



FEM GODE RÅD TIL AT HÅNDTERE KONSORTIER OG STØTTENDE ENHEDER I UDBUD

Når en ordregiver modtager tilbud fra et konsortium eller fra en tilbudsgiver, som støtter sig på andre enheder, kan det give en række praktiske og juridiske udfordringer. Her er fem gode råd til håndtering af tilbud fra konsortier.

I udbud vil en ordregiver oftest fastsætte mindstekrav til virksomhedernes egnethed. Ordregiver kan fx stille krav om, at virksomheder skal have udført lignende opgaver eller have en vis økonomisk formåen for at kunne ansøge om prækvalifikation eller afgive tilbud. Formålet med at opstille mindstekrav er at sikre ordregiver en kontraktpart, som har en vis egnethed – det giver tryk for, at virksomheden kan levere som lovet.

I udbudsretlig sammenhæng har virksomheder ret til at gå sammen i et konsortium eller støtte sig på andre virksomheder for at opfylde en ordregivers mindstekrav. Et konsortium er en sammenslutning af virksomheder, der i fællesskab afgiver tilbud på den udbudte opgave. Alle konsortiedeltagere hæfter direkte over for ordregiver for den

udbudte kontrakts opfyldelse, og kontrakten vil blive indgået med konsortiet/konsortiedeltagerne.

En støttende enhed er en underleverandør, som stiller sin formåen til rådighed for tilbudsgiver. Medmindre en ordregiver i udbudsgrundlaget har beskrevet andet, er en støttende enhed alene ansvarlig over for den tilbudsgiver, som baserer sig på den støttende enhed. Kontrakten vil "alene" blive indgået med tilbudsgiver – ikke den støttende enhed.

De typiske problemstillinger, som vi oplever i relation til konsortier og støttende enheder, er følgende:

- Kan tilbud fra konsortier eller støttende enheder udelukkes?
- Hvordan beregnes de finansielle nøgletal fra konsortiedeltagerne,

henholdsvis den støttende enhed?

- Solidarisk hæftelse eller ej?
- Hvordan bruges støtteerklæringer?
- Hvordan skal ordregiver håndtere, at en tilbudsgiver "låner" en reference fra en anden virksomhed for at opfylde ordregivers mindstekrav?

Her følger fem gode råd til at håndtere disse problemstillinger:

1 SPIDS PENNEN I UDBUDSMATERIALET

Mange ordregivere overvejer muligheden for at afskære tilbudsgivere fra at bruge støttende enheder og/eller tilsvarende at indskrive i udbudsgrundlaget, at tilbudsgivere ikke må danne konsortier. Ingen af disse fremgangsmåder er imidlertid helt holdbare.

En ordregiver må ikke generelt begrænse brugen af underleverandører. Udbudsloven giver dog mulighed for, at ordre-

giver kan kræve, at "centrale opgaver" udføres af den vindende tilbudsgiver eller af en specifik virksomhed i konsortiet, hvis udbuddet angår bygge- og anlægs-, samt tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejder i forbindelse med en vareindkøbskontrakt.

Lovbemærkningerne anfører, at "centrale opgaver" omfatter elementer, der i væsentlig grad bidrager til opfyldelsen af kontrakten i det kvalitetsniveau og til den pris, der er krævet. Tilsvarende kan opgaver, som kræver et intensivt og vedvarende samarbejde over lang tid, eller som kræver en særlig fortrolighed, anses som centrale. Dette kan fx være tilfældet ved it-udviklingsprojekter. Hvis ordregiver ønsker at gøre brug af denne bestemmelse, bør ordregiver i udbudsgrundlaget nøje redegøre for, hvilke opgaver der er "centrale". Samtidig skal ordregiver sikre sig, at kontrakten indeholder bestemmelser, som gør det muligt at håndhæve et krav om, at centrale opgaver skal varetages af tilbudsgiveren.

I forhold til andet led af problemstillingen er det – måske nedslående – budskab, at en ordregiver ikke lovligt kan indskrive i udbudsgrundlaget, at tilbud fra konsortier ikke accepteres. En ordregiver, som ønsker at gøre tilbudsgiverne opmærksomme på de risici i forhold til konkurrenceloven, der kan være ved at danne et (ulovligt) konsortium, bør i stedet beskrive rammerne for konsortier i udbudsgrundlaget.

2 BESKRIV I UDBUDSMATERIALET, HVORDAN NØGLETAL FRA KONSORTIER OG STØTTENDE ENHEDER HÅNDBERES

Økonomiske mindstekrav optræder i de fleste udbudsmaterialer og er som regel ret enkle at eftervise. Dog kan der i forhold til konsortier, henholdsvis støttende enheder opstå særlige udfordringer.

Hvis fx en ordregiver kræver en soliditetsgrad [= (egenkapital/aktiver) x 100] på 20 % for de seneste tre regnskabsår, og et konsortium bestående af to virksomheder med hver sin soliditetsgrad på 15 % afgiver tilbud, opstår spørgsmålet, om ordregiver skal:

1. Lægge de to soliditetsgrader sammen, så konsortiet har en soliditetsgrad på 30 %, eller

2. Se på soliditetsgraderne isoleret for hver virksomhed, eller
3. Udregne en soliditetsgrad for konsortiet ved at tage udgangspunkt i virksomhedernes samlede egenkapital og aktiver ved udregningen.

Der er ingen grund til at skabe tvivl og potentielt åbne en flanke for klager – også selvom en klage måtte vise sig ubegrundet. Derfor er det vores anbefaling, at ordregiver i udbudsgrundlaget beskriver beregningsmetoden for de økonomiske nøgletal – i eksemplet, at der udregnes én soliditetsgrad på tværs af et konsortium i overensstemmelse med mulighed (3). Derudover bør en ordregiver i udbudsgrundlaget forholde sig til, hvilke økonomiske nøgletal en virksomhed kan anvende – kan der fx anvendes konsoliderede regnskabstal osv.

3 SOLIDARISK HÆFTELSE ELLER EJ?

Hvis en tilbudsgiver baserer sin økonomiske formåen på en anden enhed, kan ordregiver kræve, at den støttende enhed påtager sig solidarisk at hæfte for kontrakten. Hvis udbudsgrundlaget ikke beskriver solidarisk hæftelse, kan ordregiver ikke efterfølgende stille krav om dette. Det er vores anbefaling, at det af udbudsgrundlaget altid fremgår, at en enhed, som stiller sin økonomiske kapacitet til rådighed for en tilbudsgiver, skal påtage sig solidarisk at hæfte for kontraktens opfyldelse. Samtidig bør ordregiver altid sikre sig, at den støttende enhed, som skal hæfte solidarisk, forpligter sig over for ordregiver på samme måde som den vindende tilbudsgiver.

4 OVERVEJ, HVORNÅR I VIL HAVE STØTTEERKLÆRINGER

Støtter ansøger eller tilbudsgiver sig på en underleverandør, skal en støtteerklæring eller anden dokumentation, der godtgør, at ansøger eller tilbudsgiver faktisk råder over den nødvendige formåen, fremlægges. Derfor er udgangspunktet, at støtteerklæringer anses for at være en del af den dokumentation, der kun skal fremlægges af "vindende tilbudsgiver" inden ordregivers tildelingsbeslutning. Ordregiver kan dog i udbudsprocedurer med udvælgelse overveje, om støtteerklæringer skal fremlægges tidligere i

udbudsprocessen, for at sikre at udbudsprocessen afvikles korrekt. Det er derfor vigtigt, at ordregiver i udbudsgrundlaget forholder sig til, hvornår en støtteerklæring skal fremlægges, ligesom det er vores klare anbefaling, at udbudsgrundlaget indeholder en skabelon for en sådan erklæring.

5 BRUG KONTRAKTEN SOM VÆRKTØJ TIL AT SIKRE, AT DEN RIGTIGE LAVER ARBEJDET

Baserer ansøger eller tilbudsgiver sig på andre enheders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer eller faglige erfaringer vedrørende konkrete dele af et bygge- og anlægsarbejde eller en tjenesteydelse, stiller udbudsloven krav om, at de konkrete dele af den udbudte ydelse rent faktisk udføres af den enhed, som tilbudsgiver baserer sig på. Ordregiver har derfor brug for værktøjer, der sikrer, at kontrakten udføres af den rette virksomhed eller person(er), herunder er ordregiver nødt til at sikre en vis gennemsigtighed og kontrol med opgaveudførelsen, ligesom der bør indføres sanktioner i kontrakten ■



Annelouse Dalgaard Pedersen
Partner, advokat
adp@horten.dk



Rikke Munk Rye Andersen
Advokat
rra@horten.dk



Mads Peter Rosenius Olsen
Advokatfuldmægtig
mpo@horten.dk