

# Nystartede-, støttende- og andre virksomheder

**KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN**

DFFU den 14. december 2021

# Masser af udvikling

- To sider af mønten.
  - Muligheder for tilbudsgivere
  - Pligter for ordregivere.
  
- Husk formaliteterne

# Egnethed

- Udfordringerne
  - Der er en række udfordringer, når vi kommer uden for normalområdet.
  - Nystartede virksomheder
  - Hvad er støttende enheder
  - Kan man kræve, at leverandøren skal have den nødvendige formåen
  - Muligheder for at udskifte/erstatte støttende enheder

# Nystartede virksomheder



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

# Nystartede virksomheder

- Regelgrundlag

- § 154, stk. 2:

*”En ansøger eller en 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 at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger.”*



# Nystartede virksomheder

- Kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune
- Generelle minimumskrav til virksomheder:
  - Tilbudsgiver skulle have en omsætning på lovområdet på min. 40 mio. årligt.
  - Angivelse af min. 3 kommuner, hvor der var leveret danskuddannelse til voksne udlændinge.
  - Dokumentere en årlig omsætning de seneste 3 år på minimum 8 mio. kr. pr. kommune *eller* 20 mio. kr. i alt for de 3 kommuner pr. år.



# Nystartede virksomheder

- Kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune
  - Nystartede virksomheder:
    - Et bindende forhåndstilsagn om en bankgaranti i form af en anfordringsgaranti på 10 mio.
    - CV'er for de ledende medarbejdere i virksomheden, som samlet dokumenterer 4 års ledelseserfaring inden for lovområdet samt kontraktansvar for kontrakter inden for lovområdet på minimum en værdi til 40 mio. kr.



# Nystartede virksomheder

- Kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune
  - KLFU: ” *Ordregivere har et betydeligt skøn med hensyn til, hvilke krav til økonomisk og finansiel kapacitet det er påkrævet at stille i relation til den enkelte udbudte opgave.* ”
  - Selvom der i nogen grad kan stilles lempeligere krav til nyetablerede virksomheder, var der en betydelige forskel i de dokumentationskrav, der stilles i forhold til etablerede virksomheder og nyetablerede virksomheder.





**Støttende virksomheder**  
**Er der nu tvivl om, hvad det er?**



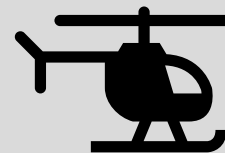
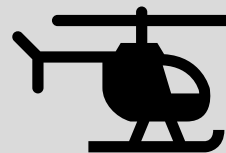
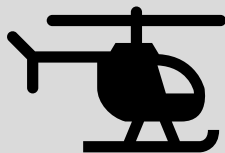
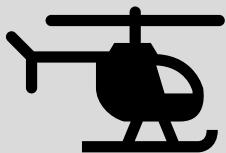
# Støttende virksomheder

- Regelgrundlag
  - § 144, stk. 1: *”En ansøger eller en tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen, jf. §§ 142 og 143, uanset den retlige karakter af forbindelserne mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den eller de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på.”*
  - Dog § 144, stk. 8: *”En ordregiver kan kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af den vindende tilbudsgiver selv eller af en specifik deltager i en sammenslutning”. [Det hjælper dog ikke så meget på økonomien]*



# Støttende virksomheder

- Kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Regionerne
  - Udbud af fire døgnbemandede helikopterberedskaber.
  - Primært til flyvning af syge og svært tilskadede patienter.
  - Der er en række processuelle forhold, men hvis vi går ind i kernen.



# Støttende virksomheder

- Kendelse af 7. april 2021.
  - Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgerne selv skulle opfylde minimumskravene til såvel den økonomiske som den tekniske formåen.
  - I forhold til den økonomiske formåen kunne en anden økonomisk aktør dog forpligte sig til at tilføre ansøgeren kapital eller stille ansvarlig lånekapital til rådighed.
  - Ordregiver afviste en tilbudsgiver med henvisning til, at klager ikke i ESPD'et ikke havde oplyst, at virksomheden baserede sig på andre enheders økonomiske formåen. Derudover var der ikke vedlagt et ESPD, men alene et "letter of support", der ikke var juridisk bindende.

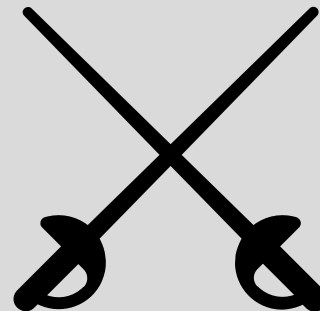


# Støttende virksomheder

- Kendelse af 7. april 2021.
  - Klagenævnet for Udbud lagde til grund, at klageren ikke havde støttet sig til en anden økonomisk enhed.
  - Dermed skulle man ikke overholde de formelle krav om indleverings af ESPD.
  - **Tilbage står spørgsmålet** - Kan man stille krav om, at ansøgeren skal være i besiddelse af den nødvendige formåen? Dvs. en fravigelse af adgangen til at støtte sig på andre enheder.



# Overordnede betragtninger



- Hvad med EU-Domstolen?
  - EU-Domstolen har udtalt, at det er *”i fællesskabsrettens interesse at sikre, at det størst mulige antal tilbudsgivere deltage i en udbudsprocedure.”*  
(C-531/16 – Specializuotas transportas, præmis 21, C-538/07 – Assitur, præmis 26 og C-305/08 – CoNISMa, præmis 37).
  - DOG – måske noget særligt ved udelukkelse og basere sig på andres formåen: Formålet er... *”imidlertid at give den ordregivende myndighed mulighed for at sikre sig hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed, og følgelig at tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør ikke brydes”*  
(C-210/20 – RAD, præmis 35)



# Hvad skal man gøre?

- Hvis man lægger hensynene ind i problemstillingerne, og kombinere det med praksis fra KLFU:
- Man skal måske sondre mellem det processuelle og indholdsmæssige



# Hvad skal man gøre?

- Nystartede virksomheder
  - Man skal være opmærksom på overlap mellem teknisk og faglig formåen.
  - Kan være et bredt skøn for vurderingen af passende dokumentation.





# Hvad skal man gøre?

- Støttende enheder
  - Hvad med krav om at ansøgeren skal have den nødvendige formåen?
    - Ja, måske. Men.... Det forudsætter nok helt særlige omstændigheder.
    - Udgangspunktet er frihed for virksomhederne til at strukturere sig – dog ikke på bekostning af tilliden. (hvad med konsortier?)



# Hvad skal man gøre?

- Støttende enheder
  - Hvad med krav om at ansøgeren skal have den nødvendige formåen?
    - C-94/12 - Swm Costruzioni, præmis 35: *"et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører."* (henvisning til både økonomi og teknisk formåen).
    - Proportionalitetsprincippet bliver dog afgørende, herunder om hensynet kan sikres i tildelingen/kontrakten (relevant teknisk formåen) – udelukker det muligheden for at gøre kræve at ansøgeren skal have en specifik teknisk kapacitet?



# Hvad skal man gøre?

- Støttende enheder
  - Udskiftning
    - Ja, der er en mulighed. Dog ikke en pligt i alle situationer.
    - Måske hvis egnetheden baseres på en vurdering.



Tak for opmærksomheden

Spørgsmål?



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN