

Udelukkelse og udvælgelse

Debat om lovforslaget til den nye udbudslov
Dansk Forening for Udbudsret, 15. januar 2015

Anders Birkelund Nielsen, advokat (abn@bechbruun.com)

Udelukkelse - Udvalgte nyskabelser

Obligatoriske udelukkelsesgrunde

- § 133, stk. 2: ”Ordregiveren skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når en person, der er dømt ved endelig dom for de i stk. 1 nævnte handlinger, er medlem af ansøgerens eller tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsorgan. [...]”
 - ♦ Skaber klarhed omkring muligheden for udelukkelse, men ...
 - ♦ Vil det fælles europæiske udbudsdokument (den obligatoriske egen-erklæring) omfatte oplysninger om ledende medarbejdere?
 - ♦ Har ordregiver pligt til at kræve egentlig dokumentation fsva. alle ledende medarbejdere før kontraktindgåelse – ligesom det gælder for selve virksomheden?
-

Udelukkelse - Udvalgte nyskabelser

Frivillige udelukkelsesgrunde

- § 135, stk. 1, nr. 4: Der er mulighed for udelukkelse, hvis *”ordregiveren har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning”*
 - ♦ Hvornår har ordregiver *”tilstrækkelig plausible indikationer”*? → Der må skulle mere til end en sigtelse!
 - § 135, stk. 1, nr. 5): Der er mulighed for udelukkelse, hvis *”ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt [...], der har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller lignende sanktion”*
 - ♦ Betydelig udvidelse i forhold til den nugældende bestemmelse i UBD art. 45, stk. 2, litra d), der omhandler udelukkelse af virksomheder, som har begået en *”alvorlig fejl”* i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv
 - ♦ Sammenhold med § 135, stk. 1, nr. 3 om udelukkelse af virksomheder, der i forbindelse med *”udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser”*, der sår tvivl om virksomhedens *”integritet”*
-

Udelukkelse - Udvalgte nyskabelser

"Self-cleaning" (Dokumentation for pålidelighed)

- § 136, stk. 1: *"En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt dokumentation, som på en tilstrækkelig måde viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selvom ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af én eller flere af de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde [...]"*
 - ♦ Indebærer *administrative forpligtelser*, der ligner det vi kender fra håndtering af unormalt lave tilbud:
 - Meddelelsespligt og pligt til rimelig frist (efter ansøgnings- eller tilbudsfrist) for fremlæggelse af tilstrækkelig dokumentation (jf. § 136, stk. 2)
 - Begrundelsespligt ifm. utilstrækkelig dokumentation (jf. § 136, stk. 4)

Udelukkelse - Udvalgte nyskabelser

Udelukkelsesperioden

- Obligatoriske udelukkelsesgrunde → § 136, stk. 5: "Ordregiveren kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end **4 år fra** datoen for en **endelig dom** [...]"
 - Frivillige udelukkelsesgrunde → § 136, stk. 6: "Ordregiveren kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end **2 år fra** datoen for **den relevante hændelse eller handling** [...]"
 - ♦ Det nye udbudsdirektiv giver mulighed for udelukkelse i op til 3 år
 - ♦ Uhensigtsmæssighed som følge af "dokumentationskrav" i bl.a. § 135, stk. 1, nr. 3) - 5), da der ofte går flere år fra en hændelse eller handling, til egentligt bevis for udåden er sikret
-

Udvælgelse - Udvalgte nyskabelser

Minimumskrav til omsætning

- § 140, stk. 2: ”*Ordregiveren kan ikke kræve, at en ansøgers eller tilbudsgivers minimumsomsætning pr. år er højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i tilfælde, hvor der er særlige risici [...]*”
 - ♦ Formentlig tale om kontraktens værdi i den *samlede kontraktperiode*
 - ♦ Gælder for hver delkontrakt (jf. § 140, stk. 3)
 - ♦ Ordregiver har betydelig skønsmargin for så vidt angår behov for fravigelse, jf. præambelbetragtning 83

Henvisning til andre enheders tekniske eller faglige formåen

- § 142, stk. 3: ”*Baserer en økonomisk aktør sig på andre enheders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. § 153, nr. 7, eller faglige erfaringer vedrørende udførelsen af konkrete dele af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelserne, skal de konkrete dele af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelserne udføres af den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har baseret sig på*”
 - ♦ Man kan ikke - ift. uddannelse og erfaringer - henvise til 3. mands ressourcer uden at udnytte disse
 - ♦ Gælder uanset betydningen/væsentligheden af de konkrete delopgaver
 - ♦ Er referencer omfattet af ”faglige erfaringer”?
 - ♦ Stilles krav om ordregivers kontrol - eller om indarbejdelse i kontrakt?
-

Udvælgelse - Udvalgte nyskabelser

Ændring af udvalgte ansøgere eller tilbudsgivere

- § 145, stk. 1, nr. 2: ”*En ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2, i følgende tilfælde: [...] Hvis en deltager i en sammenslutning udgår, forudsat at deltageren ikke har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til egnedskravene, udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen*”
 - ♦ Tilsvarende bestemmelser om erstatning af konsortiedeltager eller 3. mand
 - ♦ Bestemmelsen stammer ikke fra det nye udbudsdirektiv
 - ♦ Velkommen mulighed - men ordregiver skal stadig overholde ligebehandlingsprincippet
 - ♦ Formentlig aldrig ret for ansøger eller tilbudsgiver (”ordregiver kan acceptere”)
 - § 145, stk. 5 ”*Når der anvendes en begrænset udbudsprocedure i henhold til §§ 57-59, kan ordregiveren opfordre en ny ansøger til at afgive tilbud, når en af de oprindelige ansøgere ikke kan afgive tilbud på grund af forhold, der ligger uden for ordregiverens kontrol. [...]*”
 - ♦ Den nye ansøger skal have tilstrækkelig tid til at udarbejde tilbud, hvilket formentlig ofte vil forudsætte en udsættelse af tilbudsfristen
-

Kontakt



Anders Birkelund Nielsen

Partner · København

EU- & Konkurrenceret

T +45 72 27 34 04

M +45 25 26 34 04

E abn@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
Jng an District, 200041 Shanghai

T +45 72 27 00 00

F +45 72 27 00 27

E info@bechbruun.com

www.bechbruun.com