



” Fordele og udfordringer ved ESPD”

Dansk Forening for Udbudsret den 22. september 2016



UDBUDSJURA.DK

UDBUDSDIREKTIVET OM ESPD

- 2014-Udbudsdirektivets præambel betragtning 84:
- *”Mange økonomiske aktører, og ikke mindst SMV'er, anser administrative byrder som følge af kravet om at fremlægge et stort antal certifikater og andre dokumenter forbundet med udelukkelses- og udvælgelseskriterierne for at være en væsentlig hindring for deres deltagelse i offentlige udbud. **Begrænsning af sådanne krav, eksempelvis gennem anvendelse af et fælles europæisk udbudsdokument (ESPD) bestående af en ajourført egenerklæring, kan resultere i betydelig forenkling til fordel for både ordregivende myndigheder og økonomiske aktører.**”*
- Fra forarbejderne til udbudsloven:
- *”Udgifter forbundet med fremskaffelse af dokumentation må formodes at falde, da der fremadrettet skal anvendes et fælleseuropæisk udbudsdokument (ESPD), der har karakter af en egen-erklæring. **Det forventes at spare økonomiske aktører for udgifter til dokumentation og gøre det nemmere og hurtigere for de ordregiverne at forholde sig til dokumentationen.**”*
- Og hvordan gik det så lige.....?



FOKUSPUNKTER

- 1: Muligheden for at henviser til bilag i ESPD'en (særligt i forhold til referencerne) og konsekvenserne hvis en tilbudsgiver gør det
- 2: Reparation af mangelfulde ESPD'er – ubegrænset frihed?
- 3: Efterfølgende verifikation af ESPD'et – særligt problematikken med udenlandske bestyrelsesmedlemmer
- 4: Egnethedsvurderingen i relation til nystartede virksomheder (skal de honorere opstillede mindstekrav).



BILAG TIL ESPD

- **Udbudslovens § 148:**
- *”En ordregiver **skal** kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbigt bevis for,*
- *1) at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, jf. § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7,*
- ***2) at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de minimumskrav til egnethed, der er fastsat i henhold til § 140, og***
- ***3) hvis det er relevant, hvordan ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier for udvælgelsen, jf. § 145, stk. 2.”***
- Men hvad nu, hvis en ansøger eller tilbudsgiver alligevel vælger at anføre eksempelvis sin referenceliste i et særskilt bilag, hvortil der henvises i ESPD'en?



BILAG TIL ESPD

- Den formalistiske ordregiver: **Afvisning af ansøgning/tilbud som ukonditionsmæssigt**
- Den pragmatiske ordregiver: **Uproblematiske blot at anvende bilaget**
- Den tænksomme ordregiver: **”Reparation” – bilagsoplysninger overføres af ansøger/tilbudsgiver til ESPD**
- Hvad vil Klagenævnet mon acceptere, og kan nævnet huske den gamle § 12 i implementeringsbekendtgørelsen (=udbudslovens § 159, stk. 5 ?)
 - adgang til reparation, hvis ikke modtaget i det ”krævede format” eller ikke opfylder ”de formelle krav til udformning”
 - se bort fra fejlen, hvis i forvejen i besiddelse af de krævede supplerende oplysninger
- Ligebehandlingsprincippet vs. proportionalitetsprincippet – hvad vinder?



REPARATION AF MANGELFULDE ESPD'ER

- Hvad gør vi, hvis en tilbudsgiver fejlagtigt har undladt at udfylde dele af ESPD'et eller helt har glemt at medsende ESPD'et?
- Pligt/ret til at få den eftersendt?
- Udbudslovens § 159, stk. 5:
- *”Ordregiveren **kan under overholdelse af principperne i § 2** anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.”*



REPARATION AF MANGELFULDE ESPD'ER

- De specielle bemærkninger til § 159, stk. 5 (uddrag vedr. ESPD'en):
- *”Idet der er tale om et foreløbigt bevis for efterfølgende fremsendelse af dokumentation, opnår ansøgeren eller tilbudsgiveren som udgangspunkt ikke længere tid til at fremskaffe dokumenter eller længere tid til at udarbejde dokumentationen.”*
- *”Endvidere er der som udgangspunkt ikke en væsentlig byrde for ansøgerne eller tilbudsgiverne forbundet med udarbejdelsen af det fælles europæiske udbudsdokument. **Som følge heraf kan ordregiveren som udgangspunkt uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i det fælles europæiske udbudsdokument. Dette finder også anvendelse i den situation, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har fremsendt det fælles europæiske udbudsdokument til ordregiveren. I denne situation kan ordregiveren som udgangspunkt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.”***
- Holder den også, når der efterspørges referencer?



EFTERFØLGENDE VERIFIKATION

- **Udbudslovens § 151, stk. 1:**
- *”Før ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148, jf. dog stk. 3 og 5. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen.”*
- Yders uhensigtsmæssigt, at dokumentationen skal indhentes før, der kan træffes en tildelingsbeslutning
 - Tidsmæssigt
 - Forskelle i viden hos tilbudsgiverne (evt. orientere alle om verifikationsproceduren)



EFTERFØLGENDE VERIFIKATION

- Udgør særligt stort problem, at der skal indhentes dokumentation for, at bestyrelsesmedlemmer/medlemmer af direktion ikke er dømt for strafbare forhold, jf. § 135, stk. 2.
- Krav om samtykke til indhentning af oplysninger
- Særlig problematik i relation til udenlandske medlemmer – kan ikke omfattes af den danske serviceattest - case
- Andre EU-medlemsstater tager tilsyneladende mere lempeligt på kravet og kræver ikke indhentelse af dokumentation for enkeltpersoners strafbare forhold
- Kan vi være pragmatiske og nøjes med tro- og love erklæring?



NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER

- Udbudslovens § 154, stk. 2: *"En ansøger eller tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert **andet dokument**, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til fremlægge de dokumenter, som ordregiveren kræver."*
- Udbudslovens § 140, stk. 2: *"Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen"* [dansk (uheldig) opfindelse]
- Betyder § 154, stk. 2, at man kan se gennem fingrene med minimumskrav i relation til nystartede virksomheder?
- Ligebehandling i forhold til etablerede virksomheder?
- Kan man på forhånd opstille særlige egnethedskriterier, der er rettet mod nystartede virksomheder?



NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. juli 2016 - UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune v/Esbjerg Kommune**
- Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit 3, kapitel 16, om "light-ydelser" - kontrakt om levering af danskuddannelse til voksne udlændinge
- Udbudsbetingelserne i forhold til egnethed:
- Minimumskrav i.f.h.t. omsætning, krav om tre referenceopgaver, sikkerhedsstillelse
- ***Såfremt tilbudsgiver er en nystartet virksomhed skal tilbudsgiver i stedet for kravene i pkt. 5.2 og 5.3, i medfør af principperne i udbudslovens § 154, stk. 2 fremlægge dokumentation for følgende:***
- *CV'er for de ledende medarbejdere i virksomheden, som samlet dokumenterer 4 års ledelseserfaring....."*
- *Et bindende forhåndstilsagn om en bankgaranti i form af en anfordringsgaranti på dkk 10 mio...."*



NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER

- **Klager:** De differentierede krav kan ikke begrundes i de nystartede virksomheders forhold – i strid med ligebehandlingsprincippet.
- **Klagenævnet udtalte:**
- *”Selvom der i nogen grad kan stilles lempeligere krav til nyetablerede virksomheder indebærer den betydelige forskel i de dokumentationskrav, der stilles i forhold til etablerede virksomheder, herunder virksomheder fra andre medlemsstater og EØS-området, henholdsvis nyetablerede virksomheder (både danske og udenlandske), en forskelsbehandling, som ikke kan begrundes i den forskellige situation, som virksomhederne er i.”*
- Skal kravene til nyetablerede virksomheder være stillet på forhånd, for at de kan være lempeligere?



NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER

- Hvordan gør vi det så? Fastsætter særlige krav på forhånd eller lader være?
- *”Det er et mindstekrav, at ansøger i hvert af de seneste 3 regnskabsår, eller for så vidt angår nystartede virksomheder i det/de år hvor virksomheden har eksisteret, har haft en omsætning på minimum 50 mio. kr.”* Holdbar?
- Hvis vi ikke stiller særlige minimumskrav til nystartede virksomheder, kan vi så tage særlige hensyn ved egnethedsvurderingen?
- En mulig løsning kunne være at opstille alternative mindstekrav, der kan opfyldes af såvel nystartede som etablerede virksomheder
 - Eksempelvis kræve referenceliste eller alternativt CV’er for nøglepersoner med oplysninger om tilsvarende opgaver
 - Sikkerhedsstillelse som alternativ til krav om vis egenkapital/soliditetsgrad
- Plads til kreativitet, hvis man er rådgiver henholdsvis på ordregiver-/tilbudsgiverside?

