

JULEKALENDEROPSAMLING - UDBUDSRET

I december måned udgav Hortens afdelinger for udbudsret og offentlig ret tre julekalendere, hvor du hver dag fra den 1.-24. december kunne følge med i forskellige udbudsretlige og offentligretlige problemstillinger. Gennem en opsamling af udvalgte nyheder fra 2017 gav de tre julekalendere et overblik over udbudsretten, kommunalretten og forsyningsretten. Herunder følger en opsamling af julekalenderen inden for udbudsretten.

1. HAR I STYR PÅ VIRKSOMHEDENS GAVEPOLITIK?

Det er afgørende, at både virksomheder og offentlige myndigheder har styr på deres gavepolitik, da mangel på dette kan have store konsekvenser.

Konsekvenser for offentligt ansatte: De enkelte medarbejdere hos offentlige ordregivere er underlagt både de forvaltningsretlige regler såvel som straffelovens regler om forbuddet mod at modtage bestikkelse.

De forvaltningsretlige regler indeholder ikke nogen direkte regulering af offentligt ansattes modtagelse af gaver. Den forvaltningsretlige regulering af offentligt ansattes modtagelse af gaver mv. er derfor udledt af de generelle forvaltningsretlige principper, som gælder for alle ansatte i den offentlige sektor. Udgangspunktet er herefter, at offentligt ansatte ikke må modtage gaver eller andre fordele fra private i forbindelse med arbejdet.

I straffeloven er forbuddet mod at modtage gaver direkte reguleret i form af reglerne om bestikkelse i §§ 122 og 144. Strafferammen er op til 6 års fængsel.

Offentligt ansatte bør kun acceptere sædvanlige lejlighedsgaver ved fødselsdage, jubilæer, afsked mv. og beskedne gaver fra forretningsforbindelser ved højtider samt taknemmelighedsgaver, hvor det vil være uhøfligt ikke at tage imod gaven. Der er ikke noget økonomisk loft for, hvornår en gave må anses som bestikkelse. Det vil således komme an på en konkret vurdering i den enkelte sag, om der er tale om bestikkelse.

Konsekvenser for virksomhederne: Efter reglerne i udbudsloven kan en virksomhed risikere at blive udelukket fra at deltage i offentlige udbud, hvis virksomheden tidligere er dømt for bestikkelse. Det samme gælder, hvis et medlem af virksomhedens direktion, bestyrelse eller tilsynsråd bliver dømt for bestikkelse og for personer med beføjelse til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd.

2. UDBUD MED FORHANDLING

Ved udbudsformen udbud med forhandling har ordregiver mulighed for at indgå i dialog med tilbudsgiverne med henblik på at optimere tilbudsgivernes indledende tilbud. Formålet med dialogen er ganske kort at opnå bedre løsninger og ofte også en lavere pris.

Det er vores anbefaling, at man som ordregivere overvejer at anvende udbud med forhandling, hvor dette er muligt.

Udbud med forhandling kan anvendes ved EU-udbud, når én af følgende betingelser er opfyldt:

- Ordregivers behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,
- Kontrakten omfatter design eller innovative løsninger, eller
- Kontrakten forudsætter forhandling på grund af dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici.

Udbudsformen giver ordregiveren mulighed for at indgå i dialog med potentielle leverandører, og dermed optimere tilbuddene såvel som udbudsmaterialet. Forhandlingerne kan afsløre utilsigtede uklarheder i udbudsmaterialet, som kan afhjælpes, så længe der ikke er tale om ændring af grundlæggende elementer.

Udbudsloven indeholder en negativ afgrænsning af forhandlingernes genstand. Der må ikke forhandles om:

- Det endelige tilbud
- Grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling

Der er ikke noget til hinder for, at grundlæggende elementer og mindstekrav drøftes på forhandlingsmøderne, ligesom at ordregiver er berettiget til at indlede forhandlinger med tilbudsgivere, som har taget forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Det er dog afgørende, at der ikke foretages ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at alle forbehold over for grundlæggende elementer er frafaldet ved de endelige tilbud.

3. INNOVATIONSPARTNERSKABER

Udbudsformen innovationspartnerskaber blev introduceret med de nye udbudsregler i 2016 og er en procedurereform, hvor ordregiver udbyder udvikling af en innovativ løsning og det efterfølgende indkøb af løsningen i ét og samme udbud.

Innovationspartnerskaber kan benyttes, når ordregiver har et behov, der ikke allerede findes en løsning til på markedet, eller hvor der ikke i praksis foreligger konkret viden om, hvordan problemet kan løses.

Selve innovationen kan enten bestå i udviklingen af en ny løsning eller i videreudvikling af en eksisterende løsning. Innovationspartnerskaber kan anvendes i forbindelse med indkøb af alle typer ydelser – det vil sige varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder.

Innovationspartnerskabsprocessen er inddelt i tre faser; nemlig 1) udbudsfasen, 2) innovationsfasen og 3) indkøbsfasen. Selve udbudsfasen gennemføres som et udbud med forhandling.

Før ordregiver iværksætter processen, skal ordregiver dog sikre, at der ikke allerede findes tilgængelige løsninger på markedet. Det gøres ved markedsundersøgelse.

En af fordelene ved innovationspartnerskabet er, at leverandørernes incitament til at deltage i udviklingen af nye løsninger øges. Det skyldes blandt andet, at ordregiver ved udbudsformen har afløstet udbudspligten for et eventuelt efterfølgende indkøb – i modsætning til tilfælde,

hvor ordregiver gennemfører et OPI-samarbejde efter undtagelsesreglen om forskning og udvikling. Ved sådanne OPI-samarbejder vil det efterfølgende indkøb som udgangspunkt være udbudspligtigt. Derudover risikerer leverandørerne ikke at blive afskåret fra at deltage ved et udbud af den udviklede løsning efter reglerne om inhabilitet, da udvikling og indkøb af ydelsen sker under ét samlet udbud.

4. HVORNÅR HAR EN KONTRAKT KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE?

Hvis værdien af en udbudspligtig kontrakt ligger under de gældende tærskelværdier, kan en ordregiver anvende udbudslovens mere fleksible regler ved indgåelse af kontrakten. Ordregiveren kan således anvende reglerne i enten udbudslovens afsnit IV eller afsnit V afhængigt af, om der er tale om et offentligt indkøb under tærskelværdierne med eller uden en klar grænseoverskridende interesse.

Det følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 191, at en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, hvis en virksomhed i en anden medlemsstat kunne været interesseret i at byde på den pågældende kontrakt. Det påhviler ordregiver at foretage en konkret vurdering af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Følgende momenter kan indgå i vurderingen:

- Kontraktens genstand - en forudsætning om kendskab til særlige danske regler eller besiddelse af dansk kundskaber, taler for, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse.
- Kontraktens værdi - en høj kontraktværdi peger i retning af, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.
- Forholdene i den pågældende branche - en svag national konkurrencesituation inden for den pågældende branche kan indikere, at kontrakten har interesse for udenlandske tilbudsgivere.
- Kontraktens varighed - en langvarig kontrakt kan øge udenlandske tilbudsgiveres lyst til at byde på kontrakten og peger derfor i retning af klar grænseoverskridende interesse.
- Det geografiske sted for kontraktens udførelse - hvis en kontrakt eksempelvis skal udføres tæt på den svenske grænse, er der større sandsynlighed for, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

Hvis en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, er kontrakten omfattet af udbudslovens afsnit IV. Ordregiveren skal i så fald annoncere kontrakten, og ordregiveren er forpligtet til at overholde de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed

5. DYNAMISKE INDKØBSSYSTEMER

Et dynamisk indkøbssystem er en elektronisk udbudsprocedure, som indebærer, at der hos den ordregivende myndighed bliver oprettet en liste over potentielle leverandører af den udbudte ydelse. Når der skal foretages et konkret indkøb, konkurrerer de leverandører, som er optaget i systemet. Dynamiske indkøbssystemer har mange lighedspunkter med rammeaftaler og betegnes ofte som en slags åben rammeaftale.

Dynamiske indkøbssystemer er reguleret i udbudslovens §§ 101-108. Dynamiske indkøbssystemer kan anvendes til alle typer af indkøb, som er generelt tilgængelige på markedet, dvs. indkøb af varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsopgaver. Dynamiske indkøbssystemer er dog især anvendelige for standardydelse.

Det dynamiske indkøbssystem skal følge proceduren for begrænset udbud - dog med én væsentlig forskel: det dynamiske indkøbssystem skal til enhver tid være åbent for ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed, og som ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde. Antallet af ansøgere, der optages i indkøbssystemet, må ikke begrænses, hvilket indebærer, at der skal ske en løbende optagelse af leverandører.

Ordregiveren skal i udbudsbekendtgørelsen angive de kriterier for tildeling, der gælder ved tildeling af kontrakter på grundlag af dynamiske indkøbssystemer. Når der skal foretages et konkret indkøb, skal der udsendes en opfordring til at afgive tilbud til alle leverandører på det dynamiske indkøbssystem. Leverandører skal således først på dette tidspunkt afgive deres bud, hvilket giver leverandørerne mulighed for at tilbyde nye varer, som de ikke havde i deres varesortiment, da de blev optaget på det dynamiske indkøbssystem.

Af særlige fordele ved dynamiske indkøbssystemer kan nævnes, at der løbende sker optagelse af leverandører, at der åbnes op for en løbende konkurrence, og at dynamiske indkøbssystemer kan oprettes uden tidsbegrænsning.

6. HAR DU STYR PÅ KATEGORISERING AF KONTRAKTER?

Vurderingen af, om en kontrakt skal i EU-udbud (udbudslovens afsnit II) afhænger af, om den relevante tærskelværdi er overskredet. Der er dog stor forskel på tærskelværdierne alt efter kontraktens type.

Tærskelværdien for varer- og tjenesteydelseskontrakter er 1.645.367 kr. ekskl. moms (udbudsloven), mens tærskelværdien for bygge- og anlægskontrakter er 41.305.415 kr. ekskl. moms (udbudsloven).

I henhold til udbudslovens § 25 er det kontraktens hovedformål, der er afgørende for kategoriseringen af kontrakter, der indeholder elementer af både varer, tjenesteydelser og/eller bygge- og anlægsarbejder. Det bliver herefter afgørende, om bygge- og anlægsarbejderne er accessoriske i forhold til leveringen af varer/tjenesteydelserne eller omvendt.

Der findes en lang række kendelser fra Klagenævnet for Udbud, hvor Klagenævnet har taget stilling til kategoriseringen af blandede kontrakter. Eksempelvis kendelse af 23. september 2010 (Getinge Danmark mod Region Midtjylland), hvor Klagenævnet fandt, at hovedformålet med en kontrakt om levering, montering og installation af maskiner til en centralvasker og nødvendige bygningsarbejder i forbindelse med montering/installation samt en serviceaftale, var udskiftning af maskinerne og dermed et varekøb.

Ved kategorisering af kontrakten bør ordregiver dog altid undersøge CPV-registeret, hvor ordregiver kan finde CPV-koder til de enkelte elementer af kontrakten – og eventuelt én enkelt CPV-kode, hvor alle elementer af kontrakten er omfattet. Klagenævnet for Udbud har i flere sager udtalt, at hvis der findes en samlet CPV-kode for hele kontrakten, vil det være den kode, der er afgørende for kategoriseringen af kontrakten, se eksempelvis kendelse af 7. januar 2011 (Scan-Plast Produktion A/S mod Silkeborg Kommune). Læs kendelsen [her](#).

7. ANVENDELSE AF DELYDELSESREGLEN

Delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, er en ofte overset bestemmelse, der giver mulighed for, at en ordregiver kan tildele en eller flere delkontrakter uden udbud.

Bestemmelsen anvendes primært ved fagentrepriser, men er dog ikke begrænset hertil.

Loven opstiller to kumulative betingelser, som skal være opfyldt, for at ordregiver kan indgå en delkontrakt uden udbud efter delydelsesreglen:

- Delkontraktens anslåede værdi skal for vare- eller tjenesteydelseskontrakter være under 596.520 kr. ekskl. moms og under 7.456.500 kr. ekskl. moms for bygge- og anlægskontrakter.
- Den samlede værdi af delkontrakterne, der indgås, må ikke overstige 20 % af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det/den påtænkte arbejde, køb eller levering af tjenesteydelse er opdelt i.

Foruden disse kumulative betingelser fremgår det af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at delydelsesreglen kun kan anvendes, hvis det fra projektets/indkøbets begyndelse er planlagt,

hvordan reglen skal anvendes – selvom selve delkontrakten kan indgås på et senere tidspunkt. Det er en skærpeelse i forhold til selve lovteksten og den bagvedliggende bestemmelse i udbudsdirektivet fra 2014.

Ved kendelse af 19. juni 2017 i sagen LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, har Klagenævnet for Udbud dog underkendt skærpeelsen i lovbemærkningerne.

Det betyder, at ordregivere for at benytte delydelsesreglen ikke er forpligtet til at have fastlagt anvendelsen af delydelsesreglen ved projektets start. Det er herefter alene de to kumulative betingelser, der skal være opfyldt, for at delydelsesreglen kan anvendes.

Delkontrakter, der ikke er udbudspligtige efter udbudslovens § 8, stk. 2, kan indgås, blot ordregiver overholder de almindelige forvaltningsretlige principper, såfremt der ikke er klar grænseoverskridende interesse. Udbudslovens afsnit V og tilbudsloven finder ikke anvendelse på undtagne delkontrakter.

8. SORTIMENTSUDBUD

Anvendelse af sortimentsudbud har mange fordele for ordregiverne, men kræver også et stort arbejde ved udarbejdelse af udbudsmaterialet.

Sortimentsudbud anvendes særligt ved rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, når ordregiver skal indkøbe mange produkter, da sortimentsudbud kan omfatte flere hundrede eller nogle gange tusinde forskellige varelinjer.

Vælger en ordregiver at anvende et sortimentsudbud, skal udbudslovens almindelige regler følges. Desuden indeholder udbudslovens § 45 en særlig bestemmelse for sortimentsudbud, der fastlægger, at ordregiveren i stedet for at lave en detaljeret beskrivelse af hver enkelt varelinje kan henvise til produktkategorier, så længe det er klart for tilbudsgiverne, hvilke produkter, der er tale om.

Lovforarbejderne til bestemmelsen angiver, at ordregiverne kan henvise til en produktkategori som f.eks. "kuglepenne", da kuglepenne har nogle fælles grundlæggende træk, hvor det er klart for tilbudsgiverne, hvad dette indebærer. En henvisning til en produktkategori som "kontorartikler" vil dog ikke være en klar beskrivelse, da det ikke vil være klart for tilbudsgiverne, hvad de skal afgive tilbud på.

Da der i sortimentsudbud kan være tale om mange varelinjer og produktkategorier, kan der opstå mindre fejl både ved udarbejdelse af udbudsmaterialet og ved tilbudsgivernes tilbud. Den slags fejl medfører ofte, at udbudsmaterialet ikke har været klart for tilbudsgiverne, eller at de indkomne tilbud ikke er konditionsmæssige.

I 2017 har Klagenævnet for Udbud afsagt flere kendelser, der må tages til udtryk for, at klagenævnet vil tillade en vis fleksibilitet ved mindre fejl i det udarbejdede udbudsmateriale og i de indkomne tilbud.

9. FÅ ET OVERBLIK OVER FRISTERNE I EU-USBUD

Vi har lavet en oversigt over, hvilke frister for ansøgning om prækvalifikation og indlevering af tilbud ordregiver skal overholde i EU-udbud efter udbudsloven.

TIDSFRISTER I USBUDSLOVEN

USBUDSFORM	ANSØGNINGSFRIST	TILBUDSFRIST	FORHÅNDMEDELSE	ELEKTRONISK SYSTEM
OFFENTLIG	-	35 dage	Forkortes med 20 dage § 57, stk. 3	Forkortes med 5 dage § 57, stk. 4
BEGRÆNSET	30 dage	30 dage*	Forkortes med 20 dage § 60, stk. 3	Forkortes med 5 dage § 60, stk. 4
USBUD MED FORHANDLING	30 dage	Indledende tilbud: 30 dage* Endelige tilbud: "Passende frist", jf. udbudslovens § 93	Forkortes med 20 dage § 65, stk. 2	Forkortes med 5 dage § 65, stk. 2
KONKURRENCEPRÆGET DIALOG	30 dage	"Passende frist", jf. udbudslovens § 93	-	-
INNOVATIONS-PARTNERSKABER	30 dage	Indledende tilbud: 30 dage* Endelige tilbud: "Passende frist", jf. udbudslovens § 93	-	Forkortes med 5 dage § 76, stk. 3

* Tilbudsfrist for ikke-statslige myndigheder kan reduceres til 10 dage i særlige tilfælde.

BEMÆRK

- Husk altid proportionalitetsprincippet: Fristerne er minimumsfrister. Der gælder altid et yderligere krav om "passende frister", jf. udbudslovens § 93.
- Under særlige omstændigheder er der mulighed for hasteprocedure. Dette gælder, hvis ordregiver har et akut behov, og hvor:
 - situationen ikke kan tilskrives ordregiver, og
 - det akutte behov medfører, at det ikke er muligt for ordregiver at gennemføre udbuddet ved brug af lovens minimumsfrister.
- Haseprocedure kan ikke anvendes ved udbudsformerne konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber.

10. KRAV OM MÆRKER I KRAVSPECIFIKATIONEN

Ved indkøb af såvel varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejde ønsker flere ordregivere at stille krav om, at ydelserne opfylder sociale eller miljømæssige krav og har en mærkningsordning for dette, eksempelvis svanemærket eller økologimærket.

Udbudsretligt er definitionen for et mærke; ethvert dokument, certifikat eller attest, der bekræfter at et produkt, en tjenesteydelse, en proces eller procedure opfylder fastsatte mærkekrav.

Efter udbudslovens § 46, har en ordregiver mulighed for at kræve, at leverandøren eller produktet er forsynet med et bestemt mærke, eksempelvis et økologimærke. Dog skal visse betingelser være opfyldt, bl.a. at:

- mærkekravene kun må vedrøre krav, der er forbundet med kontraktens genstand og er egnede til at definere egenskaberne ved de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten,
- mærkekravene er fastsat på grundlag af objektivt verificerbare og ikkediskriminerende kriterier.

Stiller man som ordregiver krav om et bestemt mærke, skal man acceptere alle mærker, der opfylder tilsvarende krav. Det er tilbudsgiveren, der har bevisbyrden for at et andet mærke opfylder kravene til det mærke, ordregiveren har stillet krav om. Samtidig skal en ordregiver acceptere en anden passende dokumentation for, at leverandøren eller produktet opfylder de krav der stilles til at man kan blive tildelt mærket. En sådan dokumentation kan eksempelvis være en dokumentation eller erklæring fra producenten af et produkt.

Det er alene tilbudsgiveren der vurderer, hvilken dokumentation denne ønsker at give for at påvise, at kravene til mærket er opfyldt. Dermed kan en ordregiver ikke fastsætte specifikke formkrav for dokumentationen, dog er det tilbudsgiveren der har bevisbyrden for, at den dokumentation der fremlægges, er passende for at bevise at tilbuddet lever op til kravene, der stilles til mærket.

11. 6-DAGES FRISTEN

Hos Horten får vi ofte spørgsmål til, hvordan 6-dages fristen skal beregnes.

Det følger af udbudslovens § 134, at en ordregiver – der udbyder efter udbudslovens afsnit II – senest 6 dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud skal meddele supplerende oplysninger. Formålet med fristen er at give ansøgere og tilbudsgivere sikkerhed for, at ordregiver ikke udsender supplerende oplysninger, herunder ændringer til udbudsmaterialet, kort før afleveringsfristen.

Der har været usikkerhed om beregningen af 6-dages fristen efter indførelsen af udbudsloven. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har forelagt spørgsmålet om beregningen af 6-dagesfristen for EU-Kommissionen. Fristen skal beregnes efter fristforordningens artikel 3, stk. 2, litra b og at tilbudsgiverne skal have 6 hele dage.

Det betyder, at såfremt tilbudsfristen er 10. januar kl. 12 vil fristens første hele dag være 9. januar. Tilbudsgiverne skal have 6 fulde dage, hvorfor fristen for meddelelse af supplerende oplysninger vil være 3. januar kl. 23.59. Vær opmærksom på, at det ikke er det, der fremgår af forarbejderne til udbudsloven.

Bemærk, at der er rum for, at ordregiver kan besvare spørgsmål efter udløbet af 6 dages-fristen, hvis der alene er tale om en oplysning, der allerede fremgår tydeligt af udbudsmaterialet.

Ønsker ordregiver at overskride 6-dages fristen, er ordregiveren forpligtet til at forlænge tilbudsfristen, jf. udbudslovens § 93, stk. 4.

12. KONSORTIER OG KONKURRENCEREGLERNE

Et konsortium er, når to eller flere virksomheder går sammen om at byde på en opgave. Konsortier kan give fordele for både ordregivere og virksomheder - virksomheder får mulighed for at byde på flere, større og anderledes opgaver, end virksomhedens egen kapacitet rækker til, hvilket øger konkurrencen om opgaven.

Det er vigtigt at kende konkurrencereglerne, fordi konsortier under visse omstændigheder kan være konkurrencebegrænsende.

Overordnet set kræver et konsortiesamarbejde som udgangspunkt, at:

- de deltagende virksomheder ikke er i stand til at løfte opgaven individuelt
- konsortiet ikke består af flere virksomheder, end hvad der er nødvendigt for at kunne byde på og udføre opgaven

Det kan være en kompleks vurdering af virksomhedernes kapacitet, som omfatter både økonomiske og finansielle ressourcer samt knowhow og teknisk kapacitet. Der tages også hensyn til udbuddets struktur, herunder om man kan byde på delaftaler. Konsortier, som ikke lever op til ovenstående, kræver særlige argumenter for at være lovlige.

Det er virksomhedernes ansvar at overholde konkurrencereglerne og vurdere, om et konsortium er lovligt. Det skal gøres, inden samarbejdet påbegyndes. Ordregiver er ikke en konkurrencemyndighed og har ikke pligt til at forholde sig til, om tilbudsgivernes samarbejde er i strid med konkurrenceloven. Ordregivere har dog interesse i, at konkurrencereglerne overholdes, idet et ulovligt konsortium kan give dårligere vilkår, og der er en risiko for, at konsortiet opløses som følge af en lovovertrædelse.

Udbudsloven sikrer direkte muligheden for at byde på en opgave som et konsortium. Ordregiver kan dog vælge at annullere udbuddet, hvis ordregiver finder, at der ikke er tilstrækkelig konkurrence om opgaven. Ordregiver kan f.eks. også stille krav om, at virksomheder, der er med i flere konsortier, har dokumenterbare foranstaltninger, som sikrer, at der ikke kan udveksles oplysninger i strid med konkurrencereglerne.

13. ELEKTRONISK KOMMUNIKATION I UDBUD

Såvel ordregivere som tilbudsgivere skal være opmærksomme på, at pr. 1. juli 2018 skal al kommunikation ved udbud efter udbudslovens afsnit II og III samt forsyningsvirksomhedsdirektivet foregå elektronisk. Kravet gælder dermed ikke tilbudsloven.

Kravet om anvendelse af elektronisk kommunikation indebærer, at ordregivere fra 1. juli 2018 skal anvende et elektronisk kommunikationsmiddel/-system, der opfylder en række krav, som er fastsat i bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud (mv.). F.eks. er det et krav, at det kun er bemyndigede personer, der har adgang til at gøre sig bekendt med indholdet af ansøgninger og tilbud, samt at systemet i rimelig grad skal kunne spore overtrædelser eller forsøg på overtrædelser af kravene i bekendtgørelsen. Systemerne skal derfor kunne logge adgangen til ansøgninger og tilbud.

Yderligere skal ordregiveren sikre ansøgere og tilbudsgivere en vederlagsfri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet.

Da disse krav ikke kan opfyldes ved anvendelse af e-mails, skal udbuddene gennemføres via en udbudsportal.

Med indførslen af kravene om elektronisk kommunikation skal modtagelse af ansøgninger om prækvalifikation og tilbud ske elektronisk. Desuden skal spørgsmål/svar og meddelelser til ansøgere og tilbudsgivere ske i det elektroniske system. Ordregiveren kan dog i særlige tilfælde undlade at anvende et elektronisk kommunikationsmiddel til indgivelse af tilbud, eksempelvis hvis udbuddet kræver indgivelse af fysiske modeller, som ikke kan fremsendes elektronisk.

Derudover skal indkøb, der er omfattet af udbudslovens afsnit II (bortset fra projektkonkurrencer, indkøb efter forsyningsvirksomhedsdirektivet samt indgåelse af koncessionskontrakter), anvende Kommissionens fælles elektroniske udbudsdokument (ESPD).

Dermed skal ordregivere gennemføre alle skridt i udbudsprocessen elektronisk og kan kun anvende elektroniske systemer, der opfylder kravene i bekendtgørelsen.

14. DOKUMENTATION FOR OPLYSNINGER AFGIVET I ESPD'ET

Som ordregiver er man forpligtet til at indhente dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et både for de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde, self-cleaning, egnethed og udvælgelse hos den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten. Dog kan ordregiveren kræve dokumentationen fremlagt af såvel ansøgere som tilbudsgivere på et hvilket som helst tidspunkt under udbudsprocessen.

Hos Horten har vi oplevet, at indhentning af oplysninger om de obligatoriske udelukkelsesgrunde, særligt hos udenlandske tilbudsgivere og deres ledelsesmedlemmer, har givet udfordringer.

Danske tilbudsgivere kan indhente en serviceattest hos Erhvervsstyrelsen. Med serviceattesten skal ordregiveren kun verificere, at attesten er korrekt udfyldt. Det gælder også, selvom tilbudsgiveren har udenlandske medlemmer af ledelsen, da der kun skal indhentes dokumentation fra det land, hvor tilbudsgiveren er etableret.

Er virksomheden etableret i et andet EU-land, skal man som ordregiver kræve den dokumentation, der fremgår af e-Certis. På hjemmesiden kan man se, hvilken dokumentation i et andet EU-land, der opfylder kravene om dokumentation til de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.

Hvad angår tilbudsgivere uden for EU, skal man som ordregiver tage kontakt til myndighederne i det pågældende land for at få oplyst, hvilken dokumentation der viser, at kravene om ikke at være omfattet af en udelukkelsesgrund er opfyldt.

I de tilfælde, hvor et land ikke udsteder dokumentation for disse oplysninger, kan dokumentationen erstattes af enten en erklæring under ed eller en tro og love-erklæring, som er afgivet over for en kompetent retlig eller administrativ myndighed, for en notar eller en kompetent faglig organisation i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret.

15. ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT

Udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, indeholder krav til ordregivers undersøgelsespligt. Undersøgelsespligten angår, i hvilket omfang en ordregiver er forpligtet til at kontrollere de oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver afgiver i ansøgningen eller tilbuddet.

Ifølge Klagenævnets praksis fra før udbudslovens ikrafttræden, er en ordregiver alene undergivet en undersøgelsespligt, når der foreligger særlige omstændigheder, eller når oplysningerne er åbenbart urigtige. Det klare udgangspunkt i tidligere klagenævnspraksis er således, at en ordregiver ikke er forpligtet til at kontrollere oplysningerne.

Udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, fastsætter, at en ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage kontrol af oplysningerne. Det fremgår også af forarbejderne til § 164, at en ordregiver i modsætning til gældende praksis fra Klagenævnet for Udbud skal undersøge rigtigheden af oplysninger i tvivlstilfælde. Hermed er der umiddelbart lagt op til en skærpelse af ordregivers undersøgelsespligt, således at undersøgelsespligten indtræder, når der er tvivl om oplysningernes rigtighed, uden at det er nødvendigt, at oplysningerne er åbenbart urigtige eller lignende.

Klagenævnets praksis efter udbudslovens ikrafttræden indikerer imidlertid, at der ikke er sket en væsentlig skærpelse af undersøgelsespligten. Klagenævnet har i en række kendelser fastholdt den tidligere anlagte linje ved bl.a. at udtale, at der skal være tale om "åbenbart urigtige oplysninger", eller en "særlig anledning" til at efterprøve oplysningernes rigtighed.

Tvivlstilfælde må derfor på nuværende tidspunkt fortolkes således, at ikke enhver tvivl udløser ordregiverens undersøgelsespligt. Der skal formentlig være tale om, at der er en vis begrundet tvivl, eller at særlige omstændigheder giver anledning til en nærmere kontrol.

16. HVORNÅR SKAL ORDREGIVER UDELUKKE EN VIRKSOMHED FRA UDBUDSPROCEDUREN?

Udbudsloven indeholder to hovedtyper af udelukkelsesgrunde: obligatoriske og frivillige. De obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer, at ordregiver er forpligtet til at udelukke virksomheder fra udbuddet, som er omfattet af en af udelukkelsesgrundene. De frivillige udelukkelsesgrunde finder derimod kun anvendelse, såfremt ordregiver på forhånd har tilkendegivet dette i udbudsmaterialet. Det betyder, at de frivillige udelukkelsesgrunde bliver obligatoriske for ordregiveren i det konkrete udbud, når de er anført og offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen.

Udbudslovens §§ 135-136 indeholder de obligatoriske udelukkelsesgrunde, mens udbudslovens § 137 indeholder de frivillige udelukkelsesgrunde.

I henhold til udbudslovens § 135 skal en ansøger eller tilbudsgiver udelukkes fra udbudsproceduren, hvis denne er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for bl.a. bestikkelse, svig eller hvidvask. En ansøger eller tilbudsgiver skal endvidere udelukkes, hvis denne har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover. Ifølge udbudslovens § 136 skal der bl.a. ske udelukkelse, hvis ordregiveren kan påvise en interessekonflikt eller en konkurrencefordrejning, som ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.

Hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-7 er anført i udbudsbekendtgørelsen, skal der ske udelukkelse, hvis:

- tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social-, eller arbejdsretlige område,
- tilbudsgiveren er erklæret konkurs eller er under insolvensbehandling,
- tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser,
- tilbudsgiveren har indgået en konkurrencefordrejende aftale,
- tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt,
- tilbudsgiveren uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces mv., eller
- tilbudsgiveren har ubetalt forfalden gæld til offentlige myndigheder på under 100.000 kr.

17. SELF-CLEANING

Ansøgere og tilbudsgivere, der er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, har mulighed for at dokumentere, at de skal anses for pålidelige. Denne mulighed betegnes "self-cleaning" og følger af udbudslovens § 138. En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne har dokumenteret sin pålidelighed i tilstrækkelig grad.

Muligheden for self-cleaning gælder både for de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Når en ordregiver har konstateret, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en disse udelukkelsesgrunde, skal ordregiveren give ansøgeren eller tilbudsgiveren en passende frist til at dokumentere dennes pålidelighed. Dokumentation kan angå, at ansøgeren eller tilbudsgiveren slet ikke er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund, ligesom den kan vedrøre foranstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har truffet.

Ordregiveren skal altid foretage en konkret vurdering af, om ansøgeren eller tilbudsgiveren i tilstrækkelig grad har dokumenteret sin pålidelighed. Ordregiveren kan inddrage karakteren af den relevante forseelse og de truffe foranstaltninger. Ordregiveren kan også inddrage de konkrete forhold ved den pågældende kontrakttildeling.

Derudover fastsætter udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1-3, tre minimumskrav til dokumentation. Hvis de tre krav ikke er opfyldt, skal ansøger eller tilbudsgiver udelukkes. Kravene finder dog kun anvendelse i det omfang, de er relevante for den konkrete udelukkelsesgrund. Minimumskravene angår, at ansøgeren eller tilbudsgiveren:

- i fornødent omfang har dokumenteret, at denne har ydet den erstatning, som er blevet pålagt,
- i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med en eventuel undersøgelsesmyndighed, og
- har truffet passende foranstaltninger for at forebygge øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene, herunder organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger.

18. HVORDAN BEREGNES STANDSTILL-PERIODEN?

Det følger af udbudslovens § 173 og klagenævnslovens § 3, at en ordregiver tidligst må indgå kontrakt efter udløbet af en standstill-periode.

En standstill-periode er en obligatorisk pause i udbudsprocessen, som indskydes mellem ordregivers tildelingsbeslutning og kontraktindgåelsen. Indgives en klage i standstill-perioden, tillægges klagen automatisk opsættende virkning. Formålet er at give en forbigået tilbudsgiver mulighed for at klage over tildelingsbeslutningen, inden kontrakten underskrives, således at en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne stadig kan afhjælpes. En ordregiver kan undlade at afholde en standstill-periode, hvis der kun er én tilbudsgiver.

Standstill-perioden beregnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har underrettet de berørte tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen, herunder om tidspunktet for standstill-periodens udløb. Hvis ordregiver underretter elektronisk, er standstill-perioden på 10 kalenderdage, mens standstill-

perioden er på 15 kalenderdage, såfremt underretningen er sendt pr. brev. Falder den sidste dag af fristen på en helligdag eller i weekenden, vil fristen dog først udløbe med udgangen af den efterfølgende arbejdsdag. En ordregiver kan altid fastsætte en længere standstill-periode.

Sker underretningen f.eks. elektronisk den 15. december, vil standstill-perioden som udgangspunkt udløbe den 25. december (ved midnat), og kontrakten vil derfor kunne underskrives den 26. december. Da den 25. og 26. december imidlertid er helligdage, vil fristen dog først udløbe til den 27. december (ved midnat). Kontrakten vil derfor først kunne underskrives den 28. december.

Mange virksomheder holder lukket mellem jul og nytår, hvorfor det kan være u hensigtsmæssigt for tilbudsgivere, der ønsker at indgive en klage, at standstill-perioden udløber i denne periode. Det bør en ordregiver have for øje, såfremt ordregiver vælger at underrette lige op til jul.

19. OFFENTLIGRETLIGE TILLADELSER

Udgangspunktet er, at en tilbudsgiver på tidspunktet for tilbudsafgivelsen skal opfylde de fastsatte mindstekrav for at kunne deltage i udbuddet. Ved to nyligt afsagte kendelser har Klagenævnet for Udbud dog fastslået, at en tilbudsgiver ikke allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af alle de offentligretlige tilladelser og lignende, som er nødvendige for at kunne opfylde kontrakten.

Klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport- Bygnings- og Boligministeriet, omhandlede et udbud om drift af færgeruter. Klageren nedlagde bl.a. påstand om, at den vindende tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet forudsatte lokalplansændringer i Rønne Havn og derfor ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav. Klagenævnet udtalte, at der ikke gælder en almindelig regel om, at en tilbudsgiver allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af nødvendige offentligretlige tilladelser og lignende. Den omstændighed, at det efter tildeling af kontrakten var nødvendigt for tilbudsgiveren at ansøge om en lokalplanændring, medførte derfor ikke, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at tilbudsgiveren i sit tilbud havde anført, at alle mindstekrav ville blive opfyldt, og at der ikke var grund til at antage, at ansøgningen om lokalplanændringen ikke ville blive imødekommet.

Klagenævnet har i en kendelse af 25. oktober 2017, Søby Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, gentaget, at en tilbudsgiver ikke allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af alle nødvendige offentligretlige tilladelser. Kendelsen omhandlede en klage over, at det var nødvendigt for den vindende tilbudsgiver at ansøge om en udvidelse af en gældende miljøgodkendelse.

Kendelserne må læses således, at mindstekrav, hvis opfyldelse kræver besiddelse af offentligretlige tilladelser og lignende, som udgangspunkt ikke behøver at være opfyldt ved tilbudsafgivelsen, men først ved kontraktstart.

20. ORDREGIVERS BEGRUNDELSESPLOGT

Det følger af udbudslovens § 171, at ordregiver i et udbud hurtigst muligt og samtidigt skal underrette alle tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiver har truffet. Ordregiver skal bl.a. underrette tilbudsgiverne om, hvem kontrakten er blevet tildelt samt begrundelsen herfor. Begrundelsespligten har til formål at give tilbudsgiverne et tilstrækkeligt grundlag for at vurdere, om der er baggrund for en klage.

Ordregivers begrundelse til de tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, skal hjælpe tilbudsgiverne med at kunne vurdere, om ordregivers evaluering er sket inden for de rammer, ordregiver har beskrevet i udbudsmaterialet.

Det afhænger af de konkrete omstændigheder i det enkelte udbud, hvor fyldestgørende ordregivers begrundelse skal være, hvorfor det altid vil bero på en konkret vurdering, om ordregiver har givet en tilstrækkelig begrundelse. I alle tilfælde skal begrundelsen dog indeholde:

- Tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i forhold til det forbigåede tilbud.
- Oplysninger om de centrale elementer, der har været væsentlige og udslagsgivende ved bedømmelsen af det vindende og det forbigåede tilbud for de enkelte under- og delkriterier.
- Navnet på den vindende tilbudsgiver.
- Resultatet af evalueringen på delkriterieniveau, når delkriteriet har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.
- Oplysninger om de forhold, der er lagt vægt på. Begrundelsen må ikke undlade oplysninger om forhold, der er tillagt betydning.

I de tilfælde, hvor ordregiver giver tilbuddene point på baggrund af en kvalitativ evaluering, skal ordregiver som udgangspunkt ledsage pointangivelsen af en forklaring, hvis pointangivelsen ikke er tilstrækkelig selvforklarende. En underretning med rene point-angivelser kan således som udgangspunkt ikke stå alene.

Ordregivers begrundelse til de tilbudsgivere, der har afgivet et uantageligt tilbud, skal angive grundene til, at tilbuddene er blevet afvist.

21. AKTINDSIGT I ANSØGNINGER OG TILBUD

Retten til at opnå aktindsigt i ansøgninger og tilbud følger ikke af udbudsloven, men derimod af offentlighedsloven når der er tale om en ordregiver, der er en del af den offentlige forvaltning, eller det følger af særlovgivningen at offentlighedsloven finder anvendelse.

Udgangspunktet er, at retten til aktindsigt indbefatter alle oplysninger jf. offentlighedslovens § 7, stk. 2, dog er der undtagelser til dette. Fra et udbudsretligt perspektiv er undtagelsen i offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2 særligt væsentlig.

Efter denne bestemmelse er oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder, eller om drifts- og forretningsforhold undtaget fra aktindsigt, såfremt oplysningerne er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, som oplysningerne angår.

En ordregiver skal foretage en konkret vurdering af, om oplysninger i et tilbud skal undtages efter bestemmelsen. Første del af vurderingen går på, om de konkrete oplysninger vedrører de oplysninger, der fremgår af bestemmelsen (eksempelvis om der er tale om forretningsforhold). Anden del af vurderingen angår, om aktindsigt i de specifikke oplysninger indebærer en nærliggende risiko for, at den konkrete tilbudsgiver vil blive påført en økonomisk skade, eksempelvis grundet konkurrencemæssige forhold.

Efter det almindelige forvaltningsretlige princip om god forvaltningsskik, skal ordregiveren i situationer, hvor der kan gives oplysninger om en virksomheds forretningshemmeligheder, give den berørte tilbudsgiver mulighed for at udtale sig. Ved aktindsigt i ansøgninger eller tilbud i et udbud indebærer det, at den pågældende virksomhed får mulighed for at begrunde om aktindsigt i visse dele af dennes ansøgning eller tilbud indebærer en nærliggende risiko for, at virksomheden lider økonomisk skade.

Det er dog altid ordregiveren, der efterfølgende skal foretage en konkret vurdering af, hvorvidt der skal gives aktindsigt i de specifikke oplysninger i ansøgningen eller tilbuddet.

22. KONTRAKTÆNDRINGER

Når man som ordregiver har indgået en kontrakt på baggrund af et gennemført udbud, skal man være særlig opmærksom på, om der gennem kontraktens løbetid bliver foretaget ændringer af kontrakten, der udgør en ændring af et grundlæggende element. Ændringer af grundlæggende elementer i kontrakter (der er omfattet af udbudsloven) medfører, at kontrakten igen bliver udbudspligtig jf. udbudslovens § 178, stk. 1.

Udbudslovens § 178, stk. 2, opstiller 4 situationer, hvor en ændring altid vil udgøre en ændring af et grundlæggende element. Lovens bestemmelser er dog ikke udtømmende, og derfor kan andre kontraktændringer udgøre en ændring af kontraktens grundlæggende element.

Udbudsloven opstiller dog også undtagelser for, hvornår ændringer kan foretages uden kontrakten på ny bliver udbudspligtig. Det gælder eksempelvis ved ændringsklausuler, der fremgik af udbudsmaterialet jf. udbudslovens § 179, uforudsete ændringer jf. udbudslovens § 184, behov for supplerende anskaffelser jf. udbudslovens § 181, eller ændringen overholder bagatelreglen i udbudslovens § 180.

Uanset hvilken ændring af kontrakten man som ordregiver ønsker at foretage, skal der foretages en konkret vurdering af, om der er tale om ændring af et grundlæggende element. Er det tilfældet skal det vurderes, om en af undtagelserne finder anvendelse, og om betingelserne for at anvende undtagelsen er opfyldt.

Det er derfor vigtigt, at man som ordregiver gennem hele kontraktens løbetid er opmærksom på, om der bliver foretaget ændringer af kontrakten, der medfører at kontrakten bliver udbudspligtig på ny. Foretages en sådan ændring uden udbudspligt, kan Klagenævnet for Udbud erklære ændringen for uden virkning.

23. UDBUD OG KONTRAKTSTYRING

Når offentlige ordregivere sender opgaver i udbud, er det vigtigt at have in mente, at udbudsprocessen ikke i sig selv er målet for udbuddet. Udbudsprocessen er derimod midlet til at opnå den bedst mulige løsning og kontrakt for udførelsen af opgaven. Derfor er det vigtigt som ordregiver også at rette fokus på udarbejdelsen og opfyldelsen af kontrakten.

Det er en god ide at have faste procedurer for kontraktstyring, hvilket blandt andet indebærer faste procedurer for, hvem der er ansvarlig for håndteringen og håndhævelsen af hver enkelt del af kontrakten. Ordregiver bør derudover opstille procedurer for, hvordan samarbejdet håndteres, og hvordan det sikres, at leverandøren leverer de aftalte ydelser i overensstemmelse med kontraktens vilkår.

Det er en grundlæggende forudsætning for at kunne håndhæve kontraktens vilkår, at kontrakten klart og entydigt fastlægger grundlaget for den ydelse, der efterfølgende skal leveres. Derfor er det vigtigt, at man som ordregiver gør sig de rette overvejelser ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, herunder ved fastsættelsen af kravene i kravspecifikationen, da disse får stor betydning, når kontrakten går i gang.

Ordregiver bør desuden lade kontrakten indeholde målbare krav til den ydelse, som skal leveres, så opfyldelsen af kravene løbende kan kontrolleres, ligesom at ordregiver bør opstille klare mekanismer for kontraktopfølgning. Ordregiver bør fastsætte klare misligholdelsesbeføjelser og bodsbestemmelser, som sikrer ordregiver gode sanktionsmekanismer, i tilfælde af at leverandøren ikke overholder kontrakten.