

Dynamiske indkøbssystemer - Hvordan skal reglerne forstås?

Af erhvervsjuridisk fuldmægtig Fahad Anjum og partner, advokat Morten Wahl Liljenbøl, Poul Schmith



1. INDLEDNING

Anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer er i både Danmark og resten af EU ganske begrænset, når der sammenlignes med anvendelsen af rammeaftaler. Der blev i perioden 3. oktober 2021 til 3. oktober 2022 udbudt 53 dynamiske indkøbssystemer i Danmark, mens der i samme periode blev udbudt 4.329 rammeaftaler.¹ På baggrund af disse tal peger det i retningen af, at der er et stort potentiale for yderligere anvendelse af dynamiske indkøbssystemer, som i mange tilfælde kan anvendes i stedet for rammeaftaler, og som også kan skabe yderligere fleksibilitet for ordregiver.

Udbudsreglerne indeholder ingen selvstændig definition af et dynamisk indkøbssystem,² men følgende karakteristika synes at være dækkende:

- En fuldt ud elektronisk indkøbsproces,
- begrænset til anskaffelser af almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet, og opfylder de ordregivende myndigheders krav,
- optagelse af enhver ansøger, som opfylder egnethedskravene, på et hvilket som helst tidspunkt i indkøbssystemets løbetid,
- ingen tidsbegrænsning af løbetiden,
- konkrete køb defineres løbende af ordregiver ved den konkrete anvendelse af indkøbssystemet, og
- leverandørerne, der er optaget på indkøbssystemet, kan afgive nye tilbud ved hvert konkret indkøb, som ordregiver foretager.

Etablering og drift af dynamiske indkøbssystemer er reguleret i udbudslovens §§ 101-108,³ idet der dog er tale om en forholdsvis sparsom og overordnet regulering. Der findes endvidere hverken praksis fra Klagenævnet for Udbud eller EU-Domstolen, der kan kaste lys over, hvordan reglerne om dynamiske indkøbssystemer skal fortolkes.

Den overordnede regulering og manglende praksis indebærer, at det kan være uklart, hvordan reglerne om dynamiske indkøbssystemer skal forstås, hvilket i sig selv kan virke begrænsende på anvendelsen.

¹ Data er trukket fra TED (Tenders Electronic Daily): www.ted.europa.eu

² I artikel 1, stk. 2, nr. 6, direktiv 2004/18/EF, fandtes følgende definition af et dynamisk indkøbssystem ”Ved »dynamisk indkøbssystem« forstås en fuldt elektronisk indkøbsproces for almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder den ordregivende myndigheds krav; processen er endvidere tidsbegrænset og under hele sin varighed åben for enhver økonomisk aktør, der opfylder udvælgelseskriterierne og har afgivet et vejledende tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne”. Definitionen er blevet indarbejdet i artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU.

³ Udbudsdirektivets artikel 34.

I denne artikel vil vi derfor give et bud på, hvordan reglerne om dynamiske indkøbssystemer efter vores vurdering skal fortolkes. Artiklen berører udvalgte emner, hvor der i praksis synes at være uklarhed om, hvordan reglerne skal fortolkes. Emnerne skal på ingen måde betragtes som udtømmende, men emnerne er udvalgt ud fra vores praktiske erfaring med rådgivning om dynamiske indkøbssystemer.

2. UDBUDSMATERIALETS OMFANG VED ETABLERING AF ET DYNAMISK INDKØBSSYSTEM

Et dynamisk indkøbssystem etableres efter proceduren for begrænset udbud. Man kan i den forbindelse overveje, hvilke afledte forpligtelser/uklarheder dette medfører for ordregiver. Det gælder blandt andet spørgsmålet om, hvilke oplysninger og dokumenter ordregiver har pligt til at offentliggøre som en del af udbudsmaterialet allerede ved etableringen af det dynamiske indkøbssystem, herunder om der skal fastlægges en endelig kravspecifikation for de køb, som efterfølgende kan foretages under det dynamiske indkøbssystem. Derudover spørgsmålet om, hvorvidt der er krav til offentliggørelse af de endelige kontraktvilkår for de efterfølgende indkøb, samt hvilke nærmere krav der stilles til beskrivelsen af tildelingskriteriet og evalueringsmodellen.

2.1 Hvilke oplysninger skal offentliggøres ved oprettelse af det dynamiske indkøbssystem?

Anvendelsen af proceduren for begrænset udbud vil som udgangspunkt indebære en pligt til, at et fuldt udbudsmateriale skal være offentliggjort samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 132, stk. 1. Men hvordan skal ”udbudsmateriale” forstås i relation til dynamiske indkøbssystemer?

Begrebet ”udbudsmateriale” er defineret i udbudslovens § 24, nr. 36, og omfatter i henhold hertil blandt andet de tekniske specifikationer og foreslåede kontraktbetingelser, hvilket under et begrænset udbud netop omfatter et fuldt udbudsmateriale.

I forhold til dynamiske indkøbssystemer følger det imidlertid af udbudslovens § 103, at ordregiver i udbudsmaterialet som minimum skal angive ”*arten og den anslåede mængde af planlagte indkøb og anføre alle nødvendige oplysninger om det dynamiske indkøbssystem, herunder hvordan det fungerer, det anvendte elektroniske udstyr og de tekniske ordninger og specifikationer for tilslutning*”. Angivelsen af udbudsmaterialets minimumsindhold i udbudslovens § 103 er mindre omfangsrig end definitionen i udbudslovens § 24, nr. 36, og lovbemærkningerne til udbudslovens § 132. Der er således umiddelbart uoverensstemmelse imellem udbudslovens § 103 og udbudslovens § 132, stk. 1, jf. § 24, nr. 36.

Der er efter vores opfattelse ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem *ikke* et krav om offentliggørelse af et fuldt udbudsmateriale, som defineret i udbudslovens §§ 24, nr. 36, og 132, stk. 1. Dette gælder uanset kravet om at følge proceduren for begrænset udbud ved etableringen af det dynamiske indkøbssystem, idet denne forpligtelse må vurderes i lyset af udbudslovens øvrige bestemmelser om dynamiske indkøbssystemer, herunder særligt udbudslovens § 103, hvor det udtrykkeligt er angivet, hvad udbudsmaterialet som minimum skal indeholde ("angive").

Det er således vores opfattelse, at udbudslovens § 103 er bestemmende for omfanget af det udbudsmateriale, der skal offentliggøres ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem. Af lovforarbejderne til udbudslovens § 103 anføres det da også, at det beror på en konkret vurdering, hvilke supplerende oplysninger, som ikke fremgår af bestemmelsen, der er nødvendige at angive. Afgørende er, "[...] *om de angivne oplysninger er tilstrækkelige til, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende kan forstå oplysningernes nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde*".

Hvad der i øvrigt vil skulle oplyses i udbudsmaterialet ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem, ud over de ovenfor anførte minimumoplysninger, beror således på en konkret vurdering af, hvad der specifikt må anses for øvrige nødvendige oplysninger om det dynamiske indkøbssystem, og hvad der konkret må anses for at være tilstrækkeligt til, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende kan forstå oplysningernes nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde.

2.1.1 Hvilke krav gælder til indholdet af kravspecifikationen?

Af udbudslovens § 102, stk. 2 fremgår, at et dynamisk indkøbssystem kan inddeles i "objektivt beskrevne kategorier af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder". Det må på den baggrund være et krav, at der som minimum oplyses den eller de overordnede kategorier, som det dynamiske indkøbssystem omfatter. Dette understøttes endvidere af udbudslovens § 103, hvorefter der er krav om, at ordregiver i udbudsmaterialet, som minimum angiver "arten og den anslåede mængde af planlagte indkøb".

Af forarbejderne til udbudslovens § 102, stk. 2, fremgår videre, at de anvendte kategorier skal være objektivt defineret på grundlag af karakteristika ved de indkøb, der skal foretages under den pågældende kategori, og at karakteristika i den forbindelse skal forstås bredt. Opdelingen i kategorier kan ifølge forarbejderne blandt andet ske på baggrund af kvalitetsforskelle mellem de enkelte produkter, eksempelvis en kategori for lavpris-kuglepenne og en kategori for kvalitetskuglepenne. Karakteristikaene kan henvise til den maksimalt tilladte størrelse af de enkelte kontrakter eller et specifikt geografisk område, i hvilke de enkelte kontrakter vil blive gennemført. Kategoriseringen kan også ske på baggrund af forskellige leveringsvilkår, juridiske forhold m.v.

Det er på den baggrund vores vurdering, at det skal fastlægges på et overordnet niveau, hvad der kan indkøbes på det dynamiske indkøbssystem, men at der næppe er pligt til at offentliggøre en endelig kravspecifikation for de konkrete indkøb samtidig med udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse. En sådan forpligtelse ville endvidere i vidt omfang gøre indkøbsformen illusorisk, da de konkrete indkøb typisk ikke er kendt på offentliggørelsestidspunktet.

At der ikke er krav om offentliggørelse af en endelig kravspecifikation understøttes også af Europa-Kommissionens retningslinjer for brug af dynamiske indkøbssystemer, hvoraf følgende fremgår af retningslinjernes punkt 11.9:⁴

”I rammeaftaler vil de tekniske specifikationer være konstante, medmindre de behandles specifikt i rammeaftalen, mens de i DPS kan formuleres på tidspunktet for et specifikt udbud under hensyntagen til udviklingen.”⁵ (vores understregning)

Uagtet at der er adgang til at operere med generelle beskrivelser, kan der dog alene indkøbes produkter under det dynamiske indkøbssystem, som *”alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende”* må forventes vil falde ind under den overordnede beskrivelse af de omfattede kategorier.

Hvor højt et abstraktionsniveau og hvor vide rammer der kan opereres med ved fastlæggelsen af kategorierne og ved beskrivelsen af de ydelser, der omfattes, vil således afhænge nærmere af det konkrete marked.⁶

Det afgørende for, hvor detaljeret en beskrivelse, der vil være påkrævet, må på den baggrund være, om det ud fra beskrivelsen i udbudsmaterialet på tidspunktet for etableringen af det dynamiske indkøbssystem er klart nok for en potentiel tilbudsgiver, om tilbudsgiveren hører til i det marked, som det dynamiske indkøbssystem henvender sig til, og om der derfor er grund til at søge om optagelse.

⁴ Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for det Indre Marked, Erhvervs politik, Iværksætter og SMV'er, *Dynamiske indkøbssystemer: Retningslinjer for brug*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2021: <https://data.europa.eu/doi/10.2873/577>

⁵ Jf. tilsvarende EU-Karnov, note 168 til udbudsdirektivets artikel 34, hvoraf følgende fremgår: *”Hertil kommer, at kravspecifikationen ikke fastlæses (som ved rammeaftaler) ved selve udbuddet af det dynamiske indkøbssystem, og der kan derfor tages løbende hensyn til udviklingen.”*

⁶ En vis inspiration må dog kunne findes i udbudslovens § 45, som dog vedrører rammeaftaler, men er et udtryk for et ønske om en national retstilstand, hvorefter ordregivers specifikation kan ske ved henvisning til produktkategorier.

2.1.2 *Hvilke krav gælder til indholdet af kontrakten?*

Af forarbejderne til udbudslovens § 102, stk. 2, fremgår som nævnt, at de beskrevne karakteristika ved de omfattede kategorier bl.a. kan henvise til forskellige leveringsvilkår og juridiske forhold m.v. Endvidere følger det af udbudsdirektivets bilag V, del C, at der i udbudsbekendtgørelsen skal anføres ”særlige betingelser” for opfyldelsen af kontrakten.

Dette taler for, at i den udstrækning der ønskes særlige leveringsvilkår eller øvrige juridiske forhold knyttet til de enkelte kategorier, må dette skulle oplyses allerede i forbindelse med offentliggørelsen af det dynamiske indkøbssystem. Det er dog vores vurdering, at der ikke er pligt til at offentliggøre et udkast til en egentlig kontrakt for de konkrete indkøb samtidig med udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse.⁷

Det, som derimod må anses for påkrævet at beskrive i forbindelse med etableringen af et dynamisk indkøbssystem, er de kontraktvilkår, som udgør de grundlæggende elementer, og som ikke vil kunne ændres i det dynamiske indkøbssystemets varighed. Kontraktvilkår – i den udstrækning de må anses for grundlæggende elementer – må antages at have betydning for den enkelte økonomiske aktørs vurdering af, om det vil være interessant at søge om optagelse i det dynamiske indkøbssystem. Det er som følge heraf vores opfattelse, at sådanne kontraktvilkår bør oplyses allerede i forbindelse med etableringen af det dynamiske indkøbssystem og ikke først i forbindelse med de konkrete indkøb, hvor en potentiel tilbudsgiver allerede har truffet beslutning om at søge optagelse i det dynamiske indkøbssystem, såfremt tilbudsgiveren ønsker at kunne afgive tilbud i forbindelse med det pågældende indkøb.

2.1.3 *Fiksering af rammerne*

Retstillingen både vedrørende offentliggørelse af en endelig kravspecifikation og endelig kontrakt er dog behæftet med usikkerhed, og det er vores anbefaling, at der derfor offentliggøres en overordnet ydelsesbeskrivelse og eksempelvis et kontraktudkast – eller en samling af aftalevilkår – som ”fikserer” de overordnede rammer i forhold til den eller de omfattede kategorier, herunder som minimum eventuelt særligt byrdefulde kontraktvilkår samt øvrige kontraktvilkår, som vurderes at udgøre grundlæggende elementer. Dette vil samtidig være med til at sænke transaktionsomkostningerne ved de konkrete indkøb under det dynamiske indkøbssystem, ligesom det vil understøtte muligheden for at operere med en kort tilbudsfrist på ned til 10 dage, jf. udbudslovens § 105, stk. 4.

⁷ Dette understøttes endvidere af praksis fra Klagenævnet for Udbud, jf. klagenævnets kendelse af 6. september 2006, *Sahva A/S mod Københavns Kommune*, hvor klagenævnet fandt, at der ikke af udbudsreglerne kan udledes et krav om, at udbudsmaterialet indeholder udkast til en kontrakt.

3. FLEKSIBILITET VED FASTSÆTTELSE AF TILDELINGSKRITERIET

I forbindelse med udarbejdelse af materiale til etablering af et dynamisk indkøbssystem står ordregiver ofte over for spørgsmålet om, hvor detaljeret ordregiver skal fastsætte tildelingskriteriet ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og dermed også, hvilken grad af fleksibilitet der kan skabes for gennemførelsen af konkrete indkøb under det dynamiske indkøbssystem. Ordregiver har ofte et ønske om så meget fleksibilitet som muligt, hvilket umiddelbart også må anses som værende foreneligt med karakteren af et dynamisk indkøbssystem.

Det fremgår af udbudslovens § 102, stk. 1, nr. 3, ”at kriterierne for tildeling skal anføres i udbudsbekendtgørelsen i forbindelse med etableringen af det dynamiske indkøbssystem.” Dette må forstås således, at der i udbudsbekendtgørelsen ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem som minimum skal oplyses det fastsatte tildelingskriterium, som kontrakter om konkrete indkøb under det dynamiske indkøbssystem efterfølgende vil blive tildelt i henhold til.

På baggrund af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet er det vores opfattelse, at det efterfølgende ikke vil være muligt at ændre det overordnede tildelingskriterium for en kategori fra eksempelvis ”pris” til ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” undervejs i det dynamiske indkøbssystems løbetid.⁸ Dette understøttes bl.a. af forarbejderne til den netop vedtagne ændring af udbudslovens § 134, hvorefter det med henvisning til EU-Domstolens dom af 16. april i sag C-278/14 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgentă Alba Iulia*, præmis 26-27, slås fast, at en ordregivende myndighed ikke må ændre tildelingskriterierne i løbet af proceduren for tildeling.

Tilsvarende anføres i Europa-Kommissionens retningslinjer for brug af dynamiske indkøbssystemer, punkt 11.14,⁹ følgende:

”En fuldstændig ændring af de tildelingskriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, kan ikke accepteres, når der tildeles kontrakter under et DPS.”

Den nærmere rækkevidde af udbudslovens § 102, stk. 1, nr. 3, er dog ikke helt klar i forhold til, om begrebet ”kriterier for tildeling” blot skal forstås som en henvisning til de tre overordnede tildelingskriterier, der er oplistet i udbudslovens § 162, stk. 1 (pris, omkostninger og bedste forhold mellem pris og

⁸ Jf. også Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for det Indre Marked, Erhvervs politik, Iværksætteri og SMV'er, *Dynamiske indkøbssystemer: Retningslinjer for brug*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2021, punkt 11.14: <https://data.europa.eu/doi/10.2873/577>

⁹ Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for det Indre Marked, Erhvervs politik, Iværksætteri og SMV'er, *Dynamiske indkøbssystemer: Retningslinjer for brug*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2021: <https://data.europa.eu/doi/10.2873/577>

kvalitet), eller om der tillige er krav om at oplyse eventuelle underkriterier og disses vægtning samt evalueringsmodellen.

Det generelle udgangspunkt efter de udbudsretlige regler er, at udbudsmaterialet skal omfatte kriterierne for tildeling, herunder eventuelle underkriterier og disses vægtning samt evalueringsmodellen, jf. udbudslovens §§ 160-165.¹⁰ Spørgsmålet er dog, om denne forpligtelse fraviges ved dynamiske indkøbssystemer, således at ordregiver kan vente med at angive disse oplysninger til, at de konkrete indkøb igangsættes.

Udbudslovens § 103, som opregner de oplysninger, der skal være indeholdt i udbudsmaterialet ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem, nævner ikke eksplicit underkriterier eller evalueringsmodellen. I udbudslovens § 105, stk. 1, anføres dog, at ordregiver i forbindelse med de konkrete indkøb "[...] *kan præcisere kriterierne for tildeling i opfordringen til at afgive tilbud*", når dette er relevant.

Ifølge forarbejderne til udbudslovens § 105, stk. 1, er det "[...] *op til ordregiverens skøn, hvornår det er relevant at præcisere kriterierne for tildeling. Ordregiverens skøn må dog ikke forfølge usaglige hensyn og må ikke stride imod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. § 2.*"

Videre anføres det i forarbejderne, at ordregiver alene kan: "[...] *præcisere kriterierne for tildeling. Ordregiveren kan derimod ikke foretage ændringer, der kan karakteriseres som ændringer af grundlæggende elementer, jf. lovbemærkningerne til § 2.*"

Endeligt præciseres det i forarbejderne til udbudslovens § 105, at ordregiver skal: "[...] *beskrive kriterierne for tildeling under hensyntagen til gennemsigtighedsprincippet.*"

Ovenstående synes at forudsætte, at det offentliggjorte udbudsmateriale indeholder en relativ udførlig beskrivelse af tildelingskriterierne, idet der efterfølgende alene er adgang til en *præcisering* heraf i forbindelse med de konkrete indkøb. Såfremt der skal kunne være tale om en efterfølgende *præcisering*, må det nødvendigvis forudsætte, at der oprindeligt – i tillæg til det oplyste tildelingskriterium – som minimum anføres mere overordnede underkriterier, som vil skulle ligge fast i hele det dynamiske indkøbssystemets løbetid, og som ikke kan ændres på en måde, som en rimeligt oplyst og normalt påpasselige bydende ikke med rimelighed ville kunne forudse. Det anføres samtidig i henhold til udbudslovens § 105, at *præcisering* kan ske, "*når dette er relevant*". En nærliggende fortolkning heraf må være, at der ikke altid kan

¹⁰ Jf. endvidere udbudsdirektivets bilag V, del C, nr. 18, hvorefter der er krav om at oplyse de kriterier, der skal anvendes ved tildeling af kontrakten eller kontrakterne allerede i udbudsbekendtgørelsen. Af det nævnte punkt i bilaget fremgår endvidere, at: "*Undtagen i tilfælde, hvor det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres alene på grundlag af prisen, skal kriterierne for udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud samt deres vægtning anføres, når de ikke fremgår af specifikationerne, eller ved konkurrencepræget dialog af det beskrivende dokument.*"

ske præcisering, og at det ikke nødvendigvis kan være en forudsætning, at der skal ske en præcisering ved hvert konkret indkøb.

Det er på baggrund af ovenstående vores opfattelse, at der er meget, der taler for, at udbudslovens § 102, stk. 1, nr. 3, samt udbudslovens § 105, stk. 3, skal forstås i overensstemmelse med udbudslovens almindelige regulering, hvorefter underkriterierne og disses vægtning skal angives allerede ved etableringen af det dynamiske indkøbssystem.

Dog må der efter vores opfattelse være en fleksibilitet hos ordregiver både vedrørende vægtningen af underkriterier samt ved fastlæggelse af de enkelte delkriterier knyttet til et fastlagt underkriterium.

Det er vores opfattelse, at vægtningen af underkriterierne kan fastsættes ved anførelse af et spænd eller ved at anføre de fastlagte underkriterier i prioriteret rækkefølge, jf. udbudslovens § 165.¹¹ Det betyder, at den konkrete vægt af det enkelte underkriterium først fastlægges endeligt i forbindelse med de konkrete indkøb, men dog inden for de på forhånd fastlagte rammer for det anførte spænd eller den prioriterede liste. Det er dog i den forbindelse efter vores opfattelse ikke muligt at fastsætte et spænd, som kan føre til, at pris eksempelvis vægter højere end kvalitet ved et givent konkret indkøb og omvendt ved et andet indkøb.

Derudover vil det formentligt tillige være muligt alene at angive kvalitative delkriterier til et underkriterium i form af en bruttoliste, der kan vælges til og fra i forbindelse med de konkrete indkøb. Dermed kan der ved konkrete indkøb foretages præcisering af de på forhånd fastlagte underkriterier ved at udvælge de delkriterier fra bruttolisten, der findes bedst egnede til brug for et konkret indkøb.

Ved valg af delkriterier i forbindelse med konkrete indkøb er det endvidere vores opfattelse, at det er muligt først på dette tidspunkt at tildele disse delkriterier vægt samt at fastlægge det nærmere indhold af delkriterierne, således at den nærmere forståelse af sådanne delkriterier tillige kan variere fra indkøb

¹¹ Jf. også kendelse af 24. oktober 2013, *Duba B8 mod Region Hovedstaden*, hvor klagenævnet bl.a. udtalte følgende: "... at det ved udbud af en rammeaftale, der giver mulighed for at tildele konkrete ordrer (kontrakter) ved miniudbud under brug af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige udbud«, skal angives i udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsbetingelserne, hvorledes underkriterierne til tildelingskriteriet vil blive vægtet ved miniudbud. I og med de nærmere ordrer, som skal være genstand for miniudbud, normalt ikke er kendt ved udformningen af udbudsbetingelserne vedrørende rammeaftalen, må det antages, at der i en del tilfælde ikke allerede ved udbuddet af rammeaftalen vil kunne angives en vægtning af underkriterierne. Undtagelsen i artikel 53, stk. 2, sidste punktum, kan i så fald anvendes, således at der alene angives en prioritering af underkriterierne. Betænelighederne herved forekommer begrænsede, hvis ordregiver har forpligtet sig til ved konsultationen efter artikel 32, stk. 4, litra d, om de enkelte miniudbud, på forhånd at oplyse leverandørerne om den nærmere vægtning af underkriterierne ved tildelingen af den pågældende ordre. Det bemærkes i den forbindelse, at formålet med kravet om oplysning om tildelingskriterier og deres vægtning ifølge betragtning 46 i præambelen er, at tilbudsgiverne har disse oplysninger på det tidspunkt, hvor de udarbejder deres tilbud."

til indkøb. Bruttolisten over delkriterier skal dog være udtømmende, således at det alene er den nærmere forståelse af delkriterieret, som præciseres ved de konkrete indkøb.

Endvidere er det en forudsætning, at de på bruttolisten for et underkriterium anførte delkriterier faktisk relaterer sig til det pågældende underkriterium og kontraktgenstanden for de konkrete indkøb, og at de ikke angår andre forhold, som reelt må anses for selvstændige underkriterier. Der bør derudover udvises varsomhed med at fastlægge kvalitative underkriterier, der opererer med en lang række forskellige delkriterier på bruttolisten, da dette kan skabe usikkerhed om, hvorvidt kriterierne er så brede, at de reelt giver ordregiveren mulighed for frit at fastlægge kriterierne.¹²

Det må antages, at det herefter i forbindelse med konkrete indkøb ydermere vil kunne specificeres, hvad der i det konkrete indkøb tillægges betydning. En sådan specificering omtales typisk som evalueringsgrundlag og knyttes typisk tæt sammen med enkelte krav i kravspecifikationen.

Skematisk kan det opstilles således:

Element	Eksempel	Ændringsmulighed ¹³
Tildelingskriterie	Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Tildelingskriterie fastsættes ved oprettelse af DIS og kan ikke ændres i forbindelse med konkret indkøb.
Underkriterier	<ul style="list-style-type: none">• Pris• Kvalitet	Underkriterier fastsættes ved oprettelse af DIS. Vægtning kan ændres i forbindelse med konkret indkøb, <u>forudsat</u> at kriterierne er angivet i prioriteret rækkefølge eller med et spænd ved oprettelse af DIS.

¹² Se i denne retning klagenævnets kendelse af 7. marts 2019, *Steelco Denmark A/S mod Københavns Universitet*, hvor klagenævnet bl.a. fandt, at ordregiver "ved at fastsætte et underkriterium bestående af så forskellige kriterier som kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse og samtidig fastsætte en lang række delkriterier, som ikke er vægtede, og som efter deres indhold (generelle og specifikke) set over et ikke beskriver eller udfylder alle elementerne i underkriteriet "Kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse" havde fastsat et kriterie, der ikke var egnet til at identificere tilbuddet med det "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

¹³ I skemaet anvendes "DIS" som forkortelse for dynamisk indkøbssystem.

Element	Eksempel	Ændringsmulighed ¹⁴
Delkriterie	Kvalitet: <ul style="list-style-type: none">• Ergonomi• Brændstoføkonomi• Sikkerhed• Funktionalitet	Den udtømmende bruttoliste fastsættes ved oprettelse af DIS, og konkrete delkriterier kan udvælges fra bruttolisten i forbindelse med konkret indkøb. Der kan dog ikke tilføjes nye delkriterier.
Del-delkriterier	Kvalitet: <ul style="list-style-type: none">• Ergonomi• Ud- og indstigningsforhold• Indretning af kabinen	Den ikke-udtømmende liste fastsættes ved oprettelse af DIS. Der kan tilføjes nye del-delkriterier i forbindelse med konkrete indkøb, forudsat at de kan rummes inden for en normal forståelse af delkriteriet.
Evalueringsgrundlag	Krav knyttet til indretning af kabinen: <ul style="list-style-type: none">• Mulighed for at justere rattet	Evalueringsgrundlaget fastsættes i forbindelse med konkret indkøb og skal kunne rummes inden for en normal forståelse af delkriteriet.

4. OPDELING I KATEGORIER

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 34, stk. 1, og udbudslovens § 102, at der ved oprettelsen af et dynamisk indkøbssystem kan ske inddeling i kategorier af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, der er objektivt defineret på grundlag af karakteristika ved de indkøb, der skal foretages under den pågældende kategori.

Spørgsmålet er herefter, hvilke kriterier opdelingen i kategorier kan ske på baggrund af, herunder særligt om det er muligt, at opdelingen i kategorier kan ske udelukkende baseret på forskellige tildelingskriterier. Som et eksempel herpå kan tænkes, at et dynamisk indkøbssystem omfatter indkøb af fotokopieringsmaskiner, hvor der laves en kategori for fotokopieringsmaskiner, hvor tildelingen sker på baggrund af kriteriet ”pris” og en anden kategori for fotokopieringsmaskiner, hvor tildelingen sker på baggrund af kriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, uden at der i øvrigt er forskel på ydelser eller vilkår i de to kategorier.

¹⁴ I skemaet anvendes ”DIS” som forkortelse for dynamisk indkøbssystem.

De anførte eksempler i forarbejderne til udbudslovens § 102 på opdeling i kategorier angår kvaliteten af selve produkterne, størrelsen af kontrakterne eller det geografiske leveringsområde, de kontraktuelle forhold såsom leveringsvilkår, juridiske forhold m.v. Der er således – efter ordlyden – tale om forhold knyttet til de ydelser eller vilkår, der gælder for de konkrete indkøb, der kan foretages under det dynamiske indkøbssystem.

At opdelingen i kategorier er tiltænkt at angå forhold knyttet direkte til karakteristika ved det der kan indkøbes, synes også at følge af forarbejderne til udbudslovens § 102, stk. 2, hvorefter ordregiver, hvis denne vælger at inddele i kategorier, skal: "[...] anvende minimumskrav til egnethed, som står i rimeligt forhold til den pågældende kategoris karakteristika".

Henset til, at et minimumskrav til egnethed har til formål at sikre, at en tilbudsgiver kan løfte kontrakten, må der således naturligt være tale om forhold knyttet snævert til den udbudte kontrakt, og dermed det, som skal leveres, når der henvises til en "*kategoris karakteristika*".

Hertil kommer, at det fremgår af det ovenfor anførte, at der skal fastsættes et tildelingskriterie for hver kategori, såfremt det dynamiske indkøbssystem opdeles i kategorier. Som anført ovenfor under afsnit 3 er det vores opfattelse, at der ikke er adgang til at ændre tildelingskriteriet i det dynamiske indkøbssystems løbetid, hvorfor der ikke kan anses at være en mulighed for at vælge mellem flere forskellige kategorier med forskellige tildelingskriterier ved konkrete indkøb, der vedrører det samme, idet dette i realiteten vil svare til, at tildelingskriteriet kan ændres.

På denne baggrund er det vores opfattelse, at der ikke synes at være adgang til at opdele indkøb under et dynamisk indkøbssystem i forskellige kategorier, baseret på udelukkende tildelingskriteriet.

Der er dog adgang til at fastlægge forskellige tildelingskriterier for forskellige kategorier, og det vil derfor være muligt at lave et dynamisk indkøbssystem, hvor der på baggrund af karakteristika ved indkøbene sker en opdeling i kategorier, der til dels kan imødekomme ønsket om forskellige tildelingskriterier.

Eksempelvis kan et dynamisk indkøbssystem være opdelt i én kategori for køb af standardprodukter, hvor tildelingen sker på basis af kriteriet "pris" og en anden kategori for køb af de samme produkter, men med tilknyttede rådgivningsydelser, herunder med en resultatforpligtelse for leverandøren, hvor tildelingen sker efter kriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Ligeledes kunne opdelingen ske på den måde, at én kategori omfatter indkøb med en værdi under 100.000 kr., som tildeles efter kriteriet "pris", mens en anden kategori omfatter indkøb med en værdi på 100.000 kr. eller derover, som tildeles efter kriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet". Ved en sådan opdeling i kategorier kan der opnås mulighed for, at der kan foretages tildeling af konkrete indkøb under det

dynamiske indkøbssystem efter det tildelingskriterium, som konkret findes bedst egnet for den specifikke type indkøb.

5. INDGÅELSE AF RAMMEAFTALER PÅ GRUNDLAG AF ET DYNAMISK INDKØBS-SYSTEM

Hvorvidt det er muligt at indgå rammeaftaler på baggrund af et dynamisk indkøbssystem er ikke reguleret direkte i udbudsloven.

Følgende fremgår af Europa-Kommissionens retningslinjer for brug af dynamiske indkøbssystemer, punkt 11.10:

”Direktivet om offentlige udbud indeholder ikke vejledning om, hvorvidt DPS kan kombineres med rammeaftaler eller ej. Der er ingen artikler eller noget i præamblen, som udtrykkeligt giver mulighed for at indgå en rammeaftale i stedet for en kontrakt gennem DPS, men der er heller ingen bestemmelser, som forbyder det”.¹⁵

Det følger dog af udbudsdirektivets artikel 34, stk. 4, og artikel 34, stk. 6, 2. afsnit, at de ordregivende myndigheder tildeler *kontrakter* på baggrund af et dynamisk indkøbssystem. Endvidere fremgår det af udbudslovens § 105, stk. 1, at ordregivere i forbindelse med *konkrete indkøb* skal opfordre alle tilbudsgivere til at afgive tilbud. Ordlyden af direktivet og loven peger således i retning af, at der kun kan indgås kontrakter og ikke rammeaftaler på grundlag af et dynamisk indkøbssystem.

Det fremgår derudover af udbudslovens § 95, stk. 1, at en rammeaftale skal indgås efter én af procedurerne i udbudslovens § 55, hvor dynamiske indkøbssystemer ikke er nævnt, hvilket naturligt skyldes, at et dynamisk indkøbssystem ikke i sig selv er en udbudsprocedure.

Ligeledes følger det eksplicit af udbudslovens § 109, at der kan anvendes elektroniske auktioner ved både rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, og af udbudslovens § 116 følger det eksplicit, at elektroniske kataloger ligeledes kan anvendes ved både rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Både elektroniske auktioner og elektroniske kataloger er – ligesom rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer – indkøbsmetoder, men hvor det for elektroniske auktioner og elektroniske kataloger således følger af loven, at disse kan anvendes både ved rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, følger det ikke af bestemmelserne om rammeaftaler, at disse kan anvendes ved dynamiske indkøbssystemer, hvilket også

¹⁵ Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for det Indre Marked, Erhvervs politik, Iværksætter og SMV'er, *Dynamiske indkøbssystemer: Retningslinjer for brug*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2021: <https://data.europa.eu/doi/10.2873/577>

synes at pege i retning af, at det ikke er en mulighed at anvende et dynamisk indkøbssystem til at tildele en rammeaftale.

Derudover er et af de grundlæggende formål med et dynamisk indkøbssystem at holde konkurrence åben for nye leverandører. Det fremgår af præambelbetragtning nr. 63, at ”[d]enne indkøbsteknik gør det muligt for de ordregivende myndigheder at råde over et særligt bredt udvalg af tilbud og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler på grundlag af omfattende konkurrence [...]”. Indgåelse af rammeaftaler på baggrund af et dynamisk indkøbssystem må netop anses som en begrænsning af adgangen til den løbende konkurrence og dermed ikke i overensstemmelse med formålet bag dynamiske indkøbssystemer.

Det kan dog nævnes, at der i andre medlemsstater er delte holdninger. Nogle medlemsstater (eksempelvis Italien og Ungarn) har valgt at tage stilling til emnet ved at implementere muligheden for at tildele rammeaftaler på grundlag af et dynamisk indkøbssystem specifikt i national lovgivning. I Danmark ses da også at være eksempler på tildeling under dynamiske indkøbssystemer af såkaldte ”periodekøbskontrakter”,¹⁶ der minder om rammeaftaler.

Det er vores opfattelse, at der ikke kan indgås rammeaftaler (eller periodekøbskontrakter) på grundlag af et dynamisk indkøbssystem. Der skal dog i denne forbindelse sondres mellem rammeaftaler og kontrakter med fleksible vilkår. Efter vores opfattelse vil der ved et konkret indkøb på grundlag af et dynamisk indkøbssystem kunne indgås en kontrakt med fleksible vilkår. Sondringen mellem en rammeaftale og en kontrakt med fleksible vilkår er en konkret vurdering, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. oktober 2020, *Remondis A/S mod Hedensted Kommune*.

Uanset om man er af den opfattelse, at muligheden for at tildele en rammeaftale på baggrund af et dynamisk indkøbssystem eksisterer eller ej, vil der dog ikke være tvivl om, at betingelserne for tildeling og levering under kontrakterne, herunder mulighed for fleksible vilkår i disse, vil være omfattet af ”*alle nødvendige oplysninger om det dynamiske indkøbssystem, herunder hvordan det dynamiske indkøbssystem fungerer*” og dermed på forhånd skal anføres i det oprindelige udbudsmateriale for selve det dynamiske indkøbssystem. Er det dermed ikke anført i det oprindelige udbudsmateriale, at sådan en fleksibilitet er mulig i de specifikke kontrakter, kan den formentligt ikke implementeres i en specifik tildeling efterfølgende.

¹⁶ Udbudsloven indeholder ikke en selvstændig definition af periodekøbskontrakter, men følgende er anført i de specielle lovbetænkninger til udbudslovens § 97: ”Kontrakter, der indgås på grundlag af en rammeaftale, kan have karakter af at være løbende forhold, også kaldet periodekøbskontrakter eller rammekontrakter. Det indebærer, at ordregiveren kan indgå rammekontrakter på grundlag af en rammeaftale, der alene angiver et estimat af det forventede køb på aftalen, og som ikke nødvendigvis medfører pligt til at aftage et bestemt antal[...]”.

6. DOKUMENTATION I ET DYNAMISK INDKØBSSYSTEMS LØBETID

Et dynamisk indkøbssystem er kendetegnet ved at kunne have en lang løbetid (i princippet mulighed for ubegrænset løbetid). Ordregiver har derfor ofte et ønske om, at leverandørerne løbende ajourfører deres dokumentation og løbende opdaterer eksempelvis en given omsætning og/eller teknisk/faglig erfaring.

Det følger af udbudslovens § 106, at en ordregiver kan kræve, at deltager i et dynamisk indkøbssystem inden for 5 arbejdsdage fra anmodning herom indsender et nyt og ajourført fælles europæisk udbudsdocument (herefter "ESPD"), jf. udbudslovens § 148, stk. 1. Ordregiveren kan endvidere på ethvert tidspunkt i løbet af det dynamiske indkøbssystem kræve, at deltagerne fremlægger dokumentation, jf. udbudslovens § 151, stk. 2, for, at deltagerne ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens §§ 135-137, og at deltagerne opfylder minimumskravene til egnethed, jf. udbudslovens §§ 140-143.

Af forarbejderne til den netop vedtagne ændring af udbudsloven fremgår, at "[d]et følger af den foreslåede ændring af § 106, stk. 1, at henvisningen til ordregiverens hjemmel til at indhente dokumentation fra deltagerne i det dynamiske indkøbssystem ændres fra § 152 til § 151, stk. 2. En ordregiver kan således alene indhente dokumentation, hvis det vurderes nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt på samme måde som udbud af offentlige kontrakter, der tildeles efter andre udbudsprocedurer eller indkøbsmetoder."

Med ændringen af forarbejderne til udbudslovens § 106, synes der ikke længere at være tvivl om, at ordregiver *ikke* på ethvert tidspunkt kan indhente dokumentation i relation til udelukkelsesgrunde eller minimumskrav til egnethed, men at ordregivers adgang til at indhente dokumentation på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren er begrænset af betingelserne i udbudslovens § 151, stk. 2, dvs. at dette skal være *nødvendigt*, for at proceduren gennemføres korrekt. Det må antages, at det eksempelvis kan være nødvendigt at bede om dokumentation løbende, hvis ordregiver kommer i berettiget tvivl om, hvorvidt oplysningerne i ESPD'et fortsat er retvisende. Dette vil medføre, at økonomiske aktører ikke unødigt stilles over for krav om at fremsende dokumentation, som dermed sparer de økonomiske aktører for unødige administrative omkostninger. Muligheden for at indhente et ajourført ESPD synes dog ikke at være begrænset af ovenstående, men må fortsat kunne indhentes løbende.

I forhold til, om deltager på et dynamisk indkøbssystem i hele det dynamiske indkøbssystemets løbetid skal opfylde minimumskrav til egnethed, følger det af udbudslovens § 106, stk. 2, at hvis det på baggrund af et ajourført ESPD kan fastslås, at deltageren ikke længere opfylder minimumskravene til egnethed, skal ordregiveren udelukke deltageren fra at deltage i det dynamiske indkøbssystem. Bestemmelsen må naturligt læses i sammenhæng med udbudslovens § 106, stk. 1, hvorefter bestemmelsen efter vores opfattelse må forstås sådan, at det ikke er tilstrækkeligt, at deltagerne blot ved optagelse i et dynamisk

indkøbssystem opfylder minimumskravene til egnethed, men også i hele det dynamiske indkøbssystems levetid skal opfylde kravene til egnethed.

Hvis deltageren ikke længere opfylder disse krav og dermed udelukkes, kan den pågældende deltager, når denne igen opfylder kravene, søge om optagelse igen, jf. udbudslovens § 104, stk. 3.

KONTAKTOPLYSNINGER



MORTEN WAHL LILJENBØL

Partner, advokat (H)

M +45 25 10 05 26

@ mli@poulschmith.dk



FAHAD ANJUM

Erhvervsjuridisk fuldmægtig, cand.merc.jur.

M +45 31 68 94 77

@ faan@poulschmith.dk