



Støtteerklæringer ér dokumentation



Mikala Berg Dueholm
Partner

Med baggrund i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, angiver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i deres opdaterede vejledning om dokumentation, at støtteerklæringer skal anses for dokumentation i udbudslovens forstand.

Dette indebærer, at ordregiver alene kan kræve støtteerklæringer fra den vindende tilbudsgivers støttende enheder, medmindre det er nødvendigt at kræve dokumentation fra andre tilbudsgivere for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens gennemgang af reglerne om dokumentation

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har 28. august 2019 opdateret deres notat "Gennemgang af reglerne om dokumentation."

I notatet stiller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen spørgsmålstejn ved, om støtteerklæringer fra enheder, som ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, jf. udbudslovens § 144, stk. 2, skal anses for dokumentation i udbudslovens forstand eller eksempelvis foreløbigt bevis.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer blandt andet på baggrund af klagenævnets kendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, at støtteerklæringer udgør dokumentation, der som udgangspunkt alene kan kræves fra den vindende tilbudsgiver, jf. udbudslovens § 151, stk. 1. Ordregiver skal således inddrage oplysningerne om den støttende enhed i egnethedsvurderingen, selvom ansøgningen ikke indeholder en støtteerklæring.

Dette udgangspunkt fraviges dog i de tilfælde, hvor ordregiver er berettiget til at kræve støtteerklæringen tidligere i proceduren i medfør af udbudslovens § 151, stk. 2. Hvis ordregiver med hjemmel i udbudslovens § 151, stk. 2, kræver dokumentation for rådighed over støttende enheder tidligere i proceduren, må ordregiver ikke inddrage oplysningerne om den støttende enhed i egnethedsvurderingen.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune

Kendelsen omhandler et offentligt udbud af en kontrakt om indsamling og transport af organisk affald og restaffald. Baggrunden for kendelsen er, at Urbaser A/S' (tidligere Renonorden A/S) tilbud blev afvist som ukonditionsmæssigt, idet Ringkøbing-Skjern Kommune fandt, at Urbaser A/S ikke opfyldte de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen.

Ringkøbing-Skjern Kommune stillede i udbudsbekendtgørelsen minimumskrav til tilbudsgivernes økonomisk og finansiell formåen i seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår.

Urbaser A/S opfyldte ifølge deres ESPD kun de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen for ét regnskabsår (2015). Urbaser A/S havde fremsendt et ESPD for sit norske moderselskab Urbaser Nordic AS. Ifølge oplysningerne i ESPD'et blev Urbaser Nordic AS først etableret i 2018, og selskabet opfyldte derfor alene de fastsatte minimumskrav for 2018. Ringkøbing-Skjern Kommune afviste Urbaser A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt, idet Urbaser A/S ikke havde fremlagt støtteerklæring for så vidt angår det norske moderselskab, og fordi det norske moderselskab alene opfyldte minimumskravet for 2018. Dertil kunne det norske moderselskab alene fremvise en åbningskrivelse og ikke regnskabstal.

Urbaser A/S indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud og gjorde blandt andet gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med udbudslovens § 2 og § 144 ved at afvise deres tilbud som ukonditionsmæssigt, idet Urbaser A/S levede op til mindstekravet om finansiell formåen ved at basere sig på sit norske moderselskabs økonomiske formåen (påstand 3). Ifølge Urbaser A/S skulle Ringkøbing-Skjern Kommune således have inddraget oplysningerne om den økonomiske situation for det norske moderselskab i egnethedsvurderingen.

I delkendelsen om opsættende virkning fandt klagenævnet, at kommunen havde handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 144 ved at afvise tilbuddet fra Urbaser A/S som ukonditionsmæssigt uden at have inddraget moderselskabets oplysninger i egnethedsvurderingen.

Efter klagenavnets delkendelse om opsættende virkning fremlagde kommunen et evalueringsnotat. Ifølge evalueringsnotatet havde kommunen vurderet, at moderselskabets økonomiske kapacitet ikke var passende i forhold til at kunne opveje Urbaser A/S' manglende økonomiske formåen i relation til soliditetsgrad og egenkapital. Kommunen fandt, at dokumentationen ikke godtgjorde en solid økonomi over en periode på tre år, som kommunen krævede.

Kommunen foretog således en vurdering, som var konkret og baseret på Urbaser A/S' og moderselskabets økonomiske formåen sammenholdt med kontraktgenstanden. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at

tilsidesætte kommunens vurdering af den fremlagte dokumentation, jf. udbudslovens § 154, stk. 2, hvorfor kommunen var berettiget til at afvise Urbaser A/S' tilbud.

DLA Piper bemærker

Klagenævnet tog i sin kendelse ikke selvstændigt stilling til den manglende støtteerklæring fra Urbaser A/S' moderselskab, men fandt, at kommunen burde have inddraget moderselskabets oplysninger uanset, at Urbaser A/S ikke havde medsendt en støtteerklæring.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i deres opdaterede notat om dokumentation anført, at kendelsen må forstås således, at ordregiver skal inddrage oplysningerne om en støttende enhed på trods af, at ansøgningen/tilbuddet ikke indeholder en støtteerklæring. Herved fastslår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at støtteerklæringer skal anses for dokumentation i udbudslovens forstand.

Dette indebærer, at ordregiver som udgangspunkt først kan kræve støtteerklæringer fra den vindende tilbudsgiver, og at støtteerklæringer ikke skal være en del af ansøgningen.

Som det gælder for den øvrige dokumentation, er ordregiver imidlertid berettiget til at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger støtteerklæringer tidligere i udbudsproceduren, hvis det er nødvendigt for at proceduren gennemføres korrekt, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

Det er for os at se især hensigtsmæssigt at kræve støtteerklæringer samt den øvrige dokumentation fra støttende enheder, jf. udbudslovens § 144, stk. 2 og 4, tidligt i proceduren, hvis en tilbudsgiver baserer sig på flere forskellige støttende enheder. Ordregiver skal verificere, at de støttende enheder opfylder et relevant minimumskrav til egnethed, og ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund. Hvis dette ikke er tilfældet, skal ordregiver kræve, at ansøger eller tilbudsgiver erstatter enheden, jf. udbudslovens § 144, stk. 5. Hvis ordregiver først konstaterer, at en støttende enhed ikke opfylder et relevant minimumskrav til egnethed efter prækvalifikationen, kan ordregiver kun acceptere en erstattende enhed, når det vurderes, at ændringen ikke ville have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til udvælgelsen. Dette taler således for, at ordregiver bør være berettiget til at kræve, at støtteerklæringer samt den øvrige dokumentation, indhentes tidligere i udbudsproceduren.

Herudover er det for os at se hensigtsmæssigt at kræve støtteerklæringer samt den øvrige dokumentation for støttende enheder tidligt i proceduren, hvis en tilbudsgiver baserer sig på forskellige udenlandske støttende enheder. Dette skyldes, at vi har erfaringer med, at processen omkring indhentelse af dokumentation fra udenlandske støttende enheder er mere tidskrævende og kompleks.

Dertil kan det efter vores opfattelse være nødvendigt at indhente støtteerklæringer tidligt i proceduren i de tilfælde, hvor der er større risiko for, at den støttende enhed reelt ikke er i besiddelse af enten den økonomiske eller tekniske kapacitet, som tilbudsgiver baserer sig på, eller hvor den ydelse, som tilbudsgiver støtter sig på hos den pågældende enhed, udgør en for ordregiver væsentlig del af det konkrete indkøb.

Fagområder Udbud, Offentlig virksomhed

Sektorer Government Contracting
