



Er udbudsportalernes håndtering af udbudsmaterialet i overensstemmelse med udbudsloven?



Mikala Berg Dueholm
Partner

Udbudsloven stiller krav om, at "en ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet". Men opfyldes det i praksis, når potentielle tilbudsgivere og andre interesserede skal igennem en oprettelses- og loginproces for at se udbudsmaterialet? Når dette alene er tilgængeligt i en del af udbudsperioden? Og når tilbudsgiverne alene kan oprette én gratis adgang? Er det nødvendigt at registrere, hvilke aktører der har hentet udbudsmaterialet, herunder navn og email-adresse på kontaktpersonen?

Disse spørgsmål stiller vi skarpt på i denne artikel.

Disclaimer – vores angivelser er udtryk for subjektive erfaringer både som ordregiverrådgiver og tilbudsgiverrådgiver med de mest gængse udbudssystemer. Ikke alle forhold gør sig gældende for alle systemer.

Udbudsloven

Udbudslovens § 132 foreskriver, at *"en ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet"*.

I praksis forstås det ved, at ordregiver indgår aftale med en kommerciel udbudsportal, hvor udbudsmaterialet uploades til, og hvor tilbud også kan afleveres gennem.

Så skulle man tro, at alt var i den skønneste orden, men er det nu også sådan?

Oprettelse og login på udbudsportalerne

Når man som mulig tilbudsgiver eller anden interesseret ser en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende og klikker på linket for at se udbudsmaterialet, bliver man sendt ind på udbudsportalen. Her skulle man tro, at man uden videre kan se dokumenterne for derved hurtigt at browse materialet igennem for at vurdere, om udbuddet er interessant.

Imidlertid skal man i de fleste udbudsportaler først oprette sig som bruger og derefter logge ind på udbudsportalen for at tilgå udbudsmaterialet. Komplexiteten ved oprettelsesproceduren varierer, men generelt er det væsentligt over Netflix-niveau. Det er ikke oprettelse af et brugernavn og adgangskode, og så er man på.

Af bemærkningerne til § 132 fremgår det blandt andet, at *"direkte adgang"* indebærer, at der skal være umiddelbar adgang til udbudsmaterialet uden at gennemgå en godkendelsesprocedure, der medfører en tidsmæssig forskydning i adgangen til udbudsmaterialet.

I overensstemmelse hermed anvender udbudsportalerne generelt ikke en godkendelsesproces, men stiller som sagt krav om oprettelse af en brugerprofil.

Kravet om at oprette en brugerprofil er ikke direkte i strid med kravet om direkte adgang i § 132, men en omfattende og omstændelig oprettelsesproces, der de facto mindsker den direkte adgang.

Det ville i højere grad være i overensstemmelse med kravet om direkte adgang at gøre det muligt at hente materialet uden oprettelse af en brugerprofil, således at dette alene ville være nødvendigt ved afgivelse af ansøgning eller tilbud, eller hvis en aktør ville modtage besked om opdateringer af materialet eller lignende.

Login medfører oplysninger om virksomheden

I forbindelse med login på udbudsportalen synliggøres virksomhedens navn almindeligvis for ordregiver, når virksomheden har hentet udbudsmaterialet eller generelt vist sin interesse i udbuddet.

Spørgsmålet er, om et krav om login reelt kan indskrænke den direkte og frie ret til udbudsmaterialet. Det kan f.eks. være tilfældet, hvis en virksomhed ikke vil give sig tilkende.

De udbudsportaler, som vi har spurgt herom, har oplyst, at oplysningen om virksomheden registreres og synliggøres, fordi ordregiverne ønsker det. For os at se, er den eneste årsag til krav om login i forbindelse med adgangen til materialet således, at det er belejligt for ordregiver at kunne holde sig opdateret med hvilke virksomheder, som har vist interesse i udbuddet.

Da ordregiver efter udløb af enten ansøgnings- eller tilbudsfristen vil blive informeret om, hvilke virksomheder der har indleveret ansøgning eller tilbud, er der reelt ikke behov for denne viden inden. Derfor bør udbudsportalerne overveje, om kravet om login og dermed synliggørelsen af virksomheden er nødvendig i forbindelse med adgangen til udbudsmaterialet, og om hensynet bag dette reelt er sagligt.

Registrering af personoplysninger

En anden betænkelighed ved udbudsportalernes oprettelses- og loginprocedure er, at kontaktpersonens navn og email-adresse registreres. Derudover synliggøres disse oplysninger almindeligvis for ordregiver, når kontaktpersonen på vegne af virksomheden har vist sin interesse i udbuddet eller hentet materialet.

Det følger af persondataforordningens artikel 5, stk. 1, litra c, at "*Personoplysninger skal være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil de behandles (»dataminimering«)*". På den baggrund kan der stilles spørgsmålstegn ved, om registreringen og synliggørelsen af kontaktpersonens fulde navn og mailadresse generelt er nødvendigt i henhold til artikel 5, stk. 1, litra c.

Udbudsportalerne angiver i deres privatlivspolitikker forskellige årsager til, at personoplysninger indsamles, herunder for at kunne yde support samt af sikkerhedsmæssige og juridiske årsager.

Vi stiller os dog kritiske over for, om ovenstående reelt nødvendiggør et behov for i alle tilfælde at registrere og synliggøre personoplysninger. Hvis registreringen og synliggørelsen af kontaktpersonens navn og email-adresse er nødvendig for opfyldelse af nogle af udbudsportalernes services, er det vores vurdering, at det bør være begrænset hertil i overensstemmelse med formålet med persondataforordningens artikel 5, stk. 1, litra c.

Periode for adgang til udbudsmaterialet

Det er ikke på alle udbudsportaler muligt at tilgå udbudsmaterialet efter prækvalifikationens afslutning. Det medfører, at andre end de prækvalificerede kun har adgang til materialet i en mindre del af udbudsperioden.

Udbudslovens § 132 kan efter vores vurdering generelt ikke fortolkes til alene at gælde indtil afslutningen på prækvalifikationsfasen, idet andre økonomiske aktører kan have interesse i at følge udbuddet, herunder se, om der bliver foretaget ændringer af materialet under udbudsprocessen.

I bemærkningerne til udbudslovens § 132 fremgår det, at der som udgangspunkt skal være adgang til det fulde udbudsmateriale ved offentliggørelsen af udbuddet. Det medfører ikke, at det er tilstrækkeligt, at udbudsmaterialet kun er tilgængeligt i prækvalifikationsfasen, men fastsætter starttidspunktet for materialets offentlige tilgængelighed. Udbudsmaterialet skal efter vores vurdering kunne tilgås på udbudsportalerne under hele udbudsprocessen.

Opkrævning af betaling for adgang til udbudsmaterialet

Det er et krav, at tilbudsgivere og andre økonomiske aktører skal have vederlagsfri adgang til udbudsmaterialet.

Udbudsportalerne er således ikke berettiget til at kræve betaling herfor, hvilket generelt heller ikke forekommer at være tilfældet hos de udbudsportaler, som vi er bekendt med.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en nyhed på deres hjemmeside den 5. juli 2019 yderligere vurderet, at kravet om at materialet skal kunne tilgås vederlagsfrit indebærer, at udbudsportalerne ikke må begrænse den vederlagsfrie adgang til én person hos ansøger eller tilbudsgiver. Dette efterleves ikke hos alle udbudsportaler, idet vi på en enkel udbudsportal er blevet mødt med et krav om betaling ved oprettelse af flere profiler under samme CVR-nummer. Det er i henhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering i strid med kravet om vederlagsfri adgang i udbudslovens § 132.

Et reelt forbedringspotentiale

Hvis vi vender blikket mod vores indledende spørgsmål om, hvorvidt kravet om "*fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet*" opfyldes i praksis, må det korte svar være "i ånden, nej".

Der er generelt et rigt forbedringspotentiale. Det gælder hovedsageligt adgangen til at tilgå udbudsmaterialet uden oprettelse af en brugerprofil, således at virksomheder ikke behøver at tilkendegive deres interesse, før de reelt har besluttet sig for at byde. Som nævnt ville en sådan ændring af udbudsportalerne sikre en endnu højere grad af overensstemmelse med kravet om direkte adgang i udbudslovens § 132.

Derudover er der visse forhold, som reelt forekommer at skulle ændres, før håndteringen af udbudsmaterialet er i overensstemmelse med kravene i udbudslovens § 132 og formentlig også persondataforordningen. Det gælder den manglende adgang til udbudsmaterialet efter prækvalifikationsfasen, begrænsningen af den vederlagsfrie adgang til materialet samt den generelle registrering af navn og email-adresse på kontaktpersonen.

Vi håber, at udbudsportalerne vil (gen)overveje deres procedurer for håndteringen af udbudsmaterialet og dermed bidrage til at sikre, at der ikke kun formelt også reelt gives "*fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet*".

Fagområder Udbud

Sektorer Government Contracting
