

Kandidatspeciale

Udelukkelsesgrunde af konkurrencemæssige hensyn jf.
Udbudsloven

*Exclusion grounds of competitive reasons in Danish public
procurement law*

Af Jakob Svendsen

Cand.jur. efterår 2015

Vejleder: Carina Risvig Hamer

Anslag: 158.851*

* Der benyttes enkelt linjeafstand og 2 cm højre- og venstremargin.
Litteraturlisten fylder 3.718 anslag og det engelsk resume 3.248
anslag. Dette er ikke talt med i ordtællingen.

»Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng«.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning, problemformulering og afgrænsning	5
1.1 Problemformulering	5
1.2 Afgrænsning	6
1.3 Metode	6
2. Retskilder	7
2.1 EU-retten	7
2.1.1 EU-Traktaten	7
2.1.2 Gældende udbudsdirektiv 2004/18/EF	8
2.1.3 Det nye udbudsdirektiv 2014/24/EU af 26. februar 2014	8
2.2 Dansk lov	9
2.2.1 Tilbudsloven	9
2.2.2 Forslag til Udbudslov fremsat 18. marts 2015	9
2.2.3 Forslag til Udbudslov fremsat 7. oktober 2015	9
2.3 Retspraksis	10
2.3.1 Klagenævnet for Udbud	10
2.3.2 EU-Domstolen	10
2.4 Juridisk litteratur	11
2.5 Opsummering	11
3. Introduktion til udelukkelse jf. Udbudsloven §§ 135-138	12
3.1 Udelukkelse "når som helst" jf. Artikel 57, stk. 5	12
3.2 Konkurrencemæssige hensyn	13
3.3 Retssubjekter	14
3.4 Bestemmelserne i gældende udbudsdirektiv og nye bestemmelser	14
3.5 Frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde	15
3.6 Legale hensyn	15
3.7 "Self-cleaning" – dokumentation af pålidelighed og maksimal udelukkelsesperiode	16
3.8 Opsummering	16
4. Obligatorisk udelukkelse pga. kriminel organisation og bestikkelse jf. Udbudsloven § 135	17
4.1.1 Direktivets bestemmelser	17
4.2 Karteldannelse som kriminel organisation jf. § 135, stk. 1, nr. 1	18
4.2.1 Kriminel organisation	19
4.2.2 Kriminel handling	22
4.3 Bestikkelse jf. § 135, stk. 1, nr. 2	23
4.4 Personelmæssig udelukkelse jf. § 135, stk. 2	24
4.5 Undtagelse af hensyn til væsentlige samfundsinteresser jf. § 135, stk. 5	25
4.6 Delkonklusion	26
5. Obligatorisk udelukkelse pga. interessekonflikt og rådgiverinhabilitet jf. Udbudsloven § 136	27
5.1.1 Direktivets bestemmelser	27
5.1.2 Interessekonflikt og rådgiverinhabilitet i gældende udbudsdirektiv	28
5.1.3 Ligebehandlingsprincippet og proportionalitet	28
5.1.4 Obligatorisk ctr. frivillig udelukkelsesgrund	28
5.2 Interessekonflikt jf. Udbudsloven §§ 4 og 24, nr. 18	29
5.2.1 Retspraksis	30
5.3 Rådgiverinhabilitet jf. Udbudsloven § 39	30
5.3.1 Retspraksis	31
5.4 Delkonklusion	33
6. Frivillig udelukkelse pga. alvorlig forsømmelse og konkurrencefordrejning jf. Udbudsloven § 137 ..	34
6.1 Alvorlig forsømmelse jf. § 137, stk. 1, nr. 3	34
6.2 Konkurrencefordrejning jf. § 137, stk. 1, nr. 4	36
6.2.1 Konkurrencefordrejning	36
6.2.2 Tilstrækkelige plausible indikationer	38
6.3 Udelukkelse af karteller jf. § 137, stk. 1, nr. 3 eller 4	39

Udelukkelsesgrunde af konkurrencemæssige hensyn jf. Udbudsloven
1. Indledning, problemformulering og afgrænsning

6.4	Delkonklusion.....	39
7.	Self-cleaning jf. Udbudsloven § 138, stk. 1-4.....	41
7.1	Forskelligheder mellem direktivet og Udbudsloven.....	42
7.1.1	Vurdering af grovheden og omstændighederne vedrørende overtrædelsen	42
7.1.2	Udelukket ved endelig dom	42
7.1.3	Meddelelse og passende frist	43
7.2	Handlinger der dokumenterer pålidelighed jf. § 138, stk. 3, nr. 1-3	44
7.3	Delkonklusion.....	45
8.	Maksimal udelukkelse jf. Udbudsloven § 138, stk. 5-6	46
8.1.1	Direktivets bestemmelse	46
8.2	4 år jf. § 138, stk. 5	47
8.3	Ikke mere end 2 år jf. § 138, stk. 6	48
8.3.1	§ 136, nr. 1 og 2, samt § 137, stk. 1, nr. 7 er ikke omfattet	48
8.3.2	Den relevante hændelse eller handling	49
8.4	Aktivering og genaktivering af udelukkelsesperiode.....	50
8.5	Delkonklusion.....	51
9.	Konklusion	53
10.	Litteraturliste	55
10.1	Retsforskrifter	55
10.2	Domme og afgørelser.....	55
10.3	Litteratur	56
11.	English summary	57

1. Indledning, problemformulering og afgrænsning

Med offentliggørelsen af det nye udbudsdirektiv 26. februar 2014 blev der lagt op til mange justeringer af gældende direktiv der på dette tidspunkt var 10 år ældre, og utallige erfaringer rigere på hvordan udbudsretten reguleres gennem omfattende retspraksis. På dette tidspunkt havde regeringen nedsat et udvalg i juni 2013, da forhandlingerne om direktivet var ved at færdiggøres og som blev færdiggjort i juli 2013. Udvalget skulle lave et samlet og overskuelig forslag til en udbudslov¹.

Før dette var udbudsdirektivet gennemført via en implementeringsbekendtgørelse, der som udgangspunkt blot gennemførte den danske oversættelse af direktivet som dansk udbudsret. Den længe ventede rapport fra udvalget blev afleveret i december 2014 og første lovforslag blev præsenteret i marts 2015.

Det stod hurtigt klart, at der ikke var tale om et opdateret udbudsdirektiv gennemført med §-tegn i stedet for ”artikler” – hvilket da heller ikke var formålet. Det er altid spændende, at sætte sig ind i ny lovgivning, og dette var ganske overvældende læsning, da udbudsretten nærmest blev reformeret!

Særligt synes bestemmelserne om udelukkelse, at gennemføre nye muligheder for både ordregiver og tilbudsgiver – og deraf selvfølgelig af- og begrænsninger for modstående part. Der var nu tre paragraffer for udelukkelsesgrunde i stedet for én, og nogle helt nye muligheder ifht. ”dokumentation af pålidelighed” og krav om maksimal udelukkelsesperiode.

Nogle sætninger pirrede den nysgerrige, såsom ”tilstrækkelige plausible indikationer” og ”den relevante hændelse”. Hvis man dertil har interesse for konkurrenceretten var det spændende at se, hvorledes udbudsdirektivet håndterede karteldeltagere, idet lovgiver vurderede jf. lovbemærkningerne, at dette med Udbudsloven kunne gøres som obligatorisk udelukkelsesgrund. Særligt med henblik på udviklingen inden for kartelvirkomhed siden 2004 direktivet var dette interessant – både i konkurrenceretten i form af whistleblower-ordningen jf. konkurrencelovens § 23 a gennemført i 2007, men også retspraksis ifb.m. med ”Det store byggekartel” der begyndte at rulle i 2010.

Det er missionen med dette speciale, at skrive den litteratur, som afsenderen selv kunne tænke sig at læse, for at forstå hvordan udelukkelsesgrunde bliver reguleret med gennemførelsen af Udbudsloven, særligt med henblik på bestemmelserne der varetager konkurrencemæssige hensyn.

1.1 Problemformulering

I dette speciale vil jeg,

- Analysere og redegøre for retskilderne på udbudsrettens område
- Analysere og redegøre for Udbudslovens §§ 135-138, hvor det identificeres hvilke bestemmelser der varetager konkurrencemæssige hensyn
- Diskutere og vurdere betingelserne for obligatorisk udelukkelse af konkurrencemæssige hensyn jf. Udbudsloven §§ 135-136
- Diskutere og vurdere betingelserne for frivillig udelukkelse af konkurrencemæssige hensyn jf. Udbudsloven § 137
- Diskutere og vurdere mulighed for self-cleaning jf. Udbudsloven § 138, stk. 1-4
- Diskutere og vurdere rammen for maksimal udelukkelse jf. Udbudsloven § 138, stk. 5-6

¹ Lovbemærkningerne, s. 37, 1. kolonne, øverst.

- Konkludere hvorvidt og hvor der vil opstå en ændret retstilstand med vedtagelsen af Udbudsloven
- Konkludere hvorvidt seneste lovforslag er udtryk for fejl-, under- eller overimplementering af udbudsdirektivet. Det tilstræbes, at der i disse tilfælde gøres de *lege ferenda* betragtninger.

1.2 Afgrænsning

Jeg vil behandle udelukkelsesgrundene i den nye Udbudslov kapitel 11 jf. §§ 135-138, og således vil kapitlets § 139 (økonomiske aktørers retlige form), §§ 140-145 (om egnethed) og §§ 145-147 (om udvælgelse), ikke blive behandlet i denne fremstilling. Afledte bestemmelser af §§ 135-138 vil blive diskuteret i afgrænset form.

Udelukkelsesgrundene vil blive yderligere afgrænset til bestemmelser med fokus på konkurrencemæssige hensyn. Andre udelukkelsesgrunde vil kun blive behandlet i nødvendigt og begrænset omgang.

1.3 Metode

Specialet er bygget op med et indledende retsdogmatisk kapitel (kapitel 2), hvor både gældende retskilder (før 1/1-2016) og kommende retskilder (efter 1/1-2016) i udbudsretten beskrives. Der analyseres og udvælges hvilke retskilder der relevante for besvarelse af problemformuleringen. Der redegøres for deres retskildemæssige værdi og deres indbyrdes relation fastlægges.

I kapitel 3 introduceres de udvalgte bestemmelser som identificeres i kapitel 2 og der afgrænses yderligere hvilke (under)bestemmelser der varetager konkurrencemæssige hensyn, som vil blive diskuteret yderligere i specialet. Kapitlet vil også definere central terminologi der vil blive anvendt i resten af opgaven.

I kapitlerne 4 – 8 diskuteres de enkelte emner (som identificeres i kapitel 3), og det vurderes hvorvidt, og i hvilket omfang, Udbudsloven vil ændre på retstilstanden på det enkelte område *de lege lata* pr. 1/1-2016.

Dette gøres gennem en komparativ analyse mellem gældende udbudsdirektiv, forelæggende retspraksis, nyt direktiv og Udbudsloven. Det er endvidere ambitionen, at såfremt der identificeres kritikpunkter i direktivet eller Udbudsloven, at denne suppleres med konstruktive *de lege ferenda* betragtninger.

Afslutningsvis opsummeres og konkluderes der i hvilket omfang udelukkelsesgrundene efter 1/1-2016 vil påvirke udbudsretten overordnet set, og gennemførelsens kvalitet vurderes under hensyn til eventuelle fejl-, under- og overimplementeringer.

2. Retskilder

Det fremgår af lovbemærkningerne til Udbudslov (se mere afsnit 2.2.2), at Regeringen i 2013 nedsatte udvalg der fik til opgave at ”udarbejde et udkast til et samlet og overskueligt forslag til en udbudslov” og dermed skabe ”større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige udbudskostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere”.

Dette formål er forståeligt når retsgrundlaget for dansk udbudsret fastlægges. F. eks. Forsyningsvirksomhedsdirektivet², Håndhævelsesloven³, EU-traktaten, det gældende udbudsdirektiv, det nye udbudsdirektiv, Tilbudsloven, forslag til Udbudslov der også ophæver en del love og bestemmelser, retspraksis fra Klagenævnet for Udbud og EU-domstolens.

Der er altså rigelige retskilder at tage hensyn til, når der skal gennemføres et udbud. Med tanke på, at den enkelte decentrale offentlige enhed ned til det kommunale niveau skal varetage disse hensyn er dette et meget omfattende regelkompleks.

For at forstå det retsgrundlag der gælder pr. 1. januar 2016 er det nødvendigt at forstå det nuværende grundlag, når f.eks. retspraksis læses efter 1. januar med de forbehold der måtte gælde når evt. nye bestemmelser ophæver/ændrer den retstilstand der er dannet på baggrund af historiske bestemmelser og kendelser.

Dette retsdogmatiske kapitel giver et overblik over retsgrundlaget med afsæt i gældende bestemmelser og de nye bestemmelser der kommer til at gælde i 2016, samt beskriver den systematik der vil blive anvendt i senere kapitler, når de enkelte bestemmelser og problemstillinger for specialet skal afdækkes.

2.1 EU-retten

2.1.1 EU-Traktaten

Det fremgår af betragtning 1 til det nye udbudsdirektiv, at

Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.

I gældende direktiv findes lignende i betragtning 2. Som det fremgår, eksisterer der nogle principper explicit af traktaten og andre principper der er afledt heraf. De tre nævnte principper for de fri bevægeligheder der findes i TEUF art. 34, 49 og 56 er selvfølgelig kerneprincipperne for udbudsretten, men også artiklerne 18 (ikke-diskrimination og heraf afledt ligebehandlingsprincip), 26 (oprettelsen af det indre marked) og 45 (arbejdskraftens frie bevægelighed) ville også kunne nævnes her, som væsentlige principper som udbudsretten bygger på.

² Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2004/17/EF der erstattes af 2014/25/EU med ikrafttræden 18. april 2016

³ Lov 2010-05-12 nr. 492 (med senere ændringer) der ændres til Lov om Klagenævnet for Udbud jf. Udbudsloven § 197

Især ligebehandlingsprincippet ses tydeligt afledt af – eller danner grundlag for – TEUF artikel 18. Heraf kan igen afledes gennemsigtighedsprincippet jf. C-92/00 Hospital Ingenieure, præmis 45, hvoraf det fremgår, at ”Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet (...) indebærer en forpligtelse til gennemskuelse, således at det er muligt at fastslå, at princippet er overholdt”.

I Udbudsloven §§ 2 og 3 er der ligeledes henvisninger; § 2 og § 3, stk. 2 implementerer det nye udbudsdirektiv artikel 18, stk. 1 (ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed og proportionalitet), mens § 3, stk. 3 gennemfører direktivets art. 25 om GPA-aftalen, og § 3, stk. 1 (henvisning til ligebehandlingsprincippet) er særegen for den danske implementering.

For juristen kan Udbudsloven i §§ 2 og 3 synes overflødige med henvisninger til hhv. ”generelle principper” (ligebehandling, gennemsigtighed, og proportionalitet) og ”Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet”. Udover konkretisering af hvad dette betyder på udbudsrettens område, er der da heller ikke noget hverken materielt eller formelt indhold i bestemmelserne. Hermed menes, at de principielt set kunne udelades uden ændring af retstilstanden. Dog er bemærkningerne til lovforslaget §§ 2 og 3 anbefalelsesværdig læsning, for et godt overblik over udbudsretlig retspraksis hvad angår de traktatfæstede principper.

Formålet bag Udbudsloven jf. præamblet er, at sikre effektiv konkurrence jf. Udbudsloven § 1 og besparelser i den offentlige sektor jf. fortolkning af lovbemærkningerne. Hovedformålet kan gå en tand længere tilbage og endnu mere grundlæggende; oprettelsen af det indre marked jf. TEUF art. 26. Udbudsretten realiserer jo i dén grad det indre marked – og det kan diskuteres hvorvidt det i virkeligheden er det netop indre marked der binder EU sammen. Denne diskussion vil ikke blive behandlet i denne fremstilling, da dette er et helt andet emne – både juridisk og/eller for andre samfundsvidenskabelige discipliner.

2.1.2 Gældende udbudsdirektiv 2004/18/EF

Gældende udbudsdirektiv er den retskildemæssige hovedkilde til nuværende udbudsret (indtil 1. januar 2016). Direktivet er implementeret via implementeringsbekendtgørelsen⁴ der udover at implementere direktivet bestemmelse direkte indeholder supplerende bestemmelser der præciserer visse begreber og processer.

Med mindre andet fremgår af konteksten eller referencen vil dette gældende udbudsdirektiv i denne fremstilling blive benævnt det ”gældende direktiv”, selvom det afløses af Udbudsloven 1. januar 2016.

I denne fremstilling vil de nye bestemmelser – som implementeret via Udbudsloven – sat i perspektiv til dette gældende udbudsdirektiv for at forstå ændringer i retstilstanden.

2.1.3 Det nye udbudsdirektiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

Gældende udbudsdirektiv 2004/18/EF ophæves med virkning fra den 18. april 2016 jf. det nye direktivets artikel 91. Med mindre andet fremgår af konteksten eller referencen vil det nye udbudsdirektiv i denne fremstilling blive benævnt ”direktivet”.

Direktivet bliver implementeret via den nye Udbudslov, så virkningsdatoen i dansk udbudsret vil således være 1. januar 2016. Den nye udbudsdirektiv vil derfor ikke være den retskildemæssige hovedkilde i 2016, da denne position er gennemført ved Udbudsloven.

⁴ Lovbekendtgørelse 2011-06-15 nr. 712.

2.2 Dansk lov

2.2.1 Tilbudsloven

Tilbudsloven⁵ gælder ved ”indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter”. Loven regulerer indkøb under EU’s tærskelværdi jf. gældende udbudsdirektiv artikel 7 og jf. afsnit II omfatter en pligt til at annoncere indkøb af varer og tjenesteydelser mellem 500.000 kr. og EU’s tærskelværdi.

Tilbudsloven vil ikke blive behandlet indgående, da Tilbudsloven dels ikke har gældende indhold, der ændrer/tilføjer til de materielle og processuelle problemstillinger som specialet søger at behandle⁶, og dels, at området for loven pr. 1/1 vil blive reduceret, da Tilbudsloven afsnit 2 (§ 15a-15d på Vare- og Tjenesteydelseskontrakter) erstattes af Udbudsloven § 193, og således vil Tilbudsloven fremover kun gælde på Bygge- og Anlægskontrakter. Dette fremgår af lovforslagets § 198.

2.2.2 Forslag til Udbudslov fremsat 18. marts 2015

”Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler” jf. lovforslagets § 1. Denne lidt underspillede bestemmelse er mere central end lovbemærkningen give anledning til at tro; der nævnes blot, at det er en formålsbestemmelse og at loven ligger indenfor rammen af udbudsdirektivet. Ved læsning af de første 20 sider⁷ af lovbemærkningerne findes den nærmere forklaring bag ved Udbudslovens egentlige formål.

Det var forventningen, at loven skulle træde i kraft 1. oktober 2015 jf. lovforslaget § 196, stk. 1, men grundet nyvalg bortfald lovforslaget, da Helle Thorning-Schmidt 27. maj 2015 udskrev valg til afholdelse 18. juni 2015. Det følger af diskontinuitetsprincippet, at lovforslag og andre beslutninger der ikke er endeligt vedtaget, bortfalder ved udskrivelse af valg jf. Grundloven § 41, stk. 4.

2.2.3 Forslag til Udbudslov fremsat 7. oktober 2015

Det nye lovforslag til Udbudslov blev fremsat 7. oktober og blev vedtaget 19. november. Jf. betænkning 12. november blev der fremsat 32 ændringsforslag. 13 af disse⁸ blev ikke tiltrådt af regeringen og blev forkastet ved afstemning. Regeringen stillede med 16 ændringsforslag⁹ og tiltrådte 3 ændringsforslag¹⁰.

Ifht. lovforslaget fremsat i marts, er der nogle ændringer af relevans for dette speciale. Primært at loven skal træde i kraft 1. januar 2016, jf. Udbudsloven § 196, stk. 1. Dette er tids nok til at Udbudsloven fungerer som korrekt implementering af Udbudsdirektivet inden dette træder i kraft 18. april 2016.

Af konkrete ændringer til bestemmelser der anvendes i denne fremstilling skal nævnes, at ”i tilfælde af, at” er ændret til ”hvis” jf. § 137, stk. 1, og tilføjelse af direkte reference til direktiv 2014/24 i stedet for lovforslagets bilag 2 jf. § 137, stk. 1, nr. 1, hvilket er hensigtsmæssigt, da direktiv 2014/24 således ikke er en nødvendig del af Udbudsloven der omfangsmæssigt i forvejen er omfattende.

⁵ Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 med senere ændringer 2011-06-14 nr. 618 og 2012-12-18 nr. 1234.

⁶ Udover når loven bringer direktivet og dermed de relevante bestemmelser i spil

⁷ Lovforslag af 18. marts side 36-57.

⁸ Ændringsforslag nr. 1, 2, 4, 8, 12-14, 16, 22, 26-29

⁹ Ændringsforslag nr. 5-7, 9-11, 17-21, 23, 24, 30-32

¹⁰ Ændringsforslag nr. 15, 25, 28

Med Udbudsloven ophæves en række love; Bekendtgørelsen vedr. annonceringspligt¹¹, Implementeringsbekendtgørelsen¹² (naturligvis) og Lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb¹³.

I denne fremstilling vil der blive henvist til ”Udbudsloven” som den lov der blev vedtaget 19. november og med ”lovbemærkninger” er det med henvisning til lovbemærkninger til lovforslaget som fremsat 7. oktober.

2.3 Retspraksis

2.3.1 Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud virke bliver i gældende ret reguleret af Håndhævelsesloven¹⁴. Heraf fremgår det, at Klagenævnet, med visse undtagelser, fungerer som 1. instans for klager over overtrædelse af reglerne på udbudsrettens område jf. lovens § 5.

Af Udbudsloven § 197 fremgår, at der sker en del ændringer i Håndhævelsesloven, som nu bliver til Lov om Klagenævnet for Udbud jf. lovens § 197, nr. 1.

Klagenævnet for Udbud har opfyldt en udfyldende rolle i det gældende retsgrundlag, når det kommer til tolkning af de EU-retlige principper som udbudsretten søger at gennemføre. Således er kendelserne i Klagenævnet for Udbud en væsentlig retskilde i udbudsretten. En del af disse kendelser er nu blevet kodificeret i det nye Udbudsdirektiv og Udbudslov. Når det underliggende retsgrundlag ændres så væsentligt som det er tilfældet pr. 1. januar 2016 er det vigtigt, at forstå kendelserne i lyset af det nye retsgrundlag, som enten kodificerer eller tilsidesætter denne retspraksis, og samtidig vil nye kendelser udfylde/fortolke det nye retsgrundlag.

2.3.2 EU-Domstolen

EU-Domstolen er oprettet jf. TEU art. 19 og behandler sager vedr. traktatkrænkelserprocedure jf. TEUF art. 258 og 259, samt præjudicielle spørgsmål jf. TEUF art. 267, som skal indbringes hertil. Mange spørgsmål i udbudsretten er præjudicielle forelæggelser hvor et privat firma klager over en offentlig myndigheds tildeling af kontrakter. Dette spørgsmål prøves først ved nationale domstole, som herefter indgiver en præjudiciel forelæggelse ved EU-Domstolen – se f.eks. sag C-59/00 anmodet af Vestre Landsret.

Andre sager bliver anlagt af Kommissionen mod medlemsstat som traktatkrænkelserprocedure jf. TEUF art. 258, f.eks. C-243/89 Storebælt sagen og C-87/94 EF mod Belgien.

EU-Domstolens kendelser virker også som fortolkningsbidrag for Klagenævnet for Udbud kendelser. Se f.eks. Kendelse 5/12-2011 Konica Minolta med reference til sagerne C-503/04 Kommissionen mod Tyskland og C-91/08 Wall AG.

Som også nævnt ovenfor ifht. Klagenævnet for Udbud skal EU-Domstolens retspraksis (se f.eks. afsnit 5.3.1) efter 1. januar fortolkes på baggrund af det nye retsgrundlag.

¹¹ Bekendtgørelse nr. 280 af 23/03/2012 fastsat jf. Tilbudsloven § 15 c, stk. 5 der ophæves med den nye udbudslov § 196, stk. 7

¹² Bekendtgørelse nr. 712 af 15/06/2011 der ophæves med den nye udbudslov jf. dennes § 196, stk. 4.

¹³ Ophæves jf. Udbudsloven § 196, stk. 5

¹⁴ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 som ændret ved § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012 og i lov nr. 511 af 27. maj 2013.

2.4 Juridisk litteratur

Da specialet skrives om lovgivning der ikke er implementeret er det sparsomt med juridisk litteratur på området. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har endnu ikke udgivet en vejledning til Udbudsloven endnu. Lovbemærkningerne til Udbudsloven vil derfor blive anvendt i stor udstrækning. Det er da også formålet med specialet, at give et bud på, hvordan denne litteratur kunne se ud, for de emner der er valgt. Rapporten fra Udvalg om dansk udbudslovgivning (herefter kaldet ”udbudslovsudvalget”) vil selvfølgelig også blive anvendt.

Der er dog nogle fortolkningsbidrag at hente ved Dr. Alberg Sanchez Graells der har skrevet om det nye udbudsdirektiv i ”Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing”. Denne litteratur tager dog ikke højde for den danske gennemførelse.

2.5 Opsummering

Pr. 1. januar vil der ske et stort skifte i den måde retsgrundlaget på udbudsretten område. Retsreglerne bliver ændret markant og regler skal findes ganske andre steder. Retspraksis som hidtil har været brugt som retskilder vil blive erstattet af retsregler, og ny retspraksis vil opstå på baggrund af de nye retsregler.

Dette nye samlede retsgrundlag er således påvirket af dels historiske retsregler og retspraksis på udbudsrettens område, sammen med den underliggende og blivende EU ret, samt dels selvfølgelig det nye udbudsdirektiv og den nye Udbudslov.

Det retsgrundlag og de betragtninger der er skitseret i dette kapitel vil således blive anvendt i de kommende kapitler til at svare på, hvorledes retstilstanden vil ændres – eller mangel på samme – efter 1. januar.

3. Introduktion til udelukkelse jf. Udbudsloven §§ 135-138

Udbudslovens kapitel 11 dækker emnerne udelukkelse, egnethed og udvælgelse. Denne fremstilling søger jf. afgrænsningen alene at behandle udelukkelse jf. §§ 135-137 af konkurrencemæssige hensyn, samt de nye emner self-cleaning og maksimal udelukkelsesperiode jf. § 138, der virker sammen med udelukkelsesgrundene. Bestemmelserne implementerer direktivets artikel 57 og er opdelt i fire hovedbestemmelser i Udbudsloven:

- § 135 gennemfører artikel 57, stk. 1-3
- § 136 gennemfører artikel 57, stk. 4, litra e, f og h
- § 137 gennemfører artikel 57, stk. 4, litra a-d, g og i
- § 138 gennemfører artikel 57, stk. 6 og 7

Bemærk, at artikel 57, stk. 5 umiddelbart ikke bliver implementeret – dette vil blive diskuteret straks nedenfor.

Formålet med udelukkelse er, at give ordregiver mulighed for og adgang til, dels at erklære deltager uegnet for deltagelse i udbuddet til trods for, at disse opfylder egnethedskriterierne jf. udbudsbekendtgørelsen. Bestemmelserne sætter en ramme for, hvad ordregiver må udelukke tilbudsgivere for, idet udelukkelsesgrundene er udtømmende bestemmelser. Øvrige egnethedskriterier jf. § 140 er positivt formulerede krav til formåen i hhv. erhvervet, økonomisk/finansiell og teknisk/faglig jf. nærmere §§ 141-143.

Udelukkelsesgrundene omhandler alt lige fra terrorhandlinger jf. § 135, stk. 4 til mindre ubetalt gæld til det offentlige jf. § 137, stk. 7, så årsagerne varetager meget forskellige hensyn. I denne fremstilling vil kun bestemmelser der varetager konkurrencemæssige hensyn blive diskuteret jf. afgrænsningen og disse identificeres jf. §§ 135-137.

3.1 Udelukkelse ”når som helst” jf. artikel 57, stk. 5

Denne bestemmelse statuerer, at ordregiver for de i stk. 1 og 2 nævnte udelukkelsesgrunde ”når som helst i i løbet af processen” skal udelukke tilbudsgivere, og for de i stk. 4 nævnte udelukkelsesgrunde kan *blive anmodet om* at udelukke i løbet af processen. Bemærk fejlen i den danske oversættelse af direktivet, hvor der står ”i artikel 1 og 2” i stedet for ”i stk. 1 og 2” som det fremgår af den engelske version og selvfølgelig af konteksten.

Det læses af lovbemærkningerne til §§ 135, stk. 1 og 3, samt § 137 at ordregiver er forpligtet til ”når som helst”¹⁵ at udelukke tilbudsgivere. Det fremgår midlertidigt ikke af hverken § 136, lovbemærkningerne eller Udbudslovsudvalgets rapport om der gælder samme forpligtelse herfor.

Lovgiver tager i Udbudsloven ikke stilling til, hvad anmodning jf. artikel 57, stk. 5, 2. afsnit, består i, eller om direktivets ”kan” skal fortolkes som en frivillig mulighed til gennemførelse enten i nationale bestemmelser, eller lade det være op til ordregiver i det pågældende udbud. Lovbemærkningerne konkluderer blot, at der også for § 137 udelukkelsesgrundene *skal* udelukkes når som helst i løbet af proceduren.

Sanchez¹⁶ vurderer, at direktivets *kan* ifht. frivillige udelukkelsesgrunde betyder, at såfremt medlemsstaten gennemfører frivillige udelukkelsesgrunde, som obligatoriske udelukkelsesgrunde (som der er hjemmel til), så følger forpligtelsen til at udelukke når som helst med (mine fremhævninger):

¹⁵ Side 146, 2. kolonne, øverst, side 150, 1. kolonne, midten, og side 152, 2. kolonne, under midten.

¹⁶ ”Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” af Dr. Alberg Sanchez Graells, s. 100.

This clarifies that exclusion grounds (both those that are mandatory as a matter of EU law, and those that Member States make mandatory in their jurisdictions) should be considered unwaivable (...) and that contracting authorities should be aware of them and check for compliance throughout the tender procedure.

Til trods for, at Udbudslovsudvalget anbefaler at gennemføre bestemmelsen ”så tekstnært som muligt”¹⁷ har lovgiver valgt, at gennemføre den uhensigtsmæssig og uklar. De lege ferenda må det anbefales, at der for §§ 135 og 136, bør indskrives tydeligt ”når som helst” i disses stk. 1, eller at der som minimum af lovbemærkningerne til § 136 fremgår, at ”når som helst” også gælder for denne. I øvrigt må det anbefales, at der udgives en ny fejlrettet version af den danske oversættelse af udbudsdirektivet for så vidt angår oversættelsen af ”paragraphs 1 and 2”.

3.2 Konkurrencemæssige hensyn

De enkelte udelukkelsesgrunde jf. §§ 135-137 gennemgås herunder for en umiddelbar vurdering af relevansen ifht. konkurrencemæssige hensyn som derefter vil blive diskuteret yderligere i kapitlerne 4-6.

§ 135 beskriver seks situationer jf. stk. 1, nr. 1-6:

Nr. 1) Handler som led i kriminel organisation. Af ordlyden er det ikke tydeligt, at der kan være tale om et konkurrencemæssigt hensyn, men snarere et strafferetligt hensyn. Det fremgår dog af lovbemærkningerne side 148, at karteldeltagere kan opfylde betingelserne for udelukkelsesgrunden. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 4.

Nr. 2) Bestikkelse. Denne bestemmelse varetager både aktiv og passiv bestikkelse i offentlige hverv, samt i private retsforhold. Da ordregiver i udbud som udgangspunkt altid vil være en offentlig myndighed¹⁸ vil denne illoyale adfærd påvirke konkurrencen på samme måde som andre horisontale og vertikale aftaler. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 4.

Nr. 3) Svig. Denne bestemmelse sigter på en bestemt sektor jf. konventionen om beskyttelse af de finansielle interesser og jf. lovbemærkninger midler vedr. EU's budgetter. Bestemmelsen afgrænses fra opgaven.

Nr. 4) Terror eller strafbare handlinger, **5)** Hvidvaskning eller finansiering af terrorisme, og **6)** Dom vedr. børnearbejde og menneskehandel vil ikke blive behandlet.

§ 136 beskriver tre situationer jf. nr. 1-3:

Nr. 1) Interessekonflikt. På samme måde som bestikkelse kan en interessekonflikt påvirke konkurrencen selvom hensynet formentligt mere er opstået gennem principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 5.

Nr. 2) Konkurrencefordrejning jf. § 38 – herefter kaldet ”rådgiverinhabilitet”. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 5.

Nr. 3) Groft urigtige oplysninger. Vil ikke blive behandlet.

¹⁷ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning” side 719.

¹⁸ Denne definition vil ikke blive gennemgået yderligere, men det bemærkes blot at private der opfylder virksomhedskriteriet jf. Stadt Halle-dommen også er omfattet. ”Rene” private virksomheder kan frivilligt vælge at anvende udbudsproceduren.

§ 137 beskriver 7 situationer:

Nr. 1) Tilsidesættelse af forpligtelser, **2)** Ansøger er erklæret konkurs, **4)** Misligholdelse af kontrakt og **7)** Mindre ubetalt gæld til det offentlige, vil ikke blive behandlet.

Nr. 3) Alvorlige forsømmelser. Ny bestemmelse og det fremgår af lovbemærkningerne, at dette kan være overtrædelse af konkurrencereglerne. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 6.

Nr. 4) Konkurrencefordrejning. Bestemmelsen vil blive diskuteret i kapitel 6.

Nr. 6) Uretmæssigt *forsøg* på at påvirke beslutningsprocessen. Dette er en speciel situation som naturligvis vil påvirke konkurrencen, hvis det ikke blev opdaget, men i dette tilfælde vil situationen ikke opfylde betingelsen. Af lovbemærkningerne fremgår det, at det følger af ligebehandlingsprincippet jf. Udbudsloven § 2, at ordregiver er forpligtiget til (uanset udelukkelsesgrund) ikke at tage tilbuddet i betragtning, hvis handlingen reelt har haft indflydelse på beslutningsprocessen. Bestemmelsen vil ikke blive behandlet yderligere.

Følgende bestemmelser af konkurrencemæssige hensyn vil blive diskuteret i kapitel 4-6.

- kriminel organisation § 135, stk. 1, nr. 1
- bestikkelse jf. § 135, stk. 2
- interessekonflikt § 136, nr. 1
- rådgiverinhabilitet § 136, nr. 2
- alvorlige forsømmelser § 137, stk. 1, nr. 3
- konkurrencefordrejning § 137, stk. 1, nr. 4

3.3 Retssubjekter

I denne fremstilling benævnes den ordregivende myndighed som ”ordregiver”, hvilket stemmer overens med terminologien i Udbudsloven. I direktivet kaldes denne for ”ordregivende myndighed. Denne er realkreditor.

Den private aktør blive benævnt ”tilbudsgiver” uagtet, at denne i visse faser af udbuddet blot vil være ansøger på tidspunktet for prækvalifikation, og dermed blot *potentiel* tilbudsgiver. Både ”ansøger” og ”tilbudsgiver” anvendes i gældende udbudsdirektiv og Udbudsloven. Disse benævnes som ”økonomiske aktører” i det nye udbudsdirektiv, ”virksomheder” i konkurrenceloven og er realdebitor.

3.4 Bestemmelserne i gældende udbudsdirektiv og nye bestemmelser

Udelukkelsesgrunde findes også i det gældende retsgrundlag. De obligatoriske udelukkelsesgrunde findes i gældende direktiv artikel 45, stk. 1 og de frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 45, stk. 2. Udelukkelsesgrundene har dog ændret markant form og indhold i det nye direktiv, og dermed Udbudsloven, hvilket bliver behandlet indgående i kapitel 4-6.

To nye emner introduceres i direktivet. Først muligheden for self-cleaning eller ”dokumentation af pålidelighed” jf. direktivets artikel 57, stk. 6 gennemført ved Udbudsloven § 138, stk. 1-4. Dette bliver behandlet i kapitel 7.

Dernæst forpligtes der til, at fastsætte en maksimal udelukkelsesgrænse jf. direktivets artikel 57, stk. 7 gennemført ved Udbudsloven § 138, stk. 5-6. Dette bliver behandlet i kapitel 8.

I lovbemærkningerne til lovforslaget fremsat i oktober fremgår det af sammenligningstabellen side 462, at artikel 57, stk. 7 vedr. maksimal udelukkelse findes i artikel 45, stk. 1 og 2, andet afsnit. Dette er en sandhed med den væsentlige modifikation, at det kun er artikel 57, stk. 7, 1. punktum der videreføres, mens det væsentlige indhold af stk. 7 vedr. maksimal udelukkelsesperiode, ikke findes i det gældende direktiv.

EU retskilder hvad enten det er traktater, direktiver, forordninger, rammeafgørelser eller retspraksis, kan blive benævnt under en samlebetegnelse som ”fællesskabsretten”.

3.5 Frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde

Udelukkelsesgrundene er i gældende og nyt udbudsdirektiv beskrevet i samme artikel (hhv. artikel 45 i gældende og artikel 57 i nyt direktiv) med dertil hørende underopdeling i obligatoriske udelukkelsesgrunde og frivillige udelukkelsesgrunde.

Adskillelsen i begge direktiver læses ved ordene ”**skal** udelukke” contra ”**kan** udelukke” med den tilføjelse, at der i det nye udbudsdirektiv for frivillig udelukkelse er tilføjet ”eller medlemsstaterne **kan kræve**” jf. artikel 57, stk. 4, 2. komma. Lovgiver har valgt at benytte sig af denne mulighed for artikel 57, stk. 4, litra e, f og h som gennemføres i § 136, nr. 1-3.

Således er der i Udbudsloven to bestemmelser med obligatoriske udelukkelsesgrunde (§§ 135-136 – se kapitel 4 og 5) og en bestemmelse med frivillige udelukkelsesgrunde (§ 137 – se kapitel 6).

Den væsentligste forskel på de to varianter er, at ordregiver for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i alle udbud er forpligtet til, at udelukke tilbudsgivere som opfylder disse betingelser, mens frivillige udelukkelsesgrunde, skal tilvælges af ordregiver og fremgå af udbudsbekendtgørelsen, hvis ordregiver vil tillægge hensynet i udvælgelsesprocessen jf. § 137, stk. 1.

3.6 Legale hensyn

Det er ikke uproblematisk – om end dog ønskeligt og forståeligt – at ordregivere kan tilføje ”straf” eller tab til personer eller juridiske personer som allerede er blevet straffet ved domstole eller andre administrative organer, ved også at udelukke disse fra udbud. Denne diskussion er interessant, men dog noget udenfor denne fremstillings afgrænsning at belyse dybt.

Problematikken er af ganske praktisk betydning, da ordregivers primære motivation og faglige ekspertise er, at gennemføre et indkøb, og ikke at varetage kriminologiske hensyn. Det kan desuden dårligt forventes, at ordregiver skal kunne varetage konkurrenceretlige hensyn. Se f.eks. § 137, stk. 4 (og nærmere i kapitel 6) som lader ordregiver vurdere hvorvidt ordregiveren har ”tilstrækkelige plausible indikationer” for, at udelukke tilbudsgiver med henblik på konkurrencefordrejning. Der er flere ord der kræver dyb juridisk indsigt at håndtere; hvornår er det *tilstrækkeligt*? Hvornår er det *plausibelt*? Hvornår foreligger der en *indikation*? Hvornår ligger der en *aftale* i denne forbindelse? Og hvad er *konkurrencefordrejning*? Det kunne tænkes, at denne og lignende bestemmelser ikke frivilligt vil indgå i udbudsbekendtgørelsen, da de er svære at håndteres i praksis til gene for fremdriften i det kommercielle udbud.

Handlinger der potentielt kan opfylde betingelserne for udelukkelse vil blive benævnt som værende en ”illoyal” handling som samlebetegnelse, uanset om tilbudsgiver er blevet straffet med fængsel, bøde eller at den illoyale handling slet ikke er sanktioneret.

3.7 "Self-cleaning" – dokumentation af pålidelighed og maksimal udelukkelsesperiode

Et nyt og særdeles spændende emne præsenteres i det nye udbudsdirektiv artikel 57, stk. 6 gennemført i Udbudsloven § 138, stk. 1-4; muligheden for "self-cleaning" (det engelske begreb) til trods for, at tilbudsgiver befinder sig i en af de i §§ 135-137 nævnte udelukkelsesgrunde. I den danske version af direktivet omtales muligheden for at "vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund" eller blot "dokumentation af pålidelighed" jf. overskriften til § 138. Dette begreb er dog ret besværligt at bruge og ordet "self-cleaning" har allerede vundet indpas i dansk juridisk terminologi, hvorfor denne anvendes her.

En anden ny regel er kravet om en maksimal udelukkelsesperiode der dels indskrænker medlemsstaternes mulighed for, at udelukke tilbudsgivere i en for lang periode, og dels forpligter medlemsstaterne til at gøre overvejelser om fastsættelse heraf. Maksimal udelukkelse gælder kun hvis der ikke er fastlagt andet ved dom.

Udgangspunktet er, at der vil være mulighed for self-cleaning og krav til maksimal udelukkelsesperiode for alle udelukkelsesgrunde, hvorfor emnerne også er relevante for de udelukkelsesgrunde der er valgt ud i denne opgave.

3.8 Opsummering

Ovenfor er der redegjort for, hvilke bestemmelser der varetager konkurrencemæssige hensyn, og der er desuden identificeret to nye bestemmelser ifht. self-cleaning og maksimal udelukkelse der supplerer udelukkelsesgrundene væsentligt og derfor må antages at kunne påvirke retstilstanden, hvorfor emnerne også vil blive behandlet i opgaven.

Den danske gennemførelse af direktivets artikel 57, stk. 5 er uhensigtsmæssig og uklar, og det anbefales en mere klar tekst direkte i §§ 135, stk. 1 og 136, stk. 1 med tilføjelse af "når som helst".

Det anbefales, at der udgives en ny fejlrrettet version af den danske oversættelse af udbudsdirektivet, så der kommer til at stå "stk. 1 og 2" i artikel 57, stk. 5, 1. afsnit, in fine.

Følgende emner vil blive diskuteret i kapitel 4 – 8:

- Kapitel 4: Obligatorisk udelukkelse pga. kriminel organisation og bestikkelse
- Kapitel 5: Obligatorisk udelukkelse pga. interessekonflikt og rådgiverinhabilitet
- Kapitel 6: Frivillige udelukkelse pga. alvorlige forsømmelser og konkurrencefordrejning
- Kapitel 7: Self-cleaning
- Kapitel 8: Maksimal udelukkelse

4. Obligatorisk udelukkelse pga. kriminel organisation og bestikkelse jf. Udbudsloven § 135

I det nye udbudsdirektiv findes bestemmelser om obligatoriske udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 1-3. I dette speciale er stk. 1, litra a og b, samt 2. afsnit, og den tilknyttede undtagelsesbestemmelse i stk. 3, relevant ifht. de konkurrencemæssige hensyn. Emnerne er udelukkelse pga. deltagelse i kriminel organisation (ifht. vurdering af kartelvirksomhed) og bestikkelsessager, samt personelmæssig udelukkelse der viderefører virkningen af udelukkelsesmekanismen.

Indledningsvist konstateres en væsentlig ændring i systematikken: I det nye udbudsdirektiv behandles emnerne i artikel 57, stk. 1, litra a i 3. niveau ifht. ”hovedbestemmelsen” (art. 57) med alfabetiske betegnelser, mens det i Udbudsloven er placeret i 2. niveau ifht. hovedbestemmelsen (§ 135) med tal-nummerering.

4.1.1 Direktivets bestemmelser

Udbudsloven § 135, stk. 1, nr. 1 og 2 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 1, litra a og b (mine fremhævelser) som bliver behandlet i afsnit 4.2, mens nr. 2 bliver behandlet i afsnit 4.3:

*Artikel 57, stk. 1. De ordregivende myndigheder **skal** udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59, 60 og 61, eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en **endelig dom** er dømt for et af følgende forhold:*

- a) deltagelse i en **kriminel organisation** som defineret i artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA*
- b) **bestikkelse** som defineret i artikel 3 i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, som involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater og artikel 2, stk. 1, i Rådets rammeafgørelse 2003/568/RIA og bestikkelse som defineret i den nationale ret gældende for den ordregivende myndighed eller den økonomiske operatør*

Udbudsloven § 135, stk. 2 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 1, 2. afsnit, som en personelmæssig udelukkelse af tilbudsgivere (mine fremhævninger) som bliver behandlet i afsnit 4.4:

*Artikel 57, stk. 1, 2. afsnit. Forpligtelsen til at udelukke en økonomisk aktør gælder også, når **en person**, der er **dømt ved endelig dom**, er **medlem** af den økonomiske aktørs administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har **beføjelse til at repræsentere** eller **kontrollere** eller til at **træffe beslutninger** heri.*

Udbudsloven § 135, stk. 5 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 3 som undtagelsesbestemmelse af væsentlige samfundsmæssige interesser som bliver behandlet i afsnit 4.5. Her gengivet 1. afsnit med mine fremhævelser:

*Stk. 3. Medlemsstaterne kan undtagelsesvis fastsætte en undtagelse fra den obligatoriske udelukkelse i stk. 1 og 2 af hensyn til **væsentlige samfundsinteresser** såsom folkesundheden eller beskyttelse af miljøet.*

4.2 Karteldannelse som kriminel organisation jf. § 135, stk. 1, nr. 1

Det nye direktivs artikel 57, stk. 1, litra a er videreført fra gældende direktivs artikel 45, stk. 1, litra a, idet referencerne (til retsakter, fælles aktioner, rammeafgørelser og konventioner) er ændret/opdateret. I konkurrenceretten er bestemmelsen relevant, hvis det godtgøres, at karteldannelse vil være omfattet.

Artiklen er gennemført således (mine fremhævninger):

*§ 135. En ordregiver **skal** udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ved **endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for***

*1) handlinger begået som led i en **kriminel organisation** som defineret i artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008 (EU-Tidende 2008, nr. L 300, side 42),*

I gældende direktiv findes lignende bestemmelse i artikel 45, stk. 1, litra a med henvisning til Rådets fælles aktion 98/733/RIA af 21. december 1998. 2008/841/RIA er dog allerede ikrafttrådt pr. 24. oktober 2008, da det fremgår af dennes artikel 9, at 98/733/RIA ophæves, og at henvisninger til denne betragtes som henvisninger til 2008/841/RIA.

I § 135, stk. 1, nr. 1 er der indsat ordet ”handling”. Dette medfører ikke nogen reel forskel på bestemmelserne (§ 135, stk. 1, nr. 1 og direktivets artikel 57, stk. 1, litra a), idet de omtalte handlinger er defineret ved rammeafgørelsen der også refereres til i direktivet.

For at forstå § 135, stk. 1, nr. 1 er det centralt, at rammeafgørelsen læses, men også øvrige ikke-obligatoriske bestemmelser jf. § 137, skal naturligvis vurderes for at give en endelig konklusion på Udbudslovens muligheder for at udelukke som følge af kartelvirksomhed. Dette kunne eksempelvis være § 137, stk. 1, nr. 3 eller 4. Hvis det for nærværende antages, at der som minimum er mulighed for frivillig udelukkelse af karteldeltagere, hvilket umiddelbart synes rimeligt, vil det være relevant, at vurdere hvorfor lovgiver jf. lovbemærkningerne er interesseret i, at kartelvirksomhed skal kunne opfylde betingelserne jf. § 135, stk. 1, nr. 1. Et lavpraksis synspunkt må ellers være, at såfremt ordregiver ønsker, at undgå karteldeltagere i udbuddet, skal det jo ”bare” foreskrives i udbudsbekendtgørelsen jf. § 137. Dette skal kobles sammen med det forhold, at deltagelse i kartelvirksomhed straffes særskilt i konkurrenceretten jf. konkurrenceloven og straffelovens § 299 c, hvorfor det ikke er givet, at udbudsretten skal varetage dette hensyn ifb.m. tilbudsgivers egnethed.

Vigtigheden af § 135, stk. 1, nr. 1 på europæisk niveau kan findes i det forhold, at der er stærk tilstedeværelse af mafia o. lign. organisationer i andre medlemslande, som virker på en måde vi umiddelbart ikke ser i Danmark. Den potentielle pression mod ordregiver kan antages, at kunne være så stærk, at ordregiver ikke ønsker påberåbe sig § 137 i udbudsbekendtgørelsen. § 135 kunne være et middel til, at tvinge kriminelle ud af udbud, og give ordregiver en beskyttelse mod denne pression.

I Danmark er der faldet en del større domme på tilfælde af kartelvirksomhed¹⁹ for nyligt, men der har næppe været mistanke om pression mod ordregiver og dermed risiko for bevidst at undlade

¹⁹ F.eks. ”Det store byggekartel” med 21 deltagere med bøder (vedtagne og dømte) for i alt 28,7 mio. kr. for overtrædelse af konkurrenceloven § 23, stk. 1, nr. 1, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 3, jf. straffelovens § 23. Bødevedtagelser i perioden 14. juli 2014 – 25. november 2015 (<http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Fakta/2014/20141112-Det-store-byggekartel-boedeoversigt>) og Danfoss-sagen 90 mio. euro (COMP/39.600 af 7. december 2011).

medtagelse af karteldeltagere i udbuddet. I lyset af seneste udvikling især i IT udbud²⁰ må dette dog revurderes, og relevansen af bestemmelsen må derfor være tilstede – også i Danmark. Pression i form af bestikkelse behandles dog særskilt som udelukkelsesgrund (se afsnit 4.3).

Som nævnt er det vigtigt at forstå rammeafgørelse 2008/841/RIA. Direktivets artikel 57, stk. 1, litra a og Udbudsloven § 135, stk. 1 refererer til rammeafgørelsens artikel 2, der definerer den strafbare *handling*, og ikke hvad en kriminel organisation er. Denne definition findes i rammeafgørelsen artikel 1, og dette bør derfor være første betingelse der skal vurderes, når det skal afgøres hvorvidt, der skal udelukkes jf. § 135, stk. 1. Der er ikke noget explicit i rammeafgørelsen der peger på, at den skal finde anvendelse på netop kartelvirkksomhed, så dette må bero på en fortolkning af betingelserne.

4.2.1 Kriminel organisation

Som nævnt må det bero på en fortolkning hvorvidt kartelvirkksomhed kan defineres som en kriminel organisation jf. rammeafgørelsen og dermed kan begå handlinger, der opfylder betingelserne for udelukkelse jf. § 135, stk.1, nr. 1.

Det fremgår af rammeafgørelsens artikel 1, at ”kriminel organisation” er defineret som (mine fremhævninger og tal-nummereringer ad. 1-6 der behandles straks nedenfor):

*”en **struktureret sammenslutning**¹ af en **vis varighed**² bestående af **mere end to personer**³, der handler i forening **med henblik på at begå strafbare handlinger**⁴, som kan straffes med en frihedsstraf eller en sikkerhedsforanstaltning af en maksimal varighed på **mindst fire år eller en strengere straf**⁵, for direkte eller indirekte at **opnå en økonomisk eller anden materiel fordel**⁶”.*

Det ligges uden videre til grund, at karteller kan opfylde ad. 2, 3 og 6, om end lovbemærkningerne ifht. ad. 6 indledningsvis nævner de helt klassiske krimelle handlinger der kan opfylde betingelsen såsom tyveri, underslæb, mandatsvig, afpresning, åger, skyldnersvig af særlig grov beskaffenhed og røveri.

Ad. 1, 4 og 5 diskuteres straks nedenfor.

Ad. 1 er defineret i rammeafgørelsen artikel 1, nr. 2 som (mine fremhævninger og tal-nummereringer ad. 1a og 1b der behandles straks nedenfor):

*”en sammenslutning, der **ikke er vilkårligt dannet**^{1a} **med henblik på umiddelbart at begå en strafbar handling**^{1b}, hvis medlemmers roller ikke nødvendigvis er formelt defineret, hvis sammensætning ikke nødvendigvis er fast, og hvis struktur ikke nødvendigvis er nærmere fastlagt”.*

Sammenslutningen skal være dannet ud fra en bevidst aktiv indsats (ad. 1a), med kriminelle handlinger tilknyttet i umiddelbar forlængelse af denne dannelse (ad. 1b). Kartelvirkksomhed der er opstået i forbindelse med lovlige formål f.eks. erfa-grupper, VL-grupper, networking i brancheorganisationer el. lign. opfylder ikke denne betingelse. Det kan diskuteres hvorvidt, at kartellet først opstår, når den kriminelle mulighed opstår, og om sammenslutningen dermed overgår til at være en ny

²⁰ ATEA sagen der p.t. efterforskes af SØIK (<http://www.computerworld.dk/art/235573/ny-sigtelse-i-bestikkelsessag-atea-betalte-privat-tur-til-dubai>) med 6 sigtede personer.

sammenslutning, der er dannet med disse kriminelle handlinger som formål. Udfra denne betragtning vil et kartel kunne opfylde betingelsen. Omvendt vil det gøre betingelsen lettere meningsløs idet betingelsen da altid vil være gældende.

Ifht. ad. 4 ("med henblik på at begå strafbare handlinger"). Ifht. karteller må det først og fremmest antages, karteldeltagere er vel vidende om, at samordnet praksis er strafbart. Det følger af principperne i den traktatfæstede konkurrenceret, at der ikke skelnes mellem om aftalerne potentielt ville kunne opnå en konkurrencebegrænse effekt, har et konkurrencebegrænsende formål eller faktisk opnår en konkurrencebegrænsende effekt uanset et lovligt formål (mine understregninger):

*TEUF, artikel 101, stk. 1. "Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for **det indre marked**, er uforenelige med **det indre marked** og er forbudt"*

Dette indebærer nødvendigvis ikke, at dette skal have effekt i de hensyn som udbudsretten varetager. Sammensmeltningen mellem de to juridiske områder er dog så tæt knyttet, at der her bør ligges vægt på de konkurrenceretlige principper i fortolkningsøjemed. Det må være en skærpende omstændighed, at de fysiske karteldeltagere er i en ledelsesmæssig position til at træffe beslutninger der faktisk kan påvirke konkurrencen, og dermed må tilskrives visse faglige kompetencer til at kende effekten og ulovligheden af konkurrencebegrænsende aftaler. Derfor bør de kunne drages til ansvar hvis tvivlen opstår – også i udbudsretlig sammenhæng.

Det må også være klart, at uagtet at foreningen af medlemmer er opstået af andre årsager (f.eks. simple branche- og interesseorganisationer, networking etc.), må selve kartelvirksomheden (arbejdet med konkurrencebegrænsende aftale) opfylde betingelsen.

Ad. 5 ("frihedsstraf eller en sikkerhedsforanstaltning af en maksimal varighed på mindst fire år eller en strengere straf") skal læses således, at den maksimale strafferamme for overtrædelsen skal være minimum 4 år. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler reguleres i Konkurrenceloven § 6, stk. 1 og 3, hvor strafferammen som udgangspunkt er bødestraf jf. § 23, stk. 1, nr. 1. Denne kan dog stige ved "grov beskaffenhed" til "indtil 1 år og 6 måneder" jf. § 23, stk. 3. Ifølge konkurrenceretten kan kartelvirksomhed derfor ikke udelukkes jf. Udbudsloven § 135. Straffelovens relativt nye § 299 c²¹ (indført senere end gældende udbudsdirektiv) foreskriver, at

§ 299 c. Med fængsel indtil 6 år straffes den, der under særlig skærpende omstændigheder indgår en kartelaftale omfattet af konkurrencelovens § 23, stk. 3. Som særlig skærpende omstændighed anses navnlig tilfælde, hvor overtrædelsen har haft et betydeligt omfang eller har været egnet til at medføre betydelig skade.

Hjemlen foreligger således ud fra straffeloven til, at tilbudsgiver der har udøvet særlig grov kartelvirksomhed kan udelukkes jf. rammeafgørelsen, at der foreligger en strafferamme indtil 4 år. Der er endnu ikke er ifaldet dom jf. straffeloven § 299 c, og højeste straf for kartelvirksomhed jf. konkurrencelovens § 23 har været bødestraf²².

²¹ Indsat ved lov nr. 1385 af 23/12/2012.

²² 10 mio. kr. til virksomheden og 25.000 kr. til ledende medarbejder. Bødeforlæg ved SØIK mod Elindco Byggefirma SØK-91250-00004-10 3. november 2014.

Denne betragtning er naturligt nok også medtaget i lovbemærkningerne til § 135: *”Det vil i sådanne tilfælde ikke være afgørende, for om udelukkelse skal finde sted, om den konkrete handling er henført under bestemmelsen med den skærpede strafferamme (§ 299 c, red.). Som følge heraf vil overtrædelser af konkurrencelovens § 23, stk. 1, eller stk. 3, kunne medføre udelukkelse, hvis de øvrige betingelser er opfyldt”.*

Det er dybt problematisk, at lovgiver ikke går i dybden med ”de øvrige betingelser” i rammeafgørelsen, men umiddelbart blot antager, at de er opfyldt. Reglerne i det nye direktiv og nyere rammeafgørelse ifht. gældende udbudsdirektiv og oprindelige rammeafgørelse er reelt uændret, men det anbefales jf. lovbemærkningerne, at anvendelsen ændres væsentligt.

Af lovmærkningerne til straffeloven § 299 c²³ fremgår det, at denne skal anvendes ved særligt skærpende omstændigheder ”hvor overtrædelser har haft et betydeligt omfang eller tilfælde, hvor overtrædelserne har været egnede til at medføre betydelig skade”. Det fremgår også, at et andet hensyn bag bestemmelsen er ”De øgede efterforskningsskridt, som bestemmelsen giver politiet mulighed for at anvende”. Det fremgår ikke af bemærkningerne hvorvidt loven tilsigter at lukke et hul ifht. udbudsretten, eller på anden måde gør opmærksom på denne effekt. Dette vil ikke være afgørende for vurderingen, men det kunne have været et positivt argument for, at lovgiver ønsker at ændre på retstilstanden for så vidt angår udbudsretten.

Det er svært at forestille sig – i dansk sammenhæng – grovere kartelvirksomhed end den der allerede er set i Det Store Byggekartel, hvor det ikke blev straffet jf. straffeloven.

Det er derfor problematisk, at lovgiver jf. lovbemærkningerne vil indplacere kartelvirksomhed dømt efter konkurrenceloven under § 135, stk. 1.

Af præamblet til rammeafgørelsen fremgår det, at formålet er, at ”bekæmpe grænseoverskridende organiseret kriminalitet” (1. betragtning), ”bekæmpelse af terrorisme og andre former for grov kriminalitet” (2. betragtning), ”Denne rammeafgørelse bør således omfatte forbrydelser, der typisk begås inden for en kriminel organisation” (3. betragtning), hvilket peger på den mere klassiske kriminelle bande- og mafialignende aktivitet. 3. betragtning peger dog også på ”forbrydelser, som er specifikt nævnt i traktaterne” (3. betragtning), hvilket bl.a. kunne være konkurrencemæssige hensyn, men det er altså ikke kernen jf. ordlyden.

Det kan diskuteres – om end dette ligger udenfor nærværende afgrænsning – hvorvidt rammeafgørelsen er den del af dansk ret ifht. retsforbeholdet. Umiddelbart må svaret være, at denne rammeafgørelse ikke er undtaget som følge af retsforbeholdet, da den vedtaget med hjemmel i TEUF art. 29, 31 og 34 (traktatens tredje del, afsnit II), mens retsforbeholdet vedrører traktatens tredje del, afsnit V. Bemærk dog, at f.eks. direktivet om strafferetlig bekæmpelse af svig rettet mod EU’s finansielle interesser er vedtaget med henvisning til TEUF artikel 83, stk. 2 vedr. minimumsregler for strafbare handlinger²⁴. Dette er principielt set også hvad rammeafgørelsen tilsigter at opnå jf. dennes artikel 3, hvor medlemsstaterne forpligtes til, at sikre de nødvendige strafferammer. Rammeafgørelsen kunne i den henseende lige så godt, være vedtaget med hjemmel i TEUF artikel 83, stk. 2, og dermed en del af retsforbeholdet.

²³ Lovforslag nr. L 41 af 26. oktober 2012 ”Lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven”, side 25-26.

²⁴ Det fremgår dog af betænkning 2012/0193(COD), at det oprindeligt var med henvisning til TEUF art. 294, stk. 2 og særligt 325, stk. 4.

Med ovenstående formålsfortolkning anvendt på betragtningerne ad. 1 og ad. 5, som viste sig problematiske ifht. at omfatte karteller, synes betingelsen om den kriminelle organisation sammenfattende at omfatte den klassiske organiserede kriminalitet, hvis primære økonomiske indtægter foregår ved kriminelle aktiviteter (f.eks. salg af narkotika) udøvet gennem kriminelle handlinger (f. eks. vold og afpresning).

Det vurderes derfor, at rammeafgårelsen ikke kan udgøre den nødvendige hjemmel til, at karteldeltagere idømt efter konkurrenceloven fremover vil kunne udelukkes jf. § 135, stk. 1, nr. 1. Det kan dog ikke udelukkes, at karteldeltagere der er blevet straffet jf. straffeloven § 299 c og som opfylder de øvrige betingelser jf. rammeafgårelsen, særlig ifht. organisationen, vil kunne udelukkes jf. § 135, stk. 1, nr. 1.

4.2.2 Kriminel handling

Af rammeafgårelsens artikel 2, der henvises til i Udbudsloven § 135, stk. 1, nr. 1, fremgår det hvilke kriminelle handlinger der er omfattet. Dette tolkes af ”dennes almindelige kriminelle virksomhed” jf. 1. punktum, at litra a omfatter den ”klassiske” kriminelle organisation. Litra b omfatter *”handling begået af en person bestående i en aftale med en eller flere personer om at udføre en handling, når denne handling, såfremt den udføres, vil være ensbetydende med, at der begås strafbare handlinger”*. Denne betingelse er mere lempelig at opfylde.

Det må antages ud fra ordlyden, at alene aftalen om, at indgå kartel og selvsagt også indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler, udgør fuldbyrdelsesmomentet for, at blive opfyldt betingelsen, og dermed udelukkelsesgrunden, f.eks. gennem fastsættelse af købs- og salgspriser jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1 eller opdeling af markeder jf. nr. 3, der ikke i sig selv fører til konkurrencebegrænsende aktivitet. Ud fra denne position er det således ikke nødvendigt, at aftalerne gennemføres eller resulterer i en konkurrencebegrænsende effekt i markedet, og dermed opfylder kartelvirksomhed betingelserne for den kriminelle handling.

Rammeafgårelsens artikel 5 forlænger udstrækningen af artikel 2 således, at juridiske personer kan holdes ansvarlige for handlinger omfattet af artikel 2, men udelukker ikke jf. stk. 3, at fysiske personer samtidig kan holdes ansvarlige. Dette princip ses iøvrigt gennemført i praksis i konkurrenceretten, hvor der i forømtalte ”Det store byggekartel” både er udstedt bøder til ledende medarbejdere og virksomheden.

Der er ikke forskel på direktivet og gennemførelsen i Udbudsloven § 135, stk. 1, nr. 1, og bestemmelsen adskiller sig heller ikke væsentlig fra gældende ret. Retstilstanden vil dog potentielt kunne ændre sig på baggrund af retspraksis, såfremt Klagenævnet for Udbud ligger lovbemærkningerne til Udbudsloven til grund for en ny praksis. Dette gælder, hvis der kommer sager, hvor der er sket udelukkelse af karteldeltagere jf. § 135, på baggrund af dom jf. konkurrenceloven § 23, stk. 1 eller 3.

Det forventes næppe, at retspraksis kommer til at ændre sig, og retstilstanden må derfor antages at være uforandret med implementering af Udbudsloven for så vidt angår dømte karteldeltagere jf. konkurrenceloven. Der mangler fortsat kendelser ifht. udelukkelse med henvisning til straffeloven § 299 c, men da denne mulighed også har eksisteret i gældende direktiv via straffeloven siden 2012, er dette også en fortsættelse af nuværende retstilstand.

4.3 Bestikkelse jf. § 135, stk. 1, nr. 2

Det nye direktivs artikel 57, stk. 1, litra b minder meget om gældende direktivs artikel 45, stk. 1, litra b idet referencerne (til retsakter, fælles aktioner, rammeafgørelser og konventioner) er ændret/opdateret. Desuden er der tilføjet, at også bestikkelse jf. nationale definitioner, både hos ordregivende myndighed og hos tilbudsgiver, er gældende. Dermed lukkes evt. huller i lovgivningen, når alle potentielle definitioner medtages.

I konkurrenceretten og udbudsretten er bestemmelsen relevant, idet opnåelse af markedspositioner gennem bestikkelse vil kunne tilsidesætte hele formålet med udbud: Det offentlige organ ville ikke opnå samme besparelser, da det potentielle provenu opnået gennem effektivisering helt eller delvist ville blive delt mellem den korrupte offentlige medarbejder og den private virksomhed, på bekostning af den offentlige myndighed og samfundet. Der ville også blive skabt et meget uigennemsigtigt forhandlingsmiljø i strid med både de udbudsretlige bestemmelser og de grundlæggende EU principper. Derfor er det ekstremt relevant, at imødegå bestikkelse, og derfor er det en obligatorisk udelukkelsesgrund jf. Udbudsloven § 135, stk. 1, nr. 2.

Artiklen er gennemført således (mine fremhævninger):

§ 135. En ordregiver **skal** udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ved **endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for**

2) **bestikkelse** som defineret i artikel 3 i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, som involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater, og artikel 2, stk. 1, i Rådets rammeafgørelse 2003/568/RIA af 22. juli 2003 om bekæmpelse af bestikkelse i den private sektor (EU-Tidende 2003, nr. L 192, side 54) og bestikkelse som defineret i den nationale ret i ansøgerens eller tilbudsgiverens medlemsstat eller hjemland eller i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret,

I gældende direktiv findes lignende bestemmelse i artikel 45, stk. 1, litra b med henvisning til Rådets fælles aktion 98/742/RIA af 22. december 1998 og uforandret til konventionen om bekæmpelse af bestikkelse. 2003/568 RIA er dog allerede ikrafttrådt pr. 22. juli 2003, da det fremgår af dennes artikel 8, at 98/742/RIA ophæves. Der er ikke bemærkning om, at henvisninger til den forældede rammeafgørelse betragtes som henvisninger til 2008/841/RIA, som det ses i rammeafgørelse 2008/841/RIA. I stedet stilles der krav om implementering af den nye rammeafgørelse senest 2 år efter ikrafttrædelsesdatoen jf. artikel 9, stk. 1. Den manglende smidighed med denne metode er evident: Gældende udbudsdirektiv er uforandret med denne henvisning og implementeringsbekendtgørelsen tager heller ikke højde for denne ændring, selvom der er sket ændringer i loven flere gange og senest i 2011. Mange udbudsbekendtgørelser henviser stadig til den nu historiske 98/742/RIA i forbindelse med tro- og loveerklæring, f.eks. i Region Syddanmark nuværende udbud 10 år senere. Virkningen har dog ringe betydning, da bestemmelsen henviser til en definition man stadig kan finde og aflæse – ugyldig bestemmelse eller ej. Det forventes, at henvisningerne med den nye Udbudslov vil blive opdateret i alle led af værdikæden.

Rammeafgørelsen regulerer alene og explicit den private sektor jf. artikel 2 ”Aktiv og passiv bestikkelse i den private sektor” og af præamblets nr. 10 ”Målet for denne rammeafgørelse er navnlig at sikre, at såvel aktiv som passiv bestikkelse i den private sektor er strafbart i alle medlemsstater, at også juridiske personer kan holdes ansvarlige for disse lovovertrædelser”. Rammeafgørelsen regulerer altså ikke den situation, hvor en privat virksomhed yder bestikkelse til ansvarlige for ud-

bud. Bestemmelsen regulerer alene situationer hvor private aktører – også i strid med loyalitetspligt jf. markedsføringsloven § 19 – indbyrdes korrumpere hinanden, og dermed også sætter konkurrencen i markedet ud af kraft, og derfor er uønsket som udbudsdeltager.

Den lidt upræcise henvisning til ”konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, som involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater” henviser til Rådets retsakt af 26. maj 1997. Deraf gælder følgende definition jf. artikel 3 (mine fremhævnings):

*Artikel 3: Aktiv bestikkelse. 1) I henhold til denne konvention betragtes det som aktiv bestikkelse, at **en person med forsæt**, direkte eller gennem tredjemand, lover eller **yder en tjenestemand en fordel**, uanset dennes art, for ham selv eller for tredjemand, for at **han i strid med sine officielle pligter** foretager eller undlader at foretage en handling, der er omfattet af vedkommendes hverv eller udøvelsen heraf.*

Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor en tilbudsgiver gennem bestikkelse søger at opnå en konkurrencemæssig fordel, og dermed hindrer både konkurrencen og formålet med udbud.

Bestemmelsen kræver, at tilbudsgiver er dømt eller har modtaget bødeforlæg for forseelsen. I dansk ret er det alene straffeloven, og dermed ved de almindelige domstole, at kan forseelsen sanktioneres, selvom der er en vis kobling til konkurrenceretten som nævnt. Der er således ikke en ”blød” mellemvej med administrativ afgørelse ved konkurrencemyndighederne, som det ses for kartelvirk-somhed. Det er straffelovens §§ 122 (aktiv bestikkelse), 144 (passiv bestikkelse) og 299, stk. 2 (returkommission) der hjemler bøde og fængselsstraf, der kvalificerer tilbudsgiveren til at blive udelukket pga. bestikkelse jf. § 135. Straffen er bøde eller fængsel op til 6 år for aktiv og passiv bestikkelse, og op til 4 år for returkommission.

Gældende direktivs artikel 45, stk. 1, litra b, er videreført i det nye direktiv og gennemført i Udbudsloven med meget få og ubetydelige ændringer, og denne bestemmelse vil ikke medføre ændringer i retstilstanden efter 1/1-2016.

4.4 Personelmæssig udelukkelse jf. § 135, stk. 2

Det nye direktivs artikel 57, stk. 1, 2. afsnit, er gennemført ved Udbudsloven § 135, stk. 2. Bestemmelsen sikrer dels, at indflydelse fra dømte personer jf. stk. 1, ikke får mulighed for at præge andre virksomheders (loyale/korrekte/lovlige) tilgang ved tilknytning hertil, og dels at undgå omgåelse af en dom ved at oprette nye juridiske personer. Dermed skabes der identitet mellem fysiske personer og de juridiske personer de repræsenterer, hvad enten det er direkte gennem ledelsen (bestyrelse, direktion eller tilsynsråd) eller indirekte ved, at have beføjelser til repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger. Dette defineres her som ”personelmæssig udelukkelse”.

Artiklen er gennemført således i Udbudsloven (mine fremhævnings):

*§ 135, stk. 2. Ordregiveren **skal** udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, når **en person**, der er **dømt ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg** for de handlinger, som er nævnt i **stk. 1**, er **medlem** af ansøgerens eller tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd. Ordregiveren **skal** ligeledes udelukke en ansøger eller tilbudsgiver,*

*hvis den dømte person har **beføjelse til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger** i ansøgerens eller tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd.*

Bestemmelsen gælder således ("som nævnt i stk. 1") de ovenstående situationer (kriminel virksomhed og bestikkelse) og bør derfor behandles, for at afdække den totale virkning af bestemmelserne.

I gældende direktiv findes lignende bestemmelse i artikel 45, stk. 1, 4. afsnit, men dette har været "*Afhængig af den nationale lovgivning*" og således har det ikke været et krav til den nationale lovgivning. I det nye udbudsdirektiv er formuleringen derimod "*Forpligtelsen til at udelukke*" og gennemført i Udbudsloven med formuleringen "Ordregiveren skal udelukke" og dermed krav om obligatorisk vurdering ifb.m. udbuddet.

Bestemmelsen må ses som udtryk for ønske om en præventiv stramning i fællesskabsretten således, at fysiske personer sanktioneres effektiv, hvis de har været ansvarlig for at bringe tilbudsgiver ind i en obligatorisk udelukkelsesgrund. Der gælder nemlig ikke en tilsvarende bestemmelse for direktivets frivillige udelukkelsesgrunde som gennemført i § 136 og § 137.

Det er den fysiske person der skal være idømt personligt for at forhold, og det er således ikke nok, at denne har siddet i ledelsen i en virksomhed, hvor den juridiske person har været dømt ved bøde for de i § 135, stk. 1 nævnte forhold.

Modsat § 135, stk. 1, nr. 1 og 2, som denne bestemmelse udvider området for, er der her tale om en stramning ifht. nuværende retstilstand, da det nu er obligatorisk at udelukke juridiske personer, som har fysiske personer tilknyttet – enten som ledelsesmæssigt ansat eller med tilsvarende beføjelse – som er dømt for de nævnte forhold.

Bestemmelsen er gennemført på lige niveau som i direktivet med de terminologiske justeringer som den danske udbudslov anvender.

4.5 Undtagelse af hensyn til væsentlige samfundsinteresser jf. § 135, stk. 5

Direktivets artikel 57, stk. 3 fastsætter, at obligatoriske udelukkelsesgrunde *undtagelsesvis* kan tilsidesættes af væsentlige samfundsinteresser. Denne værdispringsregel (konflikten mellem udelukkelse i udbud og de samfundsmæssige hensyn) gennemføres i Udbudsloven således (mine fremhævninger):

*§ 135, stk. 5. Ordregiveren kan af hensyn til **væsentlige samfundsinteresser** undlade at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der er omfattet af stk. 1-3.*

"*Undtagelsesvis*" er slettet i gennemførelsen i Udbudsloven. Dette tillægges ikke nogen materiel værdi, da der i begrebet *hensyn til væsentlige samfundsinteresser* ligger et implicit proportionalitetsprincip der kræver, at der skal være en vis kvalifikation for at reglen kan anvendes, hvorfor det altid vil være en undtagelsesbestemmelse.

I det nye udbudsdirektiv er der medtaget eksempler "*såsom folkesundheden eller beskyttelse af miljøet*". Udeladelsen af disse ikke-udtømmende eksempler i Udbudsloven ændrer ikke på indholdet ifht. direktivet.

I gældende direktiv artikel 45, stk. 1, 3. afsnit, kan de obligatoriske udelukkelsesgrunde undtages "*ud fra bydende hensyn til almenvellet*". Ændringen i ordvalget medfører ingen ændring i indholdet og dermed retstilstanden.

Som det fremgår er lovbemærkningerne til bestemmelsen, er det en konkret vurdering og det kan ”eksempelvis være hensynet til sundhed, sikkerhed, offentlig orden eller miljøbeskyttelse”. Formålet er, at den bedst egnede eller måske eneste egnede kandidat *fagligt* set – til trods for illoyale handlinger – ikke bliver udelukket fra et udbud når det er bydende nødvendigt, f.eks. hvis der skal leveres medicin i en katastrofesituation, leveres vagtpersonel under et terrorangreb eller imødegåelse af en overhængende miljøkatastrofe. I disse tilfælde tillægges samfundsmæssige hensyn mere værdi end udbudsretlige hensyn. Der må dog gælde et proportionalitetsprincip for udbuddet således, at opgavens omfang begrænses og afgrænses, så ikke-dømte tilbudsgivere får bedst mulige vilkår til at byde i øvrigt.

Det nye udbudsdirektiv viderefører reglen fra det gældende direktiv i samme omfang. Dermed er der også tilsvarende mulighed for anvendelse af denne undtagelsesregel, hvorved dette ikke påvirker retstilstanden for så vidt angår § 135, stk. 1.

4.6 Delkonklusion

Som udgangspunkt vil kartelvirksomhed ikke kunne opfylde betingelserne for at blive udelukket obligatorisk jf. § 135, stk. 1, nr. 1, til trods for lovgivers positive vurdering heraf. Det forventes ikke, at Klagenævnet for Udbud vil tillægge lovbemærkningerne særligt fortolkningsmæssig vægtning til at retspraksis vil ændres. Det er dermed diskutabelt hvorvidt bestemmelsen egentlig varetager et konkurrencemæssigt hensyn, idet det dog ikke udelukkes, at karteldeltagere straffet jf. straffeloven § 299 c og opfylder de øvrige betingelser jf. rammeafgåelsen vil kunne udelukkes jf. § 135, stk. 1, nr. 1.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde af konkurrencemæssige hensyn (grov kartelvirksomhed og bestikkelse) er videreført fra gældende udbudsdirektiv til det nye udbudsdirektiv. Den danske Udbudslov gennemfører disse bestemmelser i samme omfang som direktivet og dermed er retstilstanden som udgangspunkt videreført i uforandret form.

Indførelsen af personelmæssig udelukkelse vil ændre retstilstanden idet der nu skabes identitet mellem en overtrædelse og den ansvarlige person, hvilket bør give en præventiv effekt. Det er jo fysiske personer der skal træffe de illoyale valg. En bøde kan nok betales, men hvis den fysiske persons fremtidige beskæftigelse og karriere i mange år vil være hindret negativt i at deltage på ledelsesmæssigt topniveau i virksomheder der deltager i udbud, ville det være et stærkt incitament til at undgå illoyal adfærd. Bestemmelsen er gennemført meget tekstnært ifht. direktivet.

Slutteligt er undtagelsesbestemmelsen jf. § 135, stk. 5 gennemført meget tekstnært jf. direktivet, som viderefører retstilstanden fra gældende direktiv.

5. Obligatorisk udelukkelse pga. interessekonflikt og rådgiverinhabilitet jf. Udbudsloven § 136

Bestemmelser om frivillige udelukkelsesgrunde findes i direktivets artikel 57, stk. 4. I dette speciale har litra c, d, e og f interesse af konkurrencemæssige hensyn. Disse emner er hhv. tilbudsgivers integritet, konkurrencefordrejning, interessekonflikt jf. direktivets art. 24 og rådgiverinhabilitet jf. direktivets art. 41.

Indledningsvist konstateres en væsentlig ændring i systematikken: I det nye udbudsdirektiv ses emnerne behandlet i artikel 57, stk. 4, litra a-i i 3. niveau ifht. ”hovedbestemmelsen” (art. 57) med alfabetiske betegnelser, mens de i Udbudsloven for det første er splittet op i to forskellige ”hovedbestemmelser” i § 136 og § 137, og for det andet er blevet opdelt som obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 136 (se nærmere i afsnit 5.1.4) og frivillige udelukkelsesgrunde i § 137 (kapitel 6), og for det tredje er udelukkelsesgrundene beskrevet i 2. niveau under ”hovedbestemmelsen”, og for det fjerde er anført med tal-nummerering. Direktivets art. 57, stk. 3, litra e, f og h bliver implementeret via § 136, mens litra c og d bliver implementeret via § 137, stk. 3 og 4.

Dette gør det umiddelbart svært at genkende udbudsdirektivets bestemmelser i Udbudsloven, hvad enten man f.eks. savner art. 57, stk. 4, litra e, f og h sammen med litra a-d, g og i, eller ser, at ”kan” i direktivet er blevet til ”skal” i Udbudsloven, eller helt tredje indgangsvinkler for at finde de relevante bestemmelser.

Der opdeles i denne fremstilling efter samme systematik, således at der i dette kapitel behandles direktivets artikel 57, stk. 4, litra e og f, mens litra c og d behandles i kapitel 6.

Der er ikke en undtagelsesbestemmelse til § 136, som § 135, stk. 5 for de andre obligatoriske udelukkelsesgrunde jf. § 135, stk. 1-3, selvom disse udelukkelsesgrunde nu også er obligatoriske. I direktivet gives alene mulighed for eksplicit og kun undtagelsesvist mulighed for at fravige artikel 57, stk. 1 og 2 jf. artikel 57, stk. 3, så der ikke tekstnær hjemmel til anden implementering end den dansk lovgiver har valgt. Det kan synes åbenbart urimeligt, at udelukkelsesgrundene der er obligatoriske i direktivet kan fraviges, mens de frivillige udelukkelsesgrunde der valgfrit kan implementeres som obligatoriske ikke kan derogeres. Dette kan ligne en mangel i direktivet og vil blive diskuteret yderligere i afsnit 5.1.3 vedr. ligebehandlingsprincippet og afsnit 5.1.4 vedr. bestemmelsens karakter som obligatorisk.

5.1.1 Direktivets bestemmelser

Udbudsloven § 136, nr. 1 og 2 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 4, litra e og f (mine fremhævninger):

*Artikel 57, stk. 4. De ordregivende myndigheder **kan** udelukke, **eller medlemsstaterne kan kræve**, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:*

*e) hvis en **interessekonflikt** som defineret i artikel 24 ikke kan afhjælpes effektivt med andre mindre indgribende foranstaltninger*

*f) hvis en **forvridning af konkurrencen** fra den forudgående inddragelse af de økonomiske aktører i forberedelsen af udbudsproceduren, som omhandlet i artikel 41, ikke kan afhjælpes med andre mindre indgribende foranstaltninger*

§ 136, nr. 1 bliver behandlet i afsnit 5.2, mens nr. 2 bliver behandlet i afsnit 5.3.

Det bemærkes indledningsvist, at direktivets ”kan” er blevet implementeret til et ”skal” i Udbudsloven, så det er blevet en obligatorisk udelukkelsesgrund i dansk ret, og det der i direktivet hedder ”forvridning af konkurrencen” er blevet til ”konkurrencefordrejning” i Udbudsloven – altså samme begreb som § 137, stk. 1, nr. 4, hvilket kan give anledning til forvirring. Også derfor er det hensigtsmæssigt, at kalde konkurrencefordrejningen jf. § 136, nr. 2 for ”rådgiverinhabilitet”.

Udbudsloven § 136, nr. 1-2 indeholder ikke definitioner og betingelser for udelukkelse, men henviser derimod til andre bestemmelser: Således er nr. 1 med reference til Udbudsloven § 24, nr. 18 vedr. interessekonflikter, og nr. 2 er med reference til § 39 vedr. rådgiverinhabilitet ved indledende markedsundersøgelser.

Dog gælder der for begge bestemmelser en undtagelse, således at de kun er skal anvendes ”i forhold til det pågældende udbud ikke kan afhjælpes effektivt med mindre indgribende foranstaltninger”, idet ”effektivt” kun er gældende for rådgiverinhabilitet. Dette er lidt pudsigt, idet tilføjelsen af *effektivt* i direktivet er indsat for interessekonflikt og *ikke* for rådgiverinhabilitet. I lovbemærkningerne er dette *effektivt* medtaget for begge bestemmelser, så det kan tyde på, at dette er en mindre ”snuble-fejl” i Udbudsloven der har forskudt ordets placering, og ikke indeholder nogen forskel af fortolkningsmæssig værdi.

5.1.2 Interessekonflikt og rådgiverinhabilitet i gældende udbudsdirektiv

I det gældende udbudsdirektiv findes der bestemmelser vedr. frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 45, stk. 2, men netop litra d-f er nye bestemmelser.

Disse emner har været – og er indtil implementeringen af direktivet eller Udbudslov – et retstomt område for så vidt angår retsregler, men det er blevet gjort til genstand for meget retspraksis ved både EU-domstolen og Klagenævnet for Udbud. Det er interessant at se, om de nye regler vil ændre på denne retspraksis og dermed ændre retstilstanden.

5.1.3 Ligebehandlingsprincippet og proportionalitet

Det fremgår af bemærkninger til lovforslaget, at udelukkelsesgrundene i § 136 skal ske ”under overholdelse af og hensyntagen til principperne, jf. § 2, herunder proportionalitetsprincippet”. Det fremgår endvidere explicit afledt af § 39, stk. 1, 3. punktum mf. § 136, nr. 2 at denne skal ”sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet”.

Når ligebehandlingsprincippet explicit nævnes og der henvises til proportionalitetsprincippet, må det være et udtryk for, at det skøn der skal anlægges, skal være indenfor den fortolkningsmæssige afgrænsning jf. disse principper. Principperne skal naturligvis altid overholdes og dermed principielt set unødvendigt at nævne i bestemmelsen.

5.1.4 Obligatorisk ctr. frivillig udelukkelsesgrund

§ 136 er med ordlyden af ”ordregiver skal udelukke” blevet en obligatorisk udelukkelsesgrund. I det nye udbudsdirektiv § 57, stk. 4 er formuleringen ”kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve”, og minimumsharmoniseringen kræver derfor, at disse gennemføres som frivillige udelukkelsesgrunde i fællesskabsretten, men kan også gennemføres som obligatoriske. Dansk lovgiver har valgt at benytte sig af denne mulighed på tre bestemmelser som gennemført i § 136, nr. 1-3. Det fremgår ikke af bemærkningerne hvorfor lovgiver har taget dette valg, men blot at der er tale om en ændring ifht. direktivets ordlyd. Af Udbudslovsudvalgets rapport side 718 fremgår det imidlertid, at det anbefales, at gøre artikel 57, stk. 4, litra e, f og h obligatoriske som følge af, at ligebehandlingsprincippet alligevel vil medføre en pligt til udelukkelse.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget § 136, at ”ordregiveren har bevisbyrden for, at der foreligger en interessekonflikt, der ikke effektivt kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger”²⁵.

Til trods for ordlyden af ”skal” og deraf afledt definition af bestemmelsen som obligatorisk udelukkelsesgrund kan det diskuteres om det reelt forholder sig således.

Det taler nemlig for, at § 136 fortsat har en vis frivillighed modsat de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, der behandler nogle specifikke situationer. Det fremgår af både § 136, nr. 1 og 2, at ordregiver kun skal udelukke såfremt proportionalitetsprincippet er overholdt (se 5.1.3). Der er dermed lagt op til at skøn i bestemmelsen om vurderingen skal foretages. Derudover er det indlagt en elastik i de bestemmelser der fastsætter de nærmere kriterier for udelukkelsesårsagen. I § 39 mf. § 136, nr. 1 er der både mulighed for profylaktisk at undgå rådgiverinhabilitet ved at ”træffe passende foranstaltninger” jf. § 39, stk. 2, og i § 4 mf. § 136, nr. 2 skal ordregiver træffe ”passende foranstaltninger”.

Det taler derimod for, at § 136 reelt er underlagt en strammere forpligtelse til at udelukke, idet hensynene er underlagt de traktatfæstede principper – herunder særligt ligebehandlingsprincippet. Dette vil medføre, at ordregiver reelt set altid er forpligtet til at udelukke på denne baggrund – uanset om udelukkelsesgrundene var implementeret som obligatoriske eller frivillige.

Tilbage står en diskussion om to ord der er videreført fra gældende udbudsret (obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde), der måske ikke helt passer § 136 situationerne. Det er derfor passende at disse udelukkelsesgrunde er henført til sin egen selvstændige bestemmelse, som måske fortjener sin egen definition. I Udbudslovsudvalgets rapport skrives der, at sondringen ikke er ”helt skarp”²⁶. Sanchez beskriver disse bestemmelser som ”hybrid”²⁷, hvilket synes som en passende betegnelse jf. ovenstående diskussion.

Ifht. diskussionen om manglende mulighed for derogation for § 136 udelukkelsesgrunde (afsnit 5 indledningsvist) medfører ovenstående betragtninger, at § 136 reelt aldrig vil kunne fraviges. Dog vurderes det fortsat, at direktivet lider af en mangel der giver muligheden for derogere for så vidt angår andre frivillige udelukkelsesgrunde end de i Udbudsloven § 136, nr. 1-2 nævnte.

5.2 Interessekonflikt jf. Udbudsloven §§ 4 og 24, nr. 18

§ 136. En ordregiver **skal** udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at

1) en **interessekonflikt**, jf. § 24, nr. 18, i forhold til det pågældende udbud ikke kan afhjælpes effektivt med **mindre indgribende foranstaltninger**,

§ 24, nr. 18 definerer interessekonflikt som

*Situationer, hvor en **person hos en ordregiver eller hos en indkøbsrådgiver**, der handler på vegne af ordregiveren, og som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren, eller som kan påvirke resultatet af proceduren, har en **direkte eller indirekte** finansiell, økonomisk eller anden **personlig interesse**, der kan antages at bringe den pågældendes **upartiskhed og uafhængighed** i forbindelse med udbudsproceduren i*

²⁵ Side 151 nederst vedr. § 136, nr. 1, og side 151 2. kolonne vedr. nr. 2, samt side 152 1. kolonne vedr. nr. 3.

²⁶ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, s. 715.

²⁷ Indlæg på How To Crack a Nut blog 18. maj 2015, indledningsvist.

<http://howtocrackanut.blogspot.dk/2015/05/exclusion-grounds-under-reg-57-public.html>

*fare. Interessekonflikter kan også opstå, hvor en økonomisk aktør har **modstridende interesser**, som kan påvirke kontraktens opfyldelse i negativ retning.*

Denne interessekonflikt er af almindelig karakter, hvor den særlige rådgiverinhabilitet er reguleret i § 136, nr. 2 jf. § 39 – se straks nedenfor i afsnit 5.3. Desuden fremgår det af Udbudsloven § 4 – der implementerer det nye udbudsdirektivs art. 24, 1. afsnit – at ordregiver er forpligtet til at træffe passende foranstaltninger der forhindrer interessekonflikter.

Med *almindelig karakter* menes en person hos ordregiver eller rådgiver, der er involveret i udbudsprocessen kan blive personligt påvirket af udbuddets resultatet. Omfanget af bestemmelsen er bred; både direkte og indirekte involveret i processen, og direkte eller indirekte påvirket af resultatet for udbuddet er omfattet.

Som anført i lovbemærkningerne ligger forpligtelsen jf. § 39 i, at ordregiver skal ”træffe passende foranstaltninger” i generelle forretningspolitikker og ikke så meget ifht. den enkelte konkrete udbudsprocedure, hvor § 136, nr. 2 jf. § 39, stk. 2 vil være relevant.

5.2.1 Retspraksis

Retspraksis ved Klagenævn for udbud har bevæget sig fra en meget restriktiv tilgang til at vurdere sagerne mere konkret.

I sagen HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S²⁸ fra 2010 er det knap godtgjort, hvorvidt der faktisk forelå interessekonflikt i den pågældende situation. I præmissen konstateres det blot, at virksomhederne (rådgiver og vinder af udbuddet) var 100% ejet af Dalgasgroup A/S og at ”Det må endvidere lægges til grund, at virksomhederne har et indbyrdes forretningsmæssigt samarbejde af ikke ubetydeligt omfang” og derfor, at ”Indklagede handlede herved i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2”. Annulteration af udbuddet fandtes derfor godtgjort.

I 2014 kom der mere argumentation på banen i sagen Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus²⁹. Her var der hverken tale om organisatorisk eller finansiel relation mellem rådgiver og tilbudsgiver, men derimod en i øvrigt tæt faglig relation. Klagenævnet udtaler ”Et sådant samarbejde medfører som det klare udgangspunkt ikke i sig selv afhængighed mellem virksomhederne”. Hass & Berg var derfor berettiget som prækvalificeret til udbuddet.

Det nye udbudsdirektiv og Udbudslov giver mulighed for, at træffe præventive foranstaltninger jf. Udbudsloven § 4, og giver en vis adgang til et tæt samarbejde uden at det medfører udelukkelse med ”mindre indgribende foranstaltninger” end udelukkelse jf. § 136, nr. 1. Sammenholdt med den lovfæstede adgang til dialog gennem markedsundersøgelser jf. § 39, synes seneste retspraksis at være kodificeret i udbudsdirektivet og Udbudsloven, og retstilstanden vil derfor reelt være uændret. Der eksisterer dog en speciel udelukkelsesgrund ifht. rådgiverinhabilitet.

5.3 Rådgiverinhabilitet jf. Udbudsloven § 39

§ 136, nr. 2 tager udgangspunkt i den forvriddning af konkurrencen der er omhandlet i § 39.

²⁸ Klagenævnet for Udbud kendelse af 6. august 2010.

²⁹ Klagenævnet for Udbud kendelse af 30. september 2014.

Der har været en generel tilbageholdenhed ved, at ordregiver gennemfører en dialog med markedet ifb.m. med udformning af udbuddet. Dette kan dels skyldes, at der ikke har været bestemmelser der regulerer hvordan denne adgang skal foregå korrekt, og dels, at de gældende bestemmelser peger på, at sådan en dialog er problematisk ifht. principperne for ligebehandling og gennemsigtighed. I enhver anden kommerciel sammenhæng (læs: I ”det private”) vil det nærmest være utænkeligt ikke at foretage sådan en undersøgelse af markedet før taktikken eller strategien for videre fremdrift fastlægges.

Når der ikke har eksisteret en fastlagt processuel adgang til dialog er det forståeligt, at den enkelte ordregiver – som ikke nødvendigvis er jurist eller har let adgang til en jurist – er tilbageholden ved at gennemføre en sådan dialog med risiko for at begrænse egne muligheder i ansøgerfeltet pga. indtrædelse i en inhabilitets-situation.

I gældende direktiv er der kun påkrævet og reguleret adgang til *påkrævet* dialog ifb.m. med afhjælpning og reparation. Så sent som 27. maj 2015 udtaler Klagenævnet for Udbuds i sagen Annelise Küsel mod Morsø Kommune, at kommunen var forpligtiget til at indgå dialog, idet de ”ikke at have efterprøvet oplysningen” (Annelise Küselers påstand om manglende teknisk kapacitet hos udbudsvinderen).

Udbudsloven § 39 beskriver denne adgang explicit, og § 136, nr. 2 beskriver gennem udelukkelse konsekvensen hvis denne dialog overskrider de principper der skal overholdes.

- § 136. En ordregiver **skal** udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at*
*2) en **konkurrencefordrejning** som omhandlet i § 39 som følge af den forudgående inddragelse af de økonomiske aktører i forberedelsen af udbudsproceduren i forhold til det pågældende udbud ikke kan afhjælpes med **mindre indgribende foranstaltninger***

Bemærk dobbeltkonfekten af ordlyden ”mindre indgribende foranstaltninger” i både § 136, nr. 2 og § 39, stk. 3 – sidstnævnte dog med tillæg af reference til ligebehandlingsprincippet. I det hele taget kunne stk. 3 juridisk set udelades, men bestemmelsen sikrer dog synligheden af denne kritiske kobling. Det fremgår ikke af lovbemærkningerne hvordan bestemmelsen materielt adskiller sig fra § 136, nr. 2 og hvorfor den er medtaget. Af bemærkningerne til lovforslaget³⁰ fremgår det endvidere, at § 138 (se kapitel 7) skal iagttages, hvorved tilbudsgiver skal have mulighed for at godtgøre, at der ikke foreligger konkurrencefordrejning *inden* udelukkelse må finde sted. Denne kobling er lige så vigtigt som referencen til § 136, nr. 2 i § 39, stk. 3, men altså udeladt i bestemmelsen.

Bemærk også ændringen i systematikken, hvor § 39 gennemfører direktivets art. 40 og 41. Her samles to hovedbestemmelser i direktivet til én hovedbestemmelse i Udbudsloven.

5.3.1 Retspraksis

I sagerne ved EU-Domstolen C-21/03 og 34/03 Fabricom³¹ måtte medlemsstaten Belgien ikke ligge objektiv inhabilitet til grund ved deltagelse i forberedende arbejde. Fabricoms rådgivning ifb.m. byggeri medførte objektiv udelukkelse i udbuddet jf. Belgisk lov, hvilket i sig selv var i strid med fællesskabsretten. ”Ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet”, jf. pr. 27.

³⁰ Lovforslaget side 85, 4. afsnit.

³¹ EU-Domstolen dom af 3. marts 2005. Fabricom SA mod Belgien.

Derfor kan det synes underligt, at Klagenævnet for Udbud i 2006 i sagen Hedeselskabet Miljø og Energi A/S³² (3 år efter EU-dommen) betragter forholdene med et meget begrænset perspektiv. Klagenævnet udtaler ”Udbyderne har ved EU-udbud pligt til at undlade at tage tilbud fra en virksomhed, der har udført forberedende arbejde, i betragtning, hvis udførelsen af det forberedende arbejde har givet virksomheden en konkurrencefordel”. Det er ikke godtgjort i kendelsen hvori den egentlige konkurrencefordel lå, idet der var tale om et relativt begrænset skitsearbejde, som dog muligvis tidsmæssigt gav indklagede en lille fordel. Det blev heller ikke vurderet hvorvidt tidsperspektivet i udbuddet forhindrede de øvrige tilbudsgivere i at afgive et optimalt tilbud på niveau med rådgivervirksomheden.

Mere nuanceret blev det i 2007 i LSI Metro Gruppen sagen³³, hvor de 3 medlemmer af Klagenævnet ligger hver deres vurdering til grund.

Et medlem udtaler, at ”Det er min vurdering, at der ikke i relation til indholdet og kvaliteten af arbejdet i Fase 1, som de 3 konsortier skal give tilbud på, foreligger nogen konkurrencefordel”. Et andet medlem udtaler i tråd hermed, at ”den konkurrencemæssige fordel, som konsortium 1. City Ring Culsultants og konsortium 5. Rambøll Atkins Konsortiet har opnået (...) ikke i praksis vil have nogen betydning under det iværksatte udbud med forhandling”.

Det tredje og sidste dissenterende medlem italesætter tidsbesparelsen og adgangen til dokumenterne som argument for, at der er handlet i strid med ligebehandlingsprincippet: ”Tidsbesparelsen vil for de nævnte ressourcepersoner indebære en formodning for en konkurrencefordel” og at ”indklagede ikke har givet tilbudsgiverne adgang til de dokumenter, der konstituerer den særlige viden”. Denne udtalelse synes i tråd med og nærmest kodificeret i § 39, stk. 2, nr. 1 og 2, og i § 136, nr. 2 (direktivets art. 57, stk. 4, litra f) som den mindre indgribende foranstaltning ifht. adgangen til dokumenterne. Udfaldet kan derfor tænkes anderledes efter implementeringen Udbudsloven, hvorved to af medlemmerne formentligt vil nå frem til samme konklusion, og dermed andet udfald af dommen.

§ 39, stk. 2, nr. 1 og 2 synes at kodificere dissenterende medlems betragtninger i sagen 2007 i LSI Metro Gruppen i Klagenævnet for Udbud ifht. hhv. at lade udvekslingen mellem økonomisk aktørs involvering og ordregiver indgå i udbudsmaterialet jf. nr. 1, og at fastsætte tidsfristerne, så involverende aktør ikke opnår effektivt forspring i processen jf. nr. 2.

Ordregiver har dog jf. retspraksis fået en mere ”betydelig skønsmargin” ifht. 2007 kendelsen som det udtales i sagen 2010 Danske Arkitektvirksomheder³⁴. Udenrigsministeriet havde prækvalificeret en virksomhed som bistod med behovsanalyse og senere tildelt kontrakten til denne. Klagenævnet udtaler ”det forhold, at en virksomhed har ydet rådgivning i forbindelse med undersøgelser forud for udbuddet, ikke i sig selv medfører, at virksomheden afskæres fra efterfølgende at afgive tilbud” og ”Efter Klagenavnets praksis har ordregiveren en betydelig skønsmargin”.

En tilføjelse kom i 2011 Yit A/S³⁵ da Klagenævnet giver indklagede medhold i dennes påstanden om, at eventuelle konkurrencefordele var udjævnet pga. offentliggørelse af materialet og forlængelse af tidsfristen. Dette er et udtryk for samme princip som der nu ses i Udbudsloven § 136, stk. 2 om ”mindre indgribende foranstaltninger”.

Klagenavnets praksis og principper jf. ovenfor blev også grundlaget for kendelse i 2014 H. Skjøde Knudsen A/S³⁶.

³² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 2006.

³³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007. Stadfæstet i Østre Landsret 18. september 2009.

³⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010.

³⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2011.

³⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014.

Da Udbudsloven § 136, nr. 2 således er i særdeles god overensstemmelse med Klagenævnets praksis, og at den nye bestemmelse synes at kodificere Klagenævnets retspraksis, må retstilstanden forventes at være uforandret efter implementeringen af Udbudsloven på dette område.

Med et mere klart regelsæt ifht. ordregivers udelukkelsesforpligtelse og tilbudsgivers positive adgang til markedsundersøgelse må det antages, at der vil blive skabt flere situationer der påkræver opmærksomheden. Det antages, at ordregiver kommer til tage stilling til flere udelukkelser, og der kan komme flere tilfælde, hvor tilbudsgivere vil blive inviteret ind til dialog. Dette vil være en ændring af den procedure der gennemføres på grundlag af dette nye regelsæt, og dermed forandre retstilstanden.

5.4 Delkonklusion

De nye regler ifht. interessekonflikter og rådgiverinhabilitet er tråd med den hidtidige retspraksis der har udfyldt det regeltomme område, og det kan derfor ikke forventes, at der på denne baggrund vil blive ændret på retstilstanden efter implementering af Udbudslovens § 136, nr. 1 og 2. Der er snarere tale om en kodifikation af hidtidig retspraksis. Da reglen nu er nedskrevet ved lov, sammenholdt med at det er blevet en klar forpligtelse (hvor det tidligere fulgte af ligebehandlingsprincippet), kan det dog have en væsentlig indflydelse på omfanget af udelukkelser pga. interessekonflikter og rådgiverinhabilitet. Dette skal dog også ses i sammenhæng med den positive adgang som direktivet gennemfører ifht. markedsundersøgelser jf. § 39.

Implementeringen af det nye udbudsdirektiv art. 57, stk. 4, litra e og f er med ovenstående begrundelse implementeret på samme niveau i dansk ret som i fællesskabsretten (med undtagelse af den lille detalje med flytningen af *effektivt* mellem de to bestemmelser), og forskellene forventes ikke at ændre på retstilstanden i dansk udbudsret, idet hjemlen dog bør medføre, at flere ordregivere vil vurdere udelukkelsesgrunden.

Alene den omfattende ændrede systematik gør det svært at finde den direkte kobling mellem det nye udbudsdirektiv og Udbudsloven som fremsat.

6. Frivillig udelukkelse pga. alvorlig forsømmelse og konkurrencefordrejning jf. Udbudsloven § 137

Udbudsloven § 137 behandler de frivillige udelukkelsesgrunde og gennemfører direktivets artikel 57, stk. 4, litra a-d, g og i.

I gældende direktiv findes bestemmelser om frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 45, stk. 2. Dog er situationerne ændret væsentlig – gældende bestemmelser falder bort eller er væsentligt ændret, og nye situationer er omfattet.

To situationer der varetager konkurrencemæssige hensyn er direktivets artikel 57, stk. 4, litra c og d vedr. alvorlige forsømmelser og indgåelse af aftaler mhb. på konkurrencefordrejning (mine fremhævninger):

*Artikel 57, stk. 4. De ordregivende myndigheder **kan** udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:*

- c) hvis den ordregivende myndighed med **ethvert passende middel kan vise**, at den økonomiske aktør **i forbindelse med udøvelsen** af erhvervet har begået **alvorlige forsømmelser**, der sår tvivl om dennes integritet*
- d) hvis den ordregivende myndighed har **tilstrækkelig plausible indikationer** til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på **konkurrencefordrejning***

I direktivet angives frivilligheden udfra fra, at de ordregivende myndigheder ”*kan*” udelukke. Dette er også tilfældet i gældende direktiv. I Udbudsloven er frivilligheden anført ved, at ”ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen” underforstået, at såfremt at ordregiver *frivilligt kan ønske* at udelukke i en af de i nr. 1-7 givne situationer ved anførelse udbudsbekendtgørelsen. Dermed fortæller lovgiver samtidig, at der er krav til både form og proces såfremt ordregiver ønsker at benytte sig af udelukkelsesgrunden, hvilket er en yderst hensigtsmæssigt gennemførelse, når bestemmelsen skal anvendes i praksis.

Artikel 57, stk. 4, litra c, genkendes delvist fra det eksisterende direktivs artikel 45, stk. 2, litra c og d. Denne bestemmelse vil blive gennemgået straks nedenfor.

Artikel 57, stk. 4, litra d er ny og det bliver spændende at se, hvorledes Klagenævnet for Udbud tolker de mange sondringer der skal foretages. Nedbrudt i enkeltord: Hvornår er noget *tilstrækkeligt* ifht. bevisbyrden? Hvornår er noget *plausibelt* nok? Hvad er en *indikation* ifht. effekten? Hvornår kan der så *konkluderes*? Hvad skal der til før der er tale om en *aftale* i denne sammenhæng? Udover de sproglige tolkninger af disse ord er det særligt vigtigt, at der fastlægges hvad der menes med *konkurrencefordrejning* i denne bestemmelse. Hvornår kan man sige, at det var med *henblik på* konkurrencefordrejning? Disse begreber vil blive vurderet i afsnit 6.2 og særligt afsnit 6.2.2 vedr. tilstrækkelig plausible indikationer.

6.1 Alvorlig forsømmelse jf. § 137, stk. 1, nr. 3

Elementerne fra artikel 57, stk. 4, litra c, genkendes fra gældende direktivs artikel 45, stk. 2, litra c og litra d. Bestemmelserne lyder således:

Artikel 45, stk. 2. Fra deltagelse i en udbudsprocedure **kan** udelukkes enhver økonomisk aktør:

- c) som ved en **retskraftig dom** ifølge landets retsfor skrifter er **dømt for en strafbar handling**, der rejser tvivl om den pågældendes **faglige hæderlighed**
- d) som i **forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl**, som de ordregivende myndigheder **bevisligt har konstateret**

Det fortolkes, at gældende direktivs betingelse om tvivl om tilbudsgivers ”faglige hæderlighed” jf. litra c er videreført som tvivl om tilbudsgivers ”integritet” i det nye direktiv, mens der ikke stilles krav om retskraftig dom for en strafbar handling.

Kravet om en ”alvorlig fejl” i forbindelse med udøvelsen af erhvervet jf. litra d er videreført som ”alvorlige forsømmelser” i det nye direktiv. ”Bevisligt har konstateret” er videreført af krav om ”ethvert passende middel kan vise” i det nye direktiv.

Artikel 57, stk. 4, litra c er gennemført således i Udbudsloven jf. § 137, stk. 1, nr. 3 (mine fremhævninger):

- § 137. En ordregiver **skal anføre i udbudsbekendtgørelsen**, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis
- 3) ordregiveren **kan påvise**, at ansøgeren eller tilbudsgiveren **i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser**, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens **integritet**

Udbudsloven gennemfører betingelsen om ”ethvert passende middel kan vise” som ”kan påvise”. Ellers er bestemmelsen gennemført meget tekstnært.

Det fremgår af lovbemærkningerne til Udbudsloven, at disse alvorlige forsømmelser kan være overtrædelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, overtrædelse af skatteregler, immaterialretligheder og konkurrencereglerne, hvilket er en betingelse som kartelvirksomhed umiddelbart kan opfylde. Endvidere fremgår det, at forsømmelser jf. § 135, stk. 1, men hvor der endnu ikke er faldet endelig dom også opfylder betingelsen.

Da der er nær sammenhæng mellem gældende direktiv og det nye direktiv kan retspraksis vedr. gældende direktiv hjælpe til fortolkning af bestemmelsens indhold. Det følger af sene afgørelser ved EU-domstolen dom C-465/11 Forposta og ABC³⁷, præmis 27, at gældende direktiv artikel 45, litra d fortolkes bredt:

*”begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og **ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik** for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, **eller ved en retskraftig dom**”*

Dommen blander dog lidt litra c og d sammen, da der med ”fagetik” mere peger på begrebet ”faglige hæderlighed” jf. litra c, og konstaterer, at det også kunne være ved retskraftig dom, som igen er en betingelse hentet direkte fra litra c. Dommen bemærker dog også jf. præmis 28, 2. pkt., at den primære forskel mellem de to bestemmelser netop er den retskraftige dom.

³⁷ C-465/11 Forposta og ABC af 13. december 2012.

På baggrund af Forposta-dommen fastslå EU-domstolen i sagen C-470/13 Generali³⁸ vedr. vertikale konkurrencebegrænsende aftaler, præmis 35, at:

*”Under disse omstændigheder (Forposta-dommen, red.) må det fastslås, at **begåelsen af en overtrædelse af konkurrencereglerne** – navnlig hvor der er blevet pålagt en sanktion for denne overtrædelse i form af en bøde – **udgør en udelukkelsesgrund, som falder ind under artikel 45, stk. 2, litra d)**, i direktiv 2004/18”*

Heraf følger, at enhver overtrædelse af regler og forpligtelser indenfor hvervet, samt overtrædelse af konkurrencereglerne opfylder betingelsen jf. artikel 57, stk. 4, litra c som gennemført i Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3, da denne viderefører de væsentlige betingelser fra gældende direktiv og deraf statueret retspraksis. Det må derfor også antages, at kartelvirkksomhed også fortsat opfylder betingelsen.

Det må anbefales, at såfremt ordregiver vil anvende § 137, stk. 1, nr. 3 som udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen, at det konkretiseres specifikt for udbuddet aht. gennemsigtighedsprincippet hvad ordregiver ligger vægt på. Derved vil tilbudsgiver kende præcist hvilke egnethedskriterier der er gældende, og ordregiver ville vide præcist hvordan disse kriterier skal vurderes, samt giver Klagenævnet for Udbud mulighed for ultimativt at kunne tage påstande under bedømmelse i en evt. klagesag.

Bevisbyrden er blevet mere lempelig, idet en retskraftig dom fortsat vil tjene som egnet middel som bevis, men der stilles ikke krav herom. Det fremgår af lovbemærkningerne, at andre afgørelser, voldgiftskendelser og udenretlige forlig og at dokumentation også kan tjene som bevis. Bevisbyrden er dog noget tungere at løfte, end kravet om ”tilstrækkelige plausible indikationer” der følger af den nye bestemmelse § 137, stk. 1, nr. 4 vedr. aftaler med henblik på konkurrencefordrejning.

6.2 Konkurrencefordrejning jf. § 137, stk. 1, nr. 4

Artikel 57, stk. 4, litra d er gennemført således i jf. § 137, stk. 1, nr. 4 (mine fremhævninger):

§ 137. En ordregiver **skal anføre i udbudsbekendtgørelsen**, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis
4) ordregiveren har **tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere**, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået **en aftale** med andre økonomiske aktører **med henblik på konkurrencefordrejning**

Bestemmelsen er gennemført helt identisk efter direktivet. Begrebet konkurrencefordrejning er ikke defineret i hverken direktiverne eller udbudsloven.

6.2.1 Konkurrencefordrejning

I § 137 og i lovbemærkningerne er der ikke nærmere angivet hvad der menes med konkurrencefordrejning om end begrebet anvendes flittigt. Dermed beskriver lovgiver ikke hvilken situation man ønsker at imødegå. Det er her særligt interessant, at undersøge hvorvidt karteldannelse opfylder betingelserne for konkurrencefordrejning efter § 137, stk. 1, nr. 4.

³⁸ C-470/13 Generali af 18. december 2014

I traktaten anvendes konkurrencefordrejning i TEUF artikel 107 vedr. forbud mod statsstøtte ”som fordrejer eller truer med at *fordreje* konkurrencevilkårene”, hvilket er videreført i konkurrencelovens § 11 a om konkurrenceforvridende støtte. Dette kan dog næppe være situationen i § 137.

Begrebet anvendes snævert i § 136, nr. 2, hvor der peges på markedsundersøgelsessituationen jf. § 39, hvorfor begrebet i § 136, nr. 2 er lettere at anvende (se afsnit 5.3) grundet sit afgrænsede indhold.

Konkurrenceforvridning anvendes som synonym for konkurrencefordrejning, som det ses i direktivet artikel 57, stk. 4, litra f ”*forvridning* af konkurrence” der gennemføres som ”konkurrencefordrejning” jf. Udbudsloven § 136, nr. 2.

I gældende udbudsdirektiv artikel 32, stk. 2, sidste punktum fremgår det, at ”De ordregivende myndigheder må ikke misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller *fordrejes*”. Dette er et udtryk for ligebehandlingsprincippet hvorved, at rammeaftale ikke må (mis)bruges til at undgå eller omgå udbud. Dette synes dog heller ikke, at være situationen i § 137.

Konkurrencefordrejning anvendes i EU-retten i forlængelse af ligebehandling- og gennemsigtighedsprincipperne. I C-336/12 Manova, præmis 28 (min fremhævnings):

*”Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til **en ufordrejet konkurrence** i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf”.*

Begrebet ses også i mere specifikke konkurrencebegrænsende elementer f.eks. C-267/91 og C-268/91 Keck, 4. præmis vedr. *forbud mod videresalg med tab* hvorved ”fransk lovgivning vil kunne medføre en fordrejning af konkurrencen”. Tilsvarende situation ses i konkurrencelovens § 6, stk. 2 om konkurrencebegrænsende aftaler.

I Klagenævnet for Udbud kendelse 14.10.2014 Grontmij A/S hvor tilbudsgiver ikke må opnå ”en *konkurrenceforvridende* fordel gennem muligheden for at undlade medtagelse af transitionsomkostninger, hvilket kan være skadende for konkurrencen i udbuddet og i strid med ligebehandlingsprincippet”.

I kendelse 13.04.2011 Assemble vedr. fremsendelse af nyt bilagsdokument efter tidsfrist, hvor Klagenævnet vurderer, at det ikke var ”afgørende for forståelsen af e-Boks’ tilbud, og korrektionen af den åbenlyse og ikke væsentlige fejl kunne derfor ske uden at *forrykke* den konkurrencemæssige situation mellem tilbudsgiverne”. Dette følger også af Manova-dommen præmis 32.

Begrebet konkurrencefordrejning spænder således meget vidt og bredt; alt fra problematikker vedr. markedsundersøgelser, tilladelse af visse materialer (ikke væsentlige bilag) efter tilbudsfrist, understøttelse af de konkurrencebegrænsende situationer, og til at understøtte de bærende traktatprincipper om ligebehandling og gennemsigtighed. Et fælles lighedspunkt er dog, at begrebet konkurrencefordrejning naturligvis varetager konkurrencemæssige hensyn, hvilket i høj grad også omfatter kartelvirkomhed.

Begrebet indeholder dermed dårligt noget bidrag til at forstå, hvilken betingelsen tilbudsgiver skal opfylde, for at befinde sig i situationen. Af bestemmelsen fremgår det, at der skal ”indgået en aftale med andre økonomiske aktører”. Dette kan det næppe forstås anderledes end en horisontale eller

vertikale aftaler i strid med konkurrenceretten. Sammenholdt med et konkurrencemæssigt hensyn må kartelvirksomhed derfor være omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4 q.e.d.

Andre aftaler der kan medføre konkurrencefordrejning også opfylder betingelsen. Der vil her kunne tages udgangspunkt i konkurrenceretten, hvorved aftaler omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 2, formentlig vil opfylde betingelsen og selvfølgelig særligt § 6, stk. 3 vedr. aftaler inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis. Det vurderes dog, at det skal være på en form som rammer kartel, eller kartellignende virksomhed. Da karteller også vil kunne være omfattet af § 137, stk. 1, nr. 3 med stramme krav til bevisbyrde, må konkurrencefordrejning jf. nr. 4, derfor være *lex specialis* *ctr.* alvorlige forsømmelser som således er *lex generalis* for overtrædelse af konkurrenceloven.

Sanchez læser bestemmelsen i sammenhæng med OECD's "Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement"³⁹ og vurderer bestemmelsens anvendelsesområde meget snævert⁴⁰. OECD's anbefaling har endnu ikke fået en dansk oversættelse mens de lidt ældre "Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb" fra februar 2009 dog behandler emnet. Udfra Sanchez' fortolkning, sigter bestemmelsen alene at udelukke karteldeltagere.

Hvis dette er tilfældet kan det undre, at det ikke fremgår af klar tekst i hverken Udbudsloven eller lovbemærkningerne dertil, at bestemmelsen omfatter "kartelvirksomhed, "samordnet praksis" el. lign. Det kan dog antages, at udgangspunktet for bestemmelsen netop har været karteller, men direktivet søger ikke at indskrænke bestemmelsen alene hertil, og anvender derfor det mere brede "konkurrencefordrejning". Oprindeligt forslag til nyt udbudsdirektiv⁴¹ understøtter dog ikke dette, idet forslaget artikel 22 om ulovlig adfærd bruger samme ordlyd "aftaler med andre ansøgere og tilbudsgivere med det formål at fordreje konkurrencen".

6.2.2 Tilstrækkelige plausible indikationer

Når det således er slået fast, at kartelvirksomhed vil være omfattet af bestemmelsen, skal det vurderes hvilket grundlag udelukkelse skal vurderes på.

Lovbemærkningerne giver nogle få anvisninger til hvordan reglen skal forstås: Det er ordregiver der skal "godtgøre, at der er tilstrækkelige plausible indikationer" og at denne *godtgørelse* er en mere lempelig bevisbyrde at løfte ifht. de øvrige bestemmelser, hvor ordregiver skal *påvise*. Dernæst skrives der, at "Det vil være tilstrækkeligt, hvis ordregiver fremlægger dokumentation, der *troværdigt indikerer*, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale" (min fremhævnings) og at dette eksempelvis kan være, at der er rejst tiltale. Det må umiddelbart antages, at være korrekt, at en tiltale opfylder kriterierne, men det er problematisk, at lovgiver anvender begrebet der skal defineres (indikere) til at definere begrebet selv (indikation), og det er ydermere problematisk, at der indrages nyt begreb ifht. *troværdigt*. Her ville det have været klædeligt med konkrete anvisninger f.eks. i bestemmelsen med en ikke-udtømmende opremsning af situationer hvor kriterierne er opfyldt.

Det må selvfølgelig i sidste ende være op til retspraksis, at angive rammerne for vurderingen, men her forsøges at give nogle fortolkningsbidrag til, hvorledes reglen kan fortolkes.

³⁹ Af 17. juli 2012. <http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

⁴⁰ "Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing" af Dr. Alberg Sanchez Graells, s. 109: "In my opinion, this new ground for exclusion is excessively limited and, given the gravity of bid rigging, it should be a ground for the mandatory exclusion of the offenders"

⁴¹ KOM(2011) 896 endelig 2011/0438 (COD) af 20. december 2011.

Tilstrækkelig plausibelt: Der må kræves en vis kvalifikation ifht. *sandsynligheden*. Det er utilstrækkeligt, at der er en vis sandsynlighed med en skønsmæssig værdiansættelse til 10% sandsynlighed. Det er her *tilstrækkeligheden* løfter kvalifikationen til, at det skal være *mere end 50% sandsynligt*, at tilbudsgiver skulle have indgået en konkurrenceforvridende aftale.

Indikation: Der må stilles krav til, at der forefindes *oplysninger*, og at disse er umiddelbart synlige på tidspunktet for udelukkelse. Det må antages, at ordregiver ikke hverken må eller kan iværksætte en undersøgelse for, at opsøge sådanne indikationer, f.eks. ved at forhøre branchen eller øvrige konkurrenter om der kunne være noget ”smuds” på tilbudsgiveren. Oplysningerne forefindes f.eks. hvis andre offentlige myndigheder har iværksat undersøgelser, eller at ordregiver selv ser en systematik i, hvilke tilbudsgivere der deltager (og vinder) i udbuddene og selv anmoder f.eks. SØIK om at undersøge forhold. Det kan også være igennem tæt dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen der modtager tips om karteller o.lign.

I lovbemærkningerne fremgår det, at den konkurrencebegrænsende aftale ikke nødvendigvis skal vedrøre det konkrete udbud, men også kan vedrøre tidligere udbud.

Adgangen er uden tvivl blevet lettere til at udelukke tilbudsgivere hvad enten der er på baggrund af kartelvirkomhed eller andre illoyale handlinger omfattet af konkurrenceretten. Dette vil derfor medføre en ændring af retstilstanden, når ordregivere forventeligt kommer til i øget omfang, at udelukke med henvisning til enten § 137, stk. 1, nr. 3 eller 4.

Det må derfor være gældende, at (og *de lege ferenda* kunne supplere lovteksten):

Der skal forefindes oplysninger der med overvejende sandsynlighed konkluderer, at tilbudsgiver har indgået en konkurrencefordrejende aftale. Som oplysninger kan f.eks. anvendes,

- undersøgelser iværksat af offentlige myndigheder,
- undersøgelser iværksat af ordregiver,
- oplysninger ifb.m. tidligere udbud, eller
- tiltale rejst mod tilbudsgiver

6.3 Udelukkelse af karteller jf. § 137, stk. 1, nr. 3 eller 4

Det blev vurderet, at både § 137, stk. 1, nr. 3 og 4 kan udgøre hjemmel til, at udelukke tilbudsgivere, der har deltaget i kartelvirkomhed. Bevisbyrden er mere lempelig jf. nr. 4, og da sanktionen vil være den samme – udelukkelse fra udbuddet – må nr. 4 betragtes som en *lex specialis* regel, der særligt søger, at sanktionere karteldeltagere gennem udelukkelse i udbud i overensstemmelse med OECD’s anbefaling. Det vil ikke kunne betegnes som en fejl, hvis ordregiver udelukker karteldeltagere med henvisning til alvorlig forsømmelse, hvis tilbudsgiver opfylder betingelserne og bevisbyrden kan løftes herfor.

6.4 Delkonklusion

Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3 og 4 varetager en række konkurrencemæssige hensyn. Nr. 3 må betragtes som en *lex generalis* hvor en række alvorlige forsømmelser opfylder betingelsen for udelukkelse, herunder konkurrenceretlige hensyn, mens nr. 4 er *lex specialis* designet til at lempe bevisbyrden med henblik på at udelukke karteldeltagere.

Det anbefales, at ordregiver konkretiserer hvorledes § 137, stk. 1, nr. 3 skal anvendes som udelukkelsesgrund i den konkrete udbudsbekendtgørelsen så vidt muligt aht. gennemsigtighedsprincippet.

Derved vil alle parter – tilbudsgivere, ordregiver og evt. Klagenævnet for Udbud – kende de konkrete egnedskriterier og handle derefter.

Begge bestemmelser er gennemført meget tekstnært ifht. direktivet, så retspraksis fra EU-domstolen vedr. disse bestemmelser vil kunne hjælpe med fortolkningen af Udbudsloven.

Retstilstanden vil uden tvivl blive ændret med den nye Udbudslov som følge af disse to bestemmelser, da bevisbyrden dels er blevet mere lempelig for de alvorlige forsømmelser; kravet er reduceret fra dom til at ”påvise”. Dels er der medtaget ny bestemmelse om kartelvirkksomhed som konkurrencefordrejning med endnu mere lempelig bevisbyrde der blot kræver en tilstrækkelig plausibel indikation.

Det anbefales, at lovteksten vedr. kartelvirkksomhed som konkurrencefordrejning enten ændres til (de lege ferenda) eller suppleres af tekst, der præciserer kravene til bevisbyrden.

7. Self-cleaning jf. Udbudsloven § 138, stk. 1-4

Direktivets artikel 57, stk. 3 giver mulighed for at ordregiver kan derogere udelukkelse selvom betingelserne for udelukkelse er opfyldt ved at ”fremlægge dokumentation” af ”aktørens pålidelighed”. Denne proces kaldes også for self-cleaning. Ifølge Udbudslovsudvalget rapport er bestemmelsen inspireret af Tysk og Østrigsk praksis.

Artiklen er gennemført således i Udbudsloven (mine fremhævninger):

§ 138. En ordregiver **kan ikke udelukke** en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt **tilstrækkelig dokumentation** for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.

Stk. 2. Ordregiveren **kan alene udelukke** en ansøger eller en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, hvis ordregiveren **har meddelt** ansøgeren eller tilbudsgiveren, at den pågældende er omfattet af en udelukkelsesgrund, og ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke inden en af ordregiveren fastsat **passende frist** efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb har forelagt **tilstrækkelig dokumentation** for ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed.

Stk. 3. En ansøgers eller en tilbudsgivers **dokumentation** af pålidelighed **er tilstrækkelig**, når ansøgeren eller tilbudsgiveren

- 1) i fornødent omfang har dokumenteret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har **ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig** at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. §§ 135-137,
- 2) i fornødent omfang har **gjort indgående rede for forholdene** og omstændighederne gennem et **aktivt samarbejde** med undersøgelsesmyndighederne og
- 3) har truffet **passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger** for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Stk. 4. **Vurderer** ordregiveren, at ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed, jf. stk. 1, er **utilstrækkelig**, skal ordregiveren **begrunde** dette over for ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Ifht. systematikken havde det nok været passende at give reglen sin egen paragraf, idet § 138, stk. 5-6 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 7 om maksimal udelukkelse, der ikke udelukkende har forbindelse til self-cleaning. På samme måde som obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde også har selvstændige bestemmelser i Udbudsloven.

Sammenholdt med direktivet bemærkes det, at direktivets artikel 57, stk. 6, 3. afsnit (vurdering af grovhed) og 4. afsnit (udelukket ved endelig dom) ikke er gennemført tekstnært i Udbudsloven, og at Udbudsloven § 138, stk. 2 (meddelelse og passende frist) ikke er at finde i direktivet.

Disse tre emner vil straks nedenfor blive gennemgået (afsnit 7.1.1–7.1.3), hvorefter de egentlige handlinger om self-cleaning jf. Udbudsloven § 138, stk. 3 vil blive vurderet i afsnit 7.2.

7.1 Forskelligheder mellem direktivet og Udbudsloven

7.1.1 Vurdering af grovheden og omstændighederne vedrørende overtrædelsen

Direktivets artikel 57, stk. 6, 3. afsnit lyder (mine fremhævninger):

*De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en **begrundelse** for denne afgørelse.*

1. punktum i denne bestemmelse er medtaget i lovbemærkningerne⁴² næsten ordret, inklusive brugen af ordet ”omkring” der er dårligt dansk for enten ”om” eller her ”vedrørende”, og burde nok her være affattet med reference til direktivet; både aht. almindelig god akademisk praksis og den juridiske metode for at sikre hjemmel for kommentaren, der her bør tilsidesætte lovtraditionen.

Skønnet der her ligges op til i direktivet er gennemført ved den *vurdering* der ligges op til jf. Udbudsloven § 138, stk. 4, 1. punktum. Det anses ikke for uvæsentligt, at der tages hensyn til selve overtrædelsens grovhed og evt. særlige omstændigheder vedrørende overtrædelsen.

3. afsnit, 2. punktum, vedrører krav om begrundelse, hvor ordregiver ikke anser foranstaltningerne som tilstrækkelige. Dette synes også gennemført i Udbudsloven § 138, stk. 4, 2. punktum, men lovbemærkningerne anfører ikke hvorvidt denne gennemfører direktivets bestemmelse. Det antages – trods manglende anvisning lovbemærkningerne – at § 138, stk. 4 gennemfører artikel 57, stk. 6, afsnit 3.

7.1.2 Udelukket ved endelig dom

Direktivets artikel 57, stk. 6, in fine, lyder (mine fremhævninger):

*En økonomisk aktør, som **ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer** eller koncessionstildelingsprocedurer, er **ikke berettiget** til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af **dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning**.*

Denne bestemmelse bliver ikke gennemført ved Udbudsloven, og det fremgår ikke af lovbemærkningerne, hvorfor dette ikke er sket. For at forstå hvorfor må bestemmelsen analyseres nærmere.

Bestemmelsen må forstås således, at tilbudsgivere som ved dom, *udover* f.eks. bødestraf eller frihedsstraf er blevet pålagt, at stå udenfor udbud i en periode, ikke kan gøre brug af self-cleaning. Dommen tilsidesætter altså muligheden for self-cleaning. Direktivets tekst forudsætter altså, at domstolene skal tage stilling til en udelukkelsesperiode, også selvom sagen drejer som om udbudsret, f.eks. i en rent konkurrenceretlig sag.

Det er således *ikke* formålet, at fratage muligheden for self-cleaning tilbudsgivere, hvor det er overtrædelsen ved dom, der opfylder betingelsen for udelukkelse, f.eks. jf. § 135, stk. 1, nr. 2. Bestemmelsen vil da heller ikke give mening, da self-cleaning således aldrig vil kunne anvendes på § 135 forhold, når self-cleaning jo netop tilsigter anvendelsen på §§ 135-137 jf. § 138, stk. 1.

Sidste del af afsnittet angiver, at den kun har virkning i ”de medlemsstater, hvor dommen har virkning”. Dette giver anledning til nogle problematikker. Nationale tilbudsgivere der er udelukket som

⁴² Side 156, 2. kolonne, midten

straf, kan ikke deltage i samme udbud som andre internationale tilbudsgivere, men er samtidig berettiget til selv at deltage i internationale udbud (dog evt. under self-cleaning metoden). Dermed viger bestemmelsen fra ikke-diskriminationsprincippet, og den forhindrer samtidig, at den beskyttelse/sanktion der ligger i formålet med bestemmelsen bliver effektiv. Det er også problematisk hvis bestemmelsen ikke implementeres i medlemsstaterne; det kan jo anføres, at grunden til, at den ikke gennemføres er, at medlemsstaten positivt vil tilgodese egne nationale tilbudsgivere, ved ikke at hindre dem mere end højest nødvendigt.

Sanchez⁴³ beskriver artikel 57, stk. 6, in fine, som en manglende tiltro til self-cleaning processen og mener, at der altid bør være mulighed for self-cleaning eller andre muligheder for at derogere bestemmelsen. Kritikken lyder fra Sanchez således (mine fremhævninger):

This shows a lack of trust in self-cleaning measures and imposes exclusion as an irreversible sanction in the Member State adopting that decision (but, oddly, not in other Member States), which can sometimes disproportionately reduce competition (as well as creating a dual standard applicable in ‘domestic’ and ‘cross-border’ participation in procurement by that operator). Therefore, in my opinion, self-cleaning should also be available in these cases, which may justify a particularly tough approach to the evaluation of the sufficiency of the measures implemented by the economic operator. At least, an escape clause should exist in these cases to waive, substitute or defer the exclusion on grounds of public interest if having the economic operator excluded actually harms the interests of the contracting authority (which may be the case in highly concentrated or specialised markets).

Bestemmelsen er problematisk, og således skrives der også i en undersøgelse af det nye udbudsdirektiv foretaget af Public Procurement Network: ”apart from Norway and Poland that plan to transpose Art 57 (6) more or less ad verbum, the others still don’t know how”⁴⁴.

En årsag til, at afsnittet ikke er gennemført i dansk er, at det ikke forventes, at domstolene kommer til at tage stilling til udelukkelsesperiode jf. udbudsretten, og afsnittet derfor ikke får nogen praktisk betydning. Direktivet stiller ikke explicit krav om, at medlemsstaterne skal gennemføre foranstaltninger ved domstolene, der inkluderer stillingtagen til udelukkelse.

Det skal dog nævnes, at domstolene kan fradømme rettigheden til at drive virksomhed, hvorefter dette evt. vil kunne medføre udelukkelse jf. § 137, stk. 1, nr. 3, som dog er en frivillig udelukkelsesgrund.

Det vil selvfølgelig have været passende med en forklaring fra lovgivers side på dette komplekse spørgsmål i lovbemærkningerne, i stedet for at undvige diskussionen, der tilsyneladende kan skabe problemer i fællesskabsretten.

7.1.3 Meddelelse og passende frist

Der er i direktivet artikel 57, stk. 6, 3. afsnit, 2. pkt. krav om, at der skal ske begrundelse, såfremt foranstaltninger anses for utilstrækkelige. Dette krav er medtaget i Udbudsloven § 138, stk. 4, in fine.

⁴³ ”Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” af Dr. Alberg Sanchez Graells, s. 113.

⁴⁴ ”Comparative survey on the transposition of the new EU Public Procurement package” udgivet på Public Procurement Network (PPN) 1. juli 2014.

I Udbudsloven § 138, stk. 2, er det udgangspunktet, at det er ordregiver der skal nå frem til, at en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrund, og derefter giver tilbudsgiveren mulighed for at dokumentere sin pålidelighed *efter* ansøgnings- eller tilbudsfristen.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at § 138, stk. 2 er "et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget". Der er dog alene beskrevet, at det er indført på denne anbefaling, men ikke hvorfor lovgiver anser det som værende en god løsning, idet ordregiver skal afsætte ressourcer *under* udbudsproceduren til at behandle denne dokumentation. Dermed vil tilbudsgivere der i forvejen per definition har foretaget en illoyal handling (og dermed udelukkelse) påvirke udbudsprocessen negativt gennem denne forhaling og stille ressourcekrav fra ordregivers side – også til ulempe for de øvrige tilbudsgivere.

Der er dog i direktivet lagt op til et bredt skøn for implementeringen af procedurer jf. betragtning 102: "Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde". Derved er proceduren gennemført indenfor rammerne af direktivet.

7.2 Handlinger der dokumenterer pålidelighed jf. § 138, stk. 3, nr. 1-3

Den egentlige self-cleaning består af de i § 138, stk. 3, nr. 1-3 angivne handlinger; erstatning, redøgelse, samarbejde med myndighederne og har gennemført interne foranstaltninger.

De tre handlinger er kumulativt gældende, men er kun påkrævet i det omfang de hver især er relevante og dette kun for handlinger der er tilknyttet udelukkelsesgrunden. Nr. 1 og 2 skal anvendes "i fornødent omfang" og nr. 3 skal være passende foranstaltninger. Fornødent omfang fortolkes jf. lovbemærkninger som det tilbudsgiveren er blevet pålagt at gøre af myndighederne. Således er erstatning alene den der skal ydes hvis tilbudsgiver er blevet dømt eller gennem forlig har påtaget sig til at yde, hvor kvitteringen for indbetaling kan være dokumentation af pålidelighed.

Det "aktive" samarbejde med myndighederne betyder jf. lovbemærkningerne, at tilbudsgiver ikke må nægte udlevering af oplysninger, og heller ikke må forhindre undersøgelsesmyndighedernes arbejde. Erklæring fra den pågældende myndighed om dette kan være dokumentation af pålidelighed.

De interne foranstaltninger kan jf. lovbemærkninger være afbrydelse af samarbejdet med personer incl. juridiske personer der har været involveret i handlingen, intern omstrukturering og kontrolsystemer eller revisionsstruktur, samt gennemførelse af interne retningslinjer. Det fremgår ikke hvad dokumentationen kan være, men det antages, at det kunne være erklæring (evt. som tro- og loverklæring jf. Udbudsloven § 153, stk. 2) fra tilbudsgivers ledelse, direktion eller bestyrelse, der beskriver forholdene, men endnu bedre vil det nok være, at få lavet en revisionsrapport på det.

Det må kritiseres, at der ligges så lidt vægt på tilbudsgivers eget initiativ til at rense sig selv. Det der i stk. 3, nr. 2 beskrives et "aktivt samarbejde" med myndighederne tolkes ud fra lovbemærkningers indhold som en ganske passiv indsats ved alene at gøre det, som myndighederne beder om.

Det vil således kunne tænkes, at tilbudsgivere der er omfattet af en udelukkelsesgrund, men som ikke har påtaget sig eller idømt forpligtelser efter § 138, stk. 3, nr. 1-3, således er renset alene på denne baggrund, og dermed ikke kan udelukkes. Der vil således være udelukkelsesgrunde, som reelt er uden virkning. Mere ekstremt vil det være tilfældet, hvor en tilbudsgiver har opnået tiltale-

frafald for kartelvirksohmhed jf. konkurrencelovens § 23a ved at angive de øvrige karteldeltagere. Dermed har denne tilbudsgiver gennem dette tiltalefrafald bevis for, at denne er *compliant* med § 138, stk. 3, nr. 1-3, men samtidigt er det jo bevis for, at tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrund jf. § 137, stk. 1, nr. 4, da § 23a frafald jo er betinget af, at tilbudsgiver har været en del af kartellet.

Der er fravær af krav om en reel aktiv indsats i stedet for gennem en *ekstraordinær* indsats (udover det ved dom pålagte), for at sikre sig selv bedre rettigheder, og derigennem motivere til at sikre sig en bedre kommerciel position i udbud.

Som Udbudsloven er nu jf. lovbemærkningerne, så bør de fleste kunne dokumentere deres pålidelighed, hvis de blot handler udfra det de allerede er blevet pålagt, og som må være udgangspunktet, at tilbudsgiver i forvejen ville gøre. Dog kan det antages at denne proces hos tilbudsgiver accelereres med udsigt til at kunne deltage i udbud, når dette er gennemført.

7.3 Delkonklusion

Gennemførelse af direktivets 57, stk. 6 introducerer et nyt element i udbudsretten og dette bevirker selvklaert en ændring af retstilstanden. Måden det er gennemført er langt fra tekstnært, og fraviger i væsentlig grad strukturen i direktivet. Dette betyder i sig selv ikke, at gennemførelsen ikke er sket i overensstemmelse med direktivet. Grovhedsskønnet der ligges op til i direktivets 3. afsnit er gennemført i kravet om ordregivers vurdering jf. § 138, stk. 4 med en implicit forventning om, at dette sker under skøn.

Det kan være mere problematisk når der ved danske domstole ikke idømmes udelukkelse, idet dette kan tolkes som en underimplementering af direktivets artikel 57, stk. 6, in fine. Danske tilbudsgivere vil således altid være berettiget til at gøre brug af self-cleaning metoden, da disse ikke kan idømmes en udelukkelse ved domstolene.

Gennemførelsen af self-cleaning er gjort mere lempelig i dansk ret ifht. direktivet, idet disse tillades nogle relativt gode vilkår for, at påvise sin pålidelighed efter tilbudsfristens udløb jf. § 138, stk. 2. Det vil formentligt have været mere i tråd med direktivet og formålet bag self-cleaning, som undtagelsesbestemmelse, hvis der var stillet strengere krav til tilbudsgiver i denne situation. Sammenholdt med en generel mangel på krav om egentlig aktiv indsats – både i direktivet og i Udbudsloven – er det diskutabelt om der også her er sket en underimplementering, selvom gennemførelsen dog ligger sig tekstnært op ad direktivet på dette punkt.

8. Maksimal udelukkelse jf. Udbudsloven § 138, stk. 5-6

§ 138 er som nævnt i kapitel 7 delt op i to hovedemner – self-cleaning og bestemmelser om maksimal udelukkelsesperiode. Udover at self-cleaning også derogrer muligheden for fastlæggelse af en udelukkelsesperiode jf. direktivets artikel 57, stk. 7, 2. punktum, er der ikke nogen eksklusiv sammenhæng mellem de to emner.

Direktivets artikel 57, stk. 7 sætter nogle rammer for gennemførelsen af de øvrige bestemmelser i artikel 57 (stk. 1-6) ved at ”fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel”, jf. direktivets artikel 57, stk. 7, 1. punktum, på samme måde som gældende direktiv artikel 45, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2, 2. afsnit. Artiklen kunne for så vidt være gennemført ved integration i de relevante bestemmelser i §§ 135-137 og 138, stk. 1-4. Dette ville have være velegnet for at sikre koblingen mellem bestemmelsen og §§ 135-137, i stedet for at lægge under overskriften ”Dokumentation af pålidelighed”.

Straks nedenfor vil direktivets rammer blive diskuteret og derefter vil udbudslovens gennemførelse jf. § 138, stk. 5 (afsnit 8.2) og stk. 6 (afsnit 8.3) blive diskuteret.

8.1.1 Direktivets bestemmelse

Udbudsloven § 138, stk. 5 og 6 gennemfører direktivets artikel 57, stk. 7 (mine fremhævninger):

*Artikel 57, stk. 7: Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især **fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode**, hvis den økonomiske aktør **ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6** for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden **højst være fem år fra datoen for den endelige dom** i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og **tre år fra datoen for den relevante hændelse** i de i stk. 4 nævnte tilfælde.*

Bestemmelsens indhold efter 1. punktum er ny i udbudsretten, mens 1. pkt. findes i gældende direktiv artikel 45, stk. 1 og stk. 2. Bestemmelsen kan både læses som en stramning og lempelse af fastsættelse af udelukkelsesperioden. Bestemmelsen forpligter medlemsstaterne til at gøre overvejelser omkring en udelukkelsesperiode og ikke kun i de enkelte udbud; ”De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode”, jf. 2. pkt. Der er muligvis også en pligt til at fastsætte en udelukkelsesperiode – altså minimums-udelukkelsesperioder. Bestemmelsen sætter også en grænse for, hvor lang tid denne udelukkelsesperiode må være, hvis det ikke er fastsat ved dom.

1. punktum indeholder ikke noget egentligt materielt indhold, da det altid er gældende, at EU direktiver skal gennemføres i medlemsstaternes lovgivninger, og det følger af loyalitetsprincippet, at dette skal ske under hensyntagen til EU-retten jf. TEU art. 4, stk. 3. Sætningen kan tolkes derhen, at medlemsstaterne netop er forpligtet til også at fastsætte nogle minimums-udelukkelsesperioder. Sanchez konkluderer, at der er en forpligtelse til at fastsætte en udelukkelsesperiode, ”it establishes new minimum rules concerning maximum exclusion periods”⁴⁵.

Jf. 2. punktum stilles der krav om gennemførelse af en maksimal udelukkelsesperiode, såfremt tilbudsgiver ikke vælger at benytte sig af self-cleaning. Det følger af stk. 7, sidste punktum, at denne ramme afgrænses yderligere ved højest at være fem år for de obligatoriske udelukkelsesgrunde jf. artikel 57, stk. 1, og højest tre år for de frivillige udelukkelsesgrunde jf. artikel 57, stk. 4.

⁴⁵ ”Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” af Dr. Alberg Sanchez Graells, s. 113.

Der er således ingen forpligtelse til at gennemføre en maksimal udelukkelsesperiode for udelukkelse jf. artikel 57, stk. 2 (manglende betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger).

Det fremgår endvidere, at den maksimale udelukkelsesperiode kun skal fastsættes i de tilfælde hvor ikke andet er givet ved dom. I dansk ret idømmes udelukkelsesperioder ikke ved domstolene, hvorfor det altid vil være op til ordregiver at fastlægge udelukkelsesperioden. Denne forudsætning skal altså medtages i den danske gennemførelse.

I de tilfælde hvor tilbudsgiver ikke opfylder betingelserne for, at være omfattet af en udelukkelsesperiode, må det være udgangspunktet, at der kun må udelukkes i det enkelte udbud.

8.2 4 år jf. § 138, stk. 5

Udbudsloven § 138, stk. 5 gennemfører den maksimale grænse for udelukkelsesperiode for obligatoriske udelukkelsesgrunde jf. direktivets artikel 57, stk. 1 således (mine fremhævninger):

*§ 138, stk. 5. Ordregiveren **skal** udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i **4 år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg** for handlinger omfattet af § 135, stk. 1. Ansøgere eller tilbudsgivere, der kan dokumentere deres pålidelighed i henhold til stk. 1-3, kan ikke udelukkes.*

Der er sammenfald mellem § 135, stk. 1 og artikel 57, stk. 1 udelukkelsesgrunde, og udelukkelsesperioden på fire år er indenfor rammen af direktivets krav på højest fem år.

Som nævnt indledningsvist idømmes der ikke udelukkelsesperioder ved de danske domstole og § 138, stk. 5 tager også udgangspunkt i dette, da det fremgår, at det er ordregiver der er forpligtet til at varetage dette hensyn. Rammerne indsnævres dog for ordregiver således, at der ikke er et frit skøn for hvornår der skal fastsættes en udelukkelsesperiode, idet det alene er tilfælde hvor der er ”endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af § 135, stk. 1”. Det fastlægges endvidere, at udelukkelsesperioden tæller fra tidspunktet for endelig dom eller bødeforlæg.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at udelukkelsesperioden tæller indtil beslutningen om tildelingen. Da det ikke er et krav jf. udbudsbekendtgørelsen, at der skal foreligge en dato for tildelingsbeslutningen er dette problematisk. Tilbudsgivere kan derfor komme i tvivl om de er omfattet af en udelukkelsesperiode i et udbud, og ordregiver ved heller ikke om de er forpligtet til at udelukke på dette grundlag. Derudover udvider det også den reelle udelukkelsesperiode idet dette dog er uproblematisk ifht. direktivets rammer – med mindre, at et udbud tager længere tid end et år at gennemføre. Det vil have været mere hensigtsmæssigt – og indenfor rammerne af direktivet – at placere udelukkelsesperiodens bagkant til tidspunktet på ansøgnings- eller tilbudsfristen, da denne dato skal være kendt jf. Udbudsloven § 93, stk. 3. Dette ville også være mere i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet for at undgå situationerne som beskrevet, hvor partnerne kan komme i tvivl om udelukkelsesperioden er gældende.

Udelukkelsesperioden på 4 år er som nævnt indenfor rammerne af direktivet. Lovgiver har valgt en absolut/fikseret periode på netop 4 år uden mulighed for graduering afhængig af den konkrete situation. Det kan diskuteres hvorvidt dette er indenfor proportionalitetsprincippet jf. § 2, men det taler for den valgte metode, at de illoyale handlinger i forvejen er afgrænset til en bestemt gruppe af udelukkelsesgrunde, og at disse derfor også skal betragtes ens i denne henseende.

Udbudsloven § 136 er gennemført som en obligatorisk udelukkelsesgrund, men bestemmelsen er ikke er medtaget i gennemførelsen af § 138, stk. 5. Da stk. 5 alene omhandler § 135, stk. 1 udeluk-

kelsesgrunde. Bestemmelserne er gennemførelse af artikel 57, stk. 4, og disse skal jf. direktivet have en maksimal udelukkelsesperiode på op til 3 år, og bør derfor være omfattet af den maksimale udelukkelsesperiode som gennemført ved § 138, stk. 6 jf. straks nedenfor.

En relevant praktisk problemstilling er hvordan en fysisk person dokumenterer, at denne ikke omfattet af en udelukkelsesgrund. Ordregiver har ikke jf. straffeattestloven⁴⁶ adgang til den offentlige straffeattest og således er det kun den private del der kan indhentes til brug i udbudsprocessen. Det fremgår af lovens § 11, stk. 2, nr. 2, at bødestraffe slettes fra straffeattesten efter 2 år. Således vil fremvisning af en ren straffeattest ikke nødvendigvis betyde, at der er fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde. Således vil alene edserklæring eller tro- og loveerklæring jf. Udbudsloven § 153, stk. 2 kunne anses som tilstrækkelig dokumentation herfor.

8.3 Ikke mere end 2 år jf. § 138, stk. 6

Udbudsloven § 138, stk. 6 gennemfører den maksimale grænse for frivillige udelukkelsesgrunde jf. direktivets artikel 57, stk. 4 således (mine fremhævninger):

*Stk. 6. Ordregiveren **kan ikke** udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer **i mere end 2 år** fra datoen for **den relevante hændelse eller handling** omfattet af § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6. Ansøgere eller tilbudsgivere, der kan dokumentere deres pålidelighed i henhold til stk. 1-3, kan ikke udelukkes.*

I denne bestemmelse er ordlyden ændret fra ”skal udelukke” i 4 år, til ”kan ikke udelukke” i mere end 2 år. Ordet ”kan” peger på det forhold, at det er en betingelse, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der vil blive udelukket, og der er tillige krav om, at udelukkelsesperioden skal være anført, hvis denne ikke skal være netop 2 år, som således vil være default kravet.

Der identificeres to yderligere problemstillinger i gennemførelsen: 1) Det skal diskuteres hvorfor §§ 136, nr. 1 og 2, samt § 137, stk. 1, nr. 7 ikke er omhandlet af § 138, stk. 5-6, og 2) begrebet ”den relevante hændelse eller handling” skal defineres for at fastsætte udelukkelsesperiodens forkant. Dette gøres straks nedenfor i afsnit 8.3.1 og 8.3.2.

8.3.1 § 136, nr. 1 og 2, samt § 137, stk. 1, nr. 7 er ikke omfattet

For så vidt angår § 137, stk. 1, nr. 7 gennemfører denne ikke en bestemmelse i direktivet jf. lovbemærkningerne, og er således ikke omfattet af direktivets artikel 57, stk. 7.

Uden at gå i dybden med netop denne bestemmelse jf. afgrænsningen bemærkes det, at der tidligere har været en tilbageholdenhed ved, at tillade introduktion af andre eller flere udelukkelsesgrunde end de i direktivet nævnte. Dette følger af La Cascina-dommen⁴⁷, præmis 22;

*”Som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med rette har gjort gældende, fastsætter den pågældende bestemmelse grænserne for medlemsstaternes muligheder, således at **disse ikke kan fastsætte andre udelukkelsesgrunde end de heri anførte**. Denne mulighed for medlemsstaterne følger endvidere af de almindelige principper om gennemsigtighed og ligebehandling”*

⁴⁶ Lovbekendtgørelse nr. 881 af 4. juli 2014 om behandling af personoplysninger i Det Centrale Kriminalregister

⁴⁷ C-226/04 og C-228-04 La Cascina af 9. februar 2006.

Udbudsdirektivet synes ikke at gøre op med denne forudsætning, idet teksten foreskriver ”i følgende tilfælde” jf. artikel 57, stk. 4, og derefter angiver en udtømmende opremsning. Dommen var med baggrund i direktiv 92/50/EØF er dermed artikel 29, litra a-g som genfindes i gældende direktivet artikel 45, stk. 2, litra a-g.

I lovbemærkningernes 2. sidste afsnit står der, at maksimal udelukkelsesperiode ikke finder anvendelse på § 137, stk. 1, nr. 7, men at udelukkelsen skal opretholdes så længe betingelsen er opfyldt.

Der kan dog argumenteres for, at direktivets artikel 57, stk. 2 i virkeligheden gennemføres gennem to bestemmelser i Udbudsloven: Beløb på 100.000 og derover jf. § 135, stk. 3, og under 100.000 jf. § 137, stk. 1, nr. 7. Da direktivet ikke stiller særlige krav til maksimal udelukkelsesperiode for andre udelukkelsesgrunde end artikel 57, stk. 1 og 4, vil denne fortolkning kunne godtgøre, at lovgiver har valgt ikke at gennemføre udelukkelsesperiode for § 137, stk. 1, nr. 7.

Det ville dog ikke være i strid med direktivet, at gennemføre udelukkelsesperiode for § 137, stk. 1, nr. 7, og måske endda i tråd med direktivet ud fra en formålsbetragtning, samt fortolkning af artikel 57, stk. 7, 1. og 2. punktum hvorved lovgiver ikke afgrænses fra, at udfærdige yderligere bestemmelser der sikrer gennemførelsen af artikel 57, stk. 1-6.

§ 136, nr. 1 og 2 gennemfører bestemmelser fra direktivets artikel 57, stk. 4. Dermed er de omfattet af kravet om fastsættelse maksimal udelukkelsesperiode jf. direktivets artikel 57, stk. 7. Det fremgår ikke af lovbemærkningerne til hverken § 138, stk. 5 eller 6, hvorfor § 136, nr. 1-2 ikke er medtaget i § 138, stk. 6, om end bestemmelsen indikerer, at lovgiver har gjort et bevidst fravalg, når § 136, nr. 3 medtages.

Situationerne omfattet af § 136, nr. 1 og 2 gælder kun ”i forhold til det pågældende udbud” og det kan herfra fortolkes, at det ikke vil give mening at udelukke i en periode. Der ligges herved op til, at der skal foretage en konkret vurdering i de enkelte udbudsprocedurer. Tilføjelsen af ”i forhold til det pågældende udbud” er ikke en del af direktivet, og det kan tolkes, at tilføjelsen netop gennemfører de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger jf. artikel 57, stk. 7, 1. pkt., hvor den maksimale udelukkelsesperiode er sat til 0 (nul). Dette fremgår dog ikke af lovbemærkningerne til § 136, nr. 1 og 2. Denne EU konforme fortolkning vil være indenfor rammerne af direktivet, der alene fastsætter en maksimal udelukkelsesperiode, og ikke en minimal udelukkelsesperiode ud fra en ordlydsfortolkning.

Det ville have været indenfor rammerne af direktivet og en mere problemfri gennemførelse, at tillægge en udelukkelsesperiode for tilfælde, hvor der udelukkes med hjemmel i § 136, nr. 1 eller 2. Dette kan evt. gennemføres med tilføjelse af ”der kan ikke fastsættes udelukkelsesperiode for handlinger omfattet af § 136, nr. 1 og 2, samt § 137, stk. 1, nr. 7” i artikel 57, stk. 6, eller i det mindste en anvisning i lovbemærkningerne.

8.3.2 Den relevante hændelse eller handling

Der skal fastsættes en maksimal udelukkelsesperiode for frivillige udelukkelsesgrunde på tidspunktet for ”den relevante hændelse” jf. artikel 57, stk. 7, in fine. I Udbudsloven er der tilføjet ”eller handlinger” jf. § 138, stk. 6, 1. pkt. Denne tilføjelse giver umiddelbart ikke yderligere fortolkningsbidrag, da ordene blot er synonymer for en tidsmæssig forskydning af samme virkning; en aktiv *handling* medfører (hvis den fuldbyrdes) en reaktiv *hændelse*.

Uklarheden i bestemmelsen blev også bemærket ifb.m. lovforarbejderne, idet flere høringsparter ”anfører, at det er uklart, hvorledes udelukkelsesperioden på 2 år skal forstås i forhold til overtræ-

delse af konkurrencereglerne, samt hvorledes udelukkelsesperioden skal forstås i forhold til løbende kontraktforhold”⁴⁸. Af høringssvaret fremgår det bl.a., at

- *Det er ikke tidspunktet, hvor ordregiveren kan påvise den pågældende handling eller en eventuelt bøde. Det betyder fx, at hvis en tilbudsgiver skal udelukkes på grund af alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgeren eller tilbudsgiverens integritet, vil det være tidspunktet for handlingen, der kan karakteriseres som en alvorlig forsømmelse, der er grundlaget for udelukkelsesperioden.*
- *Såfremt den relevante hændelse udgør et løbende forhold, beregnes den 2-årige periode fra tidspunktet for afslutningen af det løbende forhold, der kan begrunde udelukkelse*
- *Aftaler med henblik på konkurrencefordrejning vil ofte have en længere varighed, og som følge af ovennævnte vil det være ved udløbet af aftalen eller den seneste kendte handling, der danner grundlag for beregningen af udelukkelsesperioden*

Der gives i lovbemærkningerne nogle anvisninger på hvad der kunne være den relevante hændelse eller handling, uden der egentlig gives definition af begrebet. Hændelsen eller handlingen kan f.eks. være tidspunkt på overtrædelsen, det tidspunkt hvor tilbudsgiver opfyldte betingelserne angivet i udelukkelsesgrunden eller aftaletidspunktet for aftale om konkurrencefordrejning. Det må antages, at opdagelsestidspunktet også kunne anvendes som seneste tidspunkt, hvis en anden dato for selve handlingen/hændelsen ikke kan fastsættes.

Det fremgår, at tidspunktet kan beregnes senere end f.eks. indgåelse af en aftale, hvis der eksisterer et senere tidspunkt for handlingen relateret til aftalen. Det fremgår endvidere, at udelukkelsen senere kan beregnes fra en aftales ophør. Heraf udledes det, at der må gælde en forpligtelse til, at fastsætte handling/hændelsestidspunktet til det seneste tidspunkt muligt. Dette med henblik på, at byrde den illoyale part mest muligt, og omvendt, at det ikke skal være en fordel, at den illoyale handling har fundet sted i lang tid, som derved vil tilsidesætte virkningen af udelukkelsesperioden. Det må således være tilbudsgiver, der skal påvise en tidligere dato for den relevante hændelse/handling, hvis datoen skal flyttes tilbage.

Tidspunktet for den relevante hændelse eller handling må herefter fastsættes til:

Det seneste tidspunkt, hvor den illoyale hændelse eller handling jf. § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6,

- Blev aftalt
- Opfyldte betingelserne for udelukkelsesgrundende
- Blev opdaget, eller
- Fik en følge eller påvirkning der opfylder betingelserne for udelukkelsesgrundene

8.4 Aktivering og genaktivering af udelukkelsesperiode

En spændende problemstilling ifht. udelukkelsesperioden er hvornår den aktiveres og evt. kan ”genaktiveres”.

Tese: Tilbudsgiver A lader sig friste til at indgå nogle konkurrencebegrænsende aftaler. A bliver udelukket fra udbud i 2 år jf. § 137, stk. 1, nr. 4, da der er indikation på aftale om konkurrencefordrejning. 2 år senere vedtages der bødeforlæg for andre forhold foretaget på samme tidspunkt som første illoyale handling og A bliver udelukket i 2 år med henvisning til § 137, stk. 1, nr. 3. A er således blevet udelukket i 4 år. 2 år senere bliver A dømt for bestikkelse foretaget på samme tidspunkt

⁴⁸ Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2014-15, notat L 164 Bilag 1 af 18. marts 2015.

som den første illoyale handling 4 år tidligere, og bliver udelukket i 4 år jf. § 135, stk. 1, nr. 2. A har nu været udelukket i 8 år.

Spørgsmålet er om det er sådan reglerne skal forstås, da handlingsforløbet ikke er utænkeligt. I Byggekartel-sagen har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udgivet et dokument, der viser sagsforløbet⁴⁹. Heraf fremgår det, at første illoyale handling opstod 24. november 2005 i Udbuddet om Hørsholm Børnegård. For tilbudsgiver 1 (A/S Julius Nielsen & Søn) er der givet et *foreløbigt* tilsagn om tiltalefrafald jf. konkurrencelovens § 23a, og for tilbudsgiver 2 (Plahn & Trier Tømrefirma Aps) blev der vedtaget bødeforlæg 8. juni 2015. Sagsforløbet har indtil videre været 10 år undervejs og er ikke afsluttet endnu.

I direktivet artikel 57, stk. 7 står der blot i de ”nævnte tilfælde” hvilket kan fortolkes derhen, at hver udelukkelsesgrund har sin egen maksimale udelukkelsesperiode uafhængigt af de andre udelukkelsesgrunde. I Udbudsloven er bestemmelsen gennemført som hhv. ”*handlinger* omfattet § 135, stk. 1” jf. § 138, stk. 5 og ”*den relevante hændelse eller handling* omfattet af § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6”. Ordlydsfortolkning af forskellen på ordvalget mellem stk. 5 og stk. 6 (hhv. ubestemt flertal og bestemt ental) fører ikke til, at Udbudsloven skal fortolkes anderledes end direktivets ordvalg (ubestemt flertal). Dansk lovgiver giver dermed ikke yderligere bidrag til løsning af problemet end direktivet.

Det vurderes, at eksemplet som beskrevet vil være konsekvensen af bestemmelsen i det nye udbudsdirektiv og Udbudslov, idet perioderne dog ville være anderledes, og således op til i alt 11 års udelukkelse (3 + 3 + 5 år), hvis direktivets rammer skulle udnyttes fuldt ud. Bestemmelserne om self-cleaning vil formentlig betyde, at konsekvensen ikke ville være så ekstremt som eksemplet foreskriver.

8.5 Delkonklusion

Gennemførelsen af den maksimale udelukkelsesperiode for obligatoriske udelukkelsesgrunde jf. Udbudsloven § 138, stk. 5 er gennemført relativt tekstnært under hensyntagen til danske forhold, hvor domstolene ikke varetager udbudsretlige hensyn ifht. udelukkelsesperioder.

I dansk udbudsret er der ikke tidligere været taget stilling til udelukkelsesperiode, hvorfor kravet jf. § 138, stk. 5-6 med sikkerhed vil ændre på retstilstanden.

Direktivets ramme på op til 5 års udelukkelse, hvor der er valgt 4 år: Muligheden for en gradueret periode under hensyntagen til grovheden af overtrædelsen er ikke udnyttet fuldt ud, idet Udbudsloven fastsætter perioden til netop 4 år. Dette kan dog ikke siges, at være hverken under- eller overimplementering af direktivet, men det er problematisk ifht. sammenstød mellem gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

For frivillige udelukkelsesgrunde vil udelukkelsesperioden være 2 år med mindre andet er anført i udbudsbekendtgørelsen.

Udbudsloven § 138, stk. 6 forsøger, at gennemføre direktivets krav om udelukkelsesperiode for frivillige udelukkelsesgrunde, men flere bestemmelser er ikke omfattet af teksten. For at nå frem et resultat der er i overensstemmelse med direktivet og fællesskabsretten skal bestemmelserne om udelukkelsesgrundene læses ud fra en meget EU konform fortolkning som anført. Lovbemærkningerne giver ikke den nødvendige anvisning på løsning. Meget peger på, at der er sket en underimplementering af direktivet på dette område. Løsningen kunne været en klarere lovtekst, som den

⁴⁹ <http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Fakta/2014/~media/57E745BBBAC74C58A6D7A807EBB36858.ashx>
senest opdateret 18/12-2015.

foreslåede tekst (de lege ferenda) som tilføjelse til § 138, stk. 6, 2. pkt.: ”Der kan ikke fastsættes udelukkelsesperiode for handlinger omfattet af § 136, nr. 1 og 2, samt § 137, stk. 1, nr. 7”.

Det anbefales, at udelukkelsesperiodens bagkant sættes til tidspunktet på ansøgnings- eller tilbudsfristen jf. Udbudsloven § 93, stk. 3 i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

Det er altid problematisk når en lovtekst giver anledning til meget fortolkning. Fordelen kan være, at rammerne for skønnet gør det muligt, at omfavne hændelser som lovgiver ikke oprindeligt havde tiltænkt, men som lå indenfor rammerne af formålet med bestemmelsen. Gennemførelsen af artikel 57, stk. 7, in fine, kan være et godt eksempel på dette, når ”den relevante hændelse” skal gennemføres i Udbudsloven. Da hændelserne her peger på nogle specifikke situationer som beskrevet i udelukkelsesgrundene, anbefales det at lave nogle mere konkrete anvisninger, som det også er efterlyst ifb.m. forarbejderne til loven, f.eks. som *det seneste tidspunkt, hvor den illoyale hændelse eller handling jf. § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6, blev aftalt, opfyldte betingelserne for udelukkelsesgrundene, blev opdaget, eller fik en følge eller påvirkning der opfylder betingelserne for udelukkelsesgrundene.*

Med direktivets nuværende udformning er der risiko for, at samme illoyale påvirkes med flere udelukkelsesperioder gennem en ”genaktivering”, idet samme illoyale adfærd principielt kan opfylde betingelserne for flere udelukkelsesgrunde på hvert sit tidspunkt i forlængelse af hinanden. Dette er ikke hensigtsmæssigt, men virkningen ophæves delvist af reglerne om self-cleaning, hvorved tilbudsgiver enten aktivt får skabt dokumentationen, der skal påvise pålideligheden, eller ved at dokumentationen ”skaber sig selv” (som anført i kapitel 7).

9. Konklusion

Udbudsloven introducerer en række nye bestemmelser og muligheder for både ordregiver og tilbudsgiver der vil påvirke retstilstanden.

For de obligatoriske udelukkelsesgrunde jf. § 135, stk. 1, nr. 1-2 forventes der ikke reelle ændringer af retstilstanden, da bestemmelserne i væsentlig grad er videreført fra gældende direktiv. Derfor kritiseres det, at lovgiver vil medtage nye situationer under gamle bestemmelser, som tilfældet er for kartelvirksohmhed jf. § 135, stk. 1, nr. 1. Grov kartelvirksohmhed vil kunne opfylde betingelserne herfor, men af samme grund, ville de også kunne have gjort det i gældende direktiv efter indførelsen af straffelovens § 299 c med den udvidede strafferamme.

I tilknytning til de obligatoriske udelukkelsesgrunde er der gennemført en personelmæssig udelukkelsesgrund jf. § 135, stk. 2, hvor der skabes identitet mellem illoyale handling foretaget hos tilbudsgiver, og den ansvarlige fysiske person, hvilket forventes at skabe en ny retstilstand med en gavnlig præventiv effekt.

Udbudsloven vælger at gennemføre nogle bestemmelser som obligatoriske udelukkelsesgrunde, herunder interessekonflikter og rådgiverinhabilitet. Bestemmelserne udfylder et regeltomt område, der hidtil har været udfyldt af retspraksis, som de nye regler synes at kodificere. Da hensynet nu er gennemført ved lov, må det anerkendes, at ordregivere i øget omfang bør varetage hensynet og med al sandsynlighed dermed også udelukker i øget omfang på dette grundlag. Dette skal dog ses i sammenhæng med den positive adgang til at gennemføre dialog jf. § 39, der kan anses som en beskyttelse af tilbudsgiver i disse situationer.

For de frivillige udelukkelsesgrunde jf. § 137, stk. 1, nr. 3 og 4 vil retstilstanden ændre sig væsentligt, da bevisbyrden lempes for alvorlige forsømmelser, og endnu mere lempeligt for udelukkelse af karteldeltagere.

§ 138 introducerer to nye bestemmelser, der begge vil ændre på retstilstanden gennem hhv. self-cleaning, der kan derogere beslutninger om udelukkelse, og maksimal udelukkelsesperiode, der forpligter ordregiver til at tage stilling til en udelukkelsesperiode, og ikke kun i det pågældende udbud.

Udbudsloven gennemfører udelukkelsesgrundene meget i tråd med direktivet. På et par områder afviger gennemførelsen dog væsentligt rent struktur- og tekstmæssigt. For de strukturelle afvigelser henvises til gennemgangen i de forrige kapitler. Mere interessant er det, at konkludere hvorvidt de tekstmæssige afvigelser medfører fejl-, under- eller overimplementeringer.

Grovhedsskønnet der ligges op til jf. direktivets artikel 57, stk. 6 savnes mere tekstnært eller explicit gennemført, og for self-cleaning er det måske en anelse for lempeligt, at tilbudsgiver gives adgang til at dokumentere pålideligheden efter ansøgning- og tilbudsfristens udløb. Gennemførelsen af artikel 57, stk. 5 vedr. krav om, at ordregiver ”når som helst i løbet af proceduren” skal udelukke er u hensigtsmæssig og uklar. Der kan dog næppe være tale om risiko for traktatbrudssøgsmål på baggrund af gennemførelsen af disse tre bestemmelser.

Mere kritisk er det, at der kan være tale om underimplementering af direktivets artikel 57, stk. 7. Udbudsloven mangler fastsættelse af maksimal udelukkelsesperiode for en række bestemmelser, og

som minimum bør disse være nævnt som undtagelse for den maksimale udelukkelsesperiode. Der fastsættes desuden ikke en skønsmæssig udelukkelsesperiode for obligatoriske udelukkelsesgrunde, men altid 4 år, hvilket kan være i strid med proportionalitetsprincippet. Det kræver en kreativ EU konform fortolkning, at nå frem til et resultat, der ikke strider mod fællesskabsretten – særligt, når artikel 57, stk. 7, 1. pkt. explicit kræver, at medlemsstaterne sikrer effektiv gennemførelse, og at der skal fastsættes en maksimal udelukkelsesperiode for alle udelukkelsesgrunde jf. direktivets artikel 57, stk. 1 og 4.

Danske domstole idømmer ikke udelukkelse, hvilket kan være problematisk ifht. forudsætningen for artikel 57, stk. 6, hvilket medfører, at danske tilbudsgivere altid kan gøre brug af self-cleaning, hvis de øvrige betingelser er opfyldte.

Der blev identificeret en række områder, hvor både Udbudsloven og direktivet lider af nogle mangler. F.eks. savnes der fra fællesskabsrettens side, at der ligges mere vægt på en egentlig aktiv indsats til self-cleaning end der er lagt op til i direktivet og der bør udgives en fejlrettet version af det nye direktiv vedr. artikel 57, stk. 5, 1. afsnit, in fine.

I Udbudsloven bør der være en tilføjelse af ”når som helst” i §§ 135, 136 og 137 for at gennemføre direktivets artikel 57, stk. 5. Alvorlig forsømmelse jf. § 137, stk. 1, nr. 3 kunne med fordel specificere nærmere hvilke hensyn ordregiver skal varetage iht. gennemsigthedsprincippet. Konkurrencefordrejning jf. § 137, stk. 1, nr. 4 kunne også mere tydeligt specificere, at der her er tale om en lex specialis regel vedr. karteldeltagelse, og hvad der menes med ”tilstrækkelige plausible indikationer”. Det samme gælder for ”den relevante hændelse” jf. § 138, stk. 6. Sluttelig bør § 136, stk. 1 og 2 ved næste revision genbesøges for at justere placeringen af ”effektivt”.

Udbudslovsudvalget fik til opgave, at lave en Udbudslov der skulle ”føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige udbudsomkostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere”. For langt de fleste bestemmelser omfattet af dette speciale, er dette lykkedes rigtigt godt for lovgiver, hvor der både struktur- og tekstmæssigt afviges fra direktivet til fordel for en bedre klarhed og forenkling. På andre områder er der dog gennemført *for* tekstnært, som allerede har givet anledning til tvivlsspørgsmål, som lovgiver ikke har formået – eller muligvis ikke ønsker – at svare fyldestgørende på. Nogle af usikkerhederne er afklaret i denne opgave – eller i det mindste er der givet et forsøgt herpå. Andre af usikkerhederne vil fortsat være åbne for fortolkning indtil Klagenævnet for Udbud eller EU-domstolen tager stilling hertil.

10. Litteraturliste

Nedenstående er sorteret i kronologisk orden indenfor de enkelte overskrifter.

10.1 Retsforskrifter

EU retsakter

Rammeafgørelse om kriminel organisation: Fælles aktion af 21. december 1998 (98/733/RIA).
Rammeafgørelse om bestikkelse: Fælles aktion af 22. december 1998 (98/742/RIA).
Rammeafgørelse om bestikkelse: Fælles aktion af 22. juli 2001 (2003/568/RIA).
Gældende udbudsdirektiv (dansk version): Direktiv 2004/18/EF af 31. februar 2004.
Gældende udbudsdirektiv (engelsk version): Directive 2004/18/EC af 26. februar 2004.
Traktat om Den Europæiske Union – EU-traktaten (TEU) af 2007.
Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF) af 2007.
Rammeafgørelse om kriminel organisation: Fælles aktion af 24. Oktober 2008 (2008/841/RIA).
Forslag til nyt udbudsdirektiv: KOM(2011) 896 endelig 2011/0438 (COD) af 20. december 2011
Nyt udbudsdirektiv (direktivet): Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014.
Betænkning om strafferetlig bekæmpelse af svig (2012/0193(COD)) af 25. marts 2014.

Danske retskilder

Tilbudsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007.
Implementeringsbekendtgørelsen: Lovbekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011.
Lovforslag om ændring af konkurrenceloven og straffeloven nr. L 41 af 26. oktober 2012
Lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven nr. 1385 af 23. december 2012
Straffeattestloven: Lovbekendtgørelse om behandling af personoplysninger i Det Centrale Kriminalregister nr. 881 af 4. juli 2014
Udbudslov: Forslag til Udbudsloven fremsat 18. marts 2015.
Konkurrenceloven: Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015.
Udbudslov: Forslag til Udbudsloven fremsat 7. oktober 2015.
Udbudslov: Som vedtaget 19. november 2015.

10.2 Domme og afgørelser

EU-Domstolen

C-243/89 Kommissionen mod Danmark. Dom af 22. juni 1993.
C-267/91 og C-268/91 Bernard Keck og Daniel Mithouard mod Frankrig. Dom af 24. november 1993.
C-87/94 Kommissionen mod Belgien. Dom af 25. april 1996.
C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab. Kendelse af 3. december 2001.
C-92/00 Hospital Ingenieure mod Stadt Wien. Dom af 18. juni 2002.
C-21/03 og C-34/03 Fabricom SA mod Belgien. Dom af 3. marts 2005.
C-226/04 og C-228-04 La Cascina mod Italien. Dom af 9. februar 2006.
C-503/04 Kommissionen mod Tyskland. Dom af 18. juli 2007.
C-91/08 Wall AG mod Frankfurt. Dom af 13. april 2010.
C-465/11 Forposta og ABC mod Polen. Dom af 13. december 2012.
C-336/12 Manova A/S mod Uddannelses- og Forskningsministeriet. Dom af 10. oktober 2013.
C-470/13 Generali mod Ungarn. Dom af 18. december 2014.

Klagenævnet for Udbud

Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt. Kendelse af 23. august 2006.
LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S. Kendelse af 24. august 2007.
Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet. Kendelse af 31. maj 2010.
HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S. Kendelse af 6. august 2010.
Yit A/S mod Skov- og Naturstyrelsen. Kendelse af 7. marts 2011.
Assemble A/S mod Økonomistyrelsen. Kendelse af 13. april 2011.
Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus. Kendelse af 30. september 2014.
H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen. Kendelse af 3. oktober 2014.
Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter. Kendelse af 14. oktober 2014.
Annelise Küseler mod Morsø Kommune. Kendelse af 27. maj 2015.

10.3 Litteratur

”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning” af december 2014.
”Comparative survey on the transposition of the new EU Public Procurement package” udgivet på
Public Procurement Network (PPN) 1. juli 2014
<http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/documento%206.pdf>
”Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” af Dr. Alberg Sanchez Graells 2014 hentet fra
University of Leicester på <http://hdl.handle.net/2381/29214>

11. English summary

The new public procurement directive of 2014 introduces a set of new provisions which regulates – among other elements – a new structure of grounds of exclusion in article 57. In Danish context the new directive led to a reforming in the state of law due to a combination of new provisions and the way the directive is implemented in national law. The current public procurement directive was implemented basically “as is” in Danish law by the provisions of the directive. The new public procurement directive is implanted as a law founded in Danish law traditions with the Danish Public Procurement Law which will have effect from January 1st 2016.

Especially for exclusion grounds the new provisions creates new opportunities and the principles seems to alter the state of law. Primarily the opportunity to implement discretionary provisions as mandatory provisions seems to have that effect.

The mission of this thesis is to write the literature which the author would like to have available to understand the exclusion grounds in the perspective of competitive reasons with the introduction of the Danish Public Procurement Law.

The new exclusion grounds that will alter the state of law will be the possibilities to exclude individuals (instead of only legal persons) by § 135(2), conflict of interest by § 136, no. 2 and distortion of competition from the prior involvement of the economic operators by § 136, no. 3. The two latter provisions seem to codify current case law. § 138 introduces two new scenarios in regards of self-cleaning and maximum period of exclusion. In Danish context the latter is especially interesting while the Danish courts do not sanction periods of exclusion.

Several provisions lead to a problematic state of law. Legislator assesses in the remarks to the law that cartel participants will meet the conditions in the mandatory exclusion ground by § 135(1)(1) while no such possibility existed in the current state of law. The measures “taking into account the gravity and particular circumstances” by article 57(6), section 2, is poorly drafted in the Public Procurement Law.

Legislator doesn’t consider a maximum period of exclusion in provisions mandatorily required by article 57(7) in fine, and it is questionable whether the principle of proportionality is met when the maximum period for mandatory exclusion is fixed at four years, instead of a gradually assessment. Furthermore, it could be considered breach that Danish courts doesn’t sanction period of exclusion while this is the assumption by the provision.

The Public Procurement Law lacks a more specific implementation of article 57(5) to exclude “at any time during the procedure”.

The new Public Procurement Directives lacks a requirement of a more heartfelt actively self-cleaning process, and could also be more specific on what situations the exclusion grounds covered by 57(4)(c) and (d) are, while the latter seems to be quite strict and limited to the purpose of cartel infringement.

While there seems to be a number of issues with both the directive and the Danish implementation thereof, the new Public Procurement Law aim seems to have reached its target – although not hitting the bulls eye in regards of exclusion grounds.