

PROCUREGREEN



Carina Risvig Hamer

Professor i forvaltningsret og udbudsret

Carina.hamer@jur.ku.dk

De Grønne Udbudsmorgener 10: Mindstekrav eller konkurrencekrav

- Anders Nørgaard, advokat (L), partner Publicure Advokatfirma
- Povl Nick Bronstein, partner Publicure Advokatfirma
- Rasmus Horskjær Nielsen, ph.d., advokat, Andel

PROCUREGREEN

PROCUREGREEN

Formål at undersøge hvordan grønne tilgange bruges i de forskellige dele af udbudsprocedurerne i Danmark.

Undersøge barrierer - både juridiske og praktiske

Forskere i projektet:

Carina Risvig Hamer (KU)

Ole Helby Petersen (RUC)

Søren Kjær Foged (VIVE)

Chanel Elisabeth Scheel (KU)



Følg gerne med –

<https://www.linkedin.com/company/80365562/admin/>

Podcast: Grøn drivkraft: [Udbudsret som redskab i den grønne omstilling](#)

PROCUREGREEN

VIGTIGE DATOER

8. november 2023

22. november 2023

Tidspunkt: 9.00-10.30

Kursus: Grønne offentlige indkøb

Konference forår 2024

Tilmelding:

[https://jura.ku.dk/Nyheder/2023/
de-groenne-udbudsmorgener/](https://jura.ku.dk/Nyheder/2023/de-groenne-udbudsmorgener/)

de grønne udbudsmorgener



Ny Bog "Compliance i den offentlige sektor"



Boglancering den 29. september kl. 14.30-16.00

<https://jura.ku.dk/Kalender/2023/compliance-i-den-offentlige-sektor/>

Eksempler på kapitler:

Kapitel 9. Compliance med bæredygtighed og klima
Af Maria Edith Lindholm Gausdal og Carina Risvig Hamer

Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv
Af Maria Edith Lindholm Gausdal og Carina Risvig Hamer



Ny bog på vej:

“Grønne offentlige indkøb
– I udbudsretlig belysning”

- Ultimo 2023 – fingers crossed
- Kursus: 28-29. November 2023,
- <https://efteruddannelse.ku.dk/jura/groenne-offentlige-indkoeb/>



Konkurrenzkraav

Mindstekraav

Dagens gøremål

- **Mindstekrav eller konkurrencekrav:**
 - ”Hvilke overvejelser bør man have ved inddragelse af klima/miljø i udbudsfasen”



Grønne krav

- De tekniske specifikationer fastsætter de egenskaber, som kræves af anskaffelsen. F.eks.
 - kvalitetsniveau,
 - **miljø-** og **klimapræstation**,
 - brugen af produktet, **emballering** mv.
 - specifikke **produktionsprocesser** og -metoder på et hvilket som helst tidspunkt i **anskaffelsens levetid** samt
 - **procedurer for levering** af den ønskede anskaffelse.
- Grundregler: Forbundet med kontraktens genstand og proportionale.

Mindstekrav

- **Specifikationernes hierarki**
 - Mindstekrav, væsentlige krav, uvæsentlige krav
- **Mindstekravets ekko**
- **Klarhedskrav**
 - Samspil med miljømærkning?

Mindstekrav

- Kendelse af 5. september 2019, Abena A/S mod Region N, M, S:
 - “Holdbart”
 - “normal håndtering”
 - ”Antistatisk”
- Kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb:
 - ”nem at betjene”
 - ”høj præcision og hastighed”

Mindstekrav

- **Kendelse af 10. juli 2012, GE Healthcare Danmark A/S mod Region Midtjylland:**
 - "Hurtig rekonstruktion"
 - "Let og logisk workflow, som let kan tilpasses"
- **Kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med Scandia ApS mod K-17 indkøbsfællesskabet:**
 - "Skal være komfortabelt for borger at ligge på"
 - "Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen"
 - "Skal være mærket med op/ned eller lignende, hvis det har betydning for placeringen"

Betoningen af det grønne

- En ufravigelig udbudsbetingelse?
- En egentlig motor i tildelingsmekanismen?
- En pligtskyldig, politisk eftertanke?



Grønne point

- Knyttet til kontraktens genstand
- Intet ubetinget frit valg,
- Principperne
- Egnet til at identificere bedste forhold mellem..

Grønne point

- **Knyttet til kontraktens genstand**
- Rammer for fremstilling eller levering, andet øjeblik i livscyklus
- Drivmiddel og logistik
- Miljømærkning
- Emballage
- Genbrug

Grønne point

- **Kendelse af 25. august 2022, Hørkram Foodservice mod Region Syddanmark**
- Offentligt udbud efter udbudsloven
- Rammeaftale om levering af kød og helt kødpålæg til sygehusene og regionens kantine i Region Syddanmark til en værdi af 30 mio. kr. eksklusive moms
- Påstand 3:
 - ”[...] [§ 160 og § 2,] ved ikke at have evalueret Hørkrams tilbud for konkurrencekrav nr. 11.5 i overensstemmelse med den beskrevne evalueringsmodel for underkriteriet ”Kvalitet og miljø”.

Grønne point

- Kendelse af 25. august 2022, Hørkram Foodservice mod Region Syddanmark
- Kravspecifikationen:
 - Beregningerne bag CO₂- ækvivalenten skal være i overensstemmelse med ISO standarderne for LCA: ISO 1440 (2006) og ISO 14044 (2006) eller stamme fra Den store klimadatabase.
- Underkriteriet, ”Kvalitet og miljø”

Grønne point

- Kendelse af 25. august 2022, Hørkram Foodservice mod Region Syddanmark
- Kravspecifikationens konkurrencekrav (indgår i underkriteriet):
 - Beregningerne bag CO₂- ækvivalenten skal være i overensstemmelse med ISO standarderne for LCA: ISO 1440 (2006) og ISO 14044 (2006) eller stamme fra Den store klimadatabase.
- Hørkrans svar:
 - De CO₂-ækvivalenter, som Hørkram benytter, er baseret på data fra 2020, og de er suppleret med tal fra 2016.
 - Det er **den klassiske livscyklusanalyse (LCA)**, som EU anbefaler, der er anvendt.
 - **Herudover er der anvendt viden og data fra DTU's baggrundsrapport for de officielle kostråd**

Grønne point

- **Kendelse af 25. august 2022, Hørkram Foodservice mod Region Syddanmark**
- **Klagenævnet:**
- Uklart, om tallene fra DTU var i overensstemmelse med og dermed svarede til de kilder, der er henvist til i kravspecifikationens nr. 11.5
- Uklart, om ISO standarderne var opfyldt
- Regionen fandt det mest korrekt at give Hørkram 6 point for konkurrencekrav nr. 11.5, da opfyldelsen af konkurrencekravet ud fra en samlet betragtning blev vurderet som "God/meget tilfredsstillende".
- Klagenævnets tilbageholdenhedsprincip ifht. ordregiver skøn

Grønne pointer

- Ideelt, hvis de bæredygtige underkriterier bygger på objektive målestokke
- Mindre ideelt, hvis målestokkene er binære
- Samspillet mellem krav og ønsker

Grøn ”kommissionsmodel”

- Et skønsmæssigt mindstekrav (!)
- ”Tilbud, der opnår under X point ved vurdering af underkriteriet, ”Miljø”, afvises.”

Grøn ”kommissionsmodel”

- **Kattelem fra Klagenævnet, kendelse af 25. april 2018, BilButikken mod Randers Kommune:**
- Som anført i forarbejderne til udbudslovens § 160, stk. 1, er det ikke et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier.
- Accepterede ”Ergonomi” (10 %),
 - og herunder ”Ud- og indstigningsforhold” samt ”indretning af førerkabinen” og ”Bagagerum og læssekant”

Grøn ”kommissionsmodel”

- Oversat til grønne under- og delkriterier
 - Væsentlig betydning (udelukkelse)
 - Flexibilitet (under den skønsmæssige beføjelse)
 - Begrænset aftryk på tildelingskriteriet (Ergonomi kun 10 % i Randers-kendelsen)

De Grønne Udbudsmorgener

Mindstekrav og konkurrencekrav

20. september 2023.

andel

Emner



Den rigtige kasse

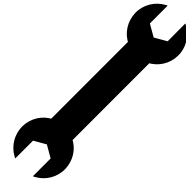


Let's get political

Emner



Den rigtige kasse

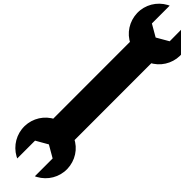


Let's get political

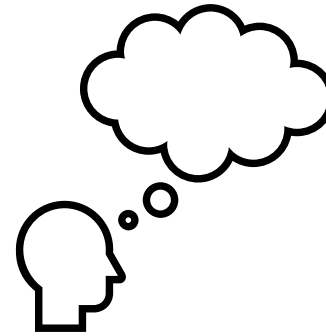
Emner



Den rigtige kasse



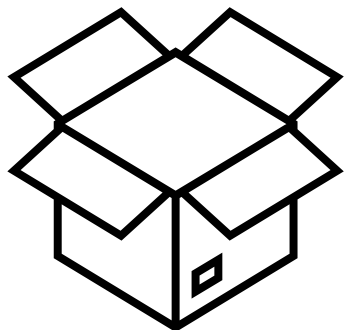
Let's get political



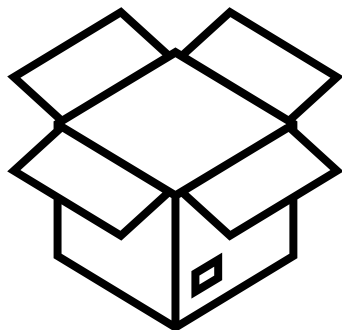
Den rigtige kasse



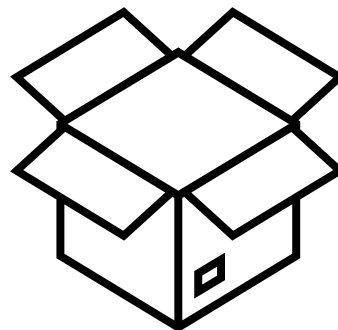
Prækval.



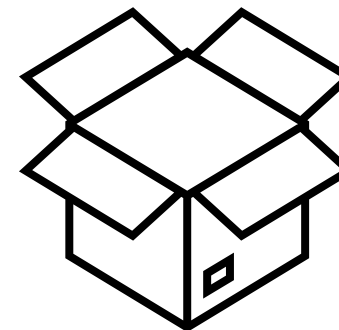
Kravs spec.



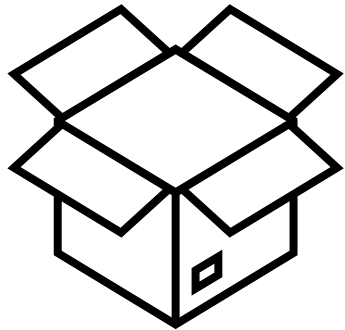
Tildeling



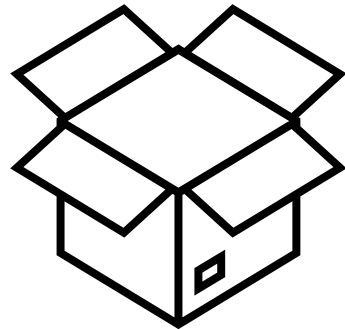
Kontrakten



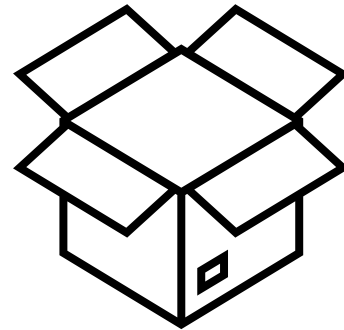
Prækval.



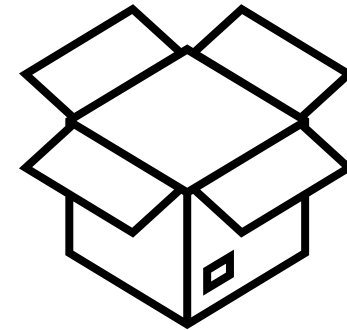
Kravs spec.



Tildeling

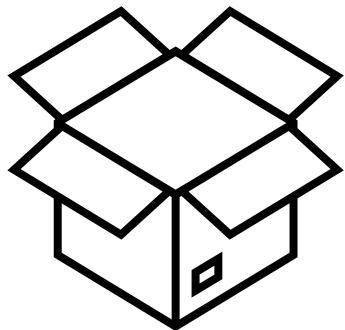


Kontrakten

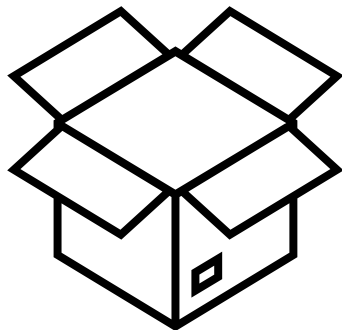


Knyttet til kontraktens genstand

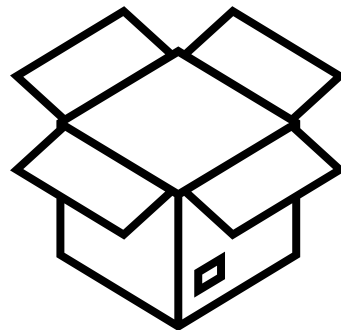
Prækval.



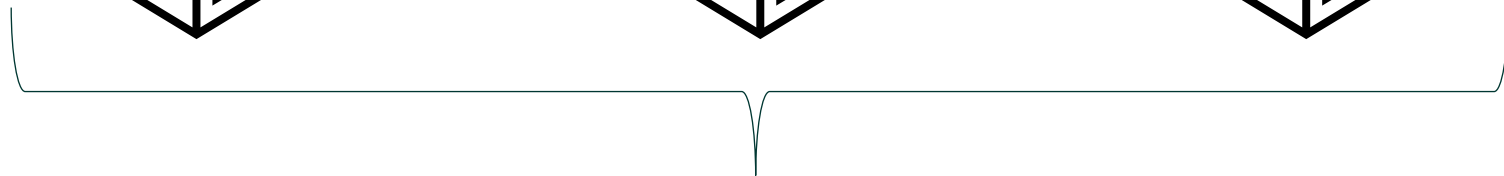
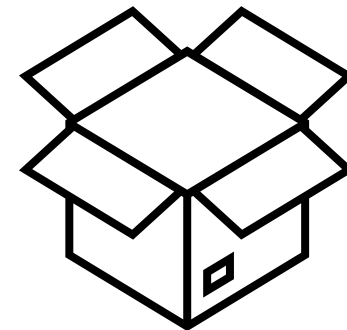
Kravspec.



Tildeling



Kontrakten



Relevante for kontrakten

Knyttet til kontraktens genstand

Den rigtige kasse

- Hvad siger juraen?

Den rigtige kasse

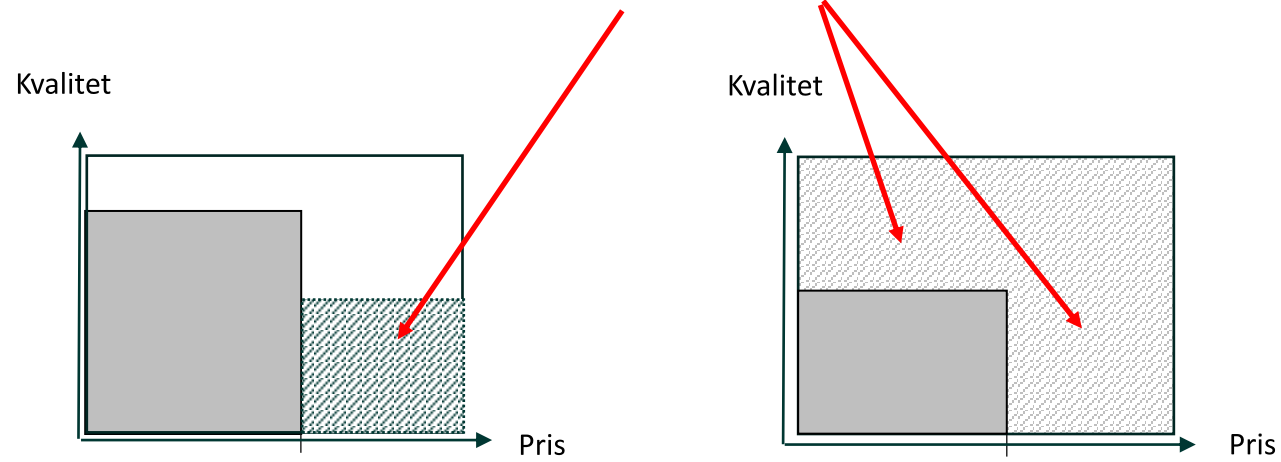
Overvejelser

- Er det noget, som markedet kan nu (teknisk specifikation)
- Hvis der er en konkurrence i markedet, kan det være relevant at overveje (kriterier for tildeling).
- Er det noget, hvor virksomhederne kan omstille sig (kontrakten – betaling for omstilling)

- Ingen konkurrence = prisen bliver vigtigere.
- For meget "fri-stil"? Målbarhed – er det en skriveøvelse, eller dækker beskrivelsen over kvalitative forskelle?

Hvor er konkurrencen – potentialet?

Konkurrencen



Den rigtige kasse

Måske skal man identificere potentiale i det enkelte udbud.

- Tekniske specifikationer
- Kriterier for tildeling
- Kontrakten

- Måske alle dele – eller ingen.

Den rigtige kasse

Mange fællestræk

- Skal være proportionale og saglige.
- Skal iagttage principperne og være knyttet til kontraktens genstand.
- Kontrol. Skal kunne dokumenteres – kontraktopfølgning.

Dog visse forskelle

- Niveau af opfyldelse - overopfyldelse.
- Nice to ctr. need to?
- Hvem skal komme med opfyldelsen? Kriterier = tilbudsgiver. Kravspec = ordregiver.
- Skønsprægede?



Let's get political

Let's get political

andel

Muligheder

Hvad med den norske model?

- Nærings- og fiskeridepartementets pressemeddelelse:
"Nå skal klima og miljø vektes minst 30 % i offentlige anskaffelser"
- Tre forslag:

Muligheter

1. "Krav til alltid å vekte miljø med minst 30 prosent".
2. "Vekting av miljøkriterier ved ikke uvesentlig miljøbelastning".
3. "Kombinasjon av miljøkrav og vekting av miljøhensyn".

Muligheter

1. "Krav til alltid å vekte miljø med minst 30 prosent".
 - *"Departementets vurdering er at forslaget stiller strengere krav for offentlige oppdragsgivere, fordi forslaget innebærer at oppdragsgivere ikke lenger kan velge om de vil ha miljø som et tildelingskriterium, og heller ikke hvilken vekt det skal ha. Et så strengt krav vil også kunne bryte med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser."*

Muligheter

2. "Vekting av miljøkriterier ved ikke uvesentlig miljøbelastning".

2 ændringer:

- *" Offentlige oppdragsgivere skal stille miljøkrav eller kriterier på minst ett av følgende trinn i anskaffelsesprosessen:
a) Kvalifikasjonskrav
b) Kravspesifikasjon
c) Tildelingskriterium
d) Kontraktsvilkår"*
- *" På områder med ikke uvesentlig miljøbelastning skal miljøhensyn alltid vektes minimum 30 prosent. "*
(min understregning)

Muligheter

3. "Kombinasjon av miljøkrav og vekting av miljøhensyn".

- *"På områder med ikke uvesentlig miljøbelastning skal oppdragsgiver enten stille miljøkrav til ytelsen, eller vekte miljøhensyn med minimum 30 prosent. Bruken av miljøkrav og vekting av miljøhensyn kan også kombineres.*
- Departementets vurdering:
"Det er positivt at oppdragsgivere kan velge enten miljøkrav eller å vekte miljø som tildelingskriterium, og det er en fordel at forslaget ikke ensidig fokuserer på miljø som et tildelingskriterium."

Muligheder

Hvad med den norske model?

- Kan man gøre det?
- Bør man gøre det – hvilke fordele og ulemper?
- Er dette fremtiden?

Muligheder

Hvad med den norske model?

- **Kan man gøre det?**
- Bør man gøre det – hvilke fordele og ulemper?
- Er dette fremtiden?

Kriterier for tildeling

- Kan medlemsstaterne begrænse ordregivernes frihed til at vælge kriterier for tildeling? Fx forpligte eller forbyde ordregivere til at anvende specifikke kriterier for tildeling.
- EU-Domstolen konstaterede i Meca-sagen (C-41/18), at det ikke kan *"benægtes, at direktiv 2014/24 begrænser medlemsstaternes skønsbeføjelse"*.
- Generaladvokaten anførte i Sintesi-sagen (C-247/02), at medlemsstater *"ikke må begrænse de ordregivende myndigheders skønsbeføjelse, når direktivet ikke udtrykkeligt tillader det."*

Kriterier for tildeling

- Sondring

”toolbox-approach”

og

Fleksibel tilgang: Situationer hvor ordregiveres valgfrihed alene er begrænset af principperne og generelle regler.



Kriterier for tildeling

- Sondring

”toolbox-approach” (**begrænsning**)

og

Fleksibel tilgang: Situationer hvor ordregiveres valgfrihed alene er begrænset af principperne og generelle regler.



Kriterier for tildeling

- Angående kriterier for tildeling, kan der både være en "toolbox-approach" og en fleksibel tilgang.
- Udbudsdirektivet indeholder mulighed for, at medlemsstaterne til at fastsætte regler, der forbyder bestemte kategorier af ordregivere fra at bruge "pris" eller "omkostninger" som det eneste kriterie for tildeling – artikel 67, stk. 2.
- Dog er der ved "pris", "omkostninger" og "bedste forhold mellem pris og kvalitet" tale om fuldstændig harmonisering. Ordregivernes valg er fastlagt.

Kriterier for tildeling

- Dette er ikke tilfældet ved de enkelte kriterier.
- Her nævnes alene eksempler i artikel 67, stk. 2 / § 162, stk. 3:

Disse kriterier kan f.eks. omfatte:

a) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, udformning for alle brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor

- Begrænsningerne ved værktøjskasse-tilgangen kan ikke nødvendigvis overføres til den fleksible tilgang.

Kriterier for tildeling

- Dette kan finde støtte hos generaladvokaten i Sintesi-sagen (C-247/02, præmis 57):
”direktiverne om offentlige kontrakter helt generelt anerkender en beføjelse for medlemsstaterne til at begrænse de ordregivende myndigheders ret til at fastsætte visse elementer”.
- Det kan dog overvejes, hvorvidt ordregiveres muligheder for at vælge kriterier for tildeling, der imødekommer ordregiveres behov, påvirkes. Der er pligt til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (fra ordregivers perspektiv)

Kriterier for tildeling

- Nok en konkret vurdering, hvorvidt medlemsstaternes konkrete begrænsning i ordregivernes valgret af kriterier for tildeling er uforeneligt med udbudsdirektivet, og hvorvidt ordregiveren stadigvæk bevarer muligheden for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kriterier for tildeling

- EU-Domstolens dom i Sintesi-sagen (C-247/02)
 - Begrænset udbud angående en bygge- og anlægskontrakt vedrørende et underjordisk parkeringsanlæg.
 - Den omhandlede parkering var placeret i det historiske centrum af byen Brescia, hvorfor der var tale om et kompleks bygge- og anlægsarbejde.
 - Ordregiver var i henhold til italiensk lovgivning forpligtet til at anvende tildelingskriteriet laveste pris.
 - EU-Domstolen konstaterede, den pågældende lovgivning fratog ordregivere muligheden for at tage hensyn til kontraktens karakter og særpræg, når ordregiveren skal vælge det tildelingskriterium, der er *”bedst egnet til at sikre den frie konkurrence og således sikre, at det bedste bud vælges”*.

Muligheder

Hvad med den norske model?

- Kan man gøre det?
- **Bør man gøre det – hvilke fordele og ulemper?**
- Er dette fremtiden?

Kriterier for tildeling

- Er det klogt – og hvem ved, hvad der er klogt?
- Hvor er kompetencen?
- Meget forskellige anskaffelser i meget forskellige markeder.

Muligheder

Hvad med den norske model?

- Kan man gøre det?
- Bør man gøre det – hvilke fordele og ulemper?
- **Er dette fremtiden?**

Hvad med fremtiden?

- Miljøhensyn - Artikel 11 TEUF

"Miljøbeskyttelseskrav skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Unionens politikker og aktioner, især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling"

Nyt direktiv?

Eller

An aerial photograph showing a large-scale solar farm installation. The solar panels are arranged in neat, parallel rows across a landscape. In the center, a green field contains a large, dark-roofed building, likely a farm or processing facility, with an American flag flying nearby. A dirt road and a paved road are visible, separating the solar panels from the central building. The overall scene illustrates the integration of renewable energy infrastructure with agricultural land.

Bliver det regler omkring udbudsdirektivet?

andel