



Det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv

Forsyningskonference på SDU

- Forskningscentret 4DH, WP3 og Erhvervsforvaltningsret

Oplægsholder

Anders Nørgaard Jensen

Advokat

PUBLICURE Advokatfirma

Telefon 2015 0217

E-mail anj@publicure.dk

Emner

1. Et overblik over de væsentligste nyskabelser
2. Forudgående markedsdialog
3. Pligten til at bringe aftaler til ophør ved Klagenævnets sanktion, annullation

1. Et overblik over de væsentligste nyskabelser

*Separat regulering af sektorindkøb med det nye FvD
begrundet i*

- nationale myndigheders fortsatte indflydelse på
sektorvirksomhed, og*
- forsyningsmarkedets lukkede karakter, fordi
medlemsstaterne meddeler særlige eller eksklusive
rettigheder vedrørende levering,
tilrådighedsstillelse eller drift af net*

Udvalgte nyskabelser

- **Fuldt digitale udbud senest 18. oktober 2018**
 - (al kommunikation og al informationsudveksling, herunder navnlig elektronisk indgivelse, gennemføres ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler)
 - For indkøbscentraler først 18. april 2017
 - Gælder ikke for allerede digitale processer (herunder dynamiske indkøbssystemer, elektroniske auktioner) – frist er 1. januar 2016

Udvalgte nyskabelser

- **Nedskrevne rammer for forudgående markedsdialog**
- **Sondring mellem Bilag XVII A- og XVII B-tjenesteydelser fjernes:**
 - I stedet etableres en gruppe af ”sociale og andre specifikke tjenesteydelser”, ”Light-regimet”

Udvalgte nyskabelser

- **Nye procedurer:**
 - Konkurrencepræget dialog
 - Innovationspartnerskaber
- **Kortere tidsfrister**
 - Generelt skæres 5 dage af de gængse frister
- **Krav om tidligere elektronisk adgang til udbudsmaterialet**

Udvalgte nyskabelser

- **Krav om forudgående beskrivelse af evalueringsmetoden**
- **Udvidede rammer for at udmåle kvalitative point for**
 - livscyklus i bred forstand samt at
 - indtænke sociale og miljømæssige forhold i udbudsprocessen.
- **Mærkekrav kan være lovlige, hvis kravet er relevant, sagligt, objektivt, ikke-diskriminerende og almindeligt tilgængelige, men skal acceptere tilsvarende mærkning**

Udvalgte nyskabelser

- **Om udvælgelsen**
 - Obligatorisk brug af det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD)
 - Nye udelukkelsesgrunde
 - Self-cleaning
- **Pligt til som udgangspunkt at bringe annullerede aftaler til ophør**
- **Nedskrevne rammer for efterfølgende ændringer i kontrakter**

2. Forudgående markedsdialog

Det er generelt en god idé at orientere sig i markedet om anskaffelsen inden udbud. Særligt ved anskaffelser, hvor man ikke er på hjemmebane.

Til trods for myter om det modsatte giver udbudsreglerne rig mulighed for forudgående markedsdialog.

Det er nu nedskrevet direkte i regelgrundlaget.

Dialog med markedet

- Ingen regler om forudgående dialog i det hidtidige direktiv.
- Fortolkningsbidrag i præambelens 15. betragtning:
 - Adgang til teknisk dialog mellem ordregiver og en rådgiver.

Dialog med markedet

- **Omfanget af mulighederne for at føre dialog er udledt og afgrænset af de generelle principper, herunder særligt ligebehandlingsprincippet.**
- **Praksis viser, at det er en balancegang mellem**
 - på den ene side at sikre ligebehandling for den berørte virksomhed
 - Rådgiver eller eksisterende leverandør må ikke afvises uretmæssigt
 - og på den anden side at sikre ligebehandling for det øvrige marked
 - Rådgiver afvises, hvis denne har en uretmæssig og uafhjælpelig konkurrencefordel

Dialog med markedet

- **Den nye udbudslov kodificerer praksis om dialog i § 39. Loven kan formentlig tillægges fortolkningsmæssig værdi også i forhold til FvD**
- **En ordregiver kan,**
 - inden udbud, gennemføre markedsundersøgelser
 - til brug for udbudsmaterialet
 - og til at informere om udbudsplaner og krav i forbindelse med udbuddet.

Dialog med markedet

- **Ordregiveren kan have dialog med og modtage rådgivning fra økonomiske aktører.**
- **Rådgivningen kan anvendes i planlægningen og gennemførelsen af udbuddet, forudsat, at dette ikke medfører en overtrædelse af principperne i § 2 (§ 39, stk. 1).**
 - Ingen karenskrav ifht. udbuddets iværksættelse

Dialog med markedet

- **Har en økonomisk aktør eller virksomhed, der har tilknytning til en økonomisk aktør,**
 - rådgivet en ordregiver i forbindelse med en markedsundersøgelse
 - eller på anden måde rådgivet eller været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren,
- **skal ordregiveren træffe passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen fordrejes af den pågældende økonomiske aktørs deltagelse i udbuddet.**
 - ”tilknytning” kan være moder-/datterselskab eller en juridisk enheds afdelinger

Dialog med markedet

- **Passende foranstaltninger? Ordregiver skal som minimum**
 - så vidt muligt sikre, at relevante oplysninger, der er udvekslet i forbindelse med en økonomisk aktørs involvering i udbudsproceduren, indgår i udbudsmaterialet, og
 - fastsætte tidsfristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, så de udligner den tidsmæssige fordel, som en økonomisk aktør kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet, herunder ved dialog med og rådgivning modtaget fra økonomiske aktører (§ 39, stk. 2).
 - Det må utvivlsomt være sådan, at også andre foranstaltninger skal iværksættes, såfremt disse er passende med henblik på at fjerne den uretmæssige konkurrencefordel

Dialog med markedet

- **Såfremt ordregiver ikke formår at fjerne den potentielle konkurrencemæssige fordel for den pågældende rådgiver skal virksomheden udelukkes.**
- **Hvad siger hidtidig praksis?**
 - Klagenævn og domstole: Kun inhabilitet hvis der efter en konkret bedømmelse er nærliggende grund til at tro, at konkurrencegrundlaget fordrejes.
 - Ikke nok med den blotte risiko.

Dialog med markedet

- **Rådgiverinhabilitet**
 - Ingen automatisk pligt til at udelukke rådgivere. Tværtimod er hovedreglen, at udelukkelse vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis begrundelsen alene er rådgiver funktionen.
 - Dog problem,
 - 1) hvis rådgiver har kunnet påvirke udbuddet på en særlig måde, der kan favorisere denne, eller

Dialog med markedet

- **Rådgiverinhabilitet**

- 1) hvis rådgiver har opnået en særlig viden, som ikke eller vanskeligt kan tilegnes af det øvrige marked, f.eks. ved tilgængeliggørelse eller forlængelse af frister:
 - Udarbejdelse (eller ret direkte påvirkning) af udbudsbetingelser eller tilbudsevaluering taler for inhabilitet.
 - Økonomisk forbindelse mellem rådgiver og en tilbudsgiver kan tale for sidstnævntes inhabilitet.
 - Forudgående analyse- eller undersøgelsesarbejde volder ikke automatisk problemer.
 - Dog bør f.eks. udarbejdelse af tilstandsvurdering af eksisterende bygninger og byggetekniske undersøgelser give anledning til påpasselighed.

Dialog med markedet

- **Inhabilitet for konsulterede tilbudsgivere**
 - Hvor ordregiver f.eks. gennemfører en målrettet Forudgående markedsdialog
 - Skisma: Nødvendigt for ordregiver at spørge markedet ved komplekse eller ualmindelige indkøb
 - Kun et problem, hvis konsultation hos tilbudsgivere forhindrer konkurrencen.
 - Forudgående besigtigelse eller overslag er som udgangspunkt ikke udelukkende

Dialog med markedet

- **Inhabilitet for konsulterede tilbudsgivere**
 - Omvendt bevisbyrde: Ordregiver skal bevise, at konsultation ikke har medført forskelsbehandling. Håndteres f.eks. ved
 - Skriftlighed og referater
 - Tematisk afgrænsning af konsultationen
 - Konsultation med flere i stedet for én
 - ensidig redegørelse for løsningsforslag fra tilbudsgivernes side
 - Undgå kriterier for udvælgelse og tildeling, herunder vægtning.

Dialog med markedet

- **Personlig, speciel inhabilitet**
 - Hvor der er person- eller ejersammenfald mellem ordregiver og tilbudsgiver
 - Medfører ikke automatisk inhabilitet
 - Ordregiver skal træffe passende foranstaltninger: Udelukke medarbejder fra evaluering, gøre oplysninger utilgængelige
 - Tilbud om gaver eller ansættelse medfører inhabilitet

3. Pligten til at bringe aftaler til ophør ved Klagenævnets sanktion, annulation

Virkning af annullation

- **Den tidligere retstilstand**
 - Klagenævnet har tidligere ikke haft kompetence til at bringe kontrakter, hvis tildelingsbeslutning er annulleret, til ophør.
 - Dog kan kontrakterne bringes til ophør (sanktionen ”uden virkning”), hvor
 - Tildeling sker i standstill perioden eller i en periode, hvor en klage tillægges opsættende virkning.

Virkning af annullation

- **Den nuværende retstilstand**
 - Dog skal kontrakterne bringes til ophør (sanktionen ”uden virkning”), hvor
 - kontraktindgåelse sker uden forudgående udbud i strid med EU-udbudsreglerne,
 - kontraktindgåelse sker i standstill perioden eller i en periode, hvor en klage tillægges opsættende virkning, og hvor der er sket en udbudsretlig overtrædelse, som har påvirket klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten,

Virkning af annullation

- **Den nuværende retstilstand**
 - Dog skal kontrakterne bringes til ophør (sanktionen ”uden virkning”), hvor
 - 3) kontraktindgåelse i strid med EU-udbudsreglerne ved miniudbud, hvor kontrakten har en værdi, der overstiger tærskelværdien i EU-udbudsreglerne, eller
 - 4) kontraktindgåelse i strid med EU-udbudsreglerne på grundlag af et dynamisk indkøbssystem, hvor kontrakten har en værdi, der overstiger tærskelværdierne i medfør af EU-udbudsreglerne.

Virkning af annullation

- **Den nuværende retstilstand**
 - Hvilke overtrædelser rammes af ”annullation” ?
 - Overtrædelserne skal være kvalificeret: Klagenævnets nuværende praksis tilsiger, at annullation forudsætter, at overtrædelserne kan antages
 - at have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud eller for udbuddets forløb, jf. bl.a. kendelse af 8. maj 2014, Slagelse mod Abena A/S, eller
 - at have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen, jf. bl.a. kendelse af 9. december 2013, Holm & Halby A/S mod Københavns Universitet, kendelse af 31. oktober 2013, TOP-Rengøring ved Flemming D. Jensen mod Rebild Kommune.

Virkning af annullation (§ 185, stk. 2)

- Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen,
 - til ophør med et passende varsel,
 - medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.
 - Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.
 - Udelukkende et nationalt krav.

Virkning af annullation (§ 185, stk. 2, 2. pkt.)

- ”Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”
- Videreførelse kræver, at særlige forhold gør sig gældende, f.eks. hvor ophøret
 - vil stride mod væsentlige samfundsinteresser, eksempelvis den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed,
 - hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild,

Virkning af annullation (§ 185, stk. 2, 2. pkt.)

- ”Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”

- Videreførelse kræver, at særlige forhold gør sig gældende, f.eks. hvor ophøret
 - 3) hvis en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og den tilbudsgiver som har fået tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud.

Virkning af annullation (§ 185, stk. 2, 2. pkt.)

- ”Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”
 - Hvis udbudsmaterialet er offentliggjort på eksempelvis Køge Kommunes hjemmeside, skal meddelelsen om videreførelsen også offentliggøres her.
 - Videreførelsesbeslutningen kan blive genstand for en selvstændig prøvelse ved klagenævn eller domstole.

Virkning af annulation (§ 185, stk. 2, 2. pkt.)

- ”Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”
 - Klagefristen er 20 dage regnet fra offentliggørelse af meddelelsen om videreførelse.
 - Klagenævnet kan endvidere afgive en ikke bindende foreløbig udtalelse om, at der foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, hvis der under en klagesag er nedlagt påstand om annulation.

Perspektiver for § 185, stk. 2

- Der afsiges årligt ca. 10 kendelser om annullation.
- Nye udbudsregler medfører dog erfaringsmæssigt flere tvivlsspørgsmål om retstilstanden og derfor også flere klagesager.
- Ophørspålægget ved annullation vil forventeligt øge klageincitamentet.

Perspektiver for § 185, stk. 2

- **Ophørspligten indtræder først ved endelig afgørelse/dom: Et incitament for ordregivere til at anke klagenævnskendelser om annulation for at få lov til at trække på kontrakten, imens retssagsbehandlingen pågår.**
- **Ordregiver skal sørge for**
 - at sikre kontrakterne mod erstatningskrav fra den valgte leverandør, hvis kontrakt nu i højere grad kan bringes til ophør, samt
 - at sikre kontrakternes videreførelse hos en eventuelt anden leverandør ved et genudbud.

Afslutning

Anders Nørgaard Jensen

Advokat

PUBLICURE Advokatfirma

Telefon 2015 0217

E-mail anj@publicure.dk