

KROMANN
REUMERT

UDBUDSRET OG MASKINLEVERANCER

Maskinleverandørernes sommermøde 2017
Koldkærgård, Agro Food Park, 19. september 2017

Jeppe Lefevre Olsen, partner, Kromann Reumert

DEN OFFENTLIGE KUNDE

1. De grundlæggende spilleregler på 10 minutter
2. Tilbudsudarbejdelsen, dialogen og "undgå at"...
3. Persondatarettens indtog
4. Lidt om håndhævelse og klagesager

Stil endelig spørgsmål både undervejs – og bagefter!

DE GRUNDLÆGGENDE SPILLEREGLER PÅ 10 MINUTTER

GRUNDSÆTNING I
DANSK RET, AT DER ER
AFTALEFRIHED...

... MEN EN – IKKE HELT
LIGEGYLDIG – UNDTAGELSE
FINDER VI TIL DELS I
UDBUDSREGLERNE, DER
FASTLÆGGER REGLER FOR
SÆRLIGT PROESSEN FOR
INDGÅElsen AF VISSE AFTALER

DET GRUNDLÆGGENDE – KORT OG KONTANT

Formålet med udbudsreglerne

- › At bidrage til etablering af fælles regler på det **indre marked** i EU
- › At sikre **ligebehandling og gennemsigtighed** – og derved eliminere risikoen for, at ordregivende myndigheder bliver influeret af andet end økonomisk rationale ved tildeling af kontrakter (eksempelvis national diskrimination, genvalg, lokale eller regionale interesser)
- › At sikre, at ordregivende myndigheder tildeler deres ordrer til de leverandører, som leverer ”den **bedste kvalitet til prisen**”
- › (At understøtte politiske hensyn som **SMV-politikker, miljø-, sociale- og bæredygtighedsmæssige hensyn, samt innovationstankegange**)

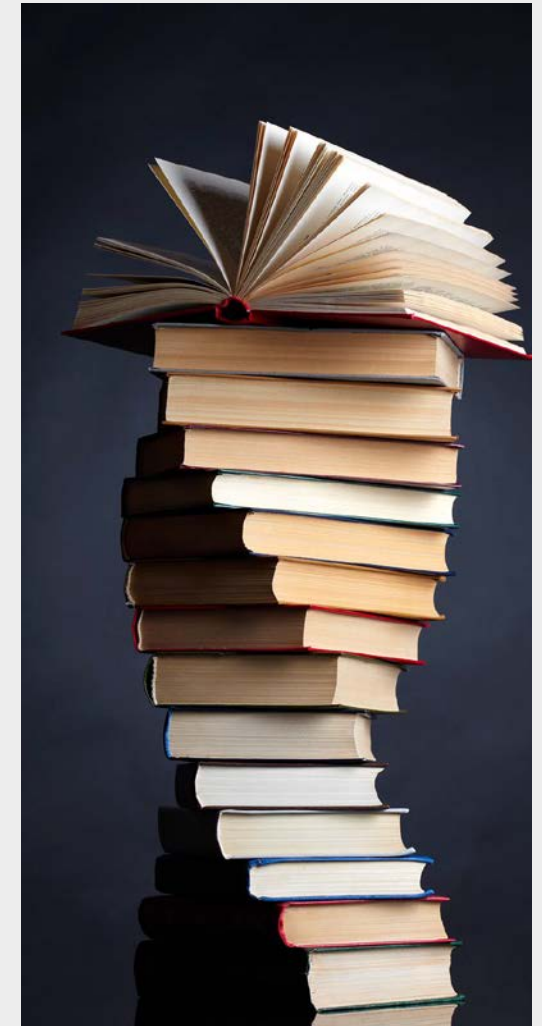
REGELGRUNDLAG

De væsentligste regler er i den "klassiske sektor" delt på følgende niveauer siden den 1. januar 2016:

- › Udbudsloven
- › Tilbudsloven
- › De grundlæggende principper (Ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet, forbud mod diskrimination)

Andre regler

- Kontrollovene og Klagenævnetsloven
- Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Forsvars- og Sikkerheds(indkøbs)direktivet og Koncessionsdirektivet
- Finansministeriets cirkulærer
- Almenboligloven?
- Kommunestyrelsesloven?
- Forvaltningsretten?



JURAEN I SALGET TIL DET OFFENTLIGE...

Ordregivende myndigheders indkøb af udbudspligtige ydelser på gensidigt bebyrdende kontrakter med en værdi over de fastsatte tærskelværdier, hvis ikke indkøbet er undtaget fra udbudsreglerne



Udbudspligt for den klassiske sektor

- Udbudsloven (lov nr. 1564/2015), Udbudsdirektivet (2014/24/EU) og Tilbudsloven (lovbekendtgørelse 1410/2007 med senere ændringer)

Bygge- og anlægsopgaver

Kontraktværdi i kr.	< 300.000	300.000-3.000.000	3.000.000-38.960.213	> 38.960.213
Ordregiver				
Region/kommune/stat	Ingen udbudspligt. (Tilbud kan indhentes ved underhåndsbud fra 1 tilbudsgiver)	Frit valg mellem underhåndsbud, offentlig eller begrænset licitation efter tilbudsloven	Krav om offentlig eller begrænset licitation efter tilbudsloven	EU-udbud efter Udbudsloven
Offentligretligt organ			Frit valg mellem underhåndsbud, offentlig eller begrænset licitation efter tilbudsloven	


Tjenesteydelser og vareindkøb

Kontraktværdi i kr.	< 500.000	Region, kommune og offentligretligt organ: 500.000-1.558.409	Region, kommune og offentligretligt organ: > 1.558.409
Grænse- overskridende?		Stat: 500.000-1.006.628	Stat: > 1.006.628
Klar grænseoverskridende interesse	Krav om annoncering og orientering efter Udbudslovens afsnit IV		EU-udbud efter Udbudsloven
<u>Ikke</u> klar grænseoverskridende interesse	Ingen udbudspligt	Krav om markedsmæssige vilkår efter Udbudslovens afsnit V	

Sociale og andre specifikke tjenesteydelser (omfattet af light-regimet)

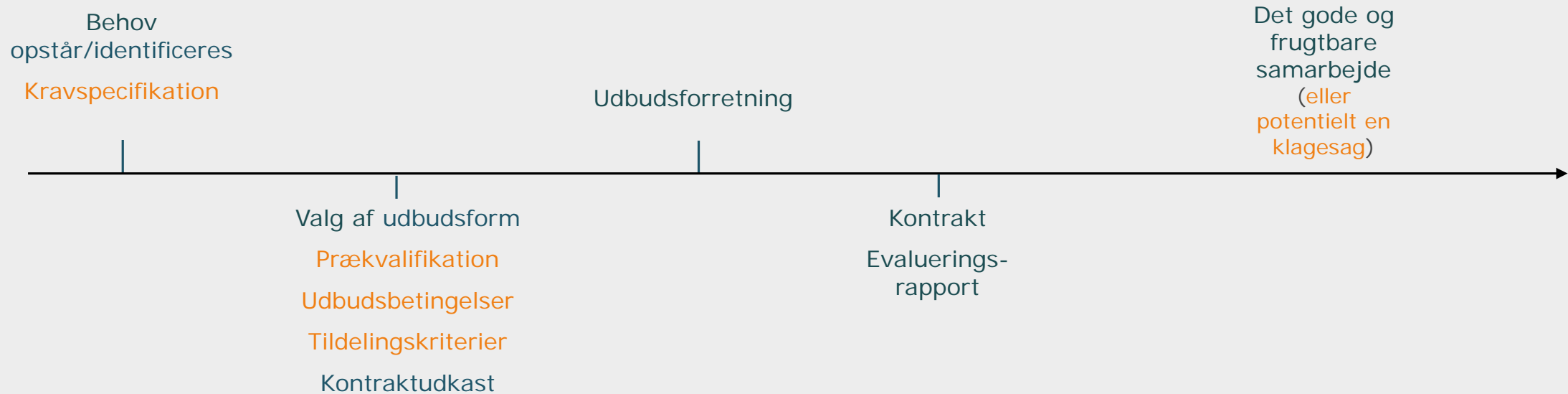
Kontraktværdi i kr.	< 500.000	500.000-5.592.375	> 5.592.375
Grænse- overskridende?			
Klar grænseoverskridende interesse	Krav om annoncering og orientering efter Udbudslovens afsnit IV		Light-udbud efter Udbudsloven
<u>Ikke</u> klar grænseoverskridende interesse	Ingen udbudspligt	Krav om markedsmæssige vilkår efter Udbudslovens afsnit V	

KONTRAKTER UNDER TÆRSKELVÆRDIERNE

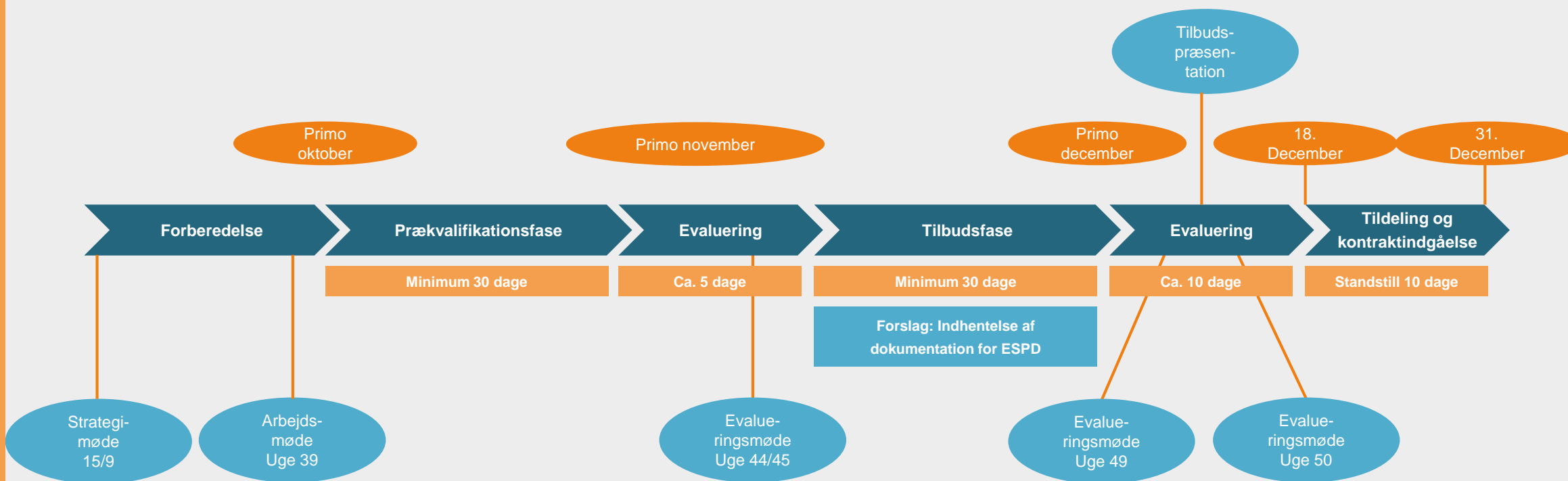
MED grænseoverskridende interesse	UDEN grænseoverskridende interesse	
Kontraktens værdi: mellem 0 kr. og tærskelværdien på 1.558.409 kr. (for regionale)	Kontraktens værdi: mellem 0 kr. og 500.000 kr.	Kontraktens værdi: mellem 500.000 og tærskelværdi på 1.558.409 kr. (for regionale)
Kontrakten skal annonceres efter § 191, jf. § 10.	Kontrakten skal ikke annonceres.	Kontrakten skal indkøbes i henhold til § 193, jf. § 11.
<p>For kontrakterne omfattet af § 191 gælder det, at ordregiver skal annoncere forud for indkøbet jf. § 11. Denne annoncering kan ske på www.udbud.dk og skal bestå af en procedure med fastsatte tildelingskriterier, som overholder de grundlæggende principper, jf. § 192. Denne pligt følger allerede i dag af EU-domstolens praksis.</p>		<p>For kontrakterne omfattet af § 193 gælder det, at ordregiver inden indgåelse af kontrakten skal sikre sig, at indkøbet sker på markedsmæssige vilkår. Det kan sikres ved, at ordregiver:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Gennemfører en markedsafdækning og den det grundlag indhenter 1 tilbud 2. Indhenter et eller flere tilbud 3. Annoncerer på ordregiverens hjemmeside eller på www.udbud.dk.

TILBUDDSUDARBEJDELSEN, DIALOGEN OG ”UNDGÅ AT” ...

ET UDBUDS LIV – DEN PRAKTISKE VIRKELIGHED



TIDSPLAN - EKSEMPEL



MULIGHED FOR DIALOG KAN OPDELES I TRE FASER

Før

udbudsprocedurens igangsættelse

Vid adgang til
markedsdialog

Under

udbudsproceduren

- Spørgemøder
- Spørgsmål/Svar
- Præsentationsmøder
- Udbud med forhandling
- Berigtigelse

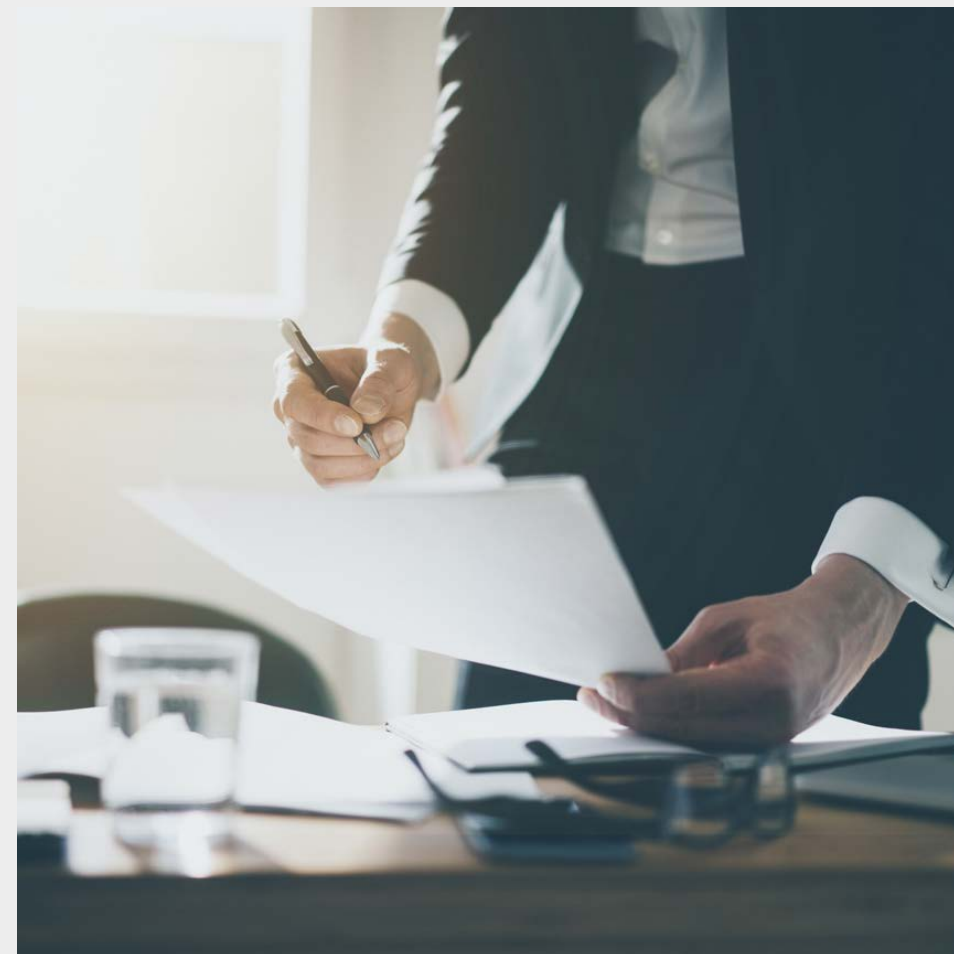
Efter

kontraktindgåelse

- Efter kontrakttildeling nogen adgang til "dialog"



- › Ordregiver kan gennemføre dialog med markedet inden udbuddet iværksættes – og kan bruge oplysningerne i udbuddet.
- › Dialogen kan foregå skriftlig eller mundtlig, med en enkelt virksomhed eller flere
- › Risiko for udelukkelse, hvis en virksomhed ved dialogen har opnået en konkurrenceforvridende fordel, der ikke kan opvejes – men udgangspunktet er, at myndigheden skal træffe ”passende foranstaltninger”



DIALOG



› Spørgsmål/Svar

- Tilbudsgiver kan stille præciserende spørgsmål til udbudsmaterialet
- Svar på spørgsmål rundsendes anonymiseret til alle tilbudsgivere

› Præciseringer

- Ordregiver kan afklare og berigtige fejl og mangler i indkomne tilbud – Udbudslovens § 159, stk. 5
- Samme fejl skal behandles ens.
- Må ikke give tilbudsgiveren mulighed for at ændre sit tilbud.

› Forhandling

- Er tildelingskriteriet "laveste pris" kan ordregiver forhandle med den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste pris
- Er tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" kan ordregiver forhandle med tre tilbudsgivere eller færre, som har afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud



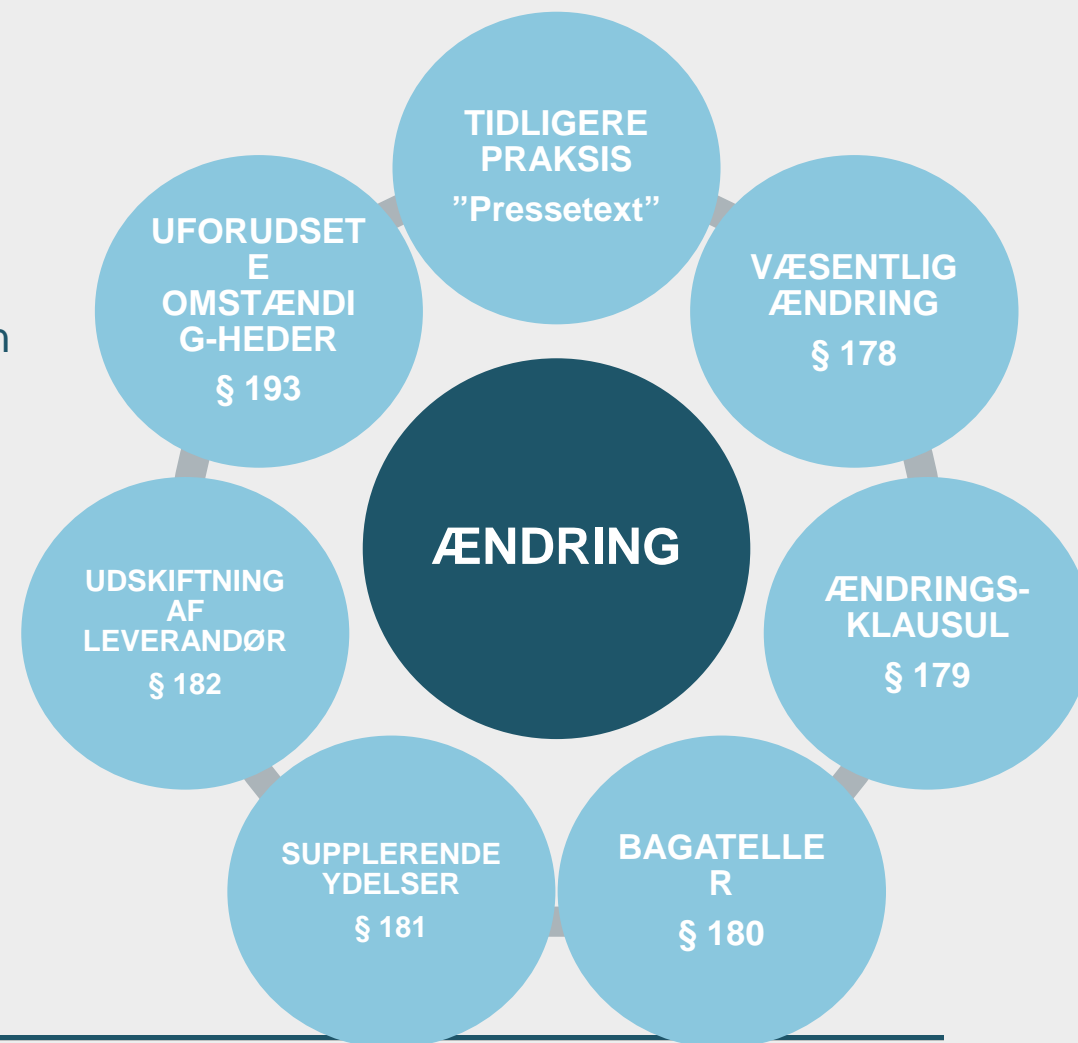
DIALOG MED MARKEDET

(KONTRAKTÆNDRINGER)

KROMANN
REUMERT



- › Udbudsreglerne kan betragtes som en art 'procedureregler' for indgåelsen af en kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en aktør. Dermed reguleres kontraktforholdet i udgangspunktet ikke i udbudsretten
- › En "væsentligt ændret kontrakt" kan dog forpligte myndigheden til genudbud



Fremgangsmåden ved vurderingen af, om en ændring er tilladt – DE 3 STEPS

1.

Er ændringen tilladt i medfør af kontrakten?

Er der i kontrakten indsat en klar, præcis og entydig ændringsklausul, som beskriver den ændring, man nu ønsker?

- Hvis ja → Så er ændringen OK
- Hvis nej → Så gå videre til step 2

2.

Er der tale om en væsentlig ændring?

Medfører den ønskede ændring (umiddelbart) en væsentlig ændring af kontrakten som defineret i udbudslovens § 178, stk. 2 eller praksis?

- Hvis nej → Så er ændringen som udgangspunkt OK
- Hvis ja → Så gå videre til step 3

3.

Er den væsentlige ændring alligevel tilladt?

Er der tale om en væsentlig ændring, som er tilladt i medfør af en af de øvrige bestemmelser i udbudsloven om ændringer?

- Hvis ja → Så er ændringen OK
- Hvis nej → Så skal kontrakten genudbydes, før ændringen kan foretages

Indledende

- 1) Gennemgang af udbudsmaterialet
- 2) Identificér mindstekrav og alm konkurrencekrav
- 3) Stillingtagen til, hvilke juridiske forhold, der kræver afklaring ved at stille spørgsmål inden spm./svar-fristen

Tilbudsudformning

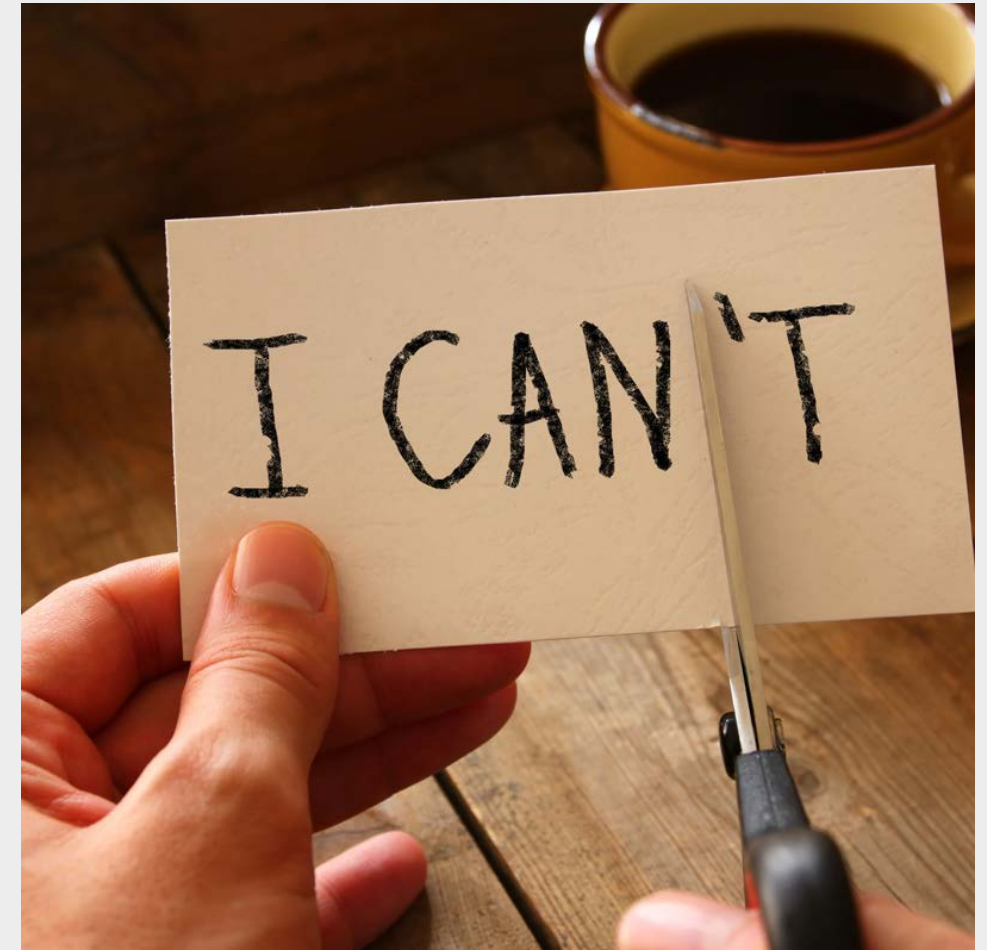
- 1) Start skriftlig udarbejdelse af tilbud med det samme
- 2) Identificér udfordringer ved løsningen og sørg for hurtigt at afklare, om man kan levere
- 3) Indfør løbende besvarelser direkte i det endelige tilbud
- 4) Tilbuddet færdiggøres

Afsluttende

- 1) Kvalitetskontrol af tilbuddet, herunder:
 - Formkrav opfyldt
 - Mindstekrav opfyldt/konkurrencedygtighed på almindelige krav
 - Forbehold?
 - Unødige detaljer?
 - Klart og tydeligt sprog

FORBEHOLD I TILBUDET

- › Forbehold for grundlæggende elementer eller ufravigelige krav
 - **Pligtmæssig** afvisning af tilbuddet
- › Øvrige forbehold
 - **Ret** til afvisning af tilbuddet
 - Hvis tilbuddet ikke afvises, prissættes forbeholdet, så tilbudsgiver ikke får en konkurrencemæssig fordel
 - Hvis prisfastsættelse ikke er muligt – **pligtmæssig** afvisning
- › Nøje opmærksomhed på udbudsmaterialet – og brug dialogrammerne til at bearbejde ”forbeholdslysten”!



- › Det fælleseuropæiske udbudsdokument
 - Link: <https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=da>

- › Fungerer som foreløbigt bevis for, at tilbudsgivere opfylder kriterierne mht. udelukkelse, egnethed og udvælgelse
 - Udgør en 'egen-erklæring'
 - Fuld dokumentation kræves kun af vinderen

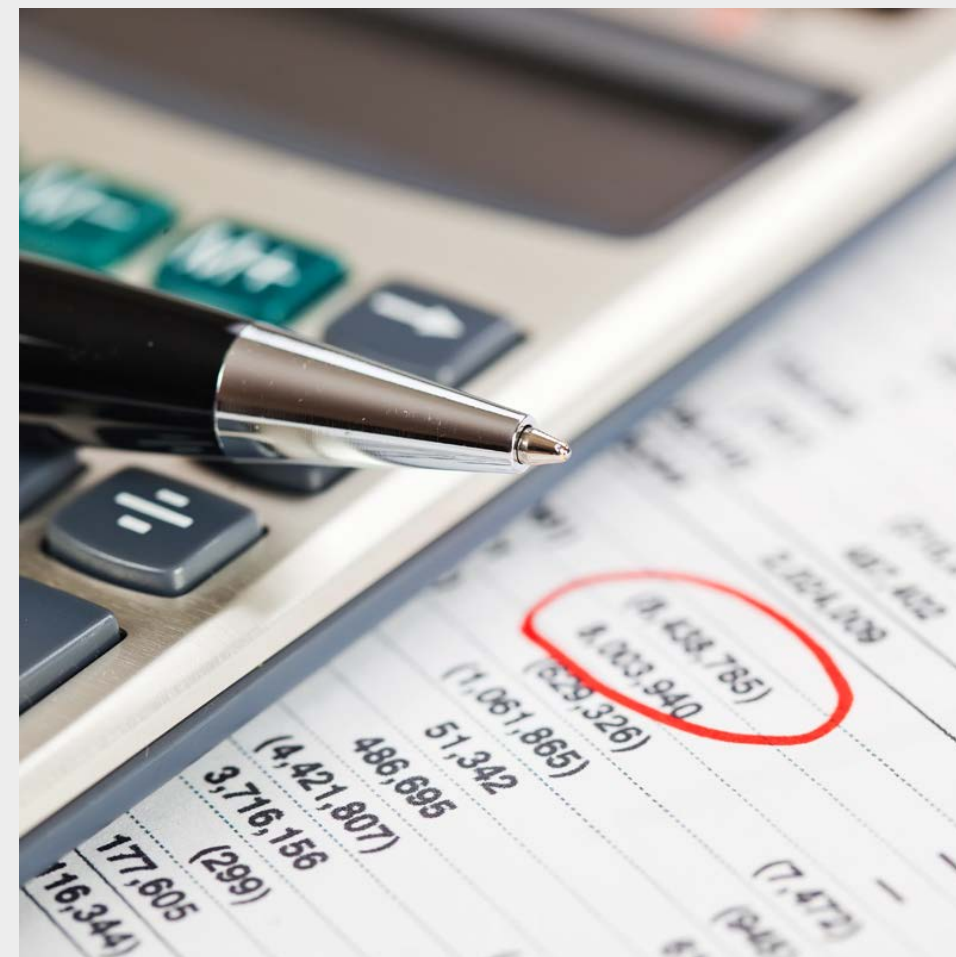
- › Oprettelse af ordregiver, udfyldes af tilbudsgiver

- › Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har lavet (hele) 3 vejledninger om ESPD (!), og andre har også givet værdifulde input

SERVICEATTEST

KROMANN
REUMERT

- › Tjener som bevis for, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde
- › Udarbejdes af erhvervsstyrelsen
 - Pris 750kr.
 - Sagsbehandlingstid: ca. 2 uger
- › Anmodning sker via virk.dk
- › Tilbudsgiverkonstellationer med andre selskaber – herunder udenlandske selskaber?



PERSONDATARETTENS INDTOG

- - "Det nye sort": <https://www.kromannreumert.com/Insights/2015/Persondata-det-nye-sort>

4 BRIKKER FALDER PÅ PLADS

Persondataretten er for så vidt ikke ny, men lovgivningen revideres i 2018 med baggrund i en EU-forordning

Betydningen af persondatarettens øges markant med digitaliseringen

Formålet er at beskytte håndteringen af "personfølsomme oplysninger" – i udbudsrettens verden vil det f.eks. være relevant ifm ESPD og tilhørende dokumentation

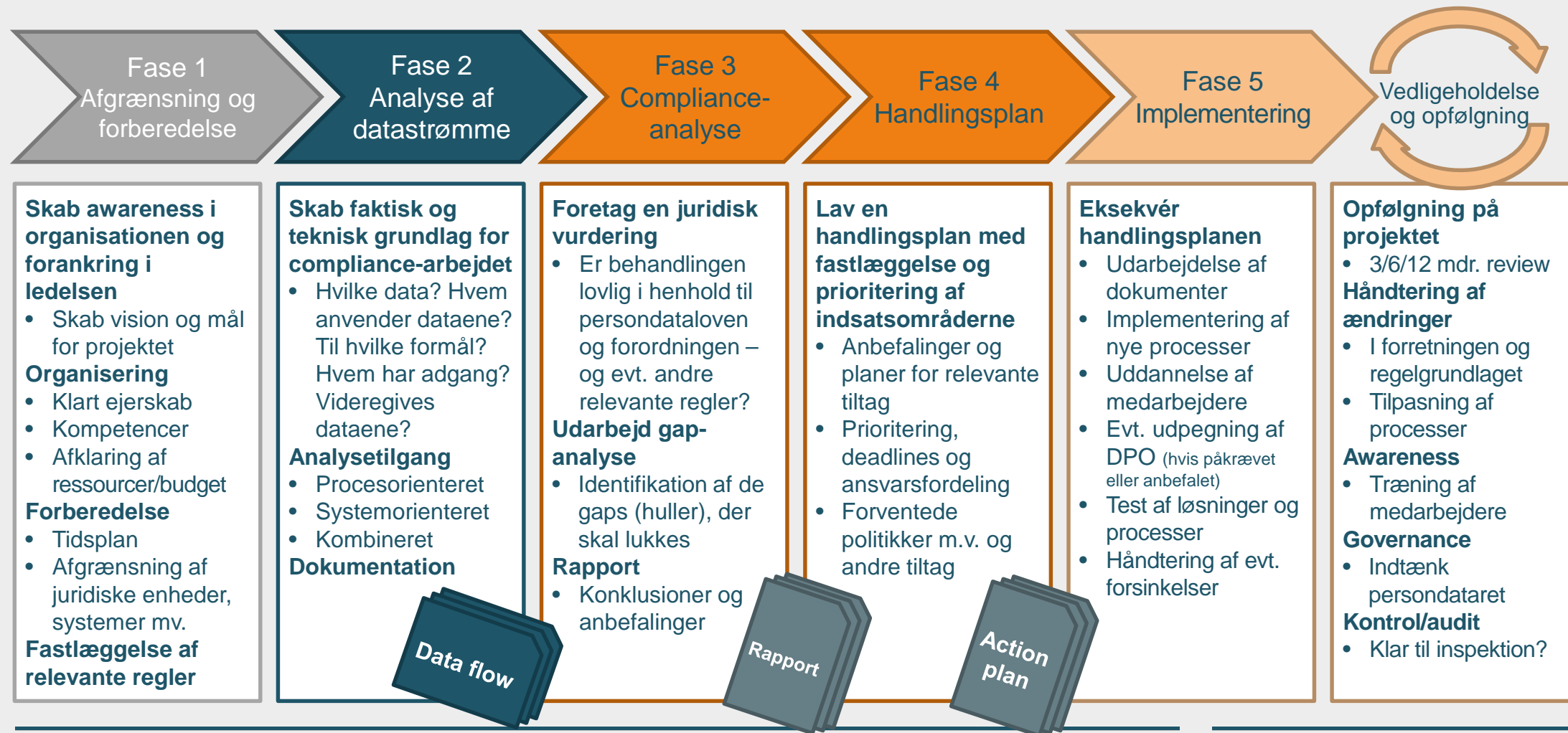
En del af den ændrede regulering angår

- Unanmeldte kontrolbøg
- Bødesanktionering fastsat på baggrund af koncernomsætning

Lavpraktiske tiltag:

- En god politik for håndtering af personfølsomme oplysninger!
 - Indhentelse af samtykke
- Afgrænsning af personkreds og tidsmæssig begrænset opbevaring
- Anmeldelse til Datatilsynet (måske allerede håndteret af HR)

KROMANN REUMERTS COMPLIANCE-MODEL ER FLEKSIBEL



LIDT OM HÅNDHÆVELSE OG KLAGESAGER

HÅNDHÆVELSE OG KLAGEOVERVEJELSER

KROMANN
REUMERT

- › Tvister håndteres i det allervæsentligste ved Klagenævnet for Udbud

- › Hvem kan klage?
 - Enhver med retlig interesse
 - Typisk forbigåede tilbudsgivere
 - Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

- › Hvad koster det at klage?
 - 10.000 kr. for at klage over "nationale" udbud
 - 20.000 kr. for at klage over EU-udbud



HÅNDHÆVELSE OG KLAGEOVERVEJELSER

KROMANN
REUMERT

- › Klagenævnets reaktionsmuligheder:
 - Opsættende virkning
 - Annullation og ophør
 - Uden virkning
 - Hvad sker der med kontrakten?
 - Erstatning
 - Sørg for grundig dokumentation for det påståede tab

- › Herudover kan sager (naturligvis) føres ved domstolene



- › Hvad gør man, hvis man afvises som ansøger eller forbigås som tilbudsgiver?
 - Klageovervejelser
 - Hvorfor klagelysten og hvorfor klage?
 - Konsekvenserne – retlige og faktiske?
 - Alternativer til en (egentlig) klage?
 - Ressourcerne
 - Aktindsigt
 - De almindelige forvaltningsretlige regler gælder, det vil sige offentlighedsloven og forvaltningsloven
 - Under en sag ved Klagenævnet er der som udgangspunkt fuld aktindsigt for klager efter forvaltningsloven





KROMANN
REUMERT

KONTAKTOPLYSNINGER

Jeppe Lefevre Olsen, advokat og partner

- › Telefon: 38 77 43 08
- › Mobil: 20 19 74 34
- › E-mail: jol@kromannreumert.com

