

Almene bygherrers erfaringer med udbudsloven

Indledning

Bygherreforeningen og Almennet har i samarbejde undersøgt almene bygherrers udbudspraksis. Formålet har været at få indblik i de almene bygherrers erfaringer med udbudsloven. Disse erfaringer spiller ind i Almennets udviklingsprojekt "Muligheder i udbudsloven" og giver dermed et overblik over de almene bygherrers anvendelse af udbudsloven frem mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evaluering af loven i 2020.

Baggrund

For at få indblik i de almene bygherrers erfaringer med udbudsloven har Bygherreforeningen foretaget en minisurvey, afholdt en workshop og lavet kvalitative interviews. 12 almene bygherrer har besvaret surveyen, 14 har deltaget i workshoppen sammen med offentlige og private bygherrer, mens fire almene bygherrer efterfølgende er blevet interviewet for at få underbygget pointer, der er fremkommet i forløbet.

Derudover er data fra en større survey foretaget blandt Bygherreforeningens medlemmer inddraget med særligt fokus på de almene bygherrers besvarelser.

Læsevejledning

Denne publikation giver indledningsvis en indføring i de almene bygherrers tilgang til udbud. Derefter følger en række nedslag i udbudsloven, som de almene bygherrer finder udfordrende. For hvert nedslag er der først beskrevet en problemstilling, hvorefter den er udfoldet med pointer fra surveys og interviews, inden der gives anbefalinger til, hvordan dette kan forbedres.

Publikationen afsluttes med en opsummerende refleksion over, hvad der kan bidrage til en forbedret udbudspraksis hos de almene bygherrer.

God læselyst!

Almene bygherrers tilgang til udbud

I det følgende gives der en indføring i de almene bygherres tilgang til udbud samt, hvordan den adskiller sig fra de offentlige bygherres udbudspraksis.

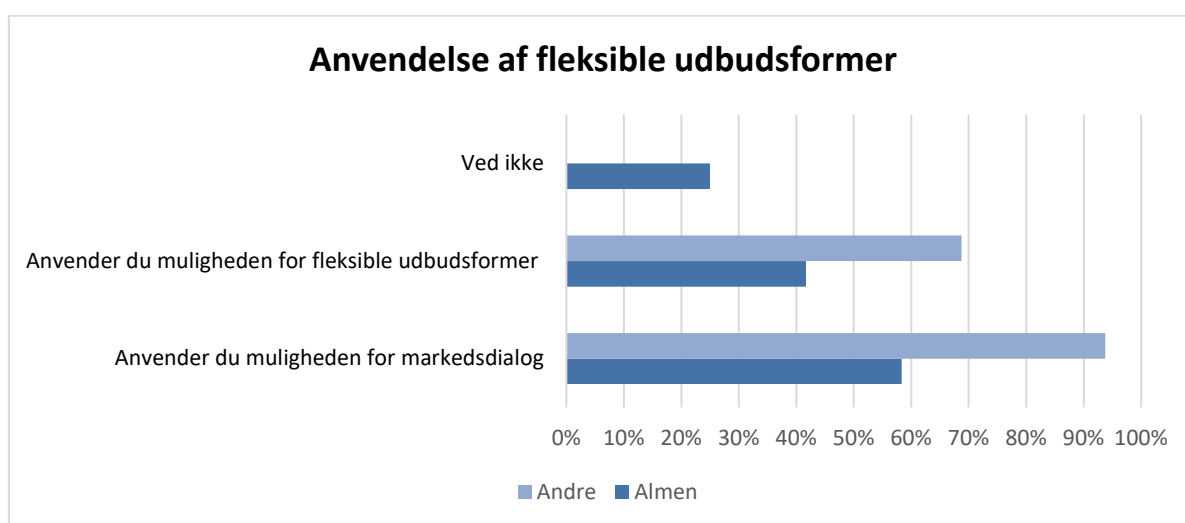
Almene bygherrer er ikke jurister

Gennem undersøgelsen ses der en tendens til, at udbudsopgaver i de offentlige bygherreorganisationer typisk er varetaget af jurister. Dette gør sig ikke på samme måde gældende i de almene bygherreorganisationer, hvor det i højere grad er medarbejdere med en byggefaglig baggrund – ingeniør, arkitekt etc. – der sidder med udbuddene. Dette indikerer en mulig forskel mellem den måde almene bygherrer og offentlige bygherrer griber den indledende planlægning af udbud an. Lidt karikeret kan man sige, at de offentlige bygherreorganisationers jurister typisk starter med at se, hvad der kan lade sig gøre inden for de lovgivningsmæssige rammer, mens de almene bygherreorganisationers udbudsfolk først ser på projektets målsætninger og dernæst forsøger at forløse dette i et udbud.

”Man kan spørge sig selv, om vi er kreative nok, når vi laver udbud? Vi er nok ikke lige så dygtige som juristerne til at gå til kanten. Omvendt er det svært at få jurister til at være kreative, hvis man ikke laver opgaver til det. Derfor ender man i plejer. Som bygherre skal man været afklaret om, hvad man vil, så man kan gøre det klart for juristerne. Hvis man er det, kan man sikre, at juristerne styrer reglerne, mens man som bygherre styrer indholdet i udbuddet”
Almen bygherre

Almene bygherrer afsøger ikke udbudslovens muligheder

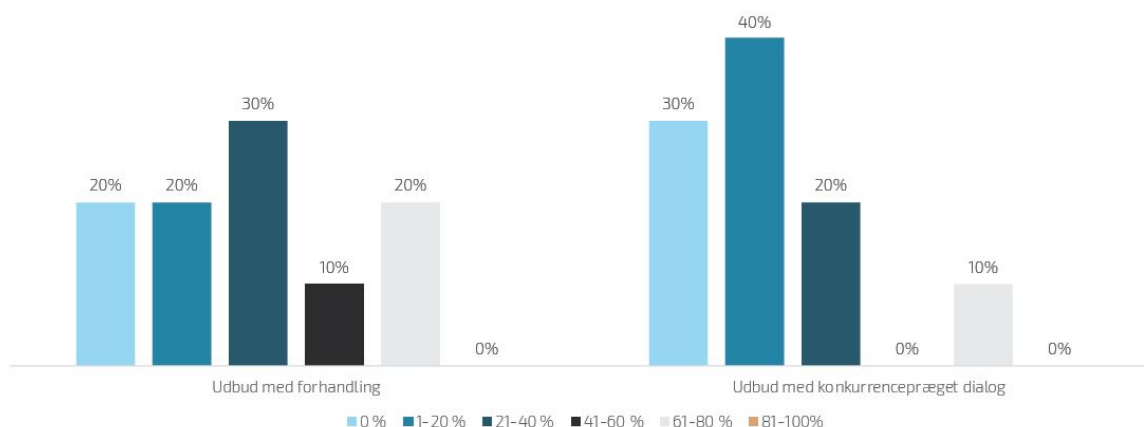
Den almene tilgang kan have den fordel, at det bliver projekternes indhold og målsætninger, der styrer den juridiske praksis. Dog kan det have den ulempe, at man mangler de juridiske kompetencer til at søge andre veje og afprøve nogle af de muligheder, som udbudsloven tilbyder. Netop dette understreges i undersøgelsen, hvor det står klart, at de almene bygherrer har et forbedringspotentiale i forhold til at anvende de fleksible udbudsformer og muligheden for markedsdialog. Modsat de offentlige bygherrer, hvor over to-tredjedele anvender de fleksible udbudsformer og næsten alle anvender muligheden for markedsdialog, så anvender kun 40 procent af de almene bygherrer fleksible udbudsformer og kun lidt over halvdelen markedsdialog.



Begge elementer anbefaler Bygherreforeningen, at bygherrerne bruger som en del af deres udbudsmæssige værktøjskasse, da dialogen med markedet og tilbudsgivere før og under udbudsprocessen kan være med til at afklare usikkerhed, afdække og placere risiko samt give et bedre grundlag for den efterfølgende gennemførelse af projektet. Derfor kan der være væsentlige fordele i, at de almene

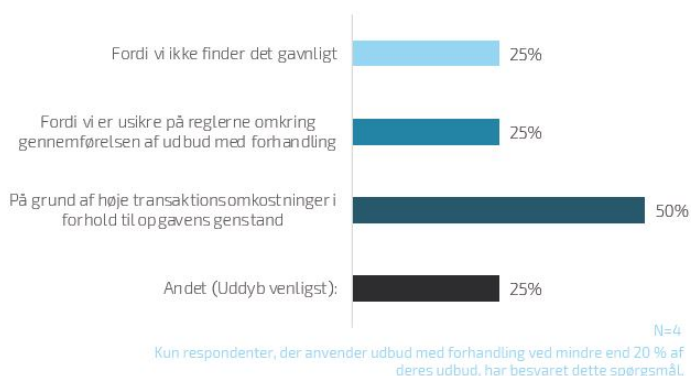
bygherrer tager ved lære af de offentlige udbudsjurister i forhold til at afsøge flere muligheder i udbudsloven og dermed anvende andre udbudsformer end dem, de plejer.

Hvor stor en andel af jeres udbud efter udbudsloven er:



Når der ses mere konkret på udbud med forhandling, som er en af nyskabelserne i udbudsloven, så anvender 70 procent af de almene bygherrer den på mindre end 40 procent af deres udbud. Halvdelen af de almene bygherrer har tilkendegivet, at de ikke anvender udbudsformen oftere, fordi de mener, at den medfører for høje transaktionsomkostninger. Det interessante er dog, at 25 procent ikke anvender udbudsformen mere, fordi de er usikre på reglerne.

Hvorfor anvender I ikke udbud med forhandling i flere tilfælde?
(Angiv gerne flere svar)



"Det er en blanding af kultur og regler. Selvfølgelig kan regler være med til at fremme en bestemt kultur, men der er også meget kultur på spil. Hvad er vores incitamentsstruktur, og hvordan kan vi imødekomme den hos hinanden?"

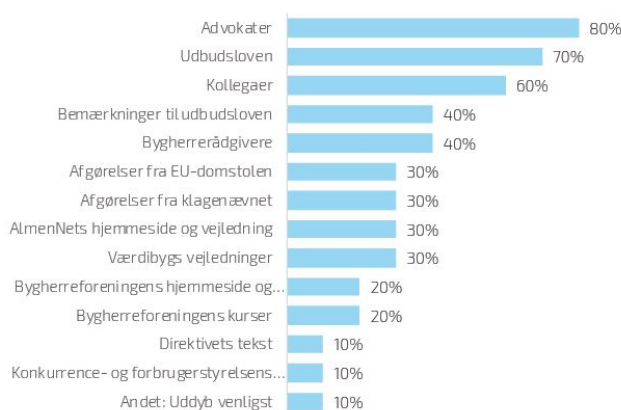
Tidligere almen bygherre

De almene bygherrers usikkerhed på reglerne indikerer, at deres manglende juridiske viden afholder dem fra at anvende de muligheder, der findes i udbudsloven. Hvis de havde flere juridiske kompetencer til at udforme udbuddet, kan det antages, at de ville afsøge mulighederne bredere.

Almene bygherrer søger hjælp hos advokater

Den manglende juridiske viden i de almene bygherreorganisationer kommer til udtryk ved, at hele 80 procent har tilkendegivet, at de søger hjælp hos advokater, når de er i tvivl om, hvordan et udbud kan gennemføres. Den hyppige anvendelse af eksterne advokater kan dog betyde, at den dybe forståelse for ens reelle behov til udbuddet udebliver. De eksterne advokater vil typisk kun agere efter det opdrag, som den almene bygherre formulerer. Dermed bliver sværere at nytænke og skabe effektive udbud.

Hvis I er i tvivl om, hvordan et udbud skal gennemføres, hvor søger I så hjælp? (vælg gerne flere svar)



Man må således formode, at der kan spares betydelige ressourcer, hvis de almene bygherreorganisationer rekrutterede juridiske kompetencer, så disse kan bringes mere i spil internt i organisationen. Samtidig vil det give mulighed for, at man kan skabe en opbygge en vedvarende dialog om, hvordan man kan udfordre de juridiske rammer, så de passer til de enkelte projekter.

De juridiske kompetencer kan dog ikke stå alene. Der er naturligvis behov for, at man som bygherre er helt bevidst om sit projekt og dets målsætninger, så man kan bruge dette som udgangspunkt for udbuddet. Først når dette er afklaret, kan man bringe juristernes viden i spil, så de kan være med til at udfordre og kvalificere udbuddets rammer. For de almene bygherrer kan der dog være et uforløst potentiale i at opgradere på juridiske kompetencer, så disse kan inddrages fra starten for at understøtte en effektiv proces frem mod indfrielsen af projektets formål.

Almene bygherrer er engangsstrateger

For de almene bygherrer er tilgangen til det enkelte udbud direkte knyttet til beboernes interesser, og af denne grund har hvert udbud sin egen strategi. Med andre ord, så bliver de almene bygherrer til engangsstrateger, der fra udbud til udbud forsøger at indfri beboernes ønsker. Dette understøttes af, at 60 procent af de almene bygherrer har tilkendegivet, at de ikke har en overordnet udbudsstrategi for deres organisation, mens ti procent ikke finder det relevant at have en. Undersøgelsen viser, at det er de almene bygherrers udprægede bevidsthed om, at de bygger for beboernes penge, der er årsagen til det stærke fokus på det enkelte projekt og dets målsætninger. Offentlige bygherrer bygger ligeledes for skatteborgernes penge, men modsat de almene bygherrer, kan de i højere grad komme under politisk pres og være nødsaget til at tage flere hensyn som eksempelvis til det lokale erhvervsliv.

Almene bygherrer ønsker organisationsparadigmer for udbud

Udfordringen ved at have enkeltstående udbudsstrategier er, at det kræver flere ressourcer, hvis man i princippet starter mere eller mindre forfra hver gang. Dette kan være grunden til, at flere almene bygherrer i undersøgelsen har peget på, at organisationsparadigmer for, hvad der ønskes af udbuddene,

kan være en stor hjælp i deres arbejde. Fordelen vil således være, at de almene bygherrer får en form for ramme at spille ind i med de enkelte udbud og nogle retningslinjer at læne sig op ad.

"Der kan være risiko for, at man overgår tingene, når man arbejder projektspecifikt. Her kan det være godt med et paradigme at støtte sig op ad, så man kan orientere sig".

Almen bygherre

Paradigmer eller retningslinjer for udbud kan dog også ske gennem erfaringsopbygning. På udbudssiden kan dette lade sig gøre gennem rammeaftaler, der netop vinder frem blandt de almene bygherrer. Risikoen ved rammeaftaler kan være, at man ikke nødvendigvis får den skarpeste pris eller de skarpeste kompetencer til hver enkelt opgave. Til gengæld giver rammeaftalerne netop mulighed for, at man i højere grad kan bygge videre på sine erfaringer og dermed have mere fokus på at lave gode løsninger.

Derudover ses der hos store almene bygherreorganisationer også flere nye strategiske partnerskaber. Fremkomsten af de strategiske partnerskaber kan forstås som en modpol til de almene bygherrers ageren som engangsstrateger, og dermed kan der argumenteres for, at de almene bygherrer ønsker at opbygge mere læring og kompetencer samt sparre transaktionsomkostninger ved ikke at skulle lave nye udbud for hvert projekt.

Opsamling på almene bygherrers udbudspraksis

De almene bygherrer udmærker sig ved at være meget bevidste omkring det enkelte projekt og dets målsætninger. Det betyder, at selve udbuddet bliver præcist formuleret, men at den enkelte udbudsform ikke udfordres i tilstrækkelig grad. Af denne grund er de almene bygherrer i risiko for at gå glip af de muligheder, der reelt set ligger i udbudsloven ved at afsøge nye og mere fleksible udbudsformer. Der kan derfor være et vist potentiale i, at de almene bygherrer opgraderer på juridiske kompetencer eller bliver mere helhedsorienterede i deres overordnede tilgang til deres udbudspraksis – enten gennem en udbudsstrategi eller organisationsparadigmer.

Almene bygherrers nedslag i udbudsloven

I det følgende laves der nedslag i de dele af udbudsloven, som de almene bygherrer finder særligt udfordrende. Det drejer sig om:

- Angivelse af fabrikater
- Behov for at kunne foretage ændringer
- Leverandører i problematiske sager

For hvert nedslag belyses både problem og omfang, inden der gives en anbefaling til, hvordan området kan styrkes – enten gennem ændringer i udbudsloven eller gennem forbedret praksis hos de almene bygherrer.

Angivelse af fabrikater

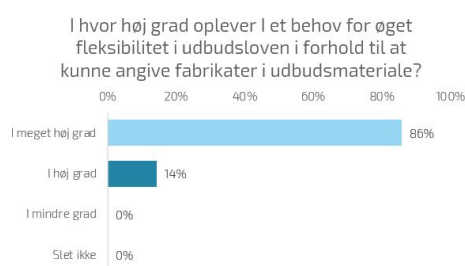
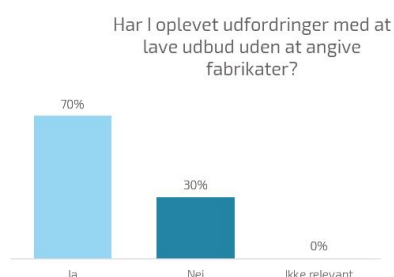
Bør der være mulighed for at angive fabrikater?

Udbudsloven har begrænset muligheden for at efterspørge et specifikt fabrikat i et udbud. Det betyder, at man i stedet skal beskrive det produkt, man ønsker, eller angive "eller tilsvarende". Erfaringer viser, at bygherrerne i meget vidt omfang udfordres af ikke at kunne angive fabrikater. Surveyen viser, at 70 procent af de almene bygherrer har oplevet udfordringer ved ikke at kunne angive fabrikater i deres udbud, mens samtlige mener, at der i høj eller meget høj grad bør være mere fleksibilitet i forhold til deres muligheder for at kunne angive fabrikater.

Almene bygherrer savner mulighed for at angive fabrikater

Årsagen til de almene bygherrers frustration over ikke at kunne angive fabrikater kan findes i, at de i mange tilfælde udbyder renoverings- eller tilbygningsopgaver. Her er det typisk en grundlæggende præmis, at der er en overensstemmende æstetik bestående af samme inventar i bygningerne, eller at man har ét teknisk anlæg som eksempelvis et CTS-system, så man ikke skal drifte flere forskellige.

"Det ville klart være bedre, hvis man kunne henvise til, hvad man forventer – også i forhold til den efterfølgende drift, vil der være store fordele"
Almen bygherre



For de almene bygherrer må man derfor antage, at der vil være anseelige besparelser at hente, hvis man kunne henvise direkte til det fabrikat, man ønsker, frem for at skulle bruge ressourcer på at lave lange udførlige beskrivelser af de pågældende produkter i udbuddet. I særlig grad vil der dog være penge at hente på besparede driftsudgifter, hvis man kan nøjes med at skulle drifte et teknisk anlæg.

Indfør direktivets tekst

Advokat Claus Berg påpeger i bogen "Udbudsloven" (Treumer 2016, afsnit 20), at udbudslovens ordlyd i forhold til fabrikater adskiller sig fra direktivets. I direktivet anføres, at en angivelse af mærke undertagelsesvist er tilladt, hvis en tilstrækkeligt nøjagtig og forståelig beskrivelse ellers ikke kan lade sig gøre. Claus Berg fremhæver også, at blandt andet driftshensyn i tekniske anlæg og installationer kan nødvendiggøre dette, hvilket underbygges af en klagenævnsafgørelse (af 5. november 2008). Af

denne grund bør der være mulighed for, at udbudsloven justeres, så den følger direktivets ordlyd på området. Dermed får de almene bygherrer mulighed for at angive fabrikater, hvis der er tungtvejende hensyn, der fordrer dette.

Behov for at kunne foretage ændringer

Er der behov for bedre muligheder for at foretage ændringer i udbudsmaterialet?

Med kravet i udbudsloven om offentliggørelse af det fulde udbudsmateriale fra start er det blevet langt vigtigere at kunne foretage ændringer i udbudsmaterialet, idet man ofte vil opdage, eller gennem spørgsmål blive gjort opmærksom på, fejl eller formuleringer, som skal rettes. Alternativet til at foretage ændringer er enten uklarhed eller, at udbuddet må gå om, hvilket ikke er i nogens interesse. Det er derfor oplagt at undersøge om mulighederne for at foretage ændringer i udbudsmaterialet er tilstrækkelige i udbudsloven.

Giv bygherrerne bedre mulighed for at justere materialet uden at skulle annullere udbuddet

I forhold til udbudslovens bestemmelse om, at hele udbudsmaterialet skal offentliggøres sammen med udbudsbekendtgørelsen viser undersøgelsen, at bygherrerne har vænnet sig til den nye praksis. Det er på sin vis ikke den store udfordring for de almene bygherrer og deres rådgivere at bruge længere tid inden udbudsforløbet sættes i gang. Selvom det kan give en længere samlet udbudsproces, ser mange af de almene bygherrer værdien i, at udgangspunktet for projektet er klart som del af udbudsmaterialet. Samtlige almene bygherrer i undersøgelsen ønsker imidlertid større fleksibilitet i forhold til at kunne foretage ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse. Ønsket er at få bedre mulighed for at justere forglemmelser og uklarhed uden at skulle annullere udbuddet. De almene bygherrer efterspørger derfor bedre muligheder for at foretage ændringer i udbudsmaterialet efter udbuddet er sat i gang.

Lettelse af bygherrerens bevisbyrde som løsning

Der lader til at være bred anerkendelse af problemstillingen blandt både ordregivere og tilbudsgivere inden for mange forskellige brancher. Som det er nu, er det kun i lovbemærkningerne, at mulighederne for at foretage ændringer i udbudsmaterialet behandles. Problemstillingen vedrører særligt, om ændringer i mindstekrav anses for grundlæggende forhold, som påvirker konkurrencen. Derfor bør det overvejes, om der i loven kan indføres en lettelse af ordregivers bevisbyrde, fx at denne kun skal sandsynliggøre, at konkurrencesituationen ikke påvirkes ved de ændringer af udbudsmaterialet, som foretages. Væsentlige ændringer bør ledsages af forlængelse af tidsfrist.

Leverandører i problematiske sager

Bør det være muligt at indhente viden om leverandører?

Blandt Bygherreforeningens medlemmer har der gennem længere tid været efterspurgt en løsning til at indhente viden om leverandører, som bør udelukkes efter principperne om frivillig udelukkelse i udbudsloven. Udfordringen er, at bygherrerne risikerer at indgå aftale med leverandører, der tidligere har været involveret i problematiske sager. Dermed overtager bygherrerne en række udfordringer, som de kunne have været foruden, hvis de havde lettere mulighed for at indhente viden om andres erfaringer med leverandøren inden kontraktindgåelsen.

Behov for vejledning og overblik

En stor del af de almene bygherrer oplever et behov for vejledning i, hvordan man undgår leverandører, som har været involveret i problematiske sager (80 procent). Dog har kun knapt en tredjedel af de almene bygherrer været i en situation, hvor de har anvendt de frivillige udelukkelsesgrunde for at undgå at indgå kontrakt med virksomheder, som på den ene eller anden vis har udvist dårlig performance i tidligere kontraktrelationer. Heraf svarer alle de almene bygherrer, at de ikke har været i en situation, hvor det har været relevant. Det kan imidlertid antages, at en større viden om leverandørernes eventuelle problematiske fortid, vil øge antallet af udelukkelse og dermed hjælpe de bygherrer, der uheldigvis bliver udfordret af dette.

Indfør platform for erfaringsudveksling

I henhold til loven har bygherrerne i disse tilfælde pligt til at indhente oplysninger om misligholdelse af kontrakter, som har givet anledning til udelukkelse hos andre bygherrer. Udfordringen er dog, at det i dag ikke er muligt at få adgang til den slags oplysninger, uden at den enkelte bygherre skal lave et større afdækningsarbejde.

Denne sagsgang er ressourcetung, og der findes heller ikke vejledninger til, hvordan det bør foregå for at tilgodese ligebehandling og åbenhed i forhold til leverandørerne. Af denne grund kan der argumenteres for, at der er behov for vejledning og hjælp til, hvordan man som bygherre bør håndtere denne forpligtelse i lovgivningen, så det sker på en saglig måde og samtidig ikke fører til stærkt øgede transaktionsomkostninger. Derfor kunne der være fordele i at etablere en platform for erfaringsudveksling, som ikke i sig selv er et register, men hvor ordregivere kan etablere kontakt og dele erfaringer om leverandører, som har overtrådt kontraktforpligtelser eller lignende.

Opsamling på almene bygherrers nedslag i udbudsloven

De almene bygherrers nedslag i udbudsloven relaterer sig til tre hovedområder, der henholdsvis kan give besparelser på drifts- og transaktionsomkostninger, mindske antallet af annullerede udbud og sikre bedre leverandører. Hvis der i udbudsloven gives mulighed for de almene bygherrers ønsker om at angive fabrikater, ændre i udbudsmaterialet efter offentliggørelse og en platform for erfaringsudveksling om problematiske leverandører, vil der være et potentiale for at sikre de almene bygherrer både store besparelser og optimerede samarbejdsrelationer.

Mulige veje til forbedret udbudspraksis for de almene bygherrer

For at forbedre de almene bygherrers udbudspraksis viser undersøgelsen, at der er en række mulige veje at gå. De tre første veje er hovedsageligt realiserbare for de almene bygherrer selv, mens de sidste tre veje kræver, at relevante interesseorganisationer bidrager til at bane vejen for ændringer i udbudsloven.

Opbyg udbudskompetencer

Generelt kan de almene bygherrer med fordel opbygge interne, juridiske kompetencer på udbudsområdet. Selvom man bruger advokater og bygherrerådgivere til hjælp er det en fordel, at man som bygherre selv har grundlæggende idé om, hvilke muligheder udbudsloven giver for at lave et udbud, der passer til det konkrete projekt. Styrken ved, at de almene bygherrer i højere grad lader projektets conditioner være styrende for udbuddet skal helst ikke bremses af udbudsrådgivere, der nogle gange går med livrem og seler, når de rådgiver bygherrerne. Dog kan en sund balance mellem udbudsjurister og øvrige udbudsfolk resultere i, at der bringes flere muligheder i spil i forhold til at tilrettelægge udbuddet.

Brug mulighederne for dialog

De almene bygherrer kan med fordel gøre bedre brug af de fleksible udbudsformer og mulighederne for dialog i udbudsprocessen. Gennem markedsdialog inden udbuddet er det muligt at få indsigt i det aktuelle marked samt gode ideer til entrepriseopdeling, udbudsform m.v. inden man udsender udbudsmaterialet. I selve udbudsprocessen er udbud med forhandling en god mulighed for at have dialog med tilbudsgiverne for at afdække usikkerhed og risiko, som ellers kan føre til forhøjede priser eller få bydende. Og særligt for de almene bygherrer vil udbud med forhandling være anvendelig for at opnå en sikkerhed for, at maksimumbeløbet bliver overholdt.

"Vi laver en strategi for hvert udbud. Vi er også begyndt at inddrage markedsdialog til det. Det er en klar fordel på de krævende ting, hvor man kan have en usikkerhed. Med markedsdialog kan man blive mere afklaret om, hvordan man skal dele opgaverne op"

Almen bygherre

Læs mere i *Bygherreforeningens guide til markedsdialog*, *Værdibygs vejledninger "Dialog i udbudsprocessen"* og *"Udbud med forhandling"* samt i *vejledninger om udbud i kommunalt og alment byggeri fra Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen*.

Lav en overordnet udbudsstrategi eller organisationsparadigmer for udbud

De almene bygherrer kan spare ressourcer ved at udarbejde overordnede retningslinjer for deres udbudspraksis – enten gennem en strategi eller organisationsparadigmer. Ved at have en overordnet rettesnor er der mulighed for, at de almene bygherrer bliver mere risikovillige og søger nye muligheder i udbudsloven samt arbejder mere struktureret med læring og erfaringsudveksling på området.

Støt op om muligheden for at henvise til fabrikater

Ifølge udbudsloven er det ikke muligt at henvise til konkrete fabrikater eller mærker. Det er en udfordring for bygherrerne, da det bliver ressourcetungt at beskrive det produkt, man ønsker, uden at kunne henvise direkte. Samtidig er det en stor udgift for den fremtidige drift, hvis det produkt, der leveres, ikke matcher de øvrige i bygningen, eller dem man er vant til at drifte. Derfor kan der være store besparelse i, at der foretages en ændring i udbudsloven, så det bliver muligt at henvise direkte til fabrikater.

"Det ville klart være bedre, hvis man kunne henvise til, hvad man forventer – også i forhold til den efterfølgende drift, vil der være store fordele"

Almen bygherre

Lav vejledning til at undgå ændringer i udbudsmaterialet

Alle de almene bygherrer, der har besvaret undersøgelsen ønsker, at der kommer større fleksibilitet i forhold til at foretage ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse. Derfor bør det overvejes, om der kan skubbes bag muligheden for, at der i loven indføres en lettelse af ordregivers bevisbyrde, så denne kun skal sandsynliggøre, at konkurrencesituationen ikke påvirkes ved de ændringer, der

foretages af udbudsmaterialet. Derudover kan der være fordele i at hjælpe de almene bygherrer med vejledning om, hvordan man kan kvalitetssikre både udbudsmateriale og proces, så man eventuelt kan undgå at skulle ændre i udbudsmaterialet efter offentliggørelse.

Lav vejledning til at undgå problematiske leverandører

80 procent af de almene bygherrer ønsker vejledning i, hvordan man undgår leverandører, der har været involveret i problematiske sager. Bygherreforeningen ønsker også, at dette emne tages op som en del af udbudslovens evaluering – særligt i forhold til at lave et fælles register, hvor man kan tjekke leverandører inden for en vis tidsperiode. Derfor kan det give mening at støtte dette forslag og samtidig levere vejledning til de almene bygherrer i, hvordan de kan håndtere problematiske leverandører.