

Det gode udbud

Den juridiske ramme for udbud

Peter Stig Jakobsen, Bech-Bruun

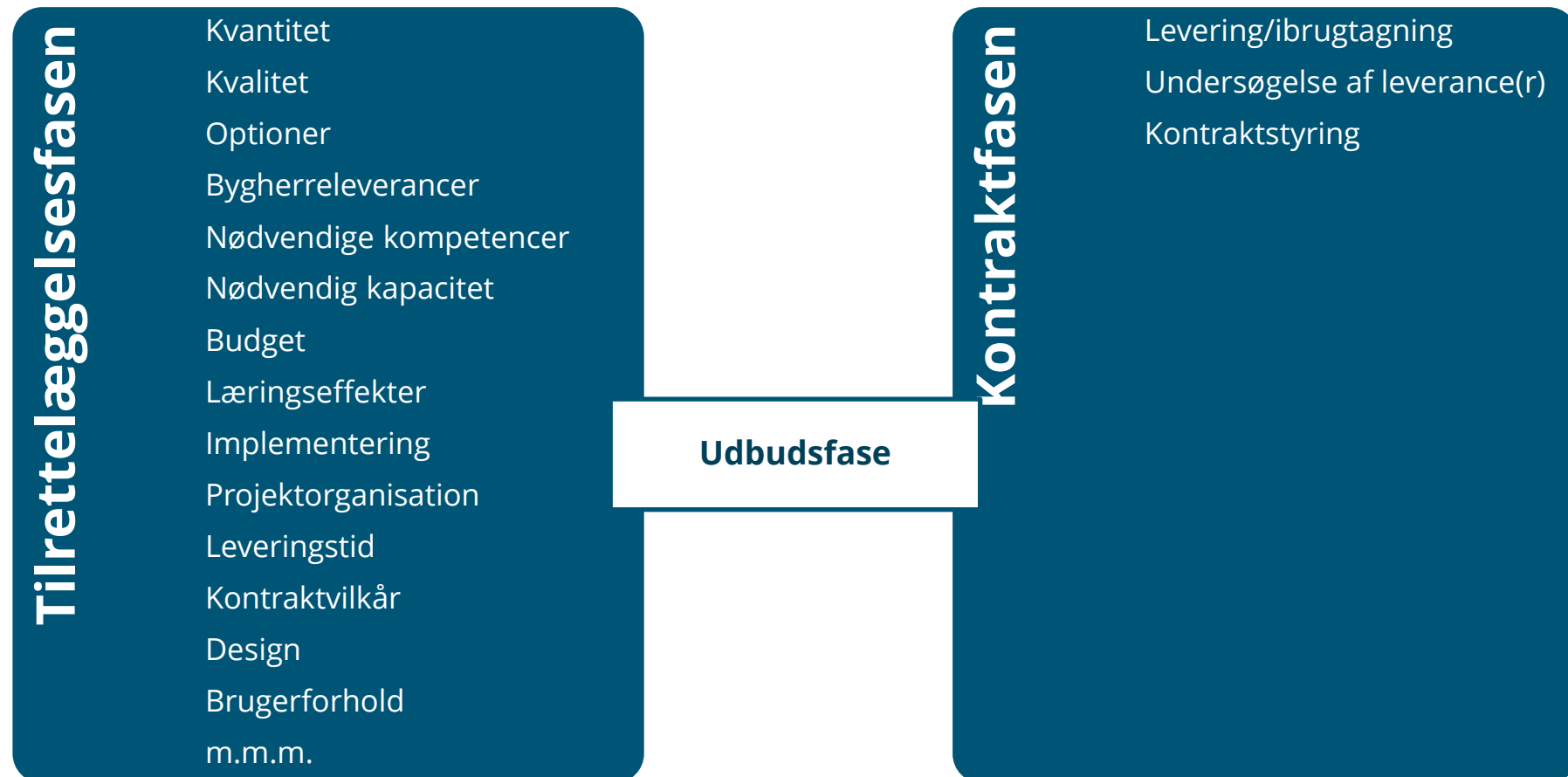
Udvalgte emner



Gældende kontra kommende udbudsregler

- Nyt udbudsdirektiv er vedtaget
 - Et udbudsudvalg arbejder på et lovudkast (inkl. tilbudsloven)
 - Lovforslag forventes fremsat i efteråret 2014
 - Lov forventes vedtaget i foråret 2015
 - Implementeringsfrist: 18. april 2016
-

Ordregiver bestemmer, hvad der skal indkøbes...



Kontraktgenstanden

- Opdelte indkøb eller et samlet indkøb?
 - Stramme, præcise tekniske krav eller funktionelle krav?
 - Optionsbaserede kontrakter
 - ◆ Ingen begrænsninger i antal optioner
 - ◆ Milepæle
 - ◆ Kvalitetskrav/fri beslutning
 - Resultatorienterede kontrakter
-

Hvad kan markedet tilbyde?

- Forudgående dialog (indledende markedsundersøgelser)
 - Konkurrencepræget dialog
 - ◆ Særligt komplekse kontrakter
 - Ny udbudslov/innovationspartnerskab
 - ◆ Innovativt produkt eller ydelse
 - ◆ Ikke tilgængelig på markedet
 - ◆ Struktureret partnerskab
 - Ny udbudslov/udbud efter forhandling og konkurrencepræget dialog
 - ◆ Ikke tilgængeligt på markedet, eller
 - ◆ Omfatter design eller innovative løsninger, eller
 - ◆ De tekniske specifikationer ikke kan fastlægges præcist nok, eller
 - ◆ Kontrakt med særlige forhold ud fra art, kompleksitet eller retlige/finansielle forhold/risici, eller
 - ◆ Der i første omgang ikke kommer forskriftsmæssige tilbud
-

Tærskelværdier

- Regionale og kommunale myndigheder samt offentligretlige organer:
 - ♦ B&A – 38.624.809 kr.
 - ♦ Vare- og tjenesteydelser – 1.541.715 kr.
 - Ny udbudslov/udbud light – visse tjenesteydelser 750.000 euro og ellers ca. som nu
 - Tilbudslov
 - ♦ B&A – 3.000.000 mio. kr.
 - ♦ Varekøb og bilag II A-ydelser – 500.000 kr.
-

Indkøb af tjenesteydelser

- Bilag II A – fx vedligeholdelse og reparation, landtransport, management konsulentvirksomhed mv.: fuld udbudspligt
 - Bilag II B – fx juridiske tjenesteydelser og personaleudvælgelse: kun krav om anvendelse af standarder/offentliggørelse
 - Ny udbudslov – 1) helt undtagne ydelser: visse juridiske ydelser, låneoptagelse, transport med jernbane og metro samt politiske kampagnedydelser og 2) bilag II B-tjenesteydelser forsvinder
-

In-house

- Egen udførelse er ikke udbudspligtig
 - Kontrolbud
 - ◆ Svarer ikke til eksterne tilbud
 - ◆ Kontrolbudsbekendtgørelsen
 - ◆ Oplysning i udbudsmaterialet
 - ◆ Habilitetskrav
 - ◆ Aflysning (U2011.3129H – ISS Facility Services/Silkeborg Kommune)
-

Indkøb for datterselskab/anden myndighed

- Indkøb fra andre ordregivende myndigheder er som udgangspunkt udbudspligtige
 - Undtagelse (Teckal/Stadt Halle):
 - ◆ Kontrolkriterie
 - ◆ Leverandør udfører hovedparten af sin virksomhed for ordregiveren
 - ◆ Ingen privat deltagelse
 - Ny udbudslov: Kodificering og udvidelse (både op og ned og med søsterselskaber)
-

Kontrakt eller rammeaftale

- Kontrakt
 - ◆ Specifikation af kvantitet, kvalitet og tid m.v.
 - ◆ Eventuelle optioner
 - Rammeaftale (én leverandør)
 - ◆ Generisk beskrivelse
 - ◆ Mulighed for mindre tilpasninger
 - ◆ Maks. 4 års varighed
 - ◆ Overveje minimumsomfang/proportionalitet
-

Rammeaftaler med flere leverandører

- Minimum 3 leverandører (ophæves ved ny udbudslov)
 - Maksimal varighed 4 år
 - Aftræk efter miniudbud med samme eller andre tildelingskriterier eller efter udfald af udbud af rammeaftalerne (prioriteret)
 - Overvej antal leverandører på markedet, kendskab til eget behov, opgavekompleksitet, opgaveomfang og risici for spidsbelastninger
-

Udbudsformer

- Offentligt udbud
 - Begrænset udbud
 - Udbud efter forhandling med og uden bekendtgørelse
 - Konkurrencepræget dialog
 - Varianter – elektronisk auktion og dynamiske indkøbssystemer
 - Udbudslov – innovationspartnerskabet
 - Udbudslov – udbud light (sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser)
-

Udelukkelsesgrunde

- Ufravigelige udelukkelsesgrunde (overtrædelse af EU's regler om bestikkelse, svig og hvidvaskning mv.)
 - Frivillige udelukkelsesgrunde (konkurs, dom for strafbar handling, alvorlige fejl i forbindelse med udøvelse af sit hverv, skat/afgifter/socialt bidrag skyldes samt svigagtigt afgivne urigtige oplysninger)
 - Svært i virkeligheden at udelukke virksomheder (Højesterets dom I/S Vestforbrænding/DSV Transport)
 - Udbudslov – regler om frister for udelukkelse/self-cleaning
-

SMV - delaftaler

- De gældende regler indeholder et udbudsretligt opdelingsforbud: betyder noget for, om tærskelværdi er overskredet
 - Udbudslov - "Del eller begrund", hvis værdi er over 500.000 euro
 - Indtænke SMV'er som mulige leverandører
 - Mange grunde kan tale for, at man ikke opdeler (men gerne ser konsortier)
-

Udvælgelseskræterier

- Vurdering af egnethed
 - Tekniske kræterier (erfaring, knowhow mv.)
 - Økonomiske kræterier (egenkapital/relevant omsætning/forsikring)
 - Udbudslov – frivilligt at bruge udvælgelseskræterier (men ikke præceptive udelukkelsesgrunde)
 - Begræns udvælgelseskræterier til det relevante!
 - Dokumentation – overvej alternativer!
 - Udbudslov – økonomisk formåen i form af årsomsætning maksimalt 2 x kontraktsum
-

Minimumskrav

- Til indhold af tilbud (omfang, ydelser, kvalitet, leveringstid mv.)
 - Til dokumentation (billeder, beskrivelser, erklæringer osv.)
 - Hovedregel: "skal" = afvisningsforpligtelse, hvis ikke opfyldt
 - Overvej formulering!
 - Implementeringsbekendtgørelsens § 12
 - ◆ Afvisning
 - ◆ Bortse fra/selv indhentet/berigtigelse
 - ◆ Angår formfejl (underskrift, datering, antal eksemplarer, sidetal o.l.)
 - ◆ Udbudslov tilsvarende bestemmelse som bekendtgørelsens § 12
-

Underleverandører

- Hovedregel – tilbudsgiver må godt anvende underleverandører (obs: ordregiver kan dog godt nægte anvendelse af underleverandører, der ikke var med ved tilbudsafgivelsen, for afgørende dele af kontrakten, jf. Siemens, C-314/01, præmis 45)
 - Udbudslov – kritiske opgaver kan forlanges udført af ordregiver selv
 - Anerkendelse af opfyldelse af udvælgelseskriterier på baggrund af underleverandørers forhold
 - Overvej underleverandører, deres rolle og kontraktuelle involvering!
-

Tildelingskriterier

- Skal angives og være klare
 - "Den laveste pris" eller "det økonomisk mest fordelagtige tilbud"
 - "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud" skal være præciseret med underkriterier – pris, kvalitet, service mv. – som skal være vægtet, evt. inden for intervaller (underkriterier må dog ikke kunne "bytte plads") og være tilknyttet delkriterier (som kan, men ikke skal være vægtede)
 - Udbudslov – erfaring vil kunne indgå som underkriterium
 - Udbudslov – et nyt begreb "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", som skal angå "det bedste forhold mellem pris og kvalitet", og som kan inddrage direkte og indirekte "livscyklusomkostninger"
-

Positive og negative omkostninger ved leverandørvalg

- Ordregivere vil kunne indregne omkostninger til at skifte leverandør eller andre indirekte omkostninger – skal oplyses
 - Formentligt udelukket at fratække noget beløb i indkommet tilbud
 - Overvej relevante forskelle i omkostninger afhængigt af leverandørvalg!
-

Evaluering af tilbud

- Ikke-konditionsmæssige bud evalueres ikke, men afvises
 - Hovedregel – skriftlig evaluering
 - Overhold tildelingskriteriet
 - Pointmodeller skal overholde vægtning
 - Pointmodeller skal sikre, at forskelle i tilbuddene på de enkelte underkriterier også afspejles i pointtildelingen
 - Overvej pointmodeller før tildelingskriteriet endeligt fastlægges
 - Færdiggør ikke evalueringsmodeller før, tilbud er indkommet
-

Forbehold

- Forbehold for grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget: Ret og pligt til at afvisning
 - Forbehold for ikke grundlæggende elementer : Afvisning eller prissætning
 - Ved prissætning: Prissætning skal afdække risiko i et worst case scenario (Højesterets dom i Amager Strandpark-sagen)
-

Afvisning af nr. 1 og nr. 2 er for dyr

- I forbindelse med tilbudsprocessen: Annullation mulig som den klare hovedregel
 - I relation til en eventuel erstatningssag fra nr. 2, hvis nr. 1 fejlagtigt er blevet valgt, har ordregiver bevisbyrden for, at annullation ville være sket (Højesterets dom om Kystdirektoratets udbud af minerydning)
-

Proces ved tildeling

- Tildelingsbeslutning – meddelelse til alle tilbudsgivere inkl. kort redegørelse
 - Standstill-periode
 - Klager før og efter standstill-periodens udløb
 - Man kan ikke som ordregiver selv ændre på standstill-perioden...
-

Indgået kontrakt skal erklæres uden virkning

- Indgået kontrakt uden udbudsbekendtgørelse
 - Indgået kontrakt i standstill-perioden/afgørende overtrædelse af udbudsdirektivet
 - Indgået kontrakt i en periode, hvor klagenævnet har tildelt opsættende virkning af en klage
 - Kontraktindgåelse baseret på en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem i strid med udbudsreglerne
-

Kan erklære kontrakt uden virkning

- Kontrakten er indgået i standstill-perioden
- Kontrakten er indgået i en periode, hvor klagenævnet har tildelt en klage opsættende virkning

Profylaktiske bekendtgørelser

- Håndhævelseslovens § 4
 - ♦ Offentliggjort bekendtgørelse
 - ♦ Forløbet 10 kalenderdage inden kontraktindgåelse
 - ♦ "Ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten er tilladt uden udbud"
 - Klagenævnspraksis: vil ikke tilsidesætte ordregivers skøn
 - C/1913/Fastweb – 11. september 2014: Objektiv vurdering; indebærende, at profylaktiske bekendtgørelser ikke er et sikkert værn mod "uden virkning"
-

Ændring i kontrakt efter tildeling

- Snævrere grænser for muligheder for ændringer
 - Presetext-dommen:
 - ♦ Ville andre tilbudsgivere kunne have deltaget?
 - ♦ Udvides aftalen?
 - ♦ Ændres den økonomiske balance?
 - Udbudslov – der vil blive indført en bagatelgrænse (ændring overstiger ikke tærskelværdi og ikke 10 % af den udbudte kontrakts oprindelige værdi, eller kontrakten grundlæggende ændrer karakter)
-

Ændring af kontraktpart

- Hjemmel i kontrakten?
 - Hvis ikke hjemmel i kontrakten:
 - ◆ Fusion/universal succession klart ok
 - ◆ Hvis hensigten ikke er omgåelse af udgangspunktet ok (og den nye leverandør lever op til de stillede betingelser/kontrakten ikke ændres)
 - ◆ Konkurssituationen – lex Pihl & Søn...
-



Kontakt



Peter Stig Jakobsen
Partner · København

Faggruppe

T +45 72 27 34 55

M +45 25 26 34 55

E psj@bechbruun.com

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Værkmestergade 2
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai

Suite 1818, 18/F
No. 699 Nanjing West Road
Jing an District, 200041 Shanghai

T +45 72 27 00 00

F +45 72 27 00 27

E info@bechbruun.com

www.bechbruun.com

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Værkmestergade 2
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai

Suite 1818, 18/F
No. 699 Nanjing West Road
Jing an District, 200041 Shanghai

T +45 72 27 00 00

F +45 72 27 00 27

E info@bechbruun.com

www.bechbruun.com