

Fremlæggelse af dokumentation for ESPD – hvad, hvordan og hvornår?

Ansøgere og tilbudsgivere i et EU-udbud skal anvende det fælleseuropæiske udbudsdokument (i det følgende benævnt "ESPD") som foreløbigt bevis for, at ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde, samt til brug for afgivelse af oplysninger om opfyldelse af udvælgelseskriterierne.

Herefter skal ordregiver altid bede om dokumentation for oplysningerne hos den tilbudsgiver, som kontrakten agtes tildelt til, men en ordregiver kan også på et hvilket som helst tidspunkt i processen – når det er nødvendigt for, at processen gennemføres korrekt – bede om at få denne dokumentation. Men hvilken dokumentation skal man egentlig kræve og hvornår i processen?

Af Julia Vorgod og Maj-Britt Böwadt

Anvendelsen af ESPD i EU-udbud følger af Udbudsloven og ændrer den høje grad af formfrihed, der fulgte af de tidligere udbudsregler, til ansøgers og tilbudsgivers afgivelse af oplysninger vedrørende udvælgelse og udelukkelsesgrunde.

Efter de nye regler foretages udvælgelsen/prækvalifikationen ved, at ansøger/tilbudsgiver indleverer et ESPD og dermed dels erklærer ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene, dels afgiver de krævede oplysninger i form af krav til deltagelse (udvælgelseskriterier).

ESPD foreligger i en elektronisk version – eESPD – som kan anvendes. Som alternativ hertil kan man frem til 18. april 2018 anvende versionerne i både pdf- og Word-format.

Dokumentationen for de afgivne oplysninger i ESPD kan kræves på forskellige tidspunkter i udbudsprocessen:

- Umiddelbart før beslutning om tildeling af kontrakt, jf. Udbudslovens § 151, stk. 1
- På et hvilket som helst tidspunkt i udbudsprocessen, såfremt dette er nødvendigt, for at processen gennemføres korrekt, jf. Udbudslovens § 151, stk. 2.

Anmodning om dokumentation før beslutning om tildeling af kontrakt

Udbudsloven angiver, at ordregiver før beslutning om tildeling af kontrakt **skal** bede om dokumentation for ESPD-oplysningerne fra den tilbudsgiver, som ordregiver påtænker at tildele kontrakten til. Ordregiver **skal** således rette henvendelse til denne og bede om – inden for en given frist – at dokumentere de afgivne oplysninger ved at fremsende de i udbudsbekendtgørelsen angivne erklæringer som dokumentation for, at oplysningerne i ESPD er korrekte.

Ordregiver skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen angiver i "Vejledning om udbudsreglerne", at en passende frist for danske virksomheder typisk vil være ca. 2½ uge, idet forventningen er, at dette vil være tiden, det tager at få indhentet underskrifter hos de relevante personer og derefter modtage serviceattesten fra Erhvervsstyrelsen.

I vejledningen angives det også, at fristen i forhold til udenlandske virksomheder må fastsættes, så den er passende i forhold til den dokumentation, der skal indhentes. Dermed må det være accepteret, at fristerne fastsættes forskelligt for henholdsvis danske og udenlandske virksomheder. Vi anbefaler dog, at der i praksis gives den samme frist.

Som angivet i forarbejderne til Udbudsloven er en sådan dokumentation af ESPD-oplysningerne forud for tildeling af kontrakt ikke at betragte som en underretning om tildeling, som i overensstemmelse med

ligebehandlingsprincippet skal ske samtidigt til alle deltagere i udbuddet. Det anføres således, at der på det tidspunkt, hvor ordregiver kræver dokumentation for de afgivne oplysninger, endnu ikke er truffet en beslutning om tildeling, hvorfor forpligtelsen til samtidig underretning endnu ikke er indtrådt.

Denne udlægning kan synes noget tænkt, da en henvendelse om dokumentation af ESPD-oplysningerne til den tilbudsgiver, ordregiver agter at tildele kontrakten til, alt andet lige vil blive betragtet som et forvarsel om, at den pågældende formentlig vil få kontrakten tildelt. Den pågældende tilbudsgiver kan selvfølgelig ikke støtte ret på henvendelsen, og ordregiver kan ligeledes tildele kontrakten til en anden leverandør, hvis ordregiver efter anmodningen om dokumentation af ESPD-oplysningerne - men før tildelingen af kontrakt - vurderer, at den gennemførte evaluering f.eks. er fejlbehæftet og derfor skal omgøres.

Det er i denne forbindelse nærliggende at forestille sig, at tilbudsgivere i visse udbud vil få information om, at krav om fremskaffelse af dokumentation er sendt til en konkurrent, og på baggrund heraf af taktiske grunde kontakter ordregiver med indsigelser til den foranstående tildeling. Sådanne henvendelser til ordregiver – eventuelt kombineret med indledende skridt til en egentlig klage – vil udsætte ordregiver for et processuelt pres, som det er vigtigt at håndtere korrekt.

Anmodning om dokumentation i processen

Ordregiver kan på et hvilket som helst tidspunkt i udbudsprocessen – til sikring af, at denne forløber korrekt – bede om dokumentation for ESPD-oplysningerne hos samtlige ansøgere eller tilbudsgivere.

Det er således muligt at kræve oplysningerne dokumenteret samtidigt med afgivelsen af ESPD, umiddelbart efter modtagelse heraf eller blot i løbet af den resterende udbudsproces.

Ordregiver bør nøje overveje, på hvilket tidspunkt i udbudsprocessen kravet om dokumentation stilles, da der både er fordele og ulemper ved de forskellige tidspunkter:

Offentligt udbud

- Efter indledende evaluering af konditionsmæssighed og alle konditionsmæssige tilbudsgivere (sideløbende med den egentlige tilbudsevaluering) for at optimere processen
- Efter tilbudsevaluering, men inden tildeling – alene den påtænkte vinder.

Begrænset udbud

- Inden prækvalifikation for at undgå at prækvalificere tilbudsgivere, der ikke kan opfylde dokumentationskravene.
- Efter prækvalifikation – med risiko for at måtte udelukke en eller flere af de prækvalificerede.
- Efter tilbudsevaluering, men inden tildeling.

Udbud med forhandling

- Inden prækvalifikation for at undgå at prækvalificere tilbudsgivere, der ikke kan opfylde dokumentationskravene.
- Efter prækvalifikation for at undgå at gennemføre forhandlinger med tilbudsgivere, der ikke kan opfylde dokumentationskravene.
- Efter tilbudsevaluering, men inden tildeling – og kun den påtænkte vinder (næppe hensigtsmæssigt).

Konkurrencepræget dialog

- Inden prækvalifikation for at undgå at prækvalificere tilbudsgivere, der ikke kan opfylde dokumentationskravene.
- Efter prækvalifikation for at undgå at gennemføre en dialogfase med tilbudsgivere, der ikke kan opfylde dokumentationskravene.
- Efter tilbudsevaluering, men inden tildeling – og kun den påtænkte vinder (næppe hensigtsmæssigt).

Det er en forudsætning for kravet om fremrykket anmodning om dokumentation i processen, at dette er nødvendigt, for at proceduren gennemføres korrekt. Dette indebærer også, at ordregiver ikke "bare" kan vælge at gennemføre en anmodning om dokumentation i løbet af udbudsprocessen for at undgå at skulle gennemføre en indhentning af dokumentation med den ene tilbudsgiver, som ordregiver påtænker at tildele kontrakten, eller for at spare tid i forhold til udbudstidsplanen.

Når det skønnes nødvendigt at foretage anmodning om dokumentation i processen, må ordregiver alene anmode om de oplysninger, som er nødvendige, for at processen kan gennemføres korrekt. Der skal fastlægges en passende frist for ansøgerne eller tilbudsgiverne til at indsende dokumentationen. Som udgangspunkt kan ordregiver således ikke i processen nødvendigvis få dokumentation for samtlige ESPD-oplysninger, men kun de for processen nødvendige oplysninger.

Det må forventes, at Klagenævnet for udbud vil fastsætte de nærmere rammer for, hvilken dokumentation der indhentes hvornår. Hele formålet med ESPD udhules dog, hvis Udbudslovens § 151, stk. 2, tolkes som en tilladelse til i løbet af processen at indhente dokumentation for alle oplysninger.

Tidspunkt for dokumentationen – og betydning for udbudstidsplanen

Som det fremgår af ovenstående, har dokumentationsprocessen, herunder tidspunktet for dennes gennemførelse, også betydning for udbuddets tidsplan. Er man som ordregiver ikke på forhånd afklaret med, på hvilket tidspunkt i udbuddets gennemførelse dokumentationen skal indhentes, bør der indarbejdes de nødvendige "buffer" i tidsplanen til at dække det nødvendige tidsforbrug hertil.

Tidsplanen bør eventuelt ligeledes tage højde for, at ordregiver risikerer at skulle gennemføre flere dokumentationsprocesser, såfremt den første dokumentationsproces indebærer, at den efterspurgte dokumentation ikke kan fremlægges inden for den fastsatte tidsfrist.

Det kan ligeledes tænkes, at dokumentationen må indhentes i faser, idet alene en del af dokumentationen kan kategoriseres som "nødvendig, for at processen kan gennemføres korrekt", mens den øvrige dokumentation først anses for nødvendig senere i processen.

I praksis vil mange ordregivere nok i løbet af processen tilstræbe at rekvirere al dokumentation i én ombæring. Da det som udgangspunkt ikke er muligt at indhente den samme dokumentation flere gange, er der således ikke mere dokumentation, der lovligt kan eller skal indhentes hos den tilbudsgiver, der ved afslutning af udbudsprocessen vurderes at have leveret det økonomisk mest fordelagtige tilbud og står over for at skulle have tildelt kontrakten.

Uagtet at al dokumentation er indhentet i processen, kan der dog alligevel i særlige situationer opstå behov for, at allerede afgivet dokumentation skal genfremlægges af den tilbudsgiver, kontrakten forventes tildelt til. Det kan fx være tilfældet, hvor en tidligere afgivet serviceattest ikke længere kan anses for gældende som følge af et langstrakt udbudsforløb. En sådan genfremlæggelse af samme dokumentation kan eventuelt ske med hjemmel i Udbudslovens § 159, stk. 3, hvorefter ordregiver i tvivlstilfælde er forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af de afgivne oplysninger og dokumentation.

Hvis der ikke fremlægges dokumentation inden for den fastsatte frist

Hvis ansøger eller tilbudsgiver ikke fremlægger den nødvendige dokumentation inden for den fastsatte frist, skal ordregiver udelukke den pågældende. Ifølge Udbudslovens § 136, nr. 3, er ordregiver nemlig forpligtet til at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, som ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene inden for den fastlagte frist.

Hvad skal og kan man dokumentere?

Ordregiver er forpligtet til at kræve, at en ansøger/tilbudsgiver fremlægger den egentlige dokumentation for ikke at være omfattet af følgende udelukkelsesgrunde:

- Udbudslovens § 135, stk. 1 og stk. 3 (Obligatoriske udelukkelsesgrunde: Kriminel organisation, bestikkelse, svig, terrorhandlinger, hvidvaskning/finansiering af terrorisme, børnearbejde/menneskehandel samt ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover i form af skatter, afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger)
- Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 (konkurs-, insolvens- eller likvidationsbehandling)
- Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7 (gæld på under 100.000 kr. i form af skatter, afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger).

Der stilles ikke krav om dokumentation for de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde.

Ordregiver er ligeledes forpligtet til at bede om dokumentation for opfyldelse af de (eventuelt) opstillede minimumskrav til egnethed, fx mindstekrav til soliditetsgrad eller omsætning, som ordregiver har fastlagt i forbindelse med udvælgelsen.

Oversigt over dokumentation

Nedenfor er angivet de former for og eksempler på dokumentation, der kan eller skal kræves, afhængigt af om der er tale om udelukkelsesgrunde eller minimumskrav til vurdering af egnethed, der **skal** dokumenteres – eller blot udvælgelseskriterier, der **kan** dokumenteres:

Forhold	Danske virksomheder	Udenlandske virksomheder
Dokumentation for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i Udbudslovens § 135, stk. 1 og stk. 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Serviceattest ▪ Såfremt der er udenlandske medlemmer af bestyrelse, direktion og/eller tilsynsråd i virksomheden, skal der – som supplement til serviceattesten – indhentes en straffeattest for de pågældende personer, idet serviceattesten alene dækker danske forhold. (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samarbejder i øjeblikket med Erhvervsstyrelsen om at få udenlandske statsborgere omfattet af den danske serviceattest) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Uddrag fra relevant register, certifikat eller tilsvarende dokument(er) udstedt af kompetent myndighed ▪ Hvis sådanne ikke findes, kan der afgives en erklæring, der opfylder kravene i udbudslovens § 153, stk. 2.
Dokumentation for de frivillige udelukkelsesgrunde i Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Serviceattest 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Certifikat udstedt af den kompetente myndighed i det pågældende land ▪ Hvis sådanne ikke findes, kan der afgives en erklæring, der opfylder kravene i udbudslovens § 153, stk. 2.
Dokumentation for de frivillige udelukkelsesgrunde i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Serviceattest 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Certifikat udstedt af den kompetente myndighed i det pågældende land ▪ Hvis sådanne ikke findes, kan der afgives en erklæring,

Forhold	Danske virksomheder	Udenlandske virksomheder
		der opfylder kravene i udbudslovens § 153, stk. 2.
Dokumentation for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i Udbudslovens § 136	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Skal ikke dokumenteres, men ordregiver skal i hele processen vurdere, om udelukkelsesgrundene skal anvendes. 	
Dokumentation for minimumskrav til egnethed – økonomisk og finansiell formåen	<p>Minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen, fx krav om bestemt soliditetsgrad eller krav om bestemt mindsteomsætninger, kan dokumenteres således:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Erklæring fra revisor indeholdende de i ESPD refererede tal for soliditetsgrad (eller de tal, der indgår i beregningen af soliditetsgrad, dvs. egenkapital og samlede aktiver) eller tal for omsætning <p>eller</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ revisorpåtegnede årsrapporter indeholdende de i ESPD refererede tal for soliditetsgrad (eller de tal, der indgår i beregningen af soliditetsgrad, dvs. egenkapital og samlede aktiver) eller tal for omsætning. <p>NB: Nogle årsrapporter indeholder ikke tal for <i>omsætning</i>, men kun for <i>bruttoavance</i>. Dette er ikke tilstrækkeligt til dokumentation, og i så fald må virksomheden fremlægge en erklæring fra revisor.</p>	
Dokumentation for minimumskrav til egnethed – teknisk og faglig formåen	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Angivelse af kontaktperson hos den enhed, som har modtaget referencen, med angivelse af kontaktpersonens navn, telefonnummer og e-mail, således at ordregiver kan kontakte de angivne personer hos referencerne med henblik på at få dokumenteret referencens indhold. 	

Vær opmærksom på, at konsortieerklæring/støtteerklæringer nu betragtes som dokumentation

Ved ansøgning om prækvalifikation eller afgivelse af tilbud som konsortium eller ved brug af underleverandører var det tidligere et krav, at der som en del af ansøgningen/tilbuddet blev vedlagt dokumentation for enten konsortiets hæftelse i form af en konsortieerklæring eller underleverandørers retlige forpligtelse i form af en underleverandørerklæring.

Når man anvender underleverandører nu, kræves det, at disse underleverandører skal udfylde et særskilt ESPD med angivelse af den finansielle/økonomiske og/eller tekniske/faglige formåen, der stilles til rådighed for hovedleverandøren. Ligeledes skal samtlige konsortiedeltagere udfylde hver sit ESPD.

Som ESPD er formuleret skal der således ikke afgives relevante oplysninger eller erklæringer om underleverandørers eventuelle solidariske hæftelse (hvis krævet), underleverandørers udførelse af

bestemte opgaver eller konsortiets solidariske hæftelse i forbindelse med ansøgningen om prækvalifikation/tilbuddet. Ordregiver kan heller ikke anmode om, at sådanne oplysninger eller erklæringer vedlægges som supplerende dokumenter til ESPD.

Dette har medført, at bedreudbud.dk betragter disse erklæringer som dokumentation, der først kan indhentes i forbindelse med indhentningen af den øvrige dokumentation for de afgivne ESPD-oplysninger.

Dette betyder, at ordregiver ikke på tidspunktet for afgivelse af ESPD får de relevante oplysninger i forhold til eksempelvis underleverandørens opfyldelse af sine retlige forpligtelser eller konsortiets opfyldelse af kravet om solidarisk hæftelse. Dermed sidder ordregiver tilbage med en risiko for, at der gennemføres en proces med en ansøger eller tilbudsgiver, der ikke lever op til kravene – hvilket ofte først dokumenteres sent i processen.

I øvrigt er der – især på de mere umodne markeder – en vis risiko for, at underleverandørerne eller konsortiedeltagerne ganske enkelt ikke er klar over de retlige forpligtelser, de påtager sig ved at agere underleverandør eller konsortiedeltager.

Vi opfordrer derfor til, at ordregiver tydeligt angiver og oplyser om disse retlige forpligtelser i løbet af processen ved angivelse i udbudsbekendtgørelsen, forklaringer på informationsmøder mv.

Husk at angive den krævede dokumentation i udbudsbekendtgørelsen

Endelig er det vigtigt at huske, at gennemsigtigheden i processen gør, at den krævede dokumentation eksplicit skal angives i udbudsbekendtgørelsen, hvor ordregiver skal specificere, hvilken dokumentation ordregiver kræver.

Julia Vorgod og Maj-Britt Böwadt er udbudsretlige specialistrådgivere i Rambøll Management Consulting. De arbejder begge til dagligt med at rådgive om komplekse udbudsprocedurer.

Se mere på <http://www.ramboll.dk/services/management-consulting/juridisk-raadgivning>

<http://www.ramboll.dk/medier/tilmeldinger/udbudsretlige-morgenmoeder>