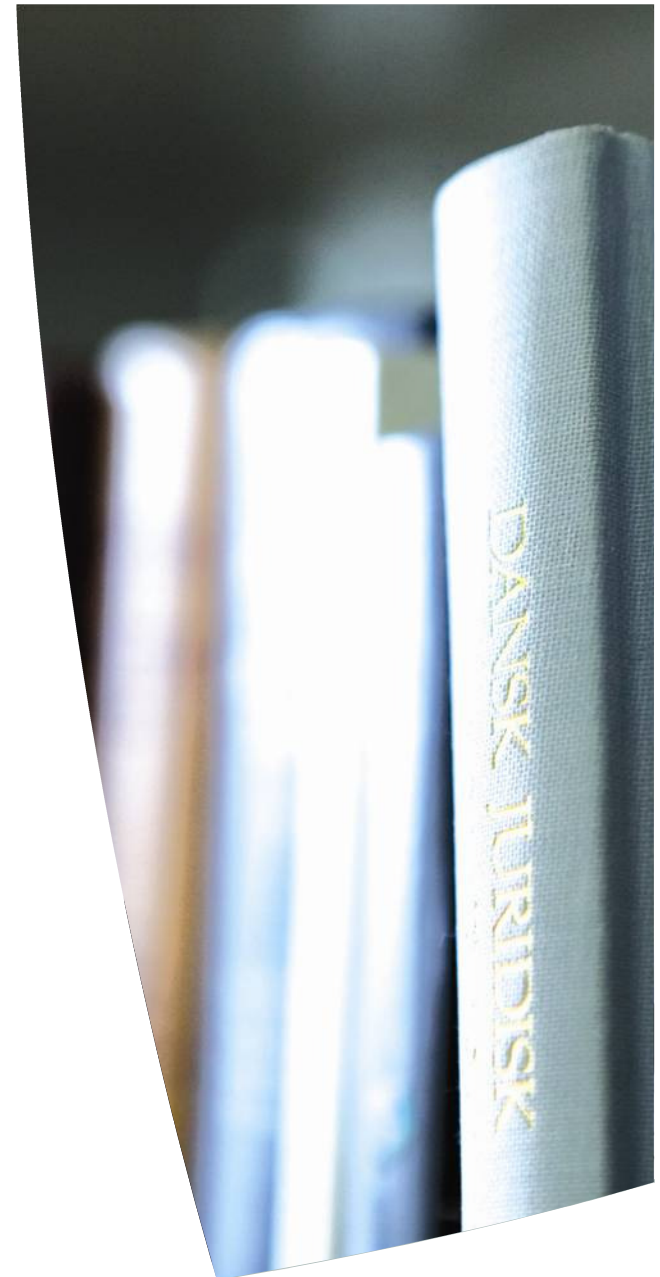


Udbudsret – reform af EU's udbudsregler

Advokat Torkil Høg, LETT

24. september 2014



Udbudsret – reform af EU's udbudsregler

- 1) Introduktion og overblik
- 2) Ordregivende myndigheder
- 3) Udbudspligtige kontrakter
- 4) Udbudsprocedurer og fælles indkøb
- 5) Indkøbsteknikker og hjælpemidler
- 6) Egnedskrav/prækvalifikation
- 7) Kravspecifikation og brug af mærker
- 8) Evaluering og tildeling
- 9) Kontraktudførelse og -opfølgning
- 10) Inhabilitet og interessekonflikter
- 11) Koncessionsdirektivet
- 12) Spørgsmål?

1) Introduktion og overblik

Introduktion og overblik

Processen forud for direktivernes vedtagelse

- Forslag til nyt udbudsdirektiv, nyt forsyningsvirksomhedsdirektiv og nyt koncessionsdirektiv fremsat af Kommissionen i slutningen af 2011.
- I 2012-2013 er der i EU-systemet gennemført en omfattende arbejdsproces med henblik på at opnå enighed om direktiverne, herunder fremsatte EU parlamentsmedlemmer en meget stor mængde (flere tusinde) ændringsforslag til direktiverne.
- Forhandlingerne blev afsluttet ved trepartsforhandlinger i juli 2013 mellem Kommissionen, medlemsstaterne og EU parlamentet.
- Direktiverne blev endeligt vedtaget 26. februar 2014.
- Medlemsstaterne implementerer direktiverne senest den 18. april 2016.

Introduktion og overblik (2)

De nye direktiver som offentliggjort i EU-tidende den 28. marts 2014

- Udbudsdirektivet: "Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF".
- Forsyningsvirksomhedsdirektivet: "Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF".
- Koncessionsdirektivet: "Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter".

Introduktion og overblik (3)

Processen for implementering i Danmark

- Implementeringsprocessen er i fuld gang i Danmark – regeringen har nedsat et udbudslovsudvalg, der skal udarbejde udkast til en ny udbudslov.
- Udgangspunktet for arbejdet er indtil videre udelukkende udbudsdirektivet.
- Udvalget holder sidste møde i oktober 2014 (om alt går vel...), hvorefter udvalget afleverer en rapport og lovforslag til ministeren.
- Forslag til en samlet udbudslov forventes fremsat primo 2015 mhp. vedtagelse inden sommerferien 2015.
- Forventet ikrafttrædelsestidspunkt primo 2016.

Introduktion og overblik (4)

Nøgleord/temaer for ændringerne er (med udgangspunkt i udbudsdirektivet) bl.a.

- Forenklede og smidigere procedurer, bl.a. via fremme af elektroniske hjælpemidler og mindre administrative byrder.
 - Artikler: 94 (i dag 84)
 - Præambelbetragtninger: 138 (i dag 51)
Bemærk: præambelen indeholder vigtige fortolkningsbidrag på mange punkter
- Bedre adgang til offentlige kontrakter for SMV'er.
- Bedre kvalitativ anvendelse af offentlige indkøb – bl.a. fremme af sociale og miljømæssige kriterier.
- Kodificering af Domstolens praksis.

2) Ordregivende myndigheder

Ordregivende myndigheder

Opdeling i centrale og decentrale myndigheder (art. 2, nr. 1-3)

- Ordregivende myndigheder omfatter stadig staten, regionale og lokale myndigheder samt offentligretlige organer
- "Statslige myndigheder" = i DK ministerier med underliggende styrelser
- "Ikkestatslige ordregivende myndigheder" = i DK alle andre end statslige myndigheder, dvs. bl.a. kommuner og regioner
- Hvis en ordregiver består af flere enheder, skal værdien af disses indkøb lægges sammen i relation til tærskelværdier (art. 5, stk. 2)
 - U: Hvis de enkelte enheder selv er ansvarlige for deres indkøb

Offentligretlige organer

Præcisering (kodificering af EFD's praksis) i præamblen

Betragtning 10:

"...bør det præciseres, at et organ, der fungerer på normale markedsvilkår, har til formål at skabe gevinst og bærer tab forbundet med udøvelsen af sine aktiviteter, ikke bør betragtes som et "offentligretligt organ", da almenhedens behov, som det er oprettet med henblik på at imødekomme eller har fået til opgave at imødekomme, kan anses for at have industriel eller kommerciel karakter."

Selve teksten i definitionen forbliver stort set uændret (art. 2, stk. 1, nr. 4).

Centraliserede indkøb

Præciseringer vedrørende indkøbscentraler og lejlighedsvis fælles indkøb – art. 37 + 38

- Medlemsstaterne kan fastsætte, at ordregivere kan (eller eventuelt skal) købe ind via en indkøbscentral
- Ordregiver opfylder sine forpligtelser efter direktivet, hvis man køber ind via indkøbscentral
- En ordregiver er selv ansvarlig for overholdelse af udbudsreglerne ved de dele af udbudsprocessen, som denne selv gennemfører, herunder tildeling af kontrakter pba. dynamiske indkøbssystemer drevet af indkøbscentraler, miniudbud under rammeaftaler indgået af indkøbscentraler og direkte tildeling under rammeaftaler indgået af indkøbscentraler
- Ved lejlighedsvis fælles indkøb er ordregiverne i fællesskab ansvarlige, også hvor en ordregiver forvalter proceduren og handler i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder. Kun fælles ansvar for de dele, der gennemføres i fællesskab.

3) Udbudspligtige kontrakter

Tærskelværdier (art. 4)

Kontrakttype	Nu		Dir. 2014/24	
Bygge- og anlægskontrakter	Euro 5.000.000		Euro 5.186.000	
Type	Statslige	Regionale/ Kommunale	Statslige	Alle andre
Vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter	Euro 130.000	Euro 200.000	Euro 134.000	Euro 207.000
Sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV.			Euro 750.000	

In house-kontrakter

Art. 12, stk. 1-3

- Tildeling til en anden juridisk person kan ske uden udbud når:
 - Ordregiveren underkaster leverandøren en kontrol svarende til den kontrol, den fører med egne tjenestegrene.
 - Mindst 80% af leverandørens aktiviteter udføres for denne ordregiver (eller andre under samme kontrol, dvs. inklusive f.eks. søsterselskaber).
 - Der ikke er privat deltagelse i leverandøren med undtagelse af ikke-kontrollerende og ikke-blokerende former for private kapitalandele, som er krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, og som ikke udøver bestemmende indflydelse.
- Tilsvarende gælder, når en kontrolleret virksomhed tildeler en kontrakt til den kontroludøvende eller en anden under samme kontrol (privat deltagelse i leverandøren kun under de nævnte forudsætninger).
- Tildeling kan ske uden udbud til JV'er etableret af flere ordregivere (samme forudsætninger om privat deltagelse som ovenfor + 80 %-reglen skal være opfyldt).

Horisontale samarbejder mellem ordregivere

Art. 12, stk. 4

- Aftaler mellem ordregivere om samarbejde om udførelse af opgaver af offentlig interesse er ikke udbudspligtige; forudsat bl.a. at:
 - Ordregiverne samarbejder med det formål at sikre, at offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde et fælles mål.
 - Samarbejdet udelukkende er baseret på overvejelser om offentlighedens interesser.
 - Ordregiverne ikke er aktive på et frit marked med mere end 20% af omsætningen for de relevante aktiviteter.

Betragtning 33, 3. afsnit:

”Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivende myndigheder, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.”

Tidligere udkast stillede krav om udelukkende omkostningsdækning. Det er noget uklart, hvilke betalingsmodeller, der lovligt vil kunne aftales.

Opdeling i delkontrakter

Art. 46

- Kontrakter kan opdeles i delkontrakter (værdien lægges sammen ved opgørelse af tærskelværdi).
- Ordregiver kan undlade opdeling i delkontrakter – begrundelse herfor skal angives i udbudsdokumenter eller i rapport efter art. 84 (rapport om indgåede kontrakter).
- Medlemsstaterne kan vælge at gøre det obligatorisk at udbyde i delkontrakter efter kriterier fastsat i national ret.
- Fritagelse for udbud af visse delkontrakter videreføres (max 20 % af samlet værdig og max EUR 80.000 hhv. EUR 1 mio. pr. delkontrakt), jf. art. 5, stk. 10.
- I udbudsbekendtgørelsen eller opfordringen til at bekræfte interesselikendegivelse skal ordregiver angive:
 - om der kan afgives tilbud på én eller flere delkontrakter.
 - om der er en begrænsning af antallet af delkontrakter, der kan tildeles én tilbudsgiver.
 - hvordan der i givet fald sker tildeling, herunder hvis en tilbudsgiver, der efter de valgte kriterier burde have vundet, ikke kan vinde som følge af begrænsning af antal delkontrakter, der kan tildeles én tilbudsgiver.

Tjenesteydelseskontrakter (1)

Ændrede regler for udbud af tjenesteydelseskontrakter

HR: Alle tjenesteydelseskontrakter med en værdi over tærskelværdien er omfattet af udbudsdirektivet.

U1: Art. 10 – særlige undtagelser af visse tjenesteydelseskontrakter, herunder (køb og) leje af fast ejendom, voldgifts- og mæglingssydelser, visse juridiske tjenesteydelser i relation til især voldgifts- og retssagsførelse (øvrige vil være omfattet af ”light-regimet”), lån, kontrakter om offentlig personbefordring (tog + metro), ansættelseskontrakter, politiske kampagnetjenester mv.

U2: Art. 74-76 – sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser vil blive omfattet af et ”light-regime”.

Sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser ophæves.

Tjenesteydelseskontrakter (2)

Ændrede regler for udbud af tjenesteydelseskontrakter (fortsat)

Sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser (art. 74-76) ("light-regimet")

- Omfatter ifølge bilag XIV bl.a. sundheds- og socialvæsen, velfærdsydelser, religiøse ydelser, hotel- og restaurationstjenesteydelser, fængselsrelaterede tjenester, efterforsknings- og sikkerhedstjenester, posttjenester, juridiske tjenesteydelser, der ikke er helt undtaget efter art. 10.
- Medlemsstaterne indfører selv passende udbudsprocedurer for disse kontrakter, hvis de har en værdi over EUR 750.000.
- Krav om overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.
- Krav om udbudsbekendtgørelse (eller vejledende forhåndsmeddelelse) og bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt, med mindre betingelserne for udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse er opfyldt.

Blandede kontrakter

Særskilt bestemmelse om blandede udbud (art. 3)

- Kontrakter vedrørende mindst to udbudstyper (B&A, TY eller varer) tildeles efter reglerne for den udbudstype, der kendetegner anskaffelsens hovedformål
- Blanding af "light"-tjenesteydelser og andre tjenesteydelser eller blanding af varer og tjenesteydelser => hovedformålet fastsættes i overensstemmelse med værdien af de respektive varer og tjenesteydelser
- Kontrakter om både anskaffelser omfattet af direktivet og anskaffelser ikke omfattet af direktivet (adskillelse objektivt mulig):
 - Hvis særskilte kontrakter: tildeling skal ske efter reglerne for den enkelte kontrakt
 - Hvis én kontrakt: direktivet gælder for den samlede kontrakt.
- Kontrakter om både anskaffelser omfattet af direktivet og anskaffelser ikke omfattet af direktivet (adskillelse objektivt IKKE mulig):
 - Hovedformålet afgørende

4) Udbudsprocedurer og fælles indkøb

Udbudsprocedurer (1)

Offentligt og begrænset udbud (art. 26, stk. 2)

- Det skal fortsat altid være muligt at benytte offentligt eller begrænset udbud.

Lettere adgang til at benytte udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog (art. 26, stk. 4)

- Udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog (med forudgående bekendtgørelse) kan bl.a. anvendes:
 - Hvis ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger.
 - Hvis kontrakten indeholder design eller innovative løsninger.
 - Hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til standarder mv.
 - Hvis kontrakten pga. "særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici" ikke kan tildeles uden forudgående forhandling.
- (Som i dag) adgang til forhandling ved ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige tilbud ved forudgående begrænset eller offentligt udbud.

Udbudsprocedurer (2)

Udbud med forhandling – art. 29

- Kun prækvalificerede kan deltage.
- Mindste frist for prækvalifikationsansøgning og første tilbud er 30 dage (kan forkortes under visse omstændigheder).
- Der må ikke forhandles om minimumskrav og tildelingskriterier.
- Ordregiver kan vælge at undlade at forhandle, hvis denne mulighed er forbeholdt i udbudsbekendtgørelsen.
- Udtrykkeligt krav om ligebehandling af deltagerne, herunder i relation til adgang til oplysninger.
- ”Tilstrækkelig tid” til at indgive opdaterede tilbud.
- Der kan anvendes faseopdelt forhandling mhp. begrænsning af antallet af bud, der forhandles – skal oplyses i udbudsbekendtgørelse eller udbudsbetingelser.
- Der skal være mere end ét endeligt tilbud, og der kan ikke forhandles herom.

Udbudsprocedurer (3)

Innovationspartnerskaber (art. 31)

- Medlemsstaterne skal fastsætte regler for adgangen til at anvende innovationspartnerskaber
 - Mhp. udvikling af innovative varer, TY og B&A-arbejder og efterfølgende køb af de heraf resulterende varer, TY og B&A-arbejder.
 - Processen indledes med prækvalifikation. Ved udvælgelse lægges der særlig vægt på kapacitet og erfaring ad F&U/F&I.
 - Ordregiveren kan vælge at indgå aftaler om innovationspartnerskaber med en eller flere partnere.
 - Tildelingskriteriet: bedste forhold mellem pris og kvalitet.
 - Ved tildeling skal der gennemføres en procedure med forhandling. Antallet af tilbudsgivere kan reduceres løbende. Ingen forhandling af mindstekrav.
 - IP-forhold skal være specificeret i udbudsdokumenterne.
 - Der skal opstilles mellemfristede mål og betaling i rater.
 - Ordregiver kan bringe partnerskabet til ophør (eller reducere antallet af partnere) efter hver fase, hvis betingelserne herfor er angivet i udbudsdokumenterne.
 - Den forventede værdi af en leverancekontrakt må ikke være uproportional i forhold til de investeringer der er medgået til at udvikle de innovative varer, TY eller B&A-arbejder.

Udbudsprocedurer (4)

Forenklede offentliggørelsesregler for ikke-statslige ordregivere (art. 48)

- Alle ordregivere kan offentliggøre vejledende forhåndsmeddelelser om påtænkte offentlige indkøb. Hvis det er sket, kan visse tilbudsfrister forkortes.
- Alle ikke-statslige ordregivere kan anvende vejledende forhåndsmeddelelser som "udbudsbekendtgørelse"/indkaldelse af tilbud, hvis de lever op til en række informationskrav (art. 48, stk. 2).
- Kan som udgangspunkt dække en periode på 12 måneder og kan omfatte flere indkøb i denne 12 måneders periode.
- Økonomiske aktører kan tilkendegive deres interesse efter offentliggørelse af forhåndsmeddelelsen.
- Ordregiver henvender sig ved konkrete køb til de aktører, der har tilkendegivet deres interesse. Foretager herefter egnethedsvurdering til brug for det konkrete indkøb.
- Der skal ved konkrete indkøb gennemføres begrænset udbud eller udbud med forhandling.

Udbudsprocedurer (5)

Tidsfrister

Offentligt udbud (art. 27)

- Tilbudsfrist ved offentligt udbud er min. 35 dage – kan reduceres til 15 dage i hastende tilfælde eller hvis der er indrykket vejledende forhåndsmeddelelse.

Begrænset udbud, udbud med forhandling (art. 28 og 29)

- Frist for anmodning om deltagelse i begrænset udbud og udbud med forhandling er min. 30 dage.
- Frist for modtagelse af tilbud ved begrænset udbud (og første tilbud med udbud med forhandling) er min. 30 dage.
- Visse muligheder for forkortelse, f.eks. hvis der har været offentliggjort vejledende forhåndsmeddelelser; dog aldrig under 15 dage til anmodninger om deltagelse og 10 dages tilbudsfrist.
- Medlemsstaterne kan ved begrænset udbud tillade, at ikkestatslige ordregivere fastsætter frist for tilbud ved aftale med tilbudsgiverne og – i fravær af aftale – på mindst 10 dage.

Konkurrencepræget dialog (art. 30)

- Frist for anmodning om deltagelse er min. 30 dage, ingen tilbudsfrister fastsat.

Fælles indkøb

Ansvarsfordelingen ved lejlighedsvis fællesindkøb (art. 38)

- To eller flere ordregivende myndigheder kan aftale at gennemføre visse specifikke udbud i fællesskab.
- Ordregiverne er fælles ansvarlige for overholdelsen af deres forpligtelser efter udbudsdirektivet, for de dele af udbuddet der gennemføres i fællesskab, i alle de deltagende myndigheders navne og på deres vegne.
- Dette gælder også i de tilfælde, hvor én ordregivende myndighed forvalter proceduren og handler i eget navn og på vegne af de andre ordregivende myndigheder.
- Hver ordregivende myndighed har det fulde ansvar for de dele, den gennemfører i eget navn og på egne vegne.

5) Indkøbsteknikker og hjælpemidler

Indkøbsteknikker og hjælpemidler (1)

Rammeaftaler (art. 33)

- Det er præciseret, hvordan der skal forholdes, hvis der både kan foretages direkte tildeling og miniudbud under samme rammeaftale.
 - Valget af proces skal fastlægges efter objektive kriterier.
 - Objektive kriterier kan f.eks. være kvantitet, værdi, karakteristika ved ydelsen, eller udvikling i priser.
- Valg af rammeaftaleleverandør kan afhænge af fysiske personers valg, hvis ydelsen skal benyttes af disse.
- Ikke længere et krav, at der ved indgåelsen af parallelle rammeaftaler som udgangspunkt skal indgås rammeaftaler med mindst 3 leverandører.
- I øvrigt ingen væsentlige ændringer i bestemmelserne om rammeaftaler.

Indkøbsteknikker og hjælpemidler (2)

Dynamiske indkøbssystemer – forenkling af gældende regler (art. 34)

- Kan bruges for ”almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet” – standardkøb.
- Enhver, der anmoder om deltagelse og lever op til de af ordregiver fastsatte kvalifikationskrav, skal tillades at indgå i systemet.
- Ansøgninger om deltagelse skal som UP behandles inden for 10 arbejdsdage.
- Alle deltagere i systemet skal have adgang til at afgive bud på konkrete anskaffelser.
- Systemet kan være opdelt i forskellige kategorier af varer/TY/B&A og eventuelt være opdelt i grupper efter værdi eller geografisk udførelsessted.
- Al kommunikation skal være elektronisk.
- Ingen gebyrer for deltagerne.
- Kan have varighed af mere end 4 år.
- Det er fremover ikke nødvendigt for deltagere at indlevere indikative bud.

Indkøbsteknikker og hjælpemidler (3)

Elektroniske kataloger (art. 36)

- Ordregivere kan kræve, at tilbud præsenteres i form af et elektronisk katalog.
- Det kan fastsættes, at anvendelse af elektroniske kataloger skal være obligatorisk ved visse indkøb.
- Det skal fremgå af udbudsmaterialet, hvis det kræves eller accepteres, at tilbud udformes som elektroniske kataloger.
- Det kræves, at der er tale om andet og mere end tilbudsgiverens standardkatalog – dette skal være tilpasset ordregivers krav og ønsker
- Hvis rammeaftaler indgået pba. tilbud indgivet via elektronisk katalog kan konkurrencen genåbnes ved:
 - Fremsendelse af opdaterede kataloger
 - Ordregivers anvendelse af oplysninger fra allerede indsendte kataloger (f.eks. for den varekurv, der konkret købes)

Indkøbsteknikker og hjælpemidler (4)

Obligatorisk brug af elektroniske hjælpemidler – ”E-procurement”

- På sigt skal alle udbud gennemføres elektronisk under anvendelse af almindeligt tilgængelige IT-redskaber (art. 22) – dog særlig implementeringsfrist 18. oktober 2018.
- Centrale indkøbsorganers indkøbsprocedurer skal gennemføres elektronisk (art. 37, stk. 3) – dog særlig implementeringsfrist til 18. april 2017.
- Dynamiske indkøbssystemer skal være fuldt elektroniske (art. 34).
- Elektroniske auktioner og elektroniske kataloger skal være fuldt elektroniske (art. 35 + 36).
- Obligatorisk elektronisk fremsendelse af bekendtgørelser til offentliggørelse (art. 51, stk. 2).
- UP: Obligatorisk fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsbetingelserne. Det skal angives i bekendtgørelsen, på hvilken internetadresse materialet kan findes. (art. 53, stk. 1).
 - U: Art. 22(1) eller 21(2) – særlige formater nødvendige, anvendelse af fysiske modeller, fortrolighedshensyn o.l.

6) Egnethedskrav/prækvalifikation

Udelukkelsesgrunde (art. 57) (1)

Nye pligtmæssige udelukkelsesgrunde (art. 57, stk. 1 og 2)

- Terrorhandlinger, finansiering af terror mv.
- Anvendelse af børnearbejde eller medvirken til menneskehandel.
- Manglende betaling af skat eller bidrag til sociale sikringsordninger, hvis den manglende betaling er fastslået med endelig og bindende virkning ved dom eller administrativ beslutning.
 - U: hvis eksklusion er uproportional pga. beløbets størrelse, eller fordi endelig afgørelse om det skyldige beløb træffes kort tid inden fristen for ansøgning/tilbud (så det ikke har været muligt at betale)
- Varighed af udelukkelse: Max 5 år fra endelig dom (medmindre andet fremgår af dommen selv)
- Pligt til udelukkelse gælder på ethvert tidspunkt af udbudsprocessen

Udelukkelsesgrunde (art. 57) (2)

Nye frivillige udelukkelsesgrunde (art. 57, stk. 4)

- Hvis ordregiver er bekendt med tilsidesættelser af forpligtelser i henhold til miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning eller de i bilag X anførte internationale bestemmelser om miljø-, sociale, og arbejdsmarkedsforhold (primært en række ILO-konventioner).
- Hvis *"...den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning..."*.
- Hvis interessekonflikter i henhold til art. 24 (på ordregiverside) ikke kan imødegås på en mindre indgribende måde.
- Hvis en ansøger eller tilbudsgiver har rådgivet eller på anden måde bistået ordregiveren i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet på en sådan måde at ansøgeren eller tilbudsgiveren har opnået en konkurrencefordel i forhold til de øvrige ansøgere eller tilbudsgivere, som ikke kan imødegås på en mindre indgribende måde.

Udelukkelsesgrunde (art. 57) (3)

Nye frivillige udelukkelsesgrunde (art. 57, stk. 4)

- Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ved opfyldelse af tidligere kontrakt(er) med ”en ordregivende enhed” har udvist betydelige eller vedvarende mangler, der har ført til utidig ophør af aftalen, skader/erstatning eller lignende sanktioner.
- Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren har afgivet groft urigtige oplysninger eller har tilbageholdt oplysninger, som er påkrævet for at afgøre om ansøgeren eller tilbudsgiveren skal udelukkes eller opfylder udvælgelseskravene
- Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren uretmæssigt har i) forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningstagning, ii) forsøgt at skaffe sig fortrolige oplysninger, der kan give den pågældende en uretmæssig fordel, iii) uagtsomt givet vildledende oplysninger, der kan have indflydelse på ordregiverens beslutning vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af en kontrakt.
- Varighed af udelukkelse: Max 3 år ”fra datoen for den relevante hændelse”
- Art. 57, stk. 4, kan bringes i anvendelse på et hvilket som helst tidspunkt af udbudsprocessen

Udelukkelsesgrunde (art. 57) (4)

”Self cleaning” (art. 57, stk. 6)

- En ansøger eller tilbudsgiver, der kan eller skal udelukkes pga. manglende betaling af skat eller bidrag til sociale sikringsordninger, kan ”rense sig” ved at betale det manglende, herunder eventuelle renter og bøder, eller ved at indgå en bindende aftale om betalingen heraf.
- En ansøger eller tilbudsgiver, der er ramt af andre pligtmæssige eller frivillige udelukkelsesgrunde, kan fremlægge dokumentation for sin egnethed. Aktøren skal bevise, at aktøren:
 - har ydet erstatning for eventuelle skader,
 - aktivt har samarbejdet med myndighederne, og
 - har truffet passende tekniske, organisatoriske eller personlige foranstaltning for at forebygge yderligere overtrædelser eller forsømmeligheder.
- Ordregiver skal begrunde, hvis denne ikke finder aktørens ”self cleaning” tiltag tilstrækkelige.
- En ansøger eller tilbudsgiver, som i en periode er blevet udelukket fra at deltage i udbuds- eller koncessions tildelingsprocedure ved endelig dom, kan ikke benytte sig af muligheden for ”self cleaning” i denne periode.

Udvælgelseskriterier (art. 58) (1)

Udtømmende regulering

- Art. 58 opstiller de krav, der kan stilles i forbindelse med egnethedsbedømmelsen. Skal være begrænset til, hvad der er relevant for at vurdere egnetheden, og stå i forhold til kontraktens genstand

Egnethed til at udøve det pågældende erhverv

- Uændret ret til at stille krav om optagelse i fagligt register eller handelsregister i hjemstaten.
- Bevis for fornødne autorisationer kan ligeledes kræves

Udvælgelseskriterier (art. 58) (2)

Økonomisk og finansiel formåen

- Der kan stilles krav om tilstrækkelig finansiel og økonomisk kapacitet.
- Der kan stilles krav om minimumsomsætning (herunder inden for det område, kontrakten omfatter) og tilstrækkelig erhvervsansvarsforsikring.
 - Krav om minimumsomsætning må som UP ikke være højere end to gange den anslåede værdi af kontrakten. Højere krav skal begrundes.
- Der kan stilles krav til soliditet (forhold mellem aktiver og forpligtelser) – metoden for opgørelse skal angives i udbudsdokumenterne.
- Ved opdeling i delaftaler skal kravene svare til værdien af de enkelte delaftaler (herunder omsætningskravet)
- Dokumentationsmidler omtalt i bilag XII, del 1.

Teknisk og faglig formåen

- Der kan stilles krav om, at aktørerne besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer til at gennemføre kontrakten, herunder især referencer
- Dokumentationsmidler omtalt i bilag XII, del 2.

Dokumentationskrav

Reduktion af dokumentationskrav (art. 59)

- Ordregiver skal acceptere ansøgeres og tilbudsgiveres egne oplysninger (i form af et "Fælles europæisk udbudsdokument") som foreløbig dokumentation for bl.a. at:
 - aktøren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde.
 - aktøren opfylder udvælgelseskriterierne.
- Som udgangspunkt er det kun den vindende tilbudsgiver, der skal fremsende yderligere dokumentation
- Ordregiver kan dog når som helst anmode en aktør om at fremlægge dokumentation, hvis dette anses for nødvendigt.
- Ordregiver skal kræve fremlæggelse af dokumentation før tildeling af kontrakten (art. 57, stk. 2).
- Tilbudsgivere er ikke forpligtede til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren selv kan hente den påkrævede dokumentation gratis i et register, der skal oprettes af medlemsstaterne, eller hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af oplysningerne.
 - NB: Hvordan skal dette praktisk håndteres i kommuner (med flere forvaltninger)?
- Standard for ESPD skal udarbejdes af Kommissionen.

Rettelse af fejl mv.

Specifik hjemmel til at tillade rettelser af fejl (art. 56, stk. 3)

- Hvis indleveret dokumentation synes fejlbehæftet eller ufuldstændig, eller hvis specifikke dokumenter mangler, kan ordregivere bede tilbudsgivere om at indlevere yderligere dokumenter eller i øvrigt klargøre deres ansøgning eller tilbud ("indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentation").
- Ordregiver fastsætter en tidsfrist for dette.
- Forudsætter, at rettelse kan ske under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.
- Medlemsstaterne kan i national ret fastsætte, at en sådan adgang til at rette fejl ikke skal gælde.

7) Mærker



LETT

Krav om mærker

Ordregiver kan stille krav om bestemte mærker (eks. "svanemærket" mv.) (art. 43)

- Mærker, der viser visse miljømæssige, sociale eller andre egenskaber ved ydelserne
- Mærkekravene skal være relateret til kontraktens genstand
- Mærke-kravene skal være objektive og ikke-diskriminerende
- Mærkerne skal være etableret i en åben og transparent procedure
- Alle interesserede skal kunne opnå mærkerne.
- Ingen økonomiske aktører må have bestemmende indflydelse over mærkekravene
- Ordregiver skal acceptere alle (andre) mærker med tilsvarende mærkekrav.
- Hvis en tilbudsgiver ikke har tid til at opnå mærket, skal ordregiver acceptere anden dokumentation for, at tilbudsgiver lever op til de relevante mærkekrav

8) Evaluering og tildeling

Evaluering og tildeling (1)

Tildelingskriterier (art. 67)

- Det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kan være (kun) pris eller forhold mellem pris/kvalitet
- Ordregiveren kan vælge at vurdere et tilbud udelukkende på prisen eller ved brug af en metode baseret på omkostningseffektivitet, f.eks. livscyklusomkostninger (LCC – se art. 68 herom)
- Kvalitative kriterier nogenlunde uændret ift. i dag, dog er der udtrykkelig nævnt ”sociale karakteristika”

LCC som evalueringsgrundlag (art. 68)

- LCC skal omfatte omkostninger i) ordregiverens og andre brugeres omkostninger til erhvervelse, drift, vedligeholdelse og bortskaffelse og ii) miljøomkostninger, der er knyttet til livscyklus, hvis deres pengeværdi kan opgøres, f.eks. klimaomkostninger.
- Metoden og hvilke oplysninger tilbudsgivere skal fremlægge til brug for beregningen skal oplyses i udbudsbetingelserne. Metoden skal være objektivt verificerbar og ikke-diskriminerende.
- Hvis der findes beregningsmetoder i EU-retsakter, skal disse anvendes.

Evaluering og tildeling (2)

Mulighed for at vurdere tilbud inden konditionsmæssighedsvurdering (art. 56, stk. 2)

- I offentlige udbud kan ordregiver frit undersøge/bedømme tilbuddene, før det kontrolleres, om der foreligger udelukkelsesgrunde og/eller manglende dokumentation for egnethed
- Ordregivere skal i så fald sikre en upartisk og gennemsigtig kontrol af, at der ikke foreligger udelukkelsesgrunde eller manglende egnethed, så kontrakten ikke tildeles en uegnet tilbudsgiver eller en tilbudsgiver, der er omfattet af en udelukkelsesgrund

Evaluering og tildeling (3)

Unormalt lave tilbud (art. 69)

- Ordregiver skal kræve, at en tilbudsgiver redegør for priser eller omkostninger, hvis tilbuddet er unormalt lavt.
 - Ordregiver har ret til at undlade at tildele kontrakt til den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste tilbud, hvis prisen eller omkostningerne ikke kan begrundes ud fra tilbudsgivers oplysninger.
- Pligt til at afvise tilbud, hvis ordregiver fastslår, at tilbuddet ikke opfylder forpligtelser efter miljø-, social- eller arbejdsmarkedslovgivning
- Ret til at afvise tilbud, hvis ordregiveren kan godtgøre, at tilbuddet er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, og tilbudsgiveren ikke inden for rimelig tid kan bevise, at støtten var lovlig i medfør af EU-traktatens artikel 107.

9) Kontraktudførelse

Underentreprenører (art. 71)

Anvendelse af underentreprenører

- Ordregiver kan (som hidtil) anmode om oplysninger om underentreprenører
- Oplysninger om underentreprenører (navn, kontaktoplysninger) skal foreligge senest på det tidspunkt, hvor opgaveudførelsen starter
- Ordregiver kan kræve bekræftelse af, at underleverandører ikke er omfattet af en obligatorisk eller frivillig udelukkelsesgrund, og kræve underleverandører udskiftet, hvis det er tilfældet. Medlemsstaterne kan gøre regler herom obligatoriske.

Direkte betaling til underentreprenører

- Medlemsstaterne kan fastsætte regler om, at ordregiver efter anmodning overfører forfaldne betalinger direkte til underentreprenører.
- Krav om "passende ordninger", hvorved hovedentreprenøren kan gøre indsigelse.
- Direkte betaling til underentreprenører påvirker ikke hovedentreprenørens ansvar som hovedmand.

Ændringer i udbudte kontrakter (art. 72) (1)

UP: udbud ved væsentlige ændringer

- Væsentlige ændringer i udbudte kontrakter kræver nyt udbud.

Hvornår er en ændring væsentlig:

- Ændringer, der ville have muliggjort valg af andre ansøgere eller tildeling til en anden tilbudsgiver.
- Ændring af den økonomiske balance til leverandørens fordel (prisstigning).
- Betydelig udvidelse af kontrakten til at omfatte nye leverancer mv.
- Udskiftning af medkontrahent (se dog punkt d næste slide).

Bagatelgrænsen: ("safe harbour")

- Hvis ændringens værdi kan opgøres i penge er den ikke væsentlig, hvis værdien er
 - under tærskelværdierne i art. 4, og
 - under 10 % af den oprindelige kontrakts pris for varer og tjenesteydelser og under 15% for bygge og anlægskontrakter (flere på hinanden følgende ændringer skal vurderes samlet, og ændringen må ikke berøre den overordnede kontrakts karakter.)

Ændringer i udbudte kontrakter (art. 72) (2)

Derudover kan udbudte kontrakter og rammeaftaler ændres uden nyt udbud, hvis:

- a) ændringerne følger af klare, præcise og entydige revisionsklausuler eller optioner, hvor omfanget og arten af mulige ændringer samt betingelserne for klausulernes anvendelse er fastsat.
- b) supplerende arbejde eller levering af varer eller tjenesteydelser er blevet nødvendig, og leverandøren ikke kan udskiftes af økonomiske eller tekniske årsager og en udskiftning af leverandøren vil medføre betydelig problemer eller væsentlige forøgelse af omkostningerne. (Dog må en værdiforøgelse ikke være større end 50% af værdien af den oprindelige kontrakt).
- c) ændringen ikke kunne have været forudsat af en påpasselig ordregiver; forudsat at ændringen ikke berører den overordnede kontrakts karakter og en eventuel prisstigning ikke er større end 50% af værdien af den oprindelige kontrakt.
- d) den leverandør der oprindeligt har fået tildelt kontrakten udskiftes som følge af:
 - En entydig revisionsklausul eller option i overensstemmelse med punkt a.
 - Fuldstændig eller delvis succession med en ny leverandør, der opfylder de oprindelige udvælgelseskrav, f.eks. i tilfælde af omstrukturering eller insolvens; forudsat ingen andre væsentlige ændringer og forudsat ingen omgåelsehensigt.
 - At ordregiveren selv overtager leverandørens forpligtelser over for underleverandører, hvis dette er muligt ifølge national ret.

Ændringer som sker efter punkt b og c skal bekendtgøres i EU-tidende (retsvirkning?)

Opsigelse af kontrakter (art. 73)

Pligt til at fastsætte opsigelsesadgang:

- Medlemsstaterne skal sikre, at ordregivere kan ophæve igangværende kontrakter, hvis:
 - En ændring af kontrakten svarer til indgåelse af en ny kontrakt (hvad med uden virkning?).
 - Leverandøren skulle have været udelukket i overensstemmelse med art. 57.
 - Hvis EU-Domstolen i en traktatbrudsprocedure fastslår, at medlemsstaten ikke har overholdt sine forpligtelser som følge af, at en ordregiver har tildelt kontrakt uden at overholde udbudsreglerne.
- Retsvirkning – erstatning?

10) Inhabilitet og interessekonflikter

Interessekonflikter (art. 24)

Definition

- Som det mindste de situationer, hvor medarbejdere hos ordregiver eller hos en rådgiver, der yder bistand ved udbuddet, direkte eller indirekte har en finansiel, økonomisk eller anden personlig interesse i resultatet af udbuddet, der kan påvirke den upartiske og objektive udøvelse af deres virksomhed.
 - Familiemæssige bånd til en leverandørs ejer?
 - Tidligere kollega som direktør hos leverandør?
 - Ejer af større aktiepost i leverandør ?
 - Ejer af børsnoterede aktier i leverandør som led i pensionsopsparing?

Reglerne

- Medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser, der effektivt kan forebygge, identificere og omgående udbedre interessekonflikter.

Indledende markedshøringer (art. 40)

Ordregivers ret

- Inden et udbud kan ordregiver gennemføre markedshøringer for at vurdere markedet, hvortil ordregiver kan få rådgivning fra uafhængige eksperter, myndigheder eller markedsdeltagere, hvis:
 - Konkurrencen ikke forhindres.
 - Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ikke overtrædes.

Indledende markedshøringer (art. 41)

Foranstaltninger

- Når en ansøger/tilbudsgiver eller en virksomhed, der har tilknytning til en ansøger/tilbudsgiver, har rådgivet ordregiver eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbuddet, skal ordregiver træffe passende foranstaltninger til at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes af ansøgerens/tilbudsgiverens deltagelse heri:
 - De andre ansøgere/tilbudsgivere skal have alle relevante oplysninger, der er udvekslet som led i eller som følge af ansøgerens eller tilbudsgiverens tilknytning til forberedelsen af udbudsproceduren.
 - Tilstrækkelige tidsfrister for modtagelse af tilbud.
 - Hvis ligebehandlingsprincippet ikke kan overholdes på anden vis, skal den pågældende ansøger/tilbudsgiver udelukkes fra udbuddet. Ansøgeren/tilbudsgiveren skal inden have mulighed for at godtgøre, at deres deltagelse i forberedelsen af udbudsproceduren ikke kan fordreje konkurrencen.
- Foranstaltningerne skal dokumenteres i den individuelle rapport, iht. art. 84 (gældende art. 43)

11) Koncessionsdirektivet

Koncessionsaftaler

Hvad er en koncessionsaftale?

- **Betalingen** for bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen består enten udelukkende af **retten til at benytte bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen** eller i denne ret sammen med betaling af en pris (UD art. 1, stk. 3-4)

⇒ Vederlaget hidrører ikke fra ordregiver, men fra beløb, som betales af tredjeparter for bruge; **aktøren påtager sig risikoen for driften** ("operating risk")

Klassiske eksempler

- Driften af en offentlig **betalingsparkeringsplads** tildeles aktør mod, at aktøren kan opkræve betaling hos brugerne af parkeringspladsen
- Aktør gives retten til at **anlægge og drive en motorvej** og til, at virksomheden som betaling herfor opkræver brugeravgift

Koncessionsaftaler – nugældende regler

Sondring: Tjenesteydelseskoncession eller bygge- og anlægskoncession

Koncessionsaftaler om bygge- og anlægsarbejder

- Kort afsnit i UD art. 56-65
- Tærskelværdi 2014: ca. 38 mio. kr. (som bygge- og anlægsarbejder)
- Begrænsede forpligtelser:
 - Offentliggørelse af bekendtgørelse i EUT (art. 58)
 - Krav til minimumsfrister (art. 59)

Koncessionsaftale om tjenesteydelser

- Ikke omfattet af UD (art. 17)
- Men: Traktatens almindelige principper, jf. EUD (pligt til gennemførelse af en vis proces, hvis grænseoverskridende interesse)

Koncessionsaftaler (1)

Koncessionsdirektiv – direktiv 2014/23/EU

- Forslag 12 juli 2013
- Hensigt om at skabe klar og simpel retsstilling – nyt direktiv med 55 artikler!

Koncessionsaftaler (2)

Baggrund

”Der findes ikke klare regler på EU-plan for tildeling af koncessionskontrakter. Det skaber juridisk usikkerhed og barrierer for den frie udveksling af tjenesteydelser og fører til konkurrenceforvridning, der hindrer det indre marked i at fungere tilfredsstillende.” (1. præambelbetragtning)

”...I den forbindelse udgør koncessionskontrakter vigtige instrumenter i den langsigtede strukturelle udvikling af infrastruktur og strategiske tjenester...” (3. præambelbetragtning)

Koncessionsaftaler – hovedprincipper (1)

Ad Definition "koncessionsaftale" (bygge- og anlæg), art. 5

"...en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for udførelse af bygge- og anlægsarbejder til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i **retten til at udnytte de bygge- og anlægsarbejder**, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris"

Præcisering af den risiko, aktøren skal påtage sig:

- "Tildelingen...indebærer..., at der overføres en **driftsrisiko** til koncessionshaver... som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele."
- "Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser **ikke er garanteret** at tjene de foretagne investeringer..."
- "Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en **reel eksponering** for markedets omskiftelighed, således at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt."

Koncessionsaftaler – hovedprincipper (2)

Indhold/opbygning (hovedtræk)

I) Anvendelsesområde (art. 1-9)

- "Koncessionsaftaler"
- Over tærskelværdien (EUR 5.186.000)
- Både tjenesteydelser og bygge- og anlæg
- Også visse forsyningsvirksomheder

II) Lang række undtagelser (art. 10-17)

III) Bestemmelser om varighed og klassifikation af blandede kontrakter (art. 18-23)

IV) Særlige situationer (reserverede kontrakter mv.) (art. 24-25)

Koncessionsaftaler – hovedprincipper (3)

Indhold/opbygning (hovedtræk - fortsat)

V) Proceduren (art. 30-41)

- Offentliggørelse af koncessionsbekendtgørelsen vedrørende intentionen om at indgå kontrakt (art. 31)
- Offentliggørelse af bekendtgørelse om koncessionstildeling efter kontraktindgåelsen (art. 32)
- Proceduremæssige garantier (art. 36-41)
 - Prækvalifikation – betingelserne skal være relaterede og proportionale; obligatoriske og fakultative (art. 38)
 - Tildeling – tildelingskriterier skal opfylde de generelle principper (art. 41)
 - Adgang til forhandling – men ikke ændring af koncession, tildelingskriterier eller minimumskrav (art. 37, stk. 6)

VI) Koncessionsaftalens opfyldelse (art. 42-45)

- Anvendelse af underleverandører (art. 42)
- Kontraktændringer (art. 43)

Koncessionsaftaler – hovedprincipper (4)

Ad Varighed (art 18):

*"Koncessioner har en **begrænset varighed**... For koncessioner, der varer mere end fem år, må koncessionens maksimale varighed ikke overstige den tid, der **anslås at være nødvendig**, for at koncessionshaveren kan **tjene de foretagne investeringer**... ind igen sammen med et afkast på den investerede kapital..."*

12) Spørgsmål

LETT

LETT

København

Rådhuspladsen 4
DK-1550 København V
Tlf +45 33 34 00 00
Fax +45 33 34 00 01

Aarhus

Vester Allé 4
DK-8000 Aarhus C
Tlf +45 33 34 00 00
Fax +45 33 34 00 01