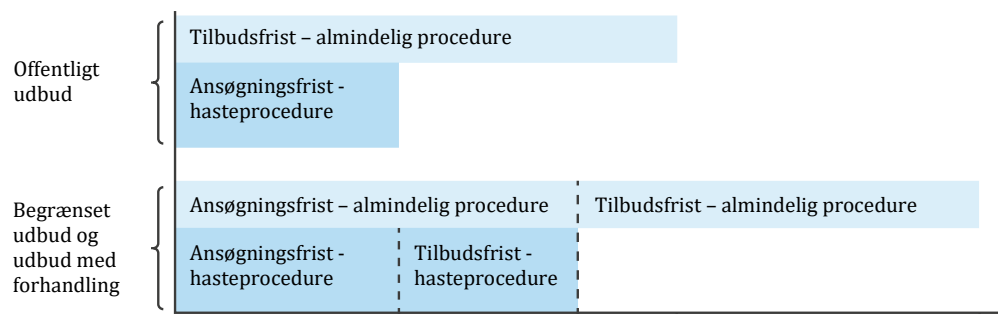
Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. april 2023, Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S.

Eksemplet i boks 4.1 viser, at man som ordregiver skal sikre sig, at der foreligger en konkret og præcis begrundelse for anvendelsen af hasteproceduren, og at denne vurdering skal foretages for hvert enkelt indkøb. Det tydeliggøres endvidere, at hvis ordregiver kan forudsige, at den situation, som oprindeligt medførte et akut behov for indkøb, strækker sig over en længere periode, kan ordregiver ikke opfylde sit løbende indkøbsbehov ved brug af hasteproceduren, da betingelsen om et akut behov næppe vil være opfyldt.

Anden betingelse: *Det akutte behov skal medføre, at det ikke er muligt for ordregiver at gennemføre udbuddet ved brug af udbudslovens almindelige minimumsfrister.*

Er der tale om et akut behov, og gør behovet det umuligt for ordregiver at overholde de almindelige minimumsfrister, kan ordregiver forkorte tidsfristerne. De forkortede frister fremgår af figur 4.2.

Figur 4.2 Illustration af fristerne for hasteprocedure



Note: Ikkestatslige ordregivere må forkorte tilbudsfristen helt ned til 10 dage i særlige tilfælde. Særlige tilfælde kan fx være, hvis der er tale om et ukompliceret udbud, der ikke vil kræve, at tilbudsgiverne skal afsætte længere tid end 10 dage til at udarbejde tilbuddet, eller hvis det i forbindelse med annullationen af et udbud må forventes, at det er de samme ansøgere, der bliver udvalgt.

Selv om betingelserne for at anvende en hasteprocedure er til stede, kan ordregiver ikke nødvendigvis forkorte tidsfristen ned til den kortest mulige frist. Ordregiver skal altid konkret vurdere, hvad der vil være en passende frist. Hvis der er opstået et akut behov, der gør det nødvendigt at forkorte fristen, kan ordregiver således ikke automatisk fastsætte fristen helt ned til hhv. 10 og 15 dage for ansøgnings- og tilbudsfrist.

Det vil således bero på en konkret vurdering, hvilken frist der er passende i det enkelte udbud. I den forbindelse bør ordregiver inddrage sit akutte behov for indkøb samt andre relevante forhold. Det kunne fx være udbuddets art og kompleksitet, herunder omfanget af

udbudsdokumenter og krav samt den tid, det tager for tilbudsgiver at tilvejebringe de oplysninger, der kræves ved afgivelse af tilbud. Den fastsatte tilbudsfrist skal således være proportional, hvilket vil sige, at forkortelsen af tilbudsfristen ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt. Ordregiver skal konkret begrunde forkortelsen af fristen ved brug af hasteproceduren i udbudsbekendtgørelsen.

Ved anvendelse af hasteproceduren skal ordregiver fortsat indhente dokumentation for oplysninger i ESPD'et⁴⁵ og afholde standstillperiode. I det tilfælde, hvor der kun er én tilbudsgiver, som afgiver et tilbud, er det ikke nødvendigt at afholde standstillperiode.

4.4 Hvornår kan udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse anvendes?

Hvis ordregivers behov for at foretage et indkøb er så akut, at et indkøb ikke kan nås inden for de forkortede frister ved anvendelse af hasteprocedure, kan ordregiver undersøge muligheden for, om indkøbet vil kunne foretages ved et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5. Denne procedure muliggør, at ordregiver i visse tilfælde kan forhandle direkte med en eller flere potentielle leverandører og tildele kontrakten uden forudgående udbud og altså direkte til én leverandør, der skal imødekomme det akutte behov.

Ved anvendelse af denne udbudsprocedure gælder der ingen proceduremæssige regler, ud over at der skal sendes en bekendtgørelse om indgåede kontrakter til EU's publikationskontor.⁴⁶ Det betyder, at der hverken er krav til offentliggørelse, tidsfrister eller lignende. For ordregiver betyder det i praksis, at man kan reagere så hurtigt, som det teknisk og fysisk er muligt. Ordregivere (der er forvaltningsmyndigheder) skal dog altid overholde de forvaltningsretlige principper om bl.a. forsvarlig økonomisk forvaltning og saglighed. Det kan derfor være hensigtsmæssigt for ordregiver at undersøge fx priser og kvalitet for den pågældende vare eller ydelse, i det omfang, at det er muligt, for at sikre en markedskonform pris.

For at man som ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5, skal samtlige af nedenstående betingelser være opfyldt:

1. Der skal foreligge en begivenhed, som ordregiver ikke har kunnet forudse.
2. Der skal foreligge tvingende grunde, som ikke tillader at overholde de generelle tidsfrister, som kræves ved de andre udbudsprocedurer.
3. Der skal være årsagssammenhæng mellem den uforudsigelige begivenhed og de deraf følgende tvingende grunde.

Derudover følger det af bestemmelsen, at indkøbet skal begrænse sig til det nødvendige, og der må således kun foretages indkøb i strengt nødvendigt omfang.

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse har et snævert anvendelsesområde og skal fortolkes indskrænkende, da der er tale om en undtagelse til gennemsigtighedsforpligtelsen.⁴⁷ Proceduren kan således kun anvendes i ganske særlige tilfælde og under

⁴⁵ Ordregiver kan på ethvert tidspunkt i udbudsprocessen kræve, at der fremlægges dokumentation, når det er nødvendigt, for at proceduren gennemføres korrekt, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

⁴⁶ Jf. udbudslovens § 129.

⁴⁷ Jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 18. november 2004 i sag C-126/03, Europa-Kommissionen mod Tyskland, præmis 23 (om dagældende artikel 11, stk. 3, litra d), i direktiv 92/50), hvor det fremgår, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, at den skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at der foreligger særlige omstændigheder, som berettiger til at anvende undtagelsen, påhviler den, der vil påberåbe sig dem.

ekstraordinære og uforudsigelige omstændigheder. Bevisbyrden for, at kravene er opfyldt, påhviler ordregiver. Ordregiver bør derfor konkret vurdere brugen i hvert enkelt tilfælde og i de tilfælde, hvor undtagelsen ønskes anvendt, dokumentere, at betingelserne er opfyldt.

Første betingelse: *Der skal foreligge en begivenhed, som ordregiver ikke har kunnet forudse.*

Denne betingelse indebærer, at behovet for indkøbet skal skyldes en begivenhed, som har været uforudsigelig for ordregiveren. Det indebærer for det *første*, at den akutte situation ikke må skyldes ordregivers egne forhold, fx at ordregiver ikke har fået igangsat sit udbud i rette tid. For det *andet* kan forhold, som ordregiver selv har indflydelse på, ikke anses for at være uforudsigelige. Dvs. at begivenhederne ikke må skyldes ordregivers handlinger eller på anden måde være mulige for ordregiver at afværge. Fx vil ordregivers ophævelse af en kontrakt som følge af leverandørens misligholdelse ikke anses som uforudsigelig, når ordregiver selv beslutter, hvornår ophævelsen skal effektueres.⁴⁸

Betingelsen om, at begivenheden skal have været uforudsigelig for ordregiver, indebærer ikke kun, at ordregiver subjektivt set ikke havde forudset den, men også at ordregiver objektivt set heller ikke burde have forudset den. Som eksempler på uforudsigelige begivenheder kan nævnes naturkatastrofer, der kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed, eller pludseligt opståede kriser. Forhold, som er sædvanligt forekommende, som fx manglende myndighedsgodkendelse af et projekt, kan derimod ikke anses for at være uforudsigelige.⁴⁹

Anden betingelse: *Der skal foreligge tvingende grunde, som ikke tillader at overholde de generelle tidsfrister, som kræves ved de øvrige udbudsprocedurer.*

Denne betingelse indebærer, at det indkøbsbehov, der udspringer af den akutte situation, skal være af tvingende grund og så presserende, at det ikke er muligt at overholde tidsfristerne for hverken en almindelig procedure eller hasteproceduren med de forkortede tidsfrister.⁵⁰

Tvingende grunde er ekstraordinære situationer, som ordregiver ikke selv er skyld i. Det kan fx være hensyn til offentlig sundhed eller sikkerhed, menneskers eller dyrs liv og sundhed, hensyn til miljø eller lignende. Tvingende grunde kan fx også være, hvis en naturkatastrofe eller behovet for beskyttelse mod smitsomme sygdomme kræver øjeblikkelig handling. Kort sagt betyder tvingende grunde, at ordregiver ikke kunne have forudset situationen og derfor skal handle hurtigt.

Vurderingen af, om indkøbsbehovet har tvingende karakter, skal foretages på baggrund af:

- » arten og omfanget af den skade, der kan indtræde, hvis ikke indkøbet foretages hurtigst muligt, og
- » risikoen for, at skaden faktisk indtræffer, hvis udbudsformen ikke anvendes.

For at opfylde betingelsen om, at der skal foreligge tvingende grunde, som ikke tillader anvendelsen af de almindelige udbudsprocedurer, herunder hasteproceduren, skal ordregiver

⁴⁸ Læs mere nedenfor i boks 4.6, der gennemgår Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. april 2023, KN Rengøring mod Herlev Kommune.

⁴⁹ Jf. EU-Domstolens dom i sag C-318/94. Her udtalte Domstolen i præmis 18: "Det forhold, at et organ, der skal godkende et projekt, rejser indvendinger inden den herfor fastsatte dato af grunde, som den har ret til at gøre gældende, udgør således en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse af planerne."

⁵⁰ Læs mere om hasteproceduren i afsnit 4.3.

foretage sit indkøb straks.⁵¹ Det betyder, at ordregiver, umiddelbart efter at behovet er opstået, skal tildele kontrakten til en eller flere leverandører. Hvis ordregiver venter med at foretage indkøbet, kan den anden betingelse om, at det ikke har været muligt at overholde tidsfristerne for gennemførelse af et udbud, ikke opfyldes.

Boks 4.2
Eksempel på uberettiget brug af udbud med forhandling grundet manglende hurtighed fra ordregiver

Det havde været muligt at anvende en hasteprocedure i forbindelse med et indkøb vedrørende opførelse af et lavinedige, da ordregiver i tre måneder havde haft kendskab til behovet for opførelsen. Ordregiver havde således ikke reageret tilstrækkeligt hurtigt til at kunne anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, på trods af at der umiddelbart var tale om tvingende grunde.

Note: EU-Domstolens dom i sag C-107/92, Kommissionen mod Italien.

Tredje betingelse: Der skal være årsagssammenhæng mellem den uforudsigelige begivenhed og de deraf følgende tvingende grunde.

Denne betingelse indebærer, at det akutte indkøb skal være forårsaget af det uforudsigelige behov, og at der således skal være en årsagssammenhæng mellem hændelsen og det efterfølgende indkøb. Med andre ord skal det være den uforudsete hændelse, der gør, at ordregiver foretager indkøbet.

Indkøbet skal begrænses til det strengt nødvendige

Ud over de tre ovenstående betingelser er det et krav, at den kontrakt, der indgås, er begrænset til det strengt nødvendige. Dette er et udtryk for proportionalitetsprincippet, hvorefter ordregiver alene kan foretage de nødvendige indkøb – og således ikke foretage yderligere indkøb, der går ud over, hvad der er nødvendigt for at imødekomme det akutte behov. Undtagelsesmuligheden kan altså kun anvendes for at dække tidsrummet, indtil der kan findes mere vedvarende løsninger, som skal udbydes efter de sædvanlige udbudsprocedurer, herunder eventuelt hasteprocedure.

Tillægsindkøb, der ikke er nødvendige for at imødekomme det akutte behov, er således ikke omfattet af undtagelsen. Ordregiver kan derfor ikke anvende undtagelsen til at købe "til lager" af eksempelvis varer. Hvis kontrakten kan opdeles, er det alene de dele af kontrakten, som det akutte behov er knyttet til, der er omfattet af undtagelsen. De øvrige dele, der ikke er knyttet til det akutte behov, skal udbydes efter de sædvanlige regler.⁵² Hvis ordregiver fx har et akut behov for at foretage indkøb af rengøringsydelser til fjernelse af skimmelsvamp i en daginstitution for at sikre børnenes og personalets sundhed, vil det ikke være proportionalt, hvis kontrakten eksempelvis også omfatter udvendig vinduespolering, som ikke er relateret til opgaven med fjernelse af skimmelsvamp.

Ordregiver bør derfor sikre, at den kontrakt, som ønskes tildelt i medfør af undtagelsen, alene omfatter de ydelser, som er strengt nødvendige for at imødekomme det akutte behov.

Den kontrakt, som ønskes undtaget fra de almindelige udbudsprocedurer, må heller ikke have en længere varighed, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme det akutte behov. Hvis kontrakten fx omfatter løbende leveringer over en periode, skal kontraktens længde være begrænset til det nødvendige. Her vil det typisk alene være nødvendigt at indgå en kontrakt for

⁵¹ Jf. EU-Domstolens dom i sag C-352/12 af 20. juni 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, præmis 50-52.

⁵² Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 80, stk. 5.

den periode, som det vil tage for ordregiver at finde en mere vedvarende løsning, fx indgåelse af en længerevarende kontrakt eller rammeaftale efter de almindelige udbudsprocedurer.

Anvendelse i praksis

EU-Kommissionen har i forbindelse med både asylkrisen i 2015 og covid-19-pandemien udstedt vejledninger og meddelelser om ordregivende myndigheders håndtering af akutte indkøb i krisesituationer.

Boks 4.3

Eksempel på brugen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med en asylkrise

I forbindelse med asylkrisen i 2015 stod EU over for en række udfordringer, der skyldtes en pludselig markant stigning i strømmen af asylansøgere. Medlemsstaterne skulle i den forbindelse hurtigt og effektivt imødekomme asylansøgernes umiddelbare behov, herunder indkvartering, forsyninger og tjenesteydelser.

EU-Kommissionen udstedte i den forbindelse en meddelelse om regler for offentlige udbud i forbindelse med den aktuelle asylkrise.⁵³ Formålet med meddelelsen var at give et overblik over ordregivende myndigheders mulighed for hurtigt at kunne stille infrastruktur, herunder indkvartering samt nødvendige varer og tjenesteydelser, til rådighed.

EU-Kommissionen udtalte, at det kunne lægges til grund, at ordregiver ikke havde kunnet forudse det pludselige behov, der opstod, for at hjælpe det forøgede antal asylansøgere, og at den pludselige og akutte situation gjorde de almindelige udbudsprocedurer uanvendelige. Undtagelsen kunne kun anvendes, hvis det ikke var muligt at gennemføre en udbudsprocedure efter hasteproceduren. Undtagelsen kunne også kun anvendes, indtil der blev fundet en vedvarende løsning – fx indgåelse af rammekontrakter.

Boks 4.4

Eksempel på brugen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med covid-19-pandemien

Under covid-19-pandemien stod ordregivere i hele EU over for en række udfordringer, der skyldtes den pludselige og omfattende sundhedskrise.

De offentlige ordregivere stod i spidsen for at sikre adgang til personlige værnemidler, som fx ansigtsmasker, beskyttelseshandsker og antigen tests, og medicinsk udstyr, som fx respiratorer og andre medicinske forsyninger, ligesom de også skulle sikre hospitals- og it-infrastruktur samt testkapacitet.

Indkøbene var yderligere vanskeliggjort af, at ordregiverne på tværs af medlemsstaterne oplevede en kæmpe stigning i efterspørgslen på de samme varer og ydelser, samtidig med at en række forsyningskæder blev brudt.

Både EU-Kommissionen⁵⁴ og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen⁵⁵ udstedte vejledninger og retningslinjer om rækkevidden for anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse som følge af tvingende grunde.

EU-Kommissionen vurderede, at covid-19-pandemien netop udgjorde en ekstraordinær og uforudseelig hastesituation, som kunne berettige anvendelsen af undtagelsen om akutte indkøb.⁵⁶ Kommissionen præciserede dog, at det skulle vurderes af ordregiver fra sag til sag, hvad der var strengt nødvendigt i de konkrete situationer. EU-Kommissionen anerkendte også, at

⁵³ Kommissionens meddelelse af 9. september 2015 – om regler for offentlige udbud i forbindelse med den aktuelle asylkrise, COM(2015) 454 final.

⁵⁴ Kommissionens meddelelse af 1. april 2020 – om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen (2020/C 108 I/01).

⁵⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat om *Udbudsretlige problemstillinger vedrørende COVID-19*.

⁵⁶ I Danmark svarende til brugen af udbudslovens § 80, stk. 5.

en usædvanlig stigning i efterspørgslen efter de samme produkter kunne betyde, at det var fysisk/teknisk umuligt at gennemføre udbud, selv ved hjælp af hasteprocedurene.

Boks 4.5

Eksempel på berettiget brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ved køb af antigen tests

Under covid-19-pandemien foretog en ordregiver et indkøb af antigen tests ved brug af proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5.

Ordregivers brug af udbudslovens § 80, stk. 5, var i overensstemmelse med udbudsloven, da behovet for indkøb af tests var uforudsigeligt for ordregiver. Det skyldtes, at behovet afhang af en udvikling i smitten som følge af nye varianter og mutationer, en udvikling i testene samt regeringens beslutning om en teststrategi som et forebyggende tiltag. Bl.a. af hensyn hertil forelå der tvingende grunde, som gjorde det umuligt for ordregiver af overholde de generelle tidsfrister i udbudsloven.

Der kunne ikke med rimelighed rejses tvivl om sammenhængen mellem pandemien og udviklingen heri og ordregivers behov for indkøb af tests.

Derudover var indkøbene alene blevet foretaget i strengt nødvendigt omfang til dækning af de umiddelbare behov, der var på tidspunktet for indkøbene og frem til det tidspunkt, hvor ordregiver forventeligt kunne afdække behovet ved gennemførelse af udbud.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. april 2024, DiaLab, Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening mod Region Midtjylland.

Udbudslovens § 80, stk. 5, kan også anvendes i andre tilfælde end i forbindelse med krisesituationer, som beskrevet ovenfor. Det kan fx være i situationer, hvor ordregiver kan have behov for at tildele en kontrakt for at sikre hurtige leverancer af varer eller ydelser, som nævnt i boks 4.6.

Boks 4.6

Eksempel på køb af service og vedligehold af et medicinhåndteringssystem

Ordregivers brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var berettiget ved indgåelse af en kontrakt vedrørende levering af et it-system til medicinhåndtering, da den hidtidige leverandør var gået konkurs, og ordregiver derfor havde et akut behov for service og vedligeholdelse af systemet. Der var tale om en force majeure-situation, og indgåelse af kontrakten var nødvendig af hensyn til patientsikkerheden.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. april 2013, Dojo Software ApS mod Region Nordjylland.⁵⁷

Anvendelsesområdet for udbudslovens § 80, stk. 5, er dog yderst snævert, og der skal meget til, før det er berettiget at foretage et udbud efter denne undtagelsesbestemmelse. Det fremgår af eksemplerne i boks 4.7.

⁵⁷ Det skal bemærkes, at kendelsen er fra før det nugældende udbudsdirektiv, men blev afsagt efter en tilsvarende bestemmelse i det tidligere udbudsdirektiv 2004/18, artikel 31, stk. 1, litra c.

Boks 4.7

Eksempler på uberettiget brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse**Dækningskøb af rengøring efter en misligholdt kontrakt**

Ordregivers brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var ikke berettiget i forbindelse med et dækningskøb efter ophævelse af en kontrakt med en rengøringsleverandør som følge af leverandørens gentagne misligholdelse.

Der kunne ikke udbydes en såkaldt "interimkontrakt"/nødkontrakt med den begrundelse, at der var tale om ekstraordinære omstændigheder, da ordregivers rengøringsleverandør ikke levede op til ordregivers rengøringsstandarder. Der var heller ikke tale om en uforudsigelig begivenhed, da ordregiver havde indledt overvejelser om genudbud samt havde nedsat en projektgruppe til at gennemføre udbuddet.

I henhold til kontrakten kunne ordregiver have krævet, at rengøringsleverandøren fortsatte med at levere den kontraktmæssige ydelse, på trods af ophævelse som følge af misligholdelse, indtil ordregivers behov for rengøring kunne opfyldes på anden vis. Derudover havde ordregiver ikke gjort gældende, at den mangelfulde eller manglende rengøring af visse lokaler i den periode, det ville tage at gennemføre et hasteudbud, ville medføre en alvorlig sundhedsrisiko for brugerne af lokalerne.

Ordregiver havde således ikke løftet bevisbyrden for, at der forelå tvingende grunde, som ikke gjorde det muligt at overholde fristerne for en almindelig udbudsprocedure eller eventuelt de forkortede frister ved anvendelsen af et hasteudbud. Kravet om årsagsforbindelse var derfor ikke opfyldt.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. april 2023, KN Rengøring mod Herlev Kommune.

Dækningskøb af affaldsindsamling efter annullerede udbud

Ordregiver havde flere gange forgæves forsøgt at udbyde en kontrakt om affaldsindsamling. De afholdte udbud var blevet aflyst som følge af fejl begået af ordregiver selv og dennes rådgiver.

Grundet tidsnød, som følge af de annullerede udbud, foretog ordregiver en direkte tildeling af kontrakten med den begrundelse, at affaldsindsamlingen nødvendigvis skulle foretages, da der var tale om et akut behov, som var båret af almenhedens interesser.

Den direkte tildeling var ikke berettiget, da det tidsmæssigt havde været muligt for ordregiver at gennemføre et udbud af kontrakten, hvis de forrige annullerede udbud var blevet tilrettelagt og gennemført efter udbudslovens regler. Der forelå dermed ikke en tvingende grund, som gjorde det umuligt for ordregiver at overholde de generelle tidsfrister.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug & Affald A/S.

Dækningskøb af vikarydelser efter en rammeaftale, der havde udtømt sin virkning

Det var ikke berettiget, at ordregiver anvendte udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ved indgåelse af en rammeaftale, der skulle gælde i en periode, mens ordregiver gennemførte et udbud af en ny rammeaftale vedrørende vikarydelser.

Ordregiver udbød en ny rammeaftale, da den fastsatte maksimumsværdi var forbrugt inden den tidligere rammeaftales udløb, hvorfor rammeaftalen havde udtømt sin virkning.

Der forelå ikke en uforudsigelig begivenhed, da det er ordregivers ansvar at føre kontrol med, at den maksimale værdi, der indkøbes på en rammeaftale, ikke overstiges. En ophævelse af en rammeaftale, som følge af at maksimalværdien i rammeaftalen er nået, og rammeaftalen således har udtømt sin virkning, kan ikke i almindelighed betegnes som en uforudsigelig begivenhed. Heller ikke selv om ophævelsen sker før rammeaftalens fastlagte ophør.

Ordregiver kunne ikke løfte bevisbyrden for, at der forelå tvingende grunde, der ikke tillod at overholde de generelle frister. Ordregiver havde i den forbindelse ikke redegjort nærmere for, hvorfor man ikke kunne bruge de almindelige procedurer, herunder hasteproceduren.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. maj 2024, SundVikar A/S mod Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune.

Indkøb af pulke i et vinterklima

Der var ikke tale om en uforudsigelig begivenhed, der berettigede brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, i forbindelse med en ordregivers indkøb af pulke til brug for transport i arktiske egne.

Ordregiver havde tidligere ad flere omgange anskaffet pulke fra flere leverandører af pulke. Derudover havde ordregiver, forud for indkøbet, i en periode opholdt sig i Letland, hvorfor ordregiver allerede på et tidligere tidspunkt burde have indset det mulige behov for særlige transportmidler, herunder pulke, i det omhandlede terræn. Det fremgik også af et referat hos ordregiver, at vinterklimaet i Letland gjorde det delvist umuligt at transportere ved hjælp af andet udstyr. Af disse årsager var der ikke tale om en uforudsigelig begivenhed.

Herudover var indkøbets tvingende karakter ikke til hinder for, at ordregiver kunne have foretaget et indkøb efter udbudslovens almindelige udbudsprocedure, herunder hasteproceduren, da hovedparten af de indkøbte pulke først blev leveret tre måneder efter den indgående kontrakt.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. maj 2024, Acapulka mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.⁵⁸

Tabel 4.1 indeholder en oversigt over ligheder og forskelle mellem tildeling efter en hasteprocedure og efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5.

⁵⁸ Det skal bemærkes, at det konkrete indkøb var omfattet af udbudslovens afsnit IV om offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse. Selv om der i afsnit IV ikke direkte henvises til udbudslovens § 80, stk. 5, fremgår det af lovbemærkningerne til § 191, at det er hensigten, at reglerne for indgåelse af kontrakter under EU's tærskelværdier med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 191, stk. 1, i videst muligt omfang skal svare til reglerne for indgåelse af kontrakter om sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som nævnt i § 186 (light-ydelser). Af disse regler fremgår det direkte af § 187, stk. 5, at der kan ske fravigelse i tilfælde der svarer til de tilfælde, der er omfattet af §§ 80-83. Dette støttes endvidere af, at klagenævnet foretog en vurderingen af, om ordregiver i den konkrete sag havde opfyldt betingelserne for anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5.

Tabel 4.1 Ligheder og forskelle mellem hasteprocedure og udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

	Indkøb efter hasteprocedure	Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5
Anvendelsesområde	Følgende betingelser skal være opfyldt: 1. Der skal foreligge et akut behov hos ordregiver, og 2. Det akutte behov skal medføre, at det ikke er muligt for ordregiver at gennemføre udbuddet ved brug af udbudslovens almindelige minimumsfrister.	Følgende betingelser skal være opfyldt: 1. Der skal foreligge en begivenhed, som ordregiver ikke har kunnet forudse. 2. Der skal foreligge tvingende grunde, som ikke tillader at overholde de generelle tidsfrister, som kræves ved de andre udbudsprocedurer. 3. Der skal være årsagssammenhæng mellem den uforudsigelige begivenhed og de deraf følgende tvingende grunde. Derudover følger det af bestemmelsen, at indkøbet skal begrænse sig til det nødvendige, og der må således kun foretages indkøb i strengt nødvendigt omfang.
Angivelse af begrundelse for anvendelse	Begrundelsen for at anvende en hasteprocedure skal angives i udbudsbekendtgørelsen, herunder hvorfor det ikke er muligt at gennemføre udbuddet ved brug af udbudslovens almindelige minimumsfrister. Ordregiver skal også begrunde forkortelsen af fristen ved brug af hasteproceduren.	Det er ordregivers ansvar at sikre sig, at der er behørig dokumentation for brugen af bestemmelsen. Denne begrundelse kan med fordel gemmes i et journaliseret notat, der vedrører den konkrete sag.
Proces	Følger procedurerne for offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling, men med mulighed for reducerede ansøgnings- og/eller tilbudsfrister.	Ingen proceduremæssige krav.
Offentliggørelse af indkøb ved bekendtgørelse	Ja	Nej
Krav til frister	Ja	Nej
Indhentelse af dokumentation for udelukkelsesgrunde m.v.	Ja. Dog kan ordregiver indhente dokumentation på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren, jf. udbudslovens § 151, stk. 2, når dette er nødvendigt, for at proceduren gennemføres korrekt.	Ja. Dog kan ordregiver indhente dokumentation på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren, jf. udbudslovens § 151, stk. 2, når dette er nødvendigt, for at proceduren gennemføres korrekt.
Afholdelse af standstillperiode	Ja, medmindre der kun er modtaget ét tilbud.	Nej, medmindre der er indhentet tilbud fra flere tilbudsgivere.
Bekendtgørelse om indgåede kontrakter	Ja	Ja. Bekendtgørelsen skal indeholde en begrundelse for procedurens anvendelse.
Kontraktens omfang og varighed	Som udgangspunkt er der ingen begrænsninger i kontraktens omfang eller varighed, når der indkøbes efter en hasteprocedure. Dog kan man ikke bruge hasteproceduren konsekvent ved de samme løbende indkøb.	Indkøbene skal begrænses til det strengt nødvendige og kan kun dække tidsrummet, indtil der kan findes mere vedvarende løsninger, der tildes efter de almindelige procedurer.

4.5 Længerevarende krisesituationer

Ved længerevarende krisesituationer kan der opstå spørgsmål om, hvor længe en begivenhed er uforudset, eller om en begivenhed igen kan blive uforudset, hvilket kan berettige anvendelsen af en hasteprocedure eller udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5.

Det er afgørende, at ordregiver handler i umiddelbar forlængelse af, at et akut behov opstår. Ellers risikerer ordregiver, at adgangen til at anvende enten hasteproceduren eller udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse forpasses.

Et akut behov kan udløses af en begivenhed, fx en epidemi, men et akut behov kan også opstå som følge af en udvikling eller andre begivenheder i forlængelse af en krisesituation. Det kan fx være, at ordregiver har behov for at foretage et indkøb på et område, som grundet omstændighederne bliver akut igen. Den nye akutte situation gør, at ordregiver på ny skal vurdere, om betingelserne for brug af enten hasteproceduren eller udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er opfyldt, jf. afsnit 4.3 og afsnit 4.4.

Boks 4.8 Eksempel på en uforudsigelig udvikling i en krisesituation

Under covid-19-pandemien var der flere forhold og situationer, som de ordregivende myndigheder havde afhjulpet ved indkøb efter hasteproceduren eller udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, der blev akutte igen. Dette skyldtes, at udviklingen og dermed håndteringen af covid-19-pandemien ændrede sig hele tiden.

Eksempelvis var smitteudviklingen påvirket af nye varianter og mutationer, som havde stor betydning for muligheden for at kunne forudsige smitteudviklingen. De skiftende varianter og mutationer havde derfor stor indvirkning på strategien for og planlægningen af de specifikke behov for indkøb af bl.a. hurtigtests, idet hurtigtests var variant- og mutationsuafhængige, ligesom antallet af patienter, der havde behov for lægebehandling, var påvirket heraf og dermed uforudsigeligt.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. april 2024, DiaLab, Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening mod Region Midtjylland.

Politiske beslutninger, fx i forbindelse med krigssituationer, kan også medføre uforudsigelige omstændigheder. Det kan fx være vedtagelsen af yderligere sanktioner over for Rusland, der forhindrer import af visse varer derfra eller fra andre lande, og som påvirker ordregivers mulighed for at dække sit indkøbsbehov i medfør af en eksisterende kontrakt.

4.6 Håndtering af igangværende udbudsprocedurer

Opstår der krisesituationer under en igangværende udbudsprocedure, har ordregiver mulighed for at:

- » Forlænge fristerne for afgivelse af tilbud på det igangværende udbud
- » Annullere sit udbud og eventuelt foretage et nyt udbud, fx efter en hasteprocedure eller efter udbudslovens § 80, stk. 5, hvis betingelserne er opfyldt.

Muligheden for at forlænge eventuelle fastsatte frister i igangværende udbudsprocedurer kræver, at det er begrundet i varetagelsen af saglige hensyn. Det fremgår af udbudslovens §

93, stk. 4, at fristen for modtagelse af tilbud kan forlænges.⁵⁹ En forlængelse af tilbudsfristen skal ske under overholdelse af de EU-retlige principper, herunder proportionalitets- og ligebehandlingsprincippet.⁶⁰

Et sagligt grundlag kan skyldes forhold hos ordregiveren, fx nødvendig karantæne eller nødvendig hjemsendelse af medarbejdere, som vi så det under covid-19-pandemien. Disse forhold medførte, at der var udbudsprocesser, der ikke kunne overholde den fastsatte tidsplan.

Formålet med at fastsætte en passende tilbudsfrist er bl.a. at fremme en effektiv konkurrence. Krisesituationer, der indebærer, at der må forventes færre tilbud, hvis tidsfristen ikke forlænges, kan derfor udgøre et sagligt hensyn.

Konkret vil forlængelsen af tilbudsfristen ske ved en ændring af udbudsbekendtgørelsen. Såfremt der er tale om en begrænset procedure, fx begrænset udbud eller udbud med forhandling, hvor tilbudsfristen ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen, skal ændringen meddeles de udvalgte tilbudsgivere eller offentliggøres det sted, hvor udbudsmaterialet er offentliggjort.

I henhold til proportionalitetsprincippet skal forlængelsen af tilbudsfristen stå i et rimeligt forhold til det hensyn, som varetages ved forlængelsen.

4.7 Mulighederne for ændring af igangværende kontrakter

I visse situationer kan ordregiver have et ønske om at ændre i en igangværende kontrakt. Det kan eksempelvis være, at ordregiver som følge af en forsyningskrise har brug for at udvide en igangværende kontrakt for at imødekomme et ændret indkøbsbehov. Et andet eksempel kan være, at ordregiver, for at sikre forsyningssikkerheden, har behov for at tilpasse kontrakten, hvis en forsyningskrise har store konsekvenser for priserne i kontrakten, medfører leveringsvanskeligheder eller lignende.

En kontrakt eller rammeaftale,⁶¹ der har været udbudt, kan dog ikke frit ændres – heller ikke selv om parterne kan opnå enighed om en ændring. Årsagen til, at en udbudt kontrakt ikke frit kan ændres, er, at udbudsloven er til for at beskytte konkurrencen og sikre ligebehandling af og gennemsigtighed for leverandørerne.

Udgangspunktet i udbudsloven er, at der kan foretages ændringer af kontrakter, som ikke er ændringer af grundlæggende elementer. Hvis ændringerne angår kontraktens grundlæggende elementer, kræver det et fornyet udbud. Lovlige ændringer af en igangværende kontrakt kan fx være ændringer som følge af ændringsklausuler eller i andre kontraktbestemmelser, hvor der er aftalt en ret mellem parterne til at kræve ændringer under nærmere angivne betingelser. Det kan også være bagatelagtige ændringer eller ændringer som følge af uforudsete forhold. I Figur 4.3 findes en oversigt over ordregivers muligheder for at ændre en igangværende kontrakt uden at skulle igangsætte et nyt udbud.

⁵⁹ Det fremgår også af udbudslovens § 93, stk. 4, at ordregiveren i visse situationer skal forlænge fristen.

⁶⁰ Jf. lovbemærkningerne til § 93, stk. 4.

⁶¹ Udbudslovens ændringsregler i §§ 178-184 gælder såvel kontrakter som rammeaftaler. I dette afsnit bruges begrebet "kontrakter" derfor for begge disse aftaleformer.

Figur 4.3 **Oversigt over ordregivers muligheder for at ændre en eksisterende kontrakt**

Ændring af grundlæggende elementer Udgangspunktet er, at det kræver et nyt udbud, medmindre ændringen henføres til en af de specifikke situationer, som ikke udgør ændringer af kontraktens grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 178.				
Sker ændringen som følge af en ændringsklausul?	Er ændringen under bagatelgrænsen?	Er ændringen et suppleringskøb?	Angår ændringen udskiftning af en leverandør?	Skyldes ændringen uforudsete omstændigheder?
Udbudslovens § 179	Udbudslovens § 180	Udbudslovens § 181*	Udbudslovens § 182*	Udbudslovens § 183

Note: * Nedenstående gennemgang har fokus på udbudslovens regler om ændring af kontrakter, som umiddelbart er vurderet til at være relevante i forhold til krisesituationer. På den baggrund er reglerne om suppleringskøb efter udbudslovens § 181 og udskiftning af leverandør efter udbudslovens § 182 ikke gennemgået særskilt. Det kan dog ikke udelukkes, at disse bestemmelser kan være relevante i konkrete situationer. For en gennemgang af disse bestemmelser henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.

Hvad er grundlæggende elementer?

Udbudsloven definerer ikke, hvad der skal anses for at være grundlæggende elementer, men det fremgår, hvornår der er tale om en *ændring* af grundlæggende elementer.

Boks 4.9

Ændring af grundlæggende elementer

Af udbudslovens § 24, nr. 37, fremgår det, at en ændring af grundlæggende elementer er en ændring, der kunne have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen var fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.

En vurdering af, hvad der er grundlæggende elementer, må således skulle vurderes i forhold til udbudslovens definition af, hvad der udgør en *ændring* af grundlæggende elementer.

Det vil være en konkret vurdering, hvad der anses for grundlæggende elementer i forhold til den enkelte kontrakt. I den forbindelse vil man skulle vurdere ovenstående definition sammenholdt med den udbudte opgave, herunder de krav og betingelser, som ordregiver har stillet i sit udbudsmateriale.

Hvornår er der tale om ændring af et grundlæggende element?

Det følger af udbudslovens § 178, stk. 2, at en ændring af en kontrakt er en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt.

En ændring anses altid for at være en ændring af kontraktens grundlæggende elementer, når

1. ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
2. kontraktens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for
3. ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde eller
4. en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.

Punkt 1-3 vurderes særligt at kunne være relevante ved vurdering af ændringer ved indkøb i hastende tilfælde i en krisesituation, hvorfor punkt 4 ikke gennemgås særskilt nedenfor.

Første forhold: *Indfører nye betingelser, som ville have givet adgang for andre*

En ændring anses altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, hvis ordregiveren indfører betingelser, som ville have:

- » Givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte
- » Givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller
- » Tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.

Det er afgørende, om den ændring, der foretages, potentielt kunne have skabt en anden konkurrencesituation på det tidspunkt, hvor kontrakten blev udbudt, hvis de nye betingelser også havde været gældende på det tidspunkt. Det er således ikke ændringens størrelse, der er afgørende, men hvorvidt kredsen af ansøgere m.v. ville have været anderledes. Det betyder, at hvis ordregiver fx lempet eller ændrer i krav til ydelsen, kontraktens betingelser eller lignende, kan det være med til, at andre virksomheder kunne have været interesseret i opgaven, eller at resultatet af udbuddet ville have været et andet. Som ordregiver skal man også være opmærksom på, at frafald af mindstekrav også kan udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvis det kunne have ændret på konkurrencesituationen på det tidspunkt, hvor kontrakten blev udbudt.⁶²

Andet forhold: *Ændring af den økonomiske balance til fordel for leverandøren*

Ændringer i aftalens balance til fordel for leverandøren anses også som en ændring af grundlæggende elementer. Hermed menes balancen mellem ydelse og modydelse, og det omfatter enhver ændring, der kan have økonomisk betydning. Det kan være ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse. Det kan også være regulering af bodsbestemmelser, leveringstidspunkt, ansvarsbegrænsninger eller tilsvarende forhold, som en tilbudsgiver ved tilbudsafgivelsen typisk vil kapitalisere i form af et risikotillæg.

Baggrunden for, at det er afgørende, om der er tale om en ændring til leverandørens økonomiske fordel og ikke ordregiverens, er, at en merydelse ikke er blevet konkurrenceudsat. Fx vil prisændringer på baggrund af en prisreguleringsklausul⁶³, som fremgår af en konkurrenceudsat kontrakt, ikke være en ændring af et grundlæggende element, da klausulen allerede var kendt på tidspunktet for afgivelse af ansøgninger eller tilbud. Det ændrer derfor ikke den økonomiske balance for tilbudsgivere eller ansøgere. Havde ordregiver derimod tilføjet en prisreguleringsklausul efter kontraktens indgåelse, kunne det ændre balancen til fordel for leverandøren, hvorfor der kunne være tale om en ændring af et grundlæggende element.

Ændringer foretaget til fordel for ordregiveren, fx fjernelse af en prisreguleringsklausul, er ikke omfattet af denne bestemmelse, men de vil dog kunne udgøre en ændring af grundlæggende elementer, hvis de øvrige forhold er til stede.

⁶² Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen mod Fynbus m.fl., og kendelse af 1. februar 2023, DKK mod Affald Plus.

⁶³ Læs mere om prisreguleringsklausuler i afsnit 3.4.

Tredje forhold: *Betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde*

Betydelige udvidelser af en kontrakts anvendelsesområde, hvad angår både omfang og art, kan være at anse som en ændring af grundlæggende elementer.

Udvidelser i omfanget vil være "mere af den samme ydelse" og vil oftest kunne opgøres til en økonomisk værdi. Det vil altid være en konkret vurdering, hvor det afgørende er, om udvidelsen anses for betydelig eller ej i forhold til den oprindelige kontrakt.

Eventuelle udvidelser skal være betydelige for at ændre grundlæggende elementer, hvilket indebærer, at der skal være tale om ændringer, der går ud over bagatelagtige ændringer, jf. udbudslovens § 180.⁶⁴ Der skal også være afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, så det er klart, at det har været parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. Det er således ikke udelukket, at en udvidelse af en kontrakts anvendelsesområde, der er større end værdierne i § 180, kan tillades uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure.

Ved ændringer af kontraktens art kan der være tale om, at der skal leveres en helt anden ydelse end den oprindelige, fx at der skal leveres elektrisk ydelser i stedet for rengøringsydelser.

Udbudslovens § 178, stk. 2, punkt 1-4, skal ikke ses som en udtømmende liste over forhold, der skal være opfyldt, for at en kontraktændring kan anses som en ændring af grundlæggende elementer. Hvis det efter en konkret vurdering er klart, at ændringen i kontraktens bestemmelser er afgørende forskellig fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, vil ændringen være at anse som en ændring af grundlæggende elementer.

Ændring af en kontrakt vil dog under alle omstændigheder ikke være at anse som en ændring af grundlæggende elementer, hvis den kan henføres til en af undtagelsesbestemmelserne i §§ 179-183.

Ændringer, der ikke er ændringer af grundlæggende elementer

Udbudsloven indeholder en række forskellige typer af ændringer, som ikke anses for at være ændringer af grundlæggende elementer. Falder en ændring under en af disse kategorier, vil ændringen være lovlig at foretage.

Ændringsklausuler⁶⁵

Ændringer af en kontrakt, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Ordregiver må således ikke have et ubetinget frit valg med hensyn til, hvilke ændringer der kan foretages i en offentlig kontrakt. En ændringsklausul må endvidere ikke medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse, samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. En ændringsklausul vil være klar, præcis og entydig, hvis leverandørerne kan støtte ret på klausulen ved en domstol, voldgift eller lignende.

Optioner er et eksempel på et element i en kontrakt, hvor ordregiver forbeholder sig retten – men ikke pligten – til at gøre brug af en bestemt ydelse eller forlængelse på nærmere angivne vilkår. Optioner kan være at betragte som ændringsklausuler og kan eksempelvis vedrøre

⁶⁴ Læs mere om bagatelagtige ændringer efter udbudslovens § 180 nedenfor.

⁶⁵ Jf. udbudslovens § 179.

forlængelse af kontraktens løbetid, udvidelse af kontraktens omfang eller tilkøb af yderligere ydelser som beskrevet i udbudsmaterialet.

- » En ændringsklausul skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse.

En ændringsklausul kan fx indføres i udbudsmaterialets udkast til en kontrakt. Disse ændringer anses som ændringer i *medfør* af kontrakten og ikke ændringer af kontrakten. Har kontrakten taget højde for ændringerne, anses ændringerne for at have været konkurrenceudsat som en del af udbuddet, og der vil dermed ikke være tale om en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten. Dog forudsat at klausulen er beskrevet så klart, at det har været muligt for tilbudsgiverne at forstå bestemmelsen og rækkevidden af den og dermed tage den i betragtning ved deres afgivelse af tilbud.

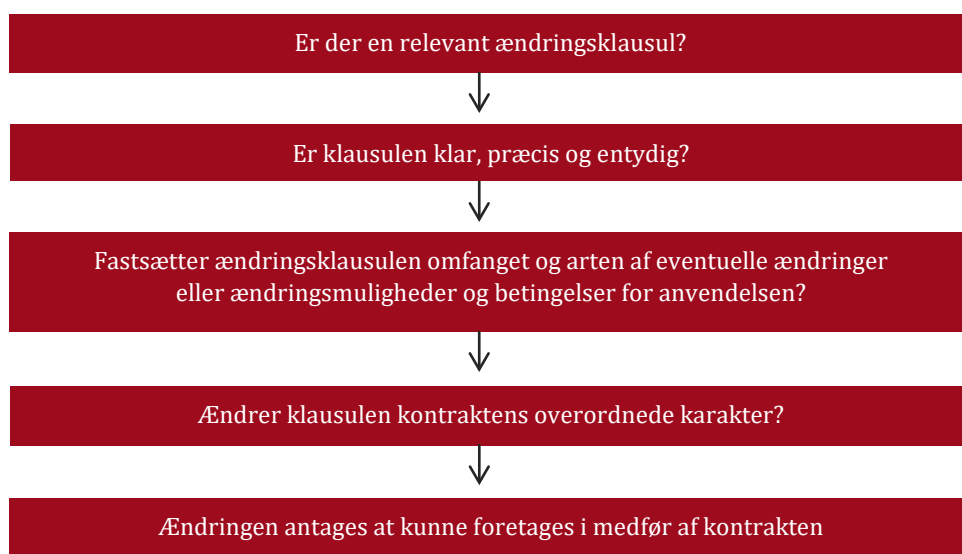
En ændringsklausul kan fx omfatte prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på at sikre, at der kontinuerligt leveres tidssvarende og eventuelt mere forsynings-sikre varer eller tjenesteydelser. Det kan også være nogle af de eksempler på klausuler, der er nævnt i afsnit 3.4.

- » En ændringsklausul må ikke ændre kontraktens overordnede karakter.

Det er også et krav, at ændringsklausulen ikke må ændre kontraktens overordnede karakter. Hermed menes, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked, end hvad der var tilfældet i den oprindelige udbudsprocedure. Hvis fx en kontrakt om levering af mundbind indeholder en klausul, som giver mulighed for at udskifte sortimentet, og leverandøren på grund af ressourceknaphed ønsker at udskifte mundbind med ansigtsvisirer, skal ordregiver vurdere, om en sådan ændringsklausul vil betyde, at kontrakten henvender sig til et andet marked end i den oprindelige udbudsprocedure.

Når ordregiver står over for en ændring, skal det således vurderes, hvorvidt ændringen kan rummes inden for den konkrete ændringsklausul. Tager kontrakten højde for de ændringer, ordregiver ønsker at foretage, anses ændringerne for at have været konkurrenceudsat, som en del af det oprindelige udbud, og ændringen vil herefter kunne foretages.

Figur 4.4 **Ordregivers overvejelser i forbindelse med brug af en ændringsklausul**



Indeholder kontrakten ikke en ændringsklausul, eller beskriver ændringsklausulen ikke de ændringer, der skal foretages, klart, præcist og entydigt, kan ændringen ikke foretages i medfør af kontrakten.

Ordregiver skal i stedet vurdere, om ændringen vil være en tilladelig ændring af kontrakten efter en af de øvrige situationer, der fx er oplistet nedenfor.

Bagatelændringer⁶⁶

Mindre ændringer af en kontrakt anses ikke som ændringer af kontraktens grundlæggende elementer, hvis nedenstående betingelser er opfyldt:

1. Værdien af ændringerne er lavere end den relevante tærskelværdi⁶⁷ og
2. Værdien af ændringerne er lavere end 10 procent af den oprindelige kontrakts værdi for vare- og tjenesteydelseskontrakter og under 15 procent for bygge- og anlægskontrakter.

Opfylder en ændring ovenstående betingelser, anses den ikke for at ændre kontraktens grundlæggende elementer og kan dermed foretages uden fornyet udbud, hvis ændringen heller ikke ændrer kontraktens overordnede karakter. Det vil altid være en konkret vurdering, hvorvidt en kontrakts overordnede karakter ændres.⁶⁸

Denne bagatelregel giver mulighed for at kunne foretage mindre justeringer i en kontrakt, som fx ændringer i omfang eller mindre forlængelser, så længe kontrakten ikke ændrer karakter og ændringen kan udtrykkes i form af en økonomisk værdi.

Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen.

Boks 4.10 Eksempel vedrørende en bagatelmæssig ændring af en kontrakt

I forbindelse med en udbudt kontrakt vedrørende indkøb af syv togsæt blev der indgået en til-lægskontrakt vedrørende indkøb af ladestik til togsættene.

Ændringen var ikke en ændring af grundlæggende elementer, da tilkøbet var under tærskel-værdien, og da tilkøbet efter en samlet vurdering ikke havde et sådant omfang eller en sådan karakter, at ændringen berørte den overordnede kontrakts karakter. Derudover medførte æn-dringen heller ikke en ændring af kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for, ligesom ændringen heller ikke udvidede kontraktens anvendelsesområde betydeligt.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2022, Stadler Deutschland GmbH mod MJ Batteritog A/S.⁶⁹

Uforudsete forhold⁷⁰

Ordregivende myndigheder kan blive udsat for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten, især når kontrakten løber over en længere periode.

⁶⁶ Jf. udbudslovens § 180.

⁶⁷ De gældende tærskelværdier findes på kfst.dk.

⁶⁸ Læs mere om ændring af en kontrakts overordnede karakter i afsnittet ovenfor om ændringsklausuler.

⁶⁹ Kendelsen vedrører forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, som svarer til udbudslovens § 180.

⁷⁰ Jf. udbudslovens § 183.

I visse tilfælde kan ordregiver ændre kontrakten som følge af uforudsete forhold, som ordregiver ikke kunne forudse på tidspunktet for indgåelse af kontrakten, uden at det anses som ændringer af kontraktens grundlæggende elementer, som kræver gennemførelse af en ny udbudsprocedure.

Ændringer af en kontrakt anses således ikke som ændringer af kontraktens grundlæggende elementer, når:

1. behovet for ændringen ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver
2. kontraktens overordnede karakter ikke ændres og
3. værdien af ændringen ikke overstiger 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt.

Første betingelse: *Behovet for ændringen kunne ikke forudses af en påpasselig ordregiver*

Begrebet "uforudsigelige omstændigheder" henviser til forhold, som ikke kunne forudses trods rimelig omhyggelige forberedelser ved den oprindelige tildeling, under hensyntagen til tilgængelige midler, projektets art og karakteristika, god praksis på området og nødvendigheden af at sikre et rimeligt forhold mellem de anvendte ressourcer og den forudsigelige værdi.⁷¹

Hvorvidt der er tale om uforudsete forhold, vil altid bero på en konkret vurdering. Fx vil mere regelmæssige eller sæsonbetonede vejrforhold ikke være uforudsete omstændigheder,⁷² dog kan det formentlig forholde sig anderledes med ekstreme vejrforhold og hændelser, som kan være af en sådan usædvanlig styrke eller af et sådant omfang, at de kan kvalificeres som uforudsete omstændigheder.⁷³ Ændringer i geopolitiske forhold, teknologispring og tilsvarende kan også være eksempler på uforudsete forhold, der efter omstændighederne kan begrunde, at ændringer kan foretages lovligt.

Boks 4.11
Eksempel vedrørende
Ruslands invasion af
Ukraine

Som eksempel på en begivenhed, der ikke med rimelighed kunne være forudset af ordregiver, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at de konsekvenser, som Ruslands invasion af Ukraine har medført, i form af uforholdsmæssigt store prisstigninger, varemangel, leveringsproblemer m.v., kunne udgøre en begivenhed, der ikke med rimelighed kunne være forudset af ordregiver før den 24. februar 2022.

Udbudslovens § 183 ville i et sådant tilfælde kunne anvendes efter en konkret vurdering, hvis ændringen overholdt betingelserne oplyst ovenfor samt de udbudsretlige principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.

Anden betingelse: *Kontraktens overordnede karakter ændres ikke*

Ligesom det fremgår ovenfor vedrørende ændringsklausuler og bagatelagtige ændringer, må kontraktens overordnede karakter ikke ændres, fx ved at erstatte de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal indkøbes, med noget andet eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, da der i en sådan situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet.

⁷¹ Jf. præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet.

⁷² Jf. de forenede sager C-441/22 og C-443/22 Obshtina Razgrad, hvor EU-Domstolen understregede, at vejrforhold ikke er uforudsigelige omstændigheder.

⁷³ Jf. generaladvokatens udtalelse i C-525/03, Kommissionen mod Italien.

Tredje betingelse: *Værdien af ændringen overstiger ikke 50 procent af den oprindelige kontrakts værdi*

Kravet om, at ændringen ikke må overstige 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt, gælder for hver af ændringerne, hvis der foretages flere ændringer af kontrakten. Flere successive ændringer kan således godt indebære en samlet værdistigning på over 50 procent. Sådanne successive ændringer må dog ikke have til formål at omgå udbudsloven, dvs. udelukke kontrakter fra lovens anvendelsesområde, jf. § 2, stk. 2.

Ved ændring af en kontrakt efter bestemmelsen om uforudsete forhold har ordregiver pligt til at offentliggøre en bekendtgørelse herom i EU-Tidende.⁷⁴ Bekendtgørelsen har alene til formål at skabe gennemsigtighed og beskytter fx ikke mod, at kontrakten kan erklæres for uden virkning, som ved profylaksebekendtgørelser.

⁷⁴ Jf. udbudslovens § 184, stk. 2.
