

Udbud med deltagelse af konsortier

Vejledning til ordregivere

December 2018



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-699-1

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

December 2018

Indhold

Kapitel 1	
Indledning.....	4
1.1 Konsortiers deltagelse i udbud	4
1.2 Sammenfatning.....	5
Kapitel 2	
Konsortium – definition og betydning for udbudsprocessen.....	6
2.1 Hvad er et konsortium?	6
2.2 Hvad betyder et konsortium for udbudsprocessen?	7
Kapitel 3	
Opmærksomhedspunkter når konsortier deltager i udbud	9
3.1 Opmærksomhedspunkter	9
3.2 Informér om udbuddet i god tid.....	10
3.3 Beskriv rammerne for konsortiedtagelse i udbudsmaterialet.....	10
3.4 Giv tilstrækkelig tid til tilbudsafgivelsen.....	12
3.5 Mulighed for at afvise konsortier?.....	13
Kapitel 4	
Ændringer i konsortiets retlige form eller sammensætning	14
4.1 Ændringer i konsortiesammensætningen eller konsortiets retlige form efter opfordring, men <i>før</i> kontraktindgåelse	14
4.2 Ændringer som følge af omstruktureringer, konkurs m.v. hos en eller flere af konsortiedtagerne <i>efter</i> kontraktens indgåelse	15

Kapitel 1

Indledning

1.1 Konsortiers deltagelse i udbud

En effektiv konkurrence om de offentlige opgaver er med til at sikre, at den offentlige sektor får de varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejder, der er bedst til prisen.

Effektiv konkurrence forudsætter, at virksomhederne har adgang til konkurrencen og byder på opgaverne. Stiller ordregiver høje krav til den økonomiske eller tekniske formåen, eksempelvis krav til soliditetsgrad eller antallet af referencer, kan det betyde, at nogle virksomheder afholder sig fra at byde eller ikke har mulighed for at byde. Det kan svække konkurrencen og medføre højere priser på opgaven.

I andre tilfælde kan konsortiedannelse være en måde, hvorpå små og mellemstore virksomheder (SMV'er) kan opfylde kravene til den økonomiske og tekniske formåen, selv om de hver for sig ikke lever op til minimumskravene og reelt ikke kan løfte opgaven. I et konsortium går virksomhederne således sammen og byder på den udbudte opgave. Herigennem kan virksomhederne sammen opfylde de minimumskrav, som ordregiver stiller til virksomhederne og løsningen af den udbudte opgave.

Konsortiedannelse, som gavner konkurrencen, er dog ikke alene relevant for SMV'er. Konsortiedannelse kan også være en mulighed for virksomheder, som ønsker at byde på opgaver, der fordeler sig over flere fagområder, og som de derfor ikke kan løfte selv. Det gælder eksempelvis i et rådgiverudbud, hvor den udbudte opgave omfatter flere forskellige faglige discipliner, eksempelvis arkitektudbud og ingeniørydelser, og hvor flere virksomheder ikke selv besidder alle de nødvendige kompetencer.

Formålet med denne vejledning er at beskrive, hvilke udbudsmæssige rammer der er for konsortiers deltagelse i udbud. Det er i strid med udbudsloven, hvis en ordregiver afviser lovlige konsortier fra at deltage i udbud.¹

Konsortier kan føre til en styrket konkurrence, når dannelsen af konsortier medfører, at flere byder ind på opgaverne, hvilket i sidste ende alt andet lige fører til lavere priser og højere kvalitet for ordregiver. Det gælder også, når konsortier giver mulighed for, at de deltagende virksomheder kan høste indbyrdes effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne – dvs. ordregiverne – til gavn. Omvendt er der også en risiko for, at et konsortiesamarbejde kan svække konkurrencen om den udbudte opgave. Det er tilfældet, hvis virksomhederne kunne have budt på den udbudte opgave hver for sig.

Konsortiedannelse kan have forskellige implikationer for konkurrencesituationen i forbindelse med et konkret udbud. Ordregiver bør derfor være meget opmærksom på at planlægge og gennemføre udbuddet, således at den mest effektive konkurrence opnås. Hvis en ordregiver

¹ Udbudslovens § 139, stk. 2, hvoraf det fremgår, at sammenslutninger af virksomheder, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbud. Et konsortium er en sammenslutning af virksomheder.

har en opgave, som ikke kan løftes af en enkeltstående virksomhed, bør ordregiver i den situation vurdere, om det giver den bedste konkurrencesituation at udbyde en samlet opgave, hvor virksomheder vil gå sammen om at byde i konsortier. Eller alternativt opdele udbuddet, så flere virksomheder vil kunne byde alene på delkontrakter.

Dertil kommer, at både tilbudsgivere og ordregivere bør være opmærksomme på, at nogle konsortier kan udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne. Der kan derfor også være behov for at foretage en konkurrenceretlig vurdering. Konkurrencereglerne vedrørende konsortier er nærmere beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven* og er således ikke omfattet af denne vejledning.

Vejledningens målgruppe er indkøbere hos ordregivere samt rådgivere for ordregivere. Vejledningen tager udgangspunkt i udbud foretaget i henhold til udbudsloven.

1.2 Sammenfatning

Vejledningens væsentligste pointer er sammenfattet i boks 1.1 nedenfor.

Boks 1.1 Sammenfatning

Rammerne for konsortiedeltagelse i udbud

Ifølge udbudsloven er virksomheder berettiget til at gå sammen i et konsortium for i fællesskab at byde på en udbudt opgave.

Konsortier skal behandles som andre tilbudsgivere i udbudsprocessen, og konsortier må hverken stilles bedre eller ringere end andre tilbudsgivere. Ordregiver må således eksempelvis ikke fastsætte andre krav til den økonomiske og tekniske formåen i konsortier end til andre tilbudsgivere. Dog kan en ordregiver kræve, at visse centrale opgaver udføres af en specifik deltager i sammenslutningen.

Ordregiver bør altid inden udbuddet vurdere, hvilken hæftelsesform der vil være bedst egnet for det konkrete udbud.

Det er i visse særlige situationer tilladt, at deltagere i konsortiet udskiftes eller udgår under udbuddet samt under kontraktperioden, uden at ordregiver skal genudbyde opgaven.

Opmærksomhedspunkter ved opgaver, hvor det er nærliggende, at konsortier deltager i konkurrencen

- Informér om udbuddet i god tid.
- Beskriv rammerne for konsortiedeltagelse i udbudsmaterialet.
- Giv tilstrækkelig tid til tilbudsafgivelsen.

Kapitel 2

Konsortium – definition og betydning for udbudsprocessen

2.1 Hvad er et konsortium?

Et konsortium er i udbudsretlig forstand et aftalebaseret samarbejde mellem to eller flere virksomheder med henblik på at afgive tilbud på en offentlig kontrakt.

Ordregiver kan ikke kræve, at et konsortium antager en bestemt retlig form – eksempelvis at virksomhederne stifter et aktieselskab – ved ansøgning om prækvalifikation eller afgivelse af tilbud.² Det betyder som udgangspunkt, at det er relativt enkelt for virksomheder at sende en ansøgning eller et tilbud som et konsortium. Det fremgår dog af udbudsloven, at ordregiver kan kræve, at et konsortium antager en bestemt retlig form, når de har fået tildelt kontrakten, hvis det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten.³

Ordregiver kan vælge mellem to hæftelsesformer

Ordregiver bestemmer ofte, at et konsortium skal hæfte solidarisk over for ordregiver under udførelse af kontrakten. Det betyder, at alle konsortiedeltagerne er ansvarlige for, at opgaven opfyldes, og at ordregiver kan gøre samtlige konsortiedeltagere ansvarlige for fejl og mangler eller forsinkelse uden hensyn til, hvilken konsortiedeltager der har udført det pågældende arbejde. Det kan eksempelvis være en fordel for ordregiveren, hvis en af konsortiedeltagerne går konkurs eller på anden måde misligholder sin del af opgaven m.v. Solidarisk hæftelse er særlig egnet ved opgaver, hvor de enkelte konsortiedeltageres bidrag har stor betydning for leverancen enten tidsmæssigt eller funktionelt, idet ordregiver ellers kan have svært ved at placere et ansvar. Solidarisk hæftelse er dog ikke et krav i udbudsloven eller øvrig lovgivning.

Ordregiver kan som alternativ til solidarisk hæftelse lade konsortiedeltagerne hæfte pro rata, således at konsortiedeltagerne alene er ansvarlige for deres del af opgaveløsningen. Herved kan ordregiver kun gøre ansvar gældende mod den konsortiedeltager, der har udført det pågældende arbejde. Det betyder, at en større del af risikoen bæres af ordregiveren. Hvis konkurrencen er effektiv, vil modstykket hertil dog være, at tilbudsprisen kan blive lavere for ordregiver.

Selv om ordregiver som udgangspunkt vil være bedst sikret ved at kræve solidarisk hæftelse, er det således ikke altid givet, at denne løsning vil være bedst for ordregiver. Pro rata-hæftelse kan gøre det mere attraktivt at danne konsortier, hvilket kan være til gavn for konkurrencen og dermed reducere prisen. En pro rata-hæftelse kan eventuelt kombineres med, at der stilles garanti for enkelte særlige risici ved opgaven. Banker kan være tilbageholdende med at udstede garantier, der skal gælde andre end deres egen kunde, og det er derfor en fordel, at garantien ikke går videre end nødvendigt. Da en garanti herudover kan være dyr at få etableret, bør ordregiver altid nøje overveje det konkrete behov.

² Udbudslovens § 139, stk. 2.

³ Udbudslovens § 139, stk. 5.

Ordregiver kan også overveje, om der eventuelt skal gælde forskellige hæftelsesformer for forskellige dele af opgaven eller for forskellige ansvars- eller risikotyper. Der er således ikke noget til hinder for, at konsortiedeltagerne hæfter pro rata for mangler, mens de til gengæld hæfter solidarisk for forsinkelse, eller at der gælder solidarisk hæftelse i byggeperioden, men et pro rata-ansvar for den efterfølgende ansvarsperiode. Anvendelse af forskellige hæftelsesformer bør formuleres meget klart, så der ikke opstår usikkerhed hos ordregiver eller konsortiet om, hvad der gælder. For ordregiver kan en fordeling af risiko, som er hensigtsmæssig i forhold til opgaven, bidrage til at reducere den pris, som ordregiveren i sidste ende kommer til at betale.

Ordregiver bør således foretage en konkret vurdering af, hvilken hæftelsesform der konkret vil være bedst egnet for det pågældende udbud. Ordregiver skal anføre valget i udbudsmaterialet.

Et konsortium bygger på en konsortieaftale

Et konsortium er baseret på en aftale – også kaldet konsortieaftalen – der regulerer det indbyrdes retsforhold mellem deltagerne i konsortiet. Ordregiver kan vedlægge en standardkontrakt til konsortieaftalen i udbudsmaterialet, som eventuelt kan anvendes af deltagerne i et konsortium. Det kan gøre det nemmere for virksomheder at danne konsortier og derved deltage i udbuddet. Det er i givet fald vigtigt, at ordregiver gør opmærksom på, at det alene er et eksempel på en standardkontrakt, og at virksomhederne ikke er forpligtet til at anvende den, når de ansøger eller afgiver tilbud.

Konsortieaftalen regulerer rettigheder og pligter, som skal gælde imellem deltagerne i konsortiet i forbindelse med konsortiets deltagelse i udbudsprocessen og i forbindelse med udførelse af selve opgaven. Konsortieaftalen indgås før ansøgning om deltagelse i udbuddet, eller før tilbuddet afgives.

Etablering af et konsortium med henblik på deltagelse i et udbud kan – alt efter udbudstype og kompleksitet – være tidskrævende for konsortiet og dets deltagere. Det bør ordregiver have med i deres planlægning. Det er således vigtigt, at virksomheder har tilstrækkelig tid til at udvikle gode tilbud, fx ved at danne konsortier, jf. også afsnit 3.1.

2.2 Hvad betyder et konsortium for udbudsprocessen?

Konsortier, der byder ind på en opgave, skal af ordregiveren behandles på samme måde som andre tilbudsgivere. Det følger af ligebehandlingsprincippet. Det betyder eksempelvis, at et konsortium skal indgå på lige fod med andre tilbudsgivere i udbudsprocessen, og at konsortiets tilbud skal evalueres efter de samme principper som ethvert andet tilbud. Det betyder samtidig, at ordregiver ikke må stille direkte krav om, at det udelukkende er konsortier, der kan deltage i konkurrencen om en offentlig opgave.

Det fremgår således også af udbudsloven, at enhver betingelse for gennemførelse af en kontrakt, der pålægges konsortier, og som er forskellig fra de betingelser, der pålægges individuelle deltagere, skal være objektivt begrundet og proportional.⁴ Det vil sige, at der i visse situationer kan stilles andre krav til konsortier end til andre tilbudsgivere, men der skal foreligge en objektiv begrundelse for det, og det skal være proportionalt. Det kan eksempelvis være et krav fra ordregivers side, at konsortiet udpeger en fælles repræsentant eller ledende partner i forbindelse med udbudsprocessen.

⁴ Udbudslovens § 139, stk. 4.

Ordregiver skal desuden se på konsortiet som en helhed, når det vurderes, om minimumskravene til den økonomiske og/eller tekniske formåen er opfyldt. Det vil sige, at det ikke er den enkelte deltager i konsortiet, der skal opfylde minimumskravene, men konsortiet som helhed. Derudover vil konsortier også i visse tilfælde have mulighed for at basere sig på andre virksomheders formåen, uden at disse virksomheder er en del af konsortiet. Eksempelvis kan et konsortium basere sig på underleverandører. Det samme kan enkeltvirksomheder, der byder på opgaven.

Tilsvarende gælder, at det også er konsortiet som helhed, der ikke må være omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde samt de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis ordregiveren har medtaget sådanne grunde i udbuddet. Det betyder, at ingen deltagere i konsortiet må være omfattet af udelukkelsesgrundene.

Hvis man som virksomhed er med i et konsortium, vil det også have indflydelse på de dokumenter, som skal afleveres i udbudsprocessen. I et konsortium er alle deltagerne at sidestille med en ansøger eller tilbudsgiver, idet der afgives tilbud i forening. Derfor skal hver deltager i sammenslutningen aflevere et ESPD og efterfølgende dokumentation.⁵

For ordregiver kan dannelsen af konsortier være en væsentlig fordel, hvis det betyder, at flere byder ind på opgaverne, eller at opgaverne kan løses billigere og bedre. Omvendt er der også en risiko for, at et konsortiesamarbejde kan svække konkurrencen om den udbudte opgave. Det er fx tilfældet, hvis virksomhederne kunne have budt på den udbudte opgave hver for sig. Dette kan endvidere være en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvilket er beskrevet nærmere i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*.

⁵ Det fremgår både af Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) og af selve formularen, at hver enkelt deltager skal aflevere ESPD. I forhold til dokumentation fremgår det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat: *Gennemgang af reglerne om dokumentation*, at alle deltagerne i en sammenslutning sidestilles med en ansøger eller tilbudsgiver, idet der afgives tilbud i forening.

Kapitel 3

Opmærksomhedspunkter når konsortier deltager i udbud

3.1 Opmærksomhedspunkter

For ordregiver kan der være ønsker om at sammensatte en opgave, så stordriftsfordele kan høstes. Eksempelvis kan udbud af en rammeaftale, der dækker over flere forskellige, specialiserede fagområder eller sortimenter, og store udbud, hvor flere ordregivere går sammen, være med til at sikre skalafordele og effektiviseringsgevinster til gavn for ordregiver. Samtidig kan denne type udbud også understøtte, at bestemte typer af virksomheder overhovedet kan og finder det attraktivt at afgive tilbud.

Ordregivers krav og kriterier kan være afgørende for, hvilke virksomheder der har mulighed for at byde. Ordregiver skal tilrettelægge udbud i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, herunder proportionalitetsprincippet. Det betyder blandt andet, at krav til den økonomiske formåen skal afspejle ordregivers behov for at sikre sig en vis økonomisk og finansiel formåen hos den virksomhed, der indgås kontrakt med. Høje krav kan dog samtidig være udslagsgivende for, hvilke virksomheder der vil kunne byde på opgaven.

Udbud med høje krav til den økonomiske og tekniske formåen og udbud, der dækker flere forskellige, specialiserede fagområder, samt udbud af kontrakter med en stor kontraktværdi kan betyde, at SMV'er må indgå i konsortiedannelse for at kunne afgive tilbud på opgaven. Derfor vil der i forbindelse med disse typer af udbud være større sandsynlighed for, at konsortier deltager i udbuddet.

Det er både kompliceret og ressourcekrævende for virksomheder at indgå konsortier. Står ordregiver over for at udbyde en opgave, hvor det er nærliggende, at konsortier afgiver tilbud, kan ordregiver derfor med fordel være opmærksom på en række forhold, således at konsortierne ikke stilles ringere i konkurrencen. Af boksen nedenfor fremgår tre opmærksomhedspunkter, som ordregiver med fordel kan være opmærksom på.

Boks 3.1

Opmærksomhedspunkter, når det er nærliggende, at konsortier deltager i udbud

- Informér om udbuddet i god tid.
- Beskriv rammerne for konsortiedeltagelse i udbudsmaterialet.
- Giv tilstrækkelig tid til tilbudsafgivelsen.

3.2 Informér om udbuddet i god tid

Det er vigtigt at være opmærksom på, at dannelsen af et konsortium kan tage tid, som bl.a. kan afhænge af den udbudte opgaves karakter og de krav, der stilles i udbuddet. Ordregiver bør derfor sørge for, at virksomheder får tilstrækkelig tid til at indgå i et konsortium før fristen for aflevering af ansøgning eller tilbud.

Ordregiver kan fx give meddelelse om kommende udbud eller offentliggøre en vejledende forhåndsmeddelelse i Den Europæiske Unions Tidende (TED) om et kommende udbud.⁶ Herved gøres markedet opmærksom på udbuddet, så virksomheder på forhånd kan undersøge mulighederne for dannelsen af et konsortium.

Ministerierne har pligt til efter det statslige indkøbscirkulære at offentliggøre indkøbsplaner med oplysninger om fremtidige udbud og annonceringer til www.udbud.dk.

3.3 Beskriv rammerne for konsortiedeltagelse i udbudsmaterialet

Det kan også være en hjælp, hvis ordregiver i udbudsmaterialet evt. beskriver, hvilke krav konsortier skal opfylde, herunder hvordan konsortier skal forholde sig til dokumentationskravene.

Det vil således ikke være alle virksomheder i konsortier, der er opmærksomme på, at hver deltager i sammenslutningen skal aflevere et ESPD og efterfølgende aflevere dokumentation. I forbindelse med dokumentationskravene skal der sondres mellem dokumentation vedrørende udelukkelse, egnethed og udvælgelse. I det følgende beskrives de nærmere rammer for disse dokumentationskrav.

» Udelukkelse

I forbindelse med dokumentation for udelukkelse er alle deltagere i et konsortium at sidestille med en ansøger eller tilbudsgiver, idet der afgives tilbud i forening. Derfor skal de enkelte deltagere i konsortiet aflevere den samme dokumentation som enhver anden ansøger eller tilbudsgiver.

Danske virksomheder, der deltager i konsortier, vil kunne aflevere en serviceattest som dokumentation for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudsloven. Det er ikke muligt at få udstedt en serviceattest for konsortiedeltagere fra andre lande. I disse situationer skal konsortiedeltagere fra andre lande aflevere dokumentation for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.⁷ Ordregivere kan se i eCertis, hvilken dokumentation der kan kræves fra konsortiedeltagere fra andre lande.⁸

» Egnethed

⁶ Ministerierne har pligt til efter det statslige indkøbscirkulære at indberette indkøbsplaner med oplysninger om fremtidige udbud og annonceringer til www.udbud.dk.

⁷ Virksomheder skal dokumentere, at virksomheden eller dennes ledelse, forstået som medlemmer af bestyrelsen, direktionen, tilsynsrådet samt personer, der har beføjelse til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i bestyrelsen, direktionen eller tilsynsrådet, ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. Derudover skal det dokumenteres, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 135, stk. 3, samt, hvis relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 og nr. 7.

⁸ Se nærmere herom på side 17 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation*, https://bedreudbud.dk/files/media/documents/vejledninger/notat_gennemgang_af_reglerne_om_dokumentation.pdf.

For så vidt angår den økonomiske og tekniske formåen, skal ansøger eller tilbudsgiver dokumentere, at de lever op til minimumskravene, som ordregiveren har fastsat. Et konsortium bedømmes som nævnt på den samlede formåen og ikke på de enkelte konsortiedtageres formåen. Det betyder, at den enkelte deltager i konsortiet dokumenterer den økonomiske og tekniske formåen, hvorefter ordregiveren skal inddrage den samlede formåen i vurderingen af egnethed.

» **Udvælgelse**

Ved begrænset udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan ordregivere vælge, at der alene skal modtages et bestemt antal tilbud. Det vil sige, at ordregivere kan fastslå, at man eksempelvis ved udbud med forhandling alene vil opfordre fem virksomheder til at afgive tilbud. Når flere virksomheder anmoder om at blive opfordret til at afgive tilbud end det maksimale antal tilbud, som ordregiveren vil modtage, skal ordregiveren reducere antallet af tilbud. Dette sker på baggrund af objektive og ikke-diskriminerende kriterier.⁹ På samme måde som ved egnethed vil et konsortium blive bedømt på, hvordan konsortiet som samlet enhed opfylder kriterierne for udvælgelse.

Det er muligt at læse nærmere om ESPD¹⁰ og dokumentation i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning: *ESPD - Dokumentation og eCertis*, samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat: *Gennemgang af reglerne om dokumentation*.¹¹

Ud over dokumentation vedrørende udelukkelse, egnethed og udvælgelse har ordregiveren også mulighed for at fastsætte krav om indlevering af dokumentation, der viser, at tilbudsgivernes tilbud lever op til de fastsatte mindstekrav.

Ordregiveren kan evt. beskrive, hvorledes konsortier og konsortiedtagerne skal forholde sig til udbudsmaterialet og udbudsprocessen. Der vil ofte være forskel på, hvordan oplysninger til brug for egnethed og udvælgelse samt det efterfølgende tilbud skal afgives, alt efter om der er tale om en enkeltstående virksomhed eller et konsortium. En tydelig beskrivelse for konsortier mindsker risikoen for, at konsortiet begår formelle fejl ved eksempelvis at afgive forkerte eller for få oplysninger om konsortiet som helhed eller de enkelte konsortiedtagere. Det kan i værste fald betyde, at ordregiver vil være forpligtet til at se bort fra konsortiets ansøgning eller tilbud til skade for konkurrencen.

Med andre ord: Jo mere ordregiver guider potentielle deltagere igennem udbudsmaterialet, des mere effektiv konkurrence kan der opnås.

Nedenfor følger en række eksempler på formuleringer, der kan anvendes i udbudsmaterialet.

⁹ Jf. § 145, stk. 2.

¹⁰ ESPD er forkortelse af det fælles europæisk udbudsdokument (european single procurement document).

¹¹ Vejledningen om ESPD, dokumentation og eCertis samt notatet om dokumentation kan ses via følgende link: <https://bedreudbud.dk/espd-dokumentation-og-e-certis>.

Boks 3.2
Eksempel**Formulering vedrørende økonomisk og finansiel formåen**

"For så vidt angår krav til økonomisk og finansiel formåen kræves en soliditetsgrad på minimum X pct. i det seneste regnskabsår.

Soliditetsgraden beregnes som virksomhedens samlede egenkapital i forhold til virksomhedens samlede aktiver.

Ved sammenslutning af virksomheder (eksempelvis et konsortium) beregnes soliditetsgraden som de deltagende virksomheders samlede egenkapital i forhold til de deltagende virksomheders samlede aktiver."

Boks 3.3
Eksempel**Formulering vedrørende teknisk og faglig formåen**

"For så vidt angår krav til teknisk formåen skal ansøger fremsende en oversigt over de betydeligste leverancer af de udbudte tjenesteydelser udført i løbet af de seneste tre år.

Ved sammenslutning af virksomheder (eksempelvis et konsortium) angives sammenslutningens betydeligste lignende leverancer. Den i konsortiet befuldmægtigede virksomhed udfylder derfor dette punkt på vegne af hele konsortiet. Det skal angives, hvilken deltager i konsortiet den enkelte leverance vedrører."

Boks 3.4
Eksempel**Formulering angående mindstekrav til økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen**

"Tilbudsgivernes generelle egnethed til at udføre den udbudte kontrakt vurderes på baggrund af tilbudsgivernes oplysninger om økonomisk og finansiel formåen og tilbudsgivernes oplysninger om teknisk og faglig formåen i relation til opfyldelsen af de angivne mindstekrav.

Som mindstekrav kræves det, at [...]. Ved sammenslutninger af virksomheder skal dette krav være opfyldt af alle virksomheder tilsammen."

Mange ordregivere udarbejder tjeklister til tilbudsgiver, der er ment som en hjælp til tilbudsgivers afgivelse af tilbud. Det kan i den forbindelse anbefales, at ordregiver i sin tjekliste fremhæver de forhold, der skal iagttages af konsortiet og/eller konsortiedeltagerne.

3.4 Giv tilstrækkelig tid til tilbudsafgivelsen

Når en virksomhed afgiver tilbud, er der typisk behov for at trække på og koordinere forskellige medarbejdere og afdelinger hos virksomheden. Den tid, virksomhederne har til at udarbejde tilbud, kan være afgørende for, om virksomhederne afleverer skarpe og konkurrencedygtige tilbud ved tilbudsfristens udløb.

Afgiver to eller flere virksomheder tilbud som et konsortium, vil der være yderligere behov for tilstrækkelig tid til at koordinere opgaveløsningen og tilbudsafgivelsen og til at få de formelle rammer om konsortiedannelsen på plads. Endvidere kan der være et behov for en konkurrence retlig vurdering, hvilket også kan tage tid.¹²

Ordregiver bør generelt være opmærksom på, at korte tidsfrister kan gøre det svært for konsortier at deltage. Derudover kan korte tidsfrister svække kvaliteten af tilbuddene. Tidsfristerne bør således tage hensyn til opgavens størrelse og kompleksitet, herunder krav til dokumentation m.v.

3.5 Mulighed for at afvise konsortier?

Konsortier består af flere virksomheder. Derfor kan man potentielt komme i den situation, at en virksomhed deltager i flere af de konsortier, der byder på en opgave.

Det vil være op til en konkret vurdering, hvorvidt en ordregiver skal afvise et konsortium, hvor der er en virksomhed, som også står bag andre tilbud. Udfordringen er selvsagt, at en virksomhed, der indgår i flere bydende konsortier, også har kendskab til de forskellige tilbud og dermed kan underminere konkurrencen.

I forbindelse med denne vurdering skal det inddrages, at hensynet til det indre marked tilsiger, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure. Det har den konsekvens, at det vil være i strid med en effektiv anvendelse af fællesskabsretten, hvis ordregiver systematisk afviser tilbudsgivere, når der består en indbyrdes tilknytning.¹³

Ordregivere kan hermed ikke konsekvent afvise konsortier, hvor en virksomhed i konsortiet også deltager i andre tilbudsgiver-konstellationer. Dog kan konkrete omstændigheder medføre, at en ordregiver er forpligtet til at afvise et konsortium. Således er en ordregiver forpligtet til at undersøge alle relevante omstændigheder, når ordregiveren får kendskab til objektive forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt et tilbud er selvstændigt og uafhængigt.¹⁴

I denne vurdering skal ordregivere blandt andet vurdere en virksomheds deltagelse i forskellige tilbudsgiver-konstellationer. Hvis en virksomhed deltager som en del af et konsortium, samtidig med at en anden tilbudsgiver baserer sin tekniske formåen på den specifikke virksomhed, kan det give anledning til problemer. Det vil især være tilfældet, hvis en virksomhed er involveret i centrale dele af afgivelsen af det samlede tilbud i to tilbudsgiver-konstellationer.

¹² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beskriver nærmere overvejelserne i vejledningen *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*.

¹³ C-538/07 – Assitur, præmis 26 og 28.

¹⁴ C-531/16 – Ecoservice projekta, præmis 33.

Kapitel 4

Ændringer i konsortiets retlige form eller sammensætning

Der kan opstå behov for ændringer i et konsortiums retlige form eller sammensætning. Behovet kan opstå i tiden, mellem et konsortium opfordres til at afgive tilbud, og selve kontraktindgåelsen, men også efter kontraktindgåelsen. Udbudsloven indeholder en regel, som indebærer, at det under visse betingelser er muligt at acceptere ændringer hos et konsortium før kontraktindgåelse.¹⁵ Derudover indeholder udbudsloven en mulighed for at skifte leverandør efter kontraktindgåelse.¹⁶

4.1 Ændringer i konsortiesammensætningen eller konsortiets retlige form efter opfordring, men *før* kontraktindgåelse

Ordregiver kan ikke kræve, at et konsortium antager en bestemt retlig form, når der afgives tilbud eller ved ansøgning om deltagelse i et udbud. Det kan ordregiver derimod ved kontraktindgåelsen, hvis det er sagligt. Inden kontraktindgåelse kan ordregivere i henhold til udbudsloven acceptere visse ændringer af konsortiet.

Ordregiveren kan blandt andet acceptere virksomhedsmæssige omstruktureringer hos ansøgere og tilbudsgivere.¹⁷ Dette gør sig også gældende i forhold til konsortier. Det vil dog være en betingelse, at de udbudsretlige principper i § 2 overholdes, herunder at ændringen ikke bevirker, at der opnås konkurrencefordele.¹⁸

Overholdelse af principperne betyder blandt andet, at de virksomhedsmæssige ændringer ikke har haft betydning for vurderingen af konsortiets økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen. Det vil sige, at konsortiet skal overholde minimumskravene til den økonomiske og finansielle formåen samt den tekniske og faglige formåen, der har dannet grundlag for egnethedsvurderingen på baggrund af minimumskravene til egnethed. Endvidere må ændringen ikke have haft indflydelse på udvælgelsen, såfremt ændringen fandt sted, før ansøgningen var afgivet.

Det fremgår af udbudsloven, at ordregivere kan vælge at acceptere, at en deltager i et konsortium udgår, medmindre deltageren har haft afgørende betydning for opfyldelsen af minimumskravene til egnethed, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen.¹⁹

Endvidere er der mulighed for at erstatte en deltager i en sammenslutning, hvis det sker som følge af forhold, der påviseligt er uden for de øvrige deltageres kontrol, og så længe princip-

¹⁵ § 147, stk. 1.

¹⁶ § 182.

¹⁷ § 147, stk. 1, nr. 4.

¹⁸ I sag C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark, påpeger EU-Domstolen, at ændringerne ikke må medføre konkurrencefordele, som opstår ved ændringerne.

¹⁹ § 147, stk. 1, nr. 2.

perne i § 2 overholdes. En deltager kan derimod ikke erstattes, hvis deltageren har haft afgørende betydning for opfyldelsen af minimumskravene til egnethed, udvælgelsen eller tilbuds-evalueringen.²⁰

Mulighederne for ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere er ikke udtømmende, idet der alene står, at ordregiveren "kan" acceptere ændringer i følgende tilfælde. Såfremt der var tale om en udtømmende liste, ville det fremgå, at ordregiveren "kan alene" acceptere ændringer i følgende tilfælde. Som følge heraf vil også andre situationer kunne accepteres, hvis principperne i § 2 overholdes. Det kan ikke udelukkes, at det kan være tilfældet, hvor nye juridiske enheder afgiver et tilbud, uden at dette sker som følge af en virksomhedsmæssig omstrukturering.²¹

Derudover er der i udbudsloven den begrænsning, at en sammenslutning/et konsortium ikke kan udvides med yderligere deltagere efter ansøgningsfristens eller tilbudsfristens udløb.²²

4.2 Ændringer som følge af omstruktureringer, konkurs m.v. hos en eller flere af konsortiedeltagerne efter kontraktens indgåelse

Efter kontraktens indgåelse gælder som udgangspunkt de samme regler for ændringer i konsortiers sammensætning, som der gælder for udskiftning af andre (enkeltstående) leverandører.

Om en udskiftning af leverandøren kan foretages inden for rammerne af udbudsreglerne, afhænger af, om udskiftningen betragtes som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Det fremgår af udbudsloven, at udskiftning af den oprindelige leverandør ikke anses som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af

- 1) en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed eller
- 2) hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af udbudsloven.²³

Ordregiver kan med fordel opliste nærliggende scenarier i en ændringsklausul, hvorved der kan ske ændringer i henhold til kontrakten og dermed ikke en ændring af kontrakten.

²⁰ § 147, stk. 1, nr. 3.

²¹ Dette var eksempelvis tilfældet i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

²² § 147, stk. 4.

²³ § 182.
