



Specialeafhandling

Udelukkelse i udbudsretten

*Interessekonflikter, rådgiverinhabilitet, konkurrencefordrejende aftaler,
væsentlig misligholdelse af tidligere kontrakter med ordregivende myndigheder
og self-cleaning*

Fagområde: Udbudsret
Problemformulering: Hvordan de udvalgte obligatoriske- og frivillige udelukkelsesgrunde har ændret sig, og om hvorvidt disse ændringer er teoretisk juridisk og praktisk hensigtsmæssige.

Navn	KU-brugernavn
Nikolaj Kromann Hellesen	cnx184

Vejleder: Steen Treumer

Antal tegn: 140.256	Afleveringsdato: 18. juni 2016
----------------------------	---------------------------------------

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter.	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek.	

Karakter:

Abstract

This thesis examines four of the new codified exclusion grounds in Directive 2014/24/EU and the new Danish Public Procurement Act. The thesis also examines the newly codified obligation for a contracting authority to consider self-cleaning as an exception to the obligation to exclude as well as the maximum period of exclusion.

The four exclusion grounds that are examined are exclusion 1) by conflicts of interest, 2) by distortion of competition from the prior involvement of the economic operators in the preparation of the procurement procedure, 3) where the contracting authority has sufficiently plausible indications to conclude that the economic operator has entered into agreements aimed at distorting competition and 4) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract.¹

The subjects of the thesis have been assessed from a legal point of view, in order to establish whether they are appropriate in a theoretical legal manner as well as in a practical manner.

The first and second exclusion grounds mentioned above regard issues which have been dealt with in several circumstances by the Court of Justice, the General Court and in particular the Danish Complaints Board for Public Procurement. The new Directive and the Danish Act codify and clarify a number of uncertainties for the contracting authority. However, some amendments can be made. The General Court has established that there are exceptions to exclude for a conflict of interest, which would make it appropriate to include these in law. Furthermore, a number of ways exist to remedy distortion of competition from prior involvement of an economic operator, however, only two methods have been inserted in law.

The third exclusion ground examined in this thesis is completely new and provides the contracting authority with the power to ascertain whether a breach of competition law has occurred. This exclusion ground constitutes a serious discrepancy with competition law, and it is concluded to be a mistake in public procurement law.

¹ Cf. Article 57(4), letters (e), (f), (d) and (g) of Directive 2014/24/EU

The fourth exclusion ground is overall appropriate since it allows for the contracting authority to exclude an economic operator that might be excellent at preparing tenders and winning contracts, but often fails to fulfill the contractual obligations.

Finally, self-cleaning and the maximum period of exclusion are examined. It is concluded that, in general, the codification of self-cleaning is legally appropriate, even though there are minor concrete issues. The maximum period of exclusion is concluded to be too short since it will remove a contracting authority's possibility to use the exclusion grounds in many circumstances.

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning	8
1.1.	Problemformulering	11
1.2.	Metodevalg.....	11
1.3.	Afgrænsninger	12
1.3.1.	Retskilder	12
1.3.2.	Udelukkelse	12
1.3.3.	Udbudsretten som retsområde.....	13
1.4.	Struktur af specialeafhandlingen.....	14
2.	Retskilder, formål og de grundlæggende principper.....	14
2.1.	Udbudsdirektivet og udbudsloven	14
2.1.1.	Aktørerne i udbudsretten.....	16
2.2.	De grundlæggende principper i udbudsretten i relation til udelukkelse	17
2.2.1.	Overordnet	17
2.2.1.1.	Ligebehandlingsprincippet	17
2.2.1.2.	Gennemsigtighedsprincippet	18
2.2.1.3.	Proportionalitetsprincippet	19
3.	Udelukkelse	20
3.1.	Overblik.....	20
3.1.1.	Definition	20
3.1.2.	Formål og generelle betragtninger.....	20
3.1.3.	Udelukkelsesproceduren	21
3.1.3.1.	Det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD).....	22
3.2.	Obligatoriske udelukkelsesgrunde	23
3.2.1.	Overordnet	23
3.2.2.	Interessekonflikter.....	23
3.2.2.1.	Indledende bemærkninger til bestemmelsen om interessekonflikter i samspil med bestemmelsen om rådgiverinhabilitet	23
3.2.2.2.	Formål og hensyn	24
3.2.2.2.1.	Obligatorisk udelukkelsesgrund	26
3.2.2.3.	Begrebet " <i>interessekonflikt</i> "	27
3.2.2.4.	Ordregivers forpligtelse.....	28
3.2.2.4.1.	Forpligtelsen til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter	28
3.2.2.4.2.	Begrænsninger i ordregivers forpligtelse	30
3.2.2.4.3.	Bevisbyrden	31

3.2.2.4.4. Forvaltningslovens regler om interessekonflikter	31
3.2.2.4.5. Forpligtelsen til at udelukke	32
3.2.2.5. Tilbudsgivers forpligtelse.....	34
3.2.2.6. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om interessekonflikter	35
3.2.3. Rådgiverinhabilitet	37
3.2.3.1. Bestemmelsen og hensyn.....	37
3.2.3.2. Begrebet " <i>rådgiverinhabilitet</i> "	39
3.2.3.3. Ordregivers forpligtelse til at træffe passende foranstaltninger før udelukkelse.....	40
3.2.3.3.1. De passende- og mindre indgribende foranstaltninger	40
3.2.3.3.1.1. Offentliggørelse af materiale.....	40
3.2.3.3.1.2. Forlængelse af tidsfristen	41
3.2.3.3.1.3. Rådgivning under selve udbudsproceduren.....	42
3.2.3.3.2. Tidlig løsning på problemet med rådgiverinhabilitet	43
3.2.3.3.3. Øvrige løsningsmuligheder	44
3.2.3.3.3.1. Inddragelse af flere rådgivere.....	44
3.2.3.3.3.2. Udformning af tildelingskriterier og delkriterier	44
3.2.3.3.4. Forhåndsudelukkelse, bevisbyrden og ordregivers skøn	45
3.2.3.3.5. Forpligtelsen til at udelukke	46
3.2.3.4. Tilbudsgivers forpligtelse.....	47
3.2.3.5. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om rådgiverinhabilitet	47
3.3. Frivillige udelukkelsesgrunde	48
3.3.1. Overordnet	48
3.3.2. Tilstrækkelige plausible indikationer til konkurrencefordrejende aftaler.....	49
3.3.2.1. Bestemmelsen og hensyn.....	49
3.3.2.2. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.....	52
3.3.2.2.1. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i relation til udbudsretten	54
3.3.2.2.2. Bødefritagelse.....	56
3.3.2.3. " <i>Tilstrækkelige plausible indikationer</i> " som bevisbyrde	57
3.3.2.4. Uoverensstemmelse med konkurrenceretten	59
3.3.2.5. Ordregivers forpligtelse til at udelukke	60
3.3.2.6. Tilbudsgivers forpligtelse.....	60
3.3.2.7. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om tilstrækkelige plausible indikationer til konkurrencefordrejende aftaler.....	60
3.3.3. Væsentlig misligholdelse af offentlige kontrakter.....	62
3.3.3.1. Bestemmelsen	62
3.3.3.1.1. Væsentlig udvidelse af gældende ret	63

3.3.3.1.2. Hensyn	65
3.3.3.2. Tidligere kontrakt	66
3.3.3.3. Væsentlig misligholdelse	66
3.3.3.4. Ophævelse eller en lignende sanktion	67
3.3.3.5. Bevisbyrden	68
3.3.3.6. Ordregivers forpligtelse til at udelukke	68
3.3.3.7. Tilbudsgivers forpligtelse	69
3.3.3.8. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om misligholdelse af offentlige kontrakter	70
3.4. Self-cleaning	72
3.4.1. Overordnet om bestemmelsen	72
3.4.1.1. Hensyn	73
3.4.1.2. Ny bestemmelse eller forankret i praksis?	73
3.4.2. Pålidelighed	75
3.4.3. Meddelelse til tilbudsgiver om mulighed for at fremlægge dokumentation	78
3.4.4. Udelukkelsesperioden	78
3.4.4.1. Tidspunktet	80
3.4.5. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om self-cleaning	81
4. Konklusion	82
Lovregister	86
Afgørelsesregister	87
Litteraturregister	90

1. Indledning

Udelukkelse af en ansøger/tilbudsgiver² fra et offentligt udbud er et udbudsretligt kerneområde. Årsagen hertil er, at udelukkelse fra en udbudsprocedure medfører et væsentligt indgreb i virksomhedens mulighed for at drive forretning på lige vilkår med dens konkurrenter, hvor den kan miste et stort potentielt indkomstgrundlag. Områdets væsentlighed har givet sig til kende i det nye udbudsdirektiv (UBD),³ der har indført en betydeligt mere detaljeret regulering end set førhen, hvoraf udelukkelsesgrundene udgør en del heraf.⁴

Udelukkelse, og den resterende del af udbudsretten, hidrører fra EU-lovgivning gennem de traktatfæstede principper⁵ og udbudsdirektiverne⁶ samt i en høj grad praksis fra EU-domstolen, Retten, de nationale domstole samt Klagenævnet for Udbud.⁷ Det forhenværende udbudsdirektiv⁸ var i dets oprindelige form implementeret gennem bekendtgørelse⁹ i dansk ret. Med indførsel af UBD blev det i Danmark besluttet, at der skulle indføres en egentlig udbudslov¹⁰ (UBL) med ikrafttræden d. 1. januar 2016. Årsagen hertil var, at man fra lovgivers side ønskede et nationalt regelsæt, der implementerer UBD i dansk ret, men samtidigt fører til bl.a. *”klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige transaktionsomkostninger”*.¹¹

UBL er primært opbygget efter artiklerne i UBD, men indeholder tilsvarende udelukkende nationalt forankrede bestemmelser, der er udviklet på baggrund af Udbudslovsudvalgets betragtninger i udvalgets rapport fra 2014.¹² Et eksempel på en udelukkende national bestemmelse er UBL § 138, stk. 2,¹³ hvorefter ordregi-

² Se specialeafhandlingens afsnit 2.2.1. for definitioner af aktørerne i udbudsretten

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

⁴ Priess, Hans-Joachim: *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive* – 2014 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2014, 3, 112-123), afsnit I.

⁵ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF og Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

⁷ Se specialeafhandlingens afsnit 2.2.1. for en kort definition af Klagenævnet for Udbud

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangs måderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)

⁹ Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – Som det fremgår af bekendtgørelsen, var der dog ligeledes få nationale regler, der blev fastsat i overensstemmelse hermed

¹⁰ Lov nr. 1564 af 15. december 2015 - Udbudsloven

¹¹ Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014, side 5

¹² Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014

¹³ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125

ver alene kan udelukke en økonomisk aktør fra udbudsproceduren, hvis ordregiveren har meddelt pågældende, at denne er omfattet af en udelukkelsesgrund, og herefter har fået en passende fastsat frist til at forelægge tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed.

Ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke en ansøger/tilbudsgiver fra udbudsproceduren, hvis den er omfattet af én eller flere af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, eller hvis pågældende er omfattet af én eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde, som ordregiver på forhånd har fastsat som være gældende for udbuddet.¹⁴ Da udelukkelse er et væsentligt indgreb, er det som udgangspunkt kun i de hjemlede tilfælde,¹⁵ at ordregiver kan udelukke pågældende. Der er dog førhen set i praksis, at hensynet til de øvrige økonomiske aktører vejer tungere, hvor ordregiver legitimt gennem anvendelse af grundlæggende udbudsretlige- og traktatfæstede principper om ligebehandling¹⁶ og proportionalitet¹⁷ har været nødsaget, og endda forpligtet, til at udelukke ansøger/tilbudsgiver uden for de specifikt angivne tilfælde.¹⁸ EU-domstolens, Rettens og Klagenævnet for Udbuds praksis om udelukkelse i medfør af de grundlæggende udbudsretlige principper har bl.a. ført til, at der er skabt en hjemmel i UBD og UBL vedrørende udelukkelse i medfør af interesse- og habilitetskonflikter. Det er dog fortsat en kompliceret konkret vurdering, der skal foretages, hvilket ikke er problemfrit i praksis.

De nye regler har generelt hensigtsmæssige bagvedliggende hensyn, men nogle af reglerne har visse teoretiske problemer, der vil medføre uhensigtsmæssige konsekvenser i praksis. Et eksempel herpå er UBL § 137, stk. 1, nr. 4,¹⁹ hvorefter ordregiver har mulighed for at udelukke ansøger/tilbudsgiver, hvis ordregiver har *"... tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning"*. Bestemmelsens begreb *"tilstrækkelige plausible indikationer"* er en særdeles lempet bevisbyrde, der anses for at være i uoverensstemmelse med konkurrenceretten, og de beskyttelseshensyn, der gør sig gældende her. Udelukkelsesgrunden kan medføre udelukkelse af økonomiske aktører, der reelt ikke deltager i konkurrencefordrejende aftaler, hvilket kan anses som meget indgribende.²⁰

¹⁴ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.1. for en definition af de obligatoriske udelukkelsesgrunde og afhandlingens afsnit 3.3.1. for en definition af de frivillige udelukkelsesgrunde

¹⁵ UBL §§ 135-137 samt UBD art. 57

¹⁶ Se specialeafhandlingens afsnit 2.3.1.1. for en definition af ligebehandlingsprincippet

¹⁷ Se specialeafhandlingens afsnit 2.3.1.3. for en definition af proportionalitetsprincippet

¹⁸ Jf. f.eks. Rettens dom af 14. februar 2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS SA m.fl. mod Kommissionen – Muligheden for dette blev anført af EF-domstolens i sin dom af 16. december 2008, sag C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, som er behandlet i specialeafhandlingens afsnit 2.3.1.1. om ligebehandlingsprincippet

¹⁹ Hidrører fra UBD art. 57, stk. 4, litra d

²⁰ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.2., hvor UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er behandlet

Ordregivers mulighed for at udelukke er udvidet i høj grad, da der nu foreligger en særskilt hjemmel til at udelukke, hvis ansøgeren/tilbudsgiveren tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt med en ordregivende myndighed, og misligholdelse har medført ophævelse eller en tilsvarende sanktion, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Det er en væsentlig udvidelse af gældende ret, og det skal vurderes om denne udvidelse er hensigtsmæssig.²¹

Muligheden for at udelukke er dog begrænset af nye kodificerede forpligtelser for ordregiver, hvorefter det i hvert enkelt tilfælde skal vurderes, om ansøger/tilbudsgiver, på trods af at være omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde, kan dokumentere sin pålidelighed. Hvis det er tilfældet, kan ordregiver ikke udelukke.²² Det vurderes om en mulighed for aktøren til at kunne dokumentere sin pålidelighed, kombineret med en ny hjemlet udelukkelsesperiode og en forpligtelse til at anvende proportionalitetsprincippet, i realiteten begrænser ordregivers mulighed for at udelukke markant, hvorefter hensynene bag udelukkelsesgrundene i realiteten udvaskes.

De nye udbudsretlige regler vedrørende udelukkelsesgrunde er som mange andre EU-områder i en høj grad overladt til domstolene og Klagenævnet for Udbud²³ fortolkning. En al for vid og fortolkningspræget hjemmel kan anses som uhensigtsmæssig i praksis, da ordregiver ikke kender sin retsstilling på forhånd, og dermed kan ende med at være erstatningsansvarlig²⁴ over for de økonomiske aktører ved en senere klagenævns sag. En utilstrækkelig beskrevet hjemmel kan dermed medføre et stort ressourcemæssigt- og økonomisk værdispild.

Udelukkelse af ansøger/tilbudsgiver er især vigtigt at behandle på nuværende tidspunkt, da retsreglerne har ændret sig, hvorfor en dybdegående analyse vil belyse en kompliceret retstilstand for aktørerne. En vurdering af denne analyse ift. hensigtsmæssigheden af bestemmelserne kan være et bidrag til at videreudvikle UBL i en mere praktisk fornuftig retning, hvor det er nødvendigt.

²¹ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3. om UBL § 137, stk. 1, nr. 5

²² Se specialeafhandlingens afsnit 3.4. om dokumentation af pålidelighed

²³ Klagenævnet for Udbud anses ligeledes som en "ret" i overensstemmelse med artikel 267 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, hvorefter denne kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Retten og EU-domstolen, jf. EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia m.fl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, præmis 15 og EU-domstolens dom af 24. maj 2016, sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, præmis 22-33

²⁴ Jf. herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

1.1. Problemformulering

Hvordan de udvalgte obligatoriske- og frivillige udelukkelsesgrunde har ændret sig, og om hvorvidt disse ændringer er teoretisk juridisk og praktisk hensigtsmæssige.

1.2. Metodevalg

Metoderne for dette speciale er den retsdogmatiske og den retspolitiske metode. Den retsdogmatiske metode er identifikation, fortolkning og vurdering af relevante retskilder for at udlede gældende ret ift. besvarelsen af juridiske spørgsmål.²⁵ Det betyder, at specialet vil belyse gældende ret gennem en dybdegående analyse. Analysen vil inddrage retskilder, nationale såvel som EU-retlige, herunder lovforarbejder, rapporter/vejledninger fra bl.a. EU-Kommissionen, Udbudslovsudvalget og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt relevant retslitteratur i form af bøger og artikler. Retstilstanden belyses endvidere ved inddragelse af domme fra hhv. EU-domstolen, Retten og danske domstole samt kendelser fra Klagenævnet for Udbud. Praxis vil dog primært være funderet i det tidligere gældende udbudsdirektiv,²⁶ da retstilstanden for nyligt har ændret sig, men anses fortsat at have en betydelig retskildemæssig værdi, da flere aspekter har været med til kodificering af den nye retstilstand. Herudover er afgørelserne funderet i de grundlæggende traktatretlige²⁷ og udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvorfor de belyser udbudsrettens kerneområde. Afvigelser fra gældende ret vil fremhæves, analyseres og vurderes. Relevante afgørelser og øvrige retskilder siden UBL's ikrafttræden er i øvrigt inddraget i specialet op til afleveringstidspunktet. Der tages således forbehold for senere ændringer af retstilstanden.

Den retspolitiske metode er en vurdering af, om gældende ret skal revideres.²⁸ Specialeafhandlingen vil inddrage retspolitiske overvejelser (*de lege ferenda*) ift. den praktiske hensigtsmæssighed bag de nye udbudsretlige regelsæt.

²⁵ Jf. Nielsen, Ruth: *Ph.d.-afhandlingen og disputatsen* i Riis, Thomas og Jan Trzaskowski (red.): *Skiftlig jura – den juridiske fremstilling* - 2013, side 280

²⁶ Direktiv 2004/18

²⁷ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

²⁸ Jf. Blume, Peter: *Juridisk metode og argumentation* i Riis, Thomas og Jan Trzaskowski (red.): *Skiftlig jura – den juridiske fremstilling* - 2013, side 29

1.3. Afgrænsninger

1.3.1. Retskilder

Specialeafhandlingen er afgrænset til at vedrøre udbudsdirektivet²⁹ og udbudsloven.³⁰ Forsvars- og sikkerhedsdirektivet,³¹ koncessionsdirektivet³² og forsyningsvirksomhedsdirektivet³³ vil således ikke blive behandlet. Afhandlingen behandler endvidere ikke tilbudsloven.³⁴

1.3.2. Udelukkelse

Specialeafhandlingen er afgrænset til at omhandle udelukkelsesgrundene vedrørende interessekonflikter³⁵ og inhabilitet som følge af forudgående deltagelse i udformningen af udbuddet.³⁶ Herudover behandles udelukkelse, hvor ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale,³⁷ og udelukkelse fordi ordregiveren kan påvise, at en kontrakt tidligere er blevet væsentligt misligholdt.³⁸ Bestemmelserne er medtaget, da de enten medfører en væsentlig nyskabelse i udbudsretten eller kodificerer afgørende forpligtelser, der tidligere udelukkende udsprang af praksis. Dokumentation af pålidelighed som en undtagelse til udelukkelse vil endvidere blive behandlet, da denne kodificering er en væsentlig nyskabelse i gældende ret, der influerer al udelukkelse.³⁹

Udelukkelse grundet tilsidesættelse af forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige retsområde⁴⁰, udelukkelse hvor ordregiveren kan påvise, at der har været forsøgt uretmæssig påvirkning af ordre-

²⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

³⁰ Lov nr. 1564 af 15. december 2015 – Udbudsloven

³¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF – Implementeret ved Bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet med senere ændringer

³² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter – Implementeret ved Bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling af koncessionskontrakter

³³ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF – Implementeret ved Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

³⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer

³⁵ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra e og UBL § 136, nr. 1

³⁶ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra f og UBL § 136, nr. 2

³⁷ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra d og UBL § 137, stk. 1, nr. 4

³⁸ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra g og UBL § 137, stk. 1, nr. 5

³⁹ Jf. UBD art. 57, stk. 6, og dens pendant i UBL § 138 - Se endvidere UBD præambel, betragtning nr. 102; LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124; Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 715-717; og Priess, Hans-Joachim: *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive* – 2014 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2014, 3, 112-123), afsnit II og VI

⁴⁰ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra a og UBL § 137, stk. 1, nr. 1

givers beslutning⁴¹, udelukkelse pga. alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens/tilbudsgiverens integritet,⁴² og udelukkelse på grundlag af afgivelse af groft urigtige oplysninger, tilbageholdelse af oplysninger eller fordi ansøger/tilbudsgiver er ude af stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende specifikke udelukkelsesgrunde,⁴³ er ikke behandlet pga. pladsmæssige begrænsninger, om end de rejser nye og interessante problemstillinger. Udelukkelse begrundet i ansøgers/tilbudsgivers konkurs o.l.⁴⁴ er ligeledes udeladt fra nærværende fremstilling, da artiklen/bestemmelsen ikke giver anledning til særlig fortolkningstvivil.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde i medfør af UBD art. 57, stk. 1 og UBL § 135, hvorefter en økonomisk aktør eller en ansat i dennes ledelse ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for et af de nævnte forhold, vil endvidere ikke blive behandlet. Årsagen hertil er kombineret i en mangel på ændring af gældende ret, og hvor dette er ændret, er det udeladt pga. pladsmæssige overvejelser.⁴⁵ Artiklen/bestemmelserne⁴⁶ vedrørende udelukkelse pga. gæld til det offentlige er endvidere udeladt fra denne fremstilling, da bestemmelserne ikke giver anledning til særlig fortolkningstvivil.⁴⁷ Grundet denne afgrænsning vil UBD art. 57, stk. 3, og dens pendant i UBL § 135, stk. 5, om undtagelser til UBD art. 57, stk. 1-2 og UBL § 135, stk. 1-4, ikke være relevant at behandle.

Afhandlingen vil ikke behandle øvrige muligheder for udelukkelse, der ikke er en del af de almene frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde. Dette betyder, at udelukkelse bl.a. som følge af unormalt lave tilbud⁴⁸ og ændring af ansøger⁴⁹ ikke behandles.

1.3.3. Udbudsretten som retsområde

Udbudsretten som generelt retsområde vil ikke blive behandlet, herunder de forpligtelser og rettigheder, der følger af udbudsretten. Det er udeladt grundet pladsmæssige overvejelser. Der henvises til generelle

⁴¹ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra i og UBL § 137, stk. 1, nr. 6

⁴² Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra c og UBL § 137, stk. 1, nr. 3

⁴³ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra h og UBL § 136, nr. 3

⁴⁴ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra b og UBL § 137, stk. 1, nr. 2

⁴⁵ Ændringerne består bl.a. i, at terrorhandling, hvidvaskning af penge samt børnearbejde og menneskehandel er tilføjet som en opdatering og tilpasning af de nye politiske udviklinger inden for EU. Da disse artikler/bestemmelser ikke er medtaget, vil det ej heller være relevant at behandle den væsentlige nyskabelse vedrørende afsmitning på virksomheden, hvis personer i ledelsen, eller personer med repræsentationsret, kontrolmuligheder eller beslutningstræningskompetencer i ledelsen, er dømt ved endelig dom/har fået vedtaget et bødeforlæg vedrørende overtrædelse af pågældende forhold, hvorefter virksomheden vil kunne udelukkes, jf. UBD art. 57, stk. 1, 2. afsnit og UBL § 135, stk. 2

⁴⁶ Jf. UBD art. 57, stk. 2, UBL § 135, stk. 3-4 og UBL § 137, stk. 1, nr. 7 og stk. 2

⁴⁷ Det skal dog her bemærkes, at UBL § 137, stk. 1, nr. 7 og stk. 2 ikke oprinder fra UBD, men er derimod udelukkende skabt ud fra danske overvejelser, jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

⁴⁸ Jf. UBD art. 69 og UBL § 169

⁴⁹ Jf. UBL § 147 (ikke reguleret i UBD)

fremstillinger vedrørende dette område.⁵⁰ Afsnit 2 i nærværende speciale vil dog kortfattet behandle de grundlæggende hensyn og principper i udbudsretten, da disse i høj grad influerer udelukkelse.⁵¹

1.4. Struktur af specialeafhandlingen

Specialeafhandlingen behandler først kortfattet retskilderne, de overordnede formål og de grundlæggende principper i udbudsretten under afsnit 2.

Afhandlingens afsnit 3 består indledningsvis af en kort gennemgang og analyse af begrebet ”udelukkelse” samt selve udelukkelsesprocessen. Efterfølgende foretages der en redegørelse og analyse af de afgrænsede obligatoriske- og frivillige udelukkelsesgrunde samt muligheden for dokumentation af pålidelighed. Her vil løbende foretages en selvstændig vurdering af disse bestemmelser, som opsamles i en delkonklusion under hver bestemmelse. Der vil blive foretaget en perspektivering til øvrige retsområder, hvor dette vurderes relevant.

Afhandlingens afsnit 4 indeholder den samlede konklusion med inddragelse af de foretagne vurderinger i afsnit 3.

Lovregister, afgørelsesregister og litteraturregister er placeret efter konklusionen.

2. Retsskilder, formål og de grundlæggende principper

2.1. Udbudsdirektivet og udbudsloven

UBD⁵² og UBL⁵³ regulerer det offentliges indkøb. Det er dog alene processuelle regler omkring indkøb, hvorved det ikke reguleres, hvad genstanden for det offentliges indkøb skal være.⁵⁴ Det følger af UBL § 1, at lovens formål⁵⁵ er, at ”... fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”.⁵⁶

⁵⁰ Se f.eks. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015 og Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* - 2016

⁵¹ Det skal her bemærkes, at disse hensyn og principper i sig selv er genstand for en omfattende afhandling, og afsnittet er dermed ikke udtømmende.

⁵² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

⁵³ Lov nr. 1564 af 15. december 2015 – Udbudsloven

⁵⁴ Jf. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 5

⁵⁵ Der findes ikke en tilsvarende formålsbestemmelse i UBD, men det er de samme formål, der har gjort sig gældende for Direktivet, jf. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014, side 8, der henviser til Direktivets regler

⁵⁶ Dette beskrives i relation til nærværende specialeafhandlings emneområde under afsnit 3.1., og anvendes i relation til de enkelte afgrænsede emner gennem hele afsnit 3.

Europa-Kommissionen (Kommissionen) udgav i 2011 en Grøn bog⁵⁷ med henblik på en kommende revision af det tidligere udbudsdirektiv.⁵⁸ Kommissionen konkluderede, at der eksisterede problemer i den praktiske udbudsret bl.a. ift. interessekonflikter, favorisering af ansøger/tilbudsgiver og korruption.⁵⁹ Det førte til udarbejdelse af et direktiv, der blev vedtaget d. 26. februar 2014 med et kvalificeret flertal mellem Rådet og Europa-Parlamentet, jf. TEUF⁶⁰ art. 294.⁶¹ Direktivets formål er, at sørge for at de grundlæggende rettigheder i medfør af TEUF, herunder fri udveksling af varer og tjenesteydelser mv., og de afledte principper heraf, herunder bl.a. ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, sikres i offentlige indkøb, jf. UBD's præambel, betragtning nr. 1.⁶²

UBD er et direktiv, som beskrevet i medfør af TEUF art. 288, afsnit 3. Et direktiv er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men det er op til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.⁶³ Det forhenværende udbudsdirektiv⁶⁴ var implementeret i dets oprindelige form gennem bekendtgørelse⁶⁵ i dansk ret. Med indførsel af UBD, der havde en implementeringsfrist d. 18. april 2016, blev det i Danmark besluttet, at der skulle dannes den første danske udbudslov.

Hensynet bag en dansk udbudslov var, at udarbejde et samlet og overskueligt regelsæt, der i videst muligt omfang førte til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige transaktionsomkostninger.⁶⁶ I denne forbindelse blev der nedsat et udvalg, Udbudslovsudvalget, der ud fra hensynet (udvalgets kommissorium) udarbejdede en rapport.⁶⁷ Det førte til en færdig lov, der trådte i kraft den 1. januar 2016.⁶⁸

⁵⁷ Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011

⁵⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangs måderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)

⁵⁹ Jf. bl.a. Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, side 50-52 og 54

⁶⁰ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

⁶¹ Jf. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 510

⁶² Jf. ligeledes Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 510 - Disse principper behandles under specialeafhandlingens afsnit 2.2.

⁶³ Jf. ligeledes Arrowsmith Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3

⁶⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangs måderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)

⁶⁵ Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – Som det fremgår af bekendtgørelsen, var der dog ligeledes få nationale regler, der blev fastsat i overensstemmelse hermed

⁶⁶ Jf. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 5-7 og 12-13

⁶⁷ Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014

⁶⁸ Jf. UBL § 196, stk. 1.

Med det nye direktiv og den nye lov er der sket en lang række ændringer af udbudsretten, men der er ligeledes sket en lang række kodificeringer af praksis, hvor uklarheder ift. ordregivers og de økonomiske aktørers rettigheder og forpligtelser er klargjort i et langt større omfang.⁶⁹ Området for udelukkelse af ansøgere/tilbudsgivere fra udbudsprocessen er ligeledes ændret markant, og nogle af disse ændringer og kodificeringer af gældende praksis vil blive behandlet i nærværende afhandlings afsnit 3.

2.1.1. Aktørerne i udbudsretten

Pligtssubjektet for UBD og UBL er ordregivende myndigheder (ordregiver). De defineres som staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer⁷⁰ og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer, jf. UBL § 24, nr. 28.⁷¹

En økonomisk aktør er defineret som *"... enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet"*, jf. UBL § 24, nr. 38.⁷²

En tilbudsgiver er defineret som en økonomisk aktør, som har afgivet tilbud, jf. UBL § 24, nr. 34.⁷³ En ansøger er derimod en økonomisk aktør, der har anmodet om opfordring til, eller som er blevet opfordret til at deltage i bl.a. et begrænset udbud, udbud med forhandling mv., jf. UBL § 24, nr. 4.⁷⁴ Forskellen på ansøgere og tilbudsgivere er dermed den udbudsprocedure, som ordregiver har valgt, og ansøger bliver til en tilbudsgiver, når denne skal afgive tilbud. Det er de samme regler, der er gældende, for både ansøgere og tilbudsgivere iht. udelukkelse. Fremadrettet vil der udelukkende skrives "tilbudsgiver" eller samlebetegnelsen "økonomisk aktør", selvom ansøger ligeledes er omfattet.

Klagenævnet for Udbud er et uafhængigt klageorgan, der bl.a. behandler klager over situationer omfattet af UBL og regler udstedt i medfør heraf, jf. klagenævnslovens⁷⁵ § 10, stk. 1.⁷⁶

⁶⁹ Se Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning – 2014*, side 510-513 for en opstilling af nogle af disse væsentlige ændringer

⁷⁰ Se UBD art. 2, stk. 1, nr. 4 og UBL § 24, nr. 27 for en definition af offentligretlige organer

⁷¹ Jf. ligeledes UBD art. 2, stk. 1, nr. 1

⁷² Jf. ligeledes UBD art. 2, stk. 1, nr. 10

⁷³ Jf. ligeledes UBD art. 2, stk. 1, nr. 11

⁷⁴ Jf. ligeledes UBD art. 2, stk. 1, nr. 12

⁷⁵ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer

⁷⁶ For mere information vedrørende Klagenævnet for Udbud, se f.eks. www.klfu.dk (link funktionelt den 18. juni 2016) samt Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst – 2015*, side 711-727

2.2. De grundlæggende principper i udbudsretten i relation til udelukkelse

2.2.1. Overordnet

De udbudsretlige principper, der udspringer af TEUF's principper, er grundstammen i alt udbudsretligt. Dette følger af UBD's præambel, betragtning nr. 1, 1. pkt., hvorefter *"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, så som ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed."* Det følger tilsvarende af UBD art. 18, stk. 1 og UBL § 2, at ordregiver er forpligtet til at overholde ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet ved offentlige indkøb. Nærværende afsnit indeholder en kort beskrivelse af ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i relation til udelukkelse.⁷⁷

2.2.1.1. Ligebehandlingsprincippet

Definitionen af *"ligebehandlingsprincippet"* er overordnet, at lige forhold skal behandles lige, og ulige forhold skal behandles ulige, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet og proportional.⁷⁸ Princippet er gældende i alle faser af udbudsprocessen. Ligebehandlingsprincippet har været konsekvent opretholdt af Retten og EU-domstolen i relation til mange forskellige udbudsretlige områder, og det pålægger deciderede handlepligter for ordregiver.⁷⁹ EU-domstolen har i sin dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo*⁸⁰ i præmis 33 udtalt, at ligebehandlingsprincippet, i relation til udelukkelse, kræver af ordregiver, at *"... samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne..."*. Domstolen konkluderer i præmis 47, at vurderingen af tilbudsgivers tilbud kan være ulovlig i den konkrete situation, hvor der foreligger en potentiel interessekonflikt, der er i strid med ligebehandlingsprincippet. Ordregiver har dermed en forpligtelse til at udelukke en tilbudsgiver, hvis dennes deltagelse vil være i strid med ligebehandlingsprincippet.⁸¹ Det skal dog ske under iagttagelse af proportionalitetsprincippet.

⁷⁷ Årsagen til, at princippet om ikkeforskelsbehandling ikke behandles er, at dette udbudsretligt omfatter et forbud mod nationalitetsdiskrimination, mens ligebehandlingsprincippet omfatter alle former for usaglig forskelsbehandling, jf. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 108

⁷⁸ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 33-34 og 46-47, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 16 samt Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 63ff. og Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 99ff.

⁷⁹ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 69-70 samt nærværende speciales afsnit 3.2.2.-3.2.3. vedrørende interessekonflikter og rådgiverinhabilitet.

⁸⁰ EU-Domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*

⁸¹ Jf. ligeledes nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.2.-3.2.3.

Det skal endvidere bemærkes, at ligebehandlingsprincippet rækker ud over de bestemmelser, der følger af UBD. Medlemsstaterne er således berettigede til at fastsætte nationale udelukkelsesgrunde i medfør af ligebehandlingsprincippet, selvom udelukkelsesgrunden ikke specifikt er kodificeret i UBD. Dette blev fastslået i EF-domstolens⁸² dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki*,⁸³ hvorefter Domstolen udtalte, at artiklerne om udelukkelse ganske vist var udtømmende, jf. præmis 43, men at den udtømmende opregning imidlertid ikke udelukkede ”... at en medlemsstat er berettiget til ud over de udelukkelsesgrunde [...] der udtømmende er opregnet [...] at fastsætte udelukkelsesgrunde med henblik på inden for rammerne af offentlige udbudsprocedurer at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til alle de bydende og princippet om gennemsigtighed.”, jf. præmis 47. Det lægges til grund, at dette fortsat er retstilstanden ved det nye udbudsdirektiv.

2.2.1.2. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet udspringer af ligebehandlingsprincippet,⁸⁴ og princippet er kodificeret i UBL § 2.⁸⁵ Overordnet set betyder princippet, at der skal være offentlighed og åbenhed omkring selve udbudsproceduren.⁸⁶ Det realiseres navnlig i udbudsretten ved, at ordregiver er forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse samt udbudsmaterialet, så interesserede økonomiske aktører er bevidste om, at der er en konkurrence om et offentligt indkøb, jf. UBL kapitel 10.⁸⁷

I relation til udelukkelse kommer formålet med princippet til udtryk ved at sikre, at der ikke er en risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side ift. visse tilbudsgivere/tilbud.⁸⁸ De økonomiske aktører skal have lige vilkår i medfør af ligebehandlingsprincippet, hvilket de bl.a. får ved, at ordregiver er forpligtet til at offentliggøre hvilke frivillige udelukkelsesgrunde, der finder anvendelse på det

⁸² Årsagen til, at det er ”EF-domstolen” og ikke ”EU-domstolen”, er at den ændrede navn d. 1. december 2009, da Lissabontraktaten trådte i kraft, fra ”EF” til ”EU”

⁸³ EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki* AE mod *Ethniko Symvoulío Radiotileorasis* og *Ypourgos Epikratias* – Det skal bemærkes, at Domstolen førhen i EF-domstolens dom af 9. februar 2006, forenede sager C-226/04 og C-228/04, *La Cascina Soc. coop. arl* og *Zilch Srl* mod *Ministero della Difesa* m.fl. havde fastslået, at det ikke var muligt at fastsætte nye udelukkelsesgrunde, men udelukkende at lempe de eksisterende, jf. dommens præmis 22-23. Det er dog ikke længere gældende, jf. førstnævnte dom

⁸⁴ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 19

⁸⁵ Det er tilsvarende kodificeret i UBD art. 18, stk. 1

⁸⁶ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 33-34 og 47-48

⁸⁷ Jf. bl.a. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 118-119

⁸⁸ Jf. bl.a. EU-domstolens dom af 6. november 2014, sag C-42/13, *Cartier Dell `Adda SpA* mod *CEM Ambiente SpA*, præmis 44 og EU-domstolens udtalelse i dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd* mod *Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 34

konkrete udbud i udbudsbekendtgørelsen og i det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD), jf. UBL § 137, stk. 1, 1. led.⁸⁹ Aktørerne kan således før indgivelse af ansøgning/tilbud forholde sig hertil.

2.2.1.3. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er et generelt EU-retligt princip,⁹⁰ og det er særskilt kodificeret i udbudsretten i UBL § 2.⁹¹ Proportionalitetsprincippet betyder, at alle foranstaltninger foretaget af ordregiver skal stå i rimeligt forhold til ordregivers saglige behov, og må ikke være mere end nødvendigt indgribende hertil.⁹² Ordregiver har dermed en forpligtelse til, ved hver foranstaltning, at vurdere om denne er i strid med proportionalitetsprincippet.

EU-domstolen har, i relation til udelukkelse, gentagne gange fastslået, at ordregiver skal vurdere proportionalitetsprincippet, jf. f.eks. EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki*.⁹³ Det er ligeledes angivet i lovforarbejderne til bestemmelserne om udelukkelse i UBL, at proportionalitetsprincippet altid skal anvendes ved udelukkelse.⁹⁴ Ordregiver skal herved vurdere, om tilbudsgiveren efter en proportionalitetsafvejning skal udelukkes, eller om mindre indgribende foranstaltninger kan afhjælpe situationen.⁹⁵

⁸⁹ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.1. om frivillige udelukkelsesgrunde

⁹⁰ Jf. bl.a. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 125-127, der henviser til den første dom fra EU-domstolen, hvor dette blev fastslået: EU-domstolens dom af 17. december 1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel

⁹¹ Det er tilsvarende kodificeret i UBD art. 18, stk. 1

⁹² Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 48 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 18

⁹³ EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki* AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, præmis 48 – Se ligeledes EF-domstolens dom af 19. maj 2009, sag C-538/07, *Assitur Srl* mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, præmis 30, EU-domstolens dom af 23. december 2009, sag C-376/08, *Serrantoni Srl* and Consorzio stabile edili Srl v Comune di Milano, præmis 33 og EU-domstolens dom af 22. oktober 2015, sag C-425/14, *Impresa Edilux Srl* og Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) mod Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana - Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani m.fl., præmis 29

⁹⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 120 og 122 – Henvisningerne hertil er ganske vist kun til UBL §§ 136-137. Der er ikke en tilsvarende henvisning til proportionalitetsprincippet i lovforarbejderne til UBL § 135. Forpligtelsen til at anvende proportionalitetsprincippet er således ikke særskilt fremhævet i lovforarbejderne hertil, men den er dog tilsvarende gældende, jf. UBL § 2

⁹⁵ Jf. bl.a. Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 5 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 2

3. Udelukkelse

3.1. Overblik

3.1.1. Definition

Udelukkelse er, hvor ordregiver frasorterer økonomiske aktører, der er uegnede, da de er omfattet af udelukkelsesgrundene i UBL §§ 135-137.⁹⁶ Tilsvarende kan ordregiver udelukke, hvis den økonomiske aktør ikke lever op til de fastsatte minimumskrav i medfør af UBL §§ 140-144, hvilket ikke vil behandles yderligere i nærværende afhandling. Tilbudsgiver er ikke berettiget til at deltage i udbudsproceduren, og mister dermed muligheden for at vinde kontrakten, hvis denne udelukkes.⁹⁷

UBL opererer med to typer af udelukkelsesgrunde. Obligatoriske ("*præceptive*") udelukkelsesgrunde og frivillige ("*fakultative*") udelukkelsesgrunde. Disse beskrives nærmere under nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.1. og 3.3.1.⁹⁸

3.1.2. Formål og generelle betragtninger

Det følger af UBL § 1, at "*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*". Reglerne i udbudsretten har dermed som væsentligt formål at sikre den effektive konkurrence.⁹⁹ Reglerne om udelukkelse bidrager hertil, da de sørger for, at situationer, hvor en tilbudsgiver f.eks. bliver favoriseret,¹⁰⁰ eller har udført handlinger, der er med til at fordreje konkurrencen,¹⁰¹ ikke vil påvirke udbuddet, da de pågældende aktører bliver udelukket fra at deltage.¹⁰² Det følger endvidere af formålsbestemmelsen i UBL § 1, at de offentlige midler skal udnyttes bedst muligt. Dette er udelukkelse ligeledes med til at opfylde, da udelukkelse kan have som formål at udelukke aktører, der har vist, at de ikke kan udføre kontrakten hensigtsmæs-

⁹⁶ Dette skal ikke forveksles med "udvælgelse", hvor man frasorterer egnede tilbudsgivere før tilbudsfasen i et faseopdelt udbud, jf. UBL § 145 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 171 og 197-200

⁹⁷ Jf. bl.a. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 516

⁹⁸ Se tilsvarende Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 172

⁹⁹ Jf. ligeledes EF-domstolens dom af 17. september 2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne, præmis 81 og 82, Klagenævnets udtalelse i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune, side 16 og EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service Srl, præmis 34, 1. led

¹⁰⁰ Jf. f.eks. UBL § 136, nr. 1, der vedrører udelukkelse begrundet i interessekonflikter. Dette behandles under nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.2.

¹⁰¹ Jf. f.eks. UBL § 137, stk. 1, nr. 4, der vedrører udelukkelse begrundet i konkurrencefordrejende aftaler mellem de økonomiske aktører. Dette behandles under nærværende specialeafhandlings afsnit 3.3.2.

¹⁰² Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3.2.2.3.4.

sigt.¹⁰³ Ordregiver er dermed i en højere grad sikker på, at den efterfølgende kontrakt bliver overholdt, hvilket bl.a. sparer ordregiver for at skulle finansiere endnu en udbudsproces, og sikrer hermed den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.

Udelukkelse kan anses som at have en præventiv effekt.¹⁰⁴ Virksomhederne kan miste et potentielt stort indkomstgrundlag, hvorfor de med fordel kan afholde sig fra at være omfattet af de pågældende udelukkelsesgrunde. Det er dermed et incitament til ikke at fordreje konkurrencen samt at udføre kontrakterne hensigtsmæssigt.

Udelukkelse af den økonomiske aktør er dog et indgribende middel, der kan have store økonomiske konsekvenser for virksomheden. Det er årsagen til, at proportionalitetsprincippet¹⁰⁵ skal anvendes ved vurdering af, om aktøren skal udelukkes. Det er endvidere årsagen til, at der er kodificeret regler om self-cleaning i det nye UBD samt i UBL, hvorefter den økonomiske aktør kan dokumentere sin pålidelighed, for derved at forblive i udbuddet, selvom denne er omfattet af en udelukkelsesgrund.¹⁰⁶ Hvis aktøren har udført self-cleaning, vil formålet bag udelukkelse om at sørge for en effektiv konkurrence, fortsat være bevaret. I relation hertil er der ligeledes kodificeret en udelukkelsesperiode, der medfører, at hvis aktøren ikke kan dokumentere, at denne er pålidelig, at den alligevel kan deltage i udbuddet, hvis årsagen til, at denne er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde, er forældet i medfør af denne periode.¹⁰⁷

3.1.3. Udelukkelsesproceduren

Ordregivers forpligtelse til at udelukke varer helt indtil kontrakttildelelingstidspunktet.¹⁰⁸ Ordregiver skal dog som udgangspunkt tage stilling til, om den økonomiske aktør skal udelukkes ved modtagelse af ansøgning/tilbud. Dette gøres ved, at den økonomiske aktør skal udfylde det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD),¹⁰⁹ hvorefter ordregiver foretager en konkret vurdering af, om tilbudsgiveren er omfattet af én eller flere af udelukkelsesgrundene i UBL §§ 135-137. Ordregiver kan som udgangspunkt lægge tilbudsgivers

¹⁰³ Jf. f.eks. UBL § 137, stk. 1, nr. 5, der vedrører udelukkelse begrundet i tidligere væsentlig misligholdelse af en kontrakt med en ordregivende myndighed. Denne udelukkelsesgrund behandles i nærværende specialeafhandlings afsnit 3.3.3.

¹⁰⁴ Jf. herom Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3.2.2.3.2.

¹⁰⁵ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 2.2.1.3. om proportionalitetsprincippet

¹⁰⁶ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4 om dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

¹⁰⁷ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4.4 om udelukkelsesperioden

¹⁰⁸ Jf. forudsætningsvist UBL § 159, stk. 2, nr. 1 samt UBD art. 57, stk. 5, LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122 og 127, Ellehaug, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 576, 8. afsnit til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 138, stk. 6 og Graells, Albert Sanchez: *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24* i Lichère, Francois, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.): *Modernising Public Procurement. The New Directive* – 2014, side 100-101

¹⁰⁹ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.1.3.1. om det fælleseuropæiske udbudsdokument

besvarelse af ESPD til grund, og ordregiver har derfor som udgangspunkt ikke en undersøgelsespligt. Undtagelsen hertil er dog, at ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen.¹¹⁰ Lovforarbejderne eksemplificerer ”tvivl” som, hvor en tredjepart udleverer oplysninger om tilbudsgiveren, der sår tvivl om rigtigheden af erklæringen i ESPD.¹¹¹

3.1.3.1. Det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD)

Det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD)¹¹² er ”... en egenerklæring om virksomhedernes finansielle status, formåen og egnethed i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure”, jf. Kommissionens hjemmeside.¹¹³ ESPD er udformet som en standardformular af Kommissionen, og den tjener som et foreløbigt bevis i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en udelukkelsesgrund, og om de relevante minimumskrav til egnethed er opfyldt.¹¹⁴ Forpligtelsen til at anvende ESPD’en følger af UBL §§ 148-151.¹¹⁵

Hensynet bag ESPD er at reducere omfanget af tilbudsgivers arbejde ved udformning af en ansøgning/tilbud.¹¹⁶ Tilbudsgiver skal herved udfylde dokumentet i stedet for at rekvirere og fremlægge en lang række certifikater o.l. til dokumentation af, at pågældende ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene mm.¹¹⁷

UBL § 136, nr. 3 dikterer, at tilbageholdelse af oplysninger skal medføre udelukkelse, og i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 6 kan tilbudsgiveren udelukkes, såfremt ordregiver har valgt udelukkelsesgrunden, hvis tilbudsgiveren groft uagtsomt har afgivet vildledende oplysninger.¹¹⁸ Hvis tilbudsgiver således ikke informerer om mulige udelukkelsesårsager i ESPD, og ordregiver bliver bevidst om dette, skal tilbudsgiveren udelukkes.

¹¹⁰ Jf. UBL § 159, stk. 3

¹¹¹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

¹¹² UBL §§ 148-151 - Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdpd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016) – Se i øvrigt: <http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespden-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹¹³ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdpd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹¹⁴ Jf. UBL § 24, nr. 13

¹¹⁵ Bestemmelserne hidrører fra UBD art. 59, med undtagelse af kompetencebestemmelsen for Erhvervs- og Vækstministeren i UBL § 149, der udelukkende er national, jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 137

¹¹⁶ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning til det fælleseuropæiske udbudsdokument* – 2015, side 5

¹¹⁷ Jf. UBL § 148, stk. 1

¹¹⁸ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 137

3.2. Obligatoriske udelukkelsesgrunde

3.2.1. Overordnet

De obligatoriske udelukkelsesgrunde er angivet i UBL §§ 135-136. Ordregiver er forpligtet til at udelukke tilbudsgiver, hvis denne er omfattet af én eller flere af disse. Udelukkelsesgrundene kan ikke fravælges i det konkrete udbud. Der er dog visse begrænsninger hertil, bl.a. i form af en forpligtelse til en proportionalitetsafvejning, vurdering af dokumentation for pålidelighed samt en tidsbegrænset udelukkelsesperiode.¹¹⁹ UBL § 135 vedrører en række forhold, som tilbudsgiveren kan være endeligt dømt for, herunder f.eks. handlinger begået som led i en kriminel organisation, bestikkelse mv. Bestemmelsen behandles ikke nærmere i nærværende specialeafhandling.¹²⁰ UBL § 136 vedrører interessekonflikter, rådgiverinhabilitet og afgivelse af groft urigtige oplysninger mm.,¹²¹ hvoraf interessekonflikter og rådgiverinhabilitet behandles under afhandlingens afsnit 3.2.2. og 3.2.3.

3.2.2. Interessekonflikter

3.2.2.1. Indledende bemærkninger til bestemmelsen om interessekonflikter i samspil med bestemmelsen om rådgiverinhabilitet

UBD¹²² blev indført med en række forskellige formål for at udvikle og forbedre det udbudsretlige område. Et af disse hovedformål var at indføre regler vedrørende interessekonflikter,¹²³ der ikke fremgik af det tidligere udbudsdirektivs¹²⁴ artikler, men derimod blev behandlet i praksis af EU-domstolen, Retten, de nationale domstole og især Klagenævnet for Udbud, primært funderet i ligebehandlingsprincippet.

Det skal indledningsvist bemærkes, at der overordnet er blevet skelnet mellem to typer af interessekonflikter i praksis,¹²⁵ hvoraf den ene ikke har været at finde i det tidligere udbudsdirektiv, mens den anden har haft rødder i det tidligere udbudsdirektivs præambel, men ikke i selve artiklerne. Specialeafhandlingens afsnit 3.2.2. behandler den type interessekonflikt, hvor der bl.a. er sammenfaldende interesser mellem tilbudsgiver og ansatte hos ordregiver, der forestår evalueringen af ansøgningen/tilbuddet, jf. UBL § 136,

¹¹⁹ Jf. UBL § 138 – Se nærværende specialeafhandlingens afsnit 3.4. om dokumentation af pålidelighed (self-cleaning) samt udelukkelsesperioden

¹²⁰ Jf. afsnit 1.3. om afgrænsninger i specialeafhandlingen

¹²¹ UBL § 136, nr. 3 vedrørende afgivelse af groft urigtige oplysninger til ordregiveren, tilbageholdelse af oplysninger, eller hvor ansøgeren/tilbudsgiveren er ude af stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene i UBL § 135, stk. 1 eller 3, og hvis det er relevant UBL § 137, stk. 1, nr. 1, 2 eller 7, de fastsatte minimumskrav til egnethed i UBL §§ 140-144 eller udvælgelsen i UBL § 145, vil ikke blive behandlet nærmere i nærværende specialeafhandling, jf. afhandlingens afsnit 1.3.

¹²² Direktiv 2014/24

¹²³ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-10-transparency_en.pdf (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹²⁴ Direktiv 2004/18

¹²⁵ Det er ligeledes anført af forfatterne Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer i *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 422ff., at disse to situationer skal behandles forskelligt, da de giver anledning til forskellige problemstillinger og løsningsmodeller

nr. 1. Denne situation fremgår ikke af det tidligere udbudsdirektiv. Den anden overordnede interessekonflikt vedrører situationen, hvor en ekstern rådgiver har bistået ordregiver i forskelligt omfang med det indledende arbejde ift. udarbejdelse af udbudsmaterialet før udbudsprocedurens igangsætning, hvorefter denne rådgiver ønsker at deltage som tilbudsgiver i selve udbudsproceduren, jf. UBL § 136, nr. 2. Denne situation behandles i specialeafhandlingens afsnit 3.2.3. Det er denne type af interessekonflikt, også kaldet "*rådgiverinhabilitet*", der har haft rødder i det tidligere udbudsdirektivs præambel, betragtning nr. 8.

Det skal endeligt bemærkes, at nogle af de tidligere kendelser vedrører begge forhold, hvor der således både er en situation med en interessekonflikt og med rådgiverinhabilitet.

3.2.2.2. Formål og hensyn

Kommissionen beskrev i sin Grønbog fra 2011,¹²⁶ hvor en kommende revision af Direktiv 2004/18 var på tegnebrættet, at reguleringen af interessekonflikter var et af hovedformålene bag det på det tidspunkt kommende direktiv.¹²⁷ Kommissionen fastslog, at en interessekonflikt, hvor et udbud alligevel bliver gennemført uden hensyn til interessekonflikter, pr. definition er en grov overtrædelse af indkøbsreglerne i EU og de grundlæggende principper herfor.¹²⁸ Synspunktet er også fastslået i domspraksis, jf. bl.a. Rettens dom af 15. juni 1999, sag T-277/97, *Ismeri*¹²⁹, præmis 123. Kommissionen fremlagde i sin Grønbog eksempler på løsninger ift. interessekonflikter. Her foreslog Kommissionen, at der med fordel kunne indføres en pligt for enten ordregiver eller tilbudsgiver til at verificere, at der ikke forelå interessekonflikter.¹³⁰ Ordregivers forpligtelse hertil er blevet indført i UBD art. 24, 1. afsnit og art. 57, stk. 4, litra e, hvilket senere er indført i dansk ret i UBL § 4 og § 136, nr. 1. Tilbudsgivers forpligtelse kommer til udtryk i ESPD'en,¹³¹ hvor tilbudsgiver skal tilkendegive, om denne mener, at der foreligger en interessekonflikt.¹³²

¹²⁶ Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011

¹²⁷ Jf. også herom i Kotsonis, Totis: *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market* - 2011 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2011, 3, NA51-58), afsnit 6

¹²⁸ Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, afsnit 5.1.

¹²⁹ Rettens dom af 15. juni 1999, sag T-277/97, *Ismeri Europa Srl mod Revisionsretten for De Europæiske Fællesskaber*, præmis 123 – Se tilsvarende EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom SA mod État belge*, præmis 30 og EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 43 mv.

¹³⁰ Kotsonis, Totis: *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market* – 2011 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2011, 3, NA51-58), afsnit 6

¹³¹ UBL § 24, nr. 13 og §§ 148-151 - Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=da> (link funktionelt d. 18. juni 2016) – Se i øvrigt: <http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespden-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹³² Jf. afsnit 3.1.3.1. i nærværende specialeafhandling.

Interessekonflikter som udelukkelsesgrund var ikke en del af det tidligere udbudsdirektiv, men det er ikke en nyskabelse i udbudsretten. Der er tale om en kodificering af righoldig praksis fra Klagenævnet for Udbud, som EU-domstolen og Retten ligeledes efterfølgende har opretholdt i få domme. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed¹³³ er anvendt til at indføre en forpligtelse til at udelukke, og proportionalitetsprincippet spiller tilsvarende en stor rolle.¹³⁴ Forfatterne Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen har dog angivet i deres bog fra 2015,¹³⁵ at der er sket en væsentlig nyskabelse, hvorefter Klagenævnet for Udbud nu har kompetencen til at behandle interessekonflikter og rådgiverinhabilitet, hvilket Klagenævnet ifølge forfatterne ikke har haft førhen. Det forholder sig således, at Klagenævnet kun har kompetence til at behandle udbudsretlige tvister, jf. klagenævnslovens¹³⁶ § 10, stk. 1, og forfatterne har angivet, at det derfor ikke har haft kompetencen til at behandle disse problemstillinger førhen, da interessekonflikter og rådgiverinhabilitet har været forvaltningsretlige problemstillinger. Dette anfægtes, da det ud fra omfattende praksis fra Klagenævnet for Udbud, Retten og EU-domstolen ses, at Klagenævnet altid har haft denne kompetence, da situationerne er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, hvorfor det altid har været en del af udbudsretten, og dermed inden for Klagenavnets kompetenceområde.¹³⁷

Hensynet bag artiklen/bestemmelsen er funderet i de grundlæggende udbudsretlige principper, især ligebehandlingsprincippet. De økonomiske aktører skal kunne deltage i udbudsprocessen med lige muligheder, og hvis der foreligger en interessekonflikt, vil der ligeledes foreligge en potentiel mulighed for, at én eller flere af aktørerne opnår en uberettiget fordel. Det blev f.eks. allerede konstateret i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. december 1999, *Lifeline*,¹³⁸ hvor Klagenævnet udtalte, at det var i strid med EU-udbudsreglerne, at et bestyrelsesmedlem i Dansk Hunderegister skulle vurdere tilbuddene, når han ligeledes rådede over to af virksomhederne, der afgav tilbud.¹³⁹ Synspunktet er blevet konsekvent opretholdt af både EU-domstolen,¹⁴⁰ Retten,¹⁴¹ Højesteret¹⁴² og Klagenævnet for Udbud¹⁴³, og af nyere praksis kan f.eks.

¹³³ Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 275

¹³⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 120 samt Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 564 og 714

¹³⁵ Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 534

¹³⁶ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer

¹³⁷ Dette belyses både under afsnit 3.2.2 og 3.2.3. i nærværende afhandling.

¹³⁸ Klagenavnets kendelse af 15. december 1999, *Lifeline* I/S mod Dansk Hunderegister

¹³⁹ Jf. Klagenavnets kendelse af 15. december 1999, *Lifeline* I/S mod Dansk Hunderegister, side 15-16

¹⁴⁰ F.eks. i EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*

¹⁴¹ F.eks. i Rettens dom af 17. marts 2005, sag T-160/03, *AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen*; Rettens dom af 14. februar 2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, *TEA-CEGOS SA m.fl. mod Kommissionen* og Rettens dom 18. april 2007, sag T-195/05, *Deloitte Business Advisory NV mod Kommissionen*

¹⁴² F.eks. Højesterets dom af 31. marts 2005 (U.2005.1799H), *European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Walter-Bau AG (tidligere Dyckerhoff & Widmann AG) og SIAB AB mod Ørestadsselskabet I/S ved interessenterne Københavns Kommune og Trafikministeriet*

nævnes EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo*,¹⁴⁴ hvor halvdelen af de sagkyndige, der skulle evaluere tilbuddene, havde en erhvervsmæssig tilknytning til den vindende tilbudsgiver, da disse var kollegaer.

3.2.2.2.1. Obligatorisk udelukkelsesgrund

UBD art. 57, stk. 4, litra e er en frivillig udelukkelsesgrund,¹⁴⁵ hvilket fremgår af formuleringen i artiklen, hvorefter ordregiver ”kan” udelukke. Det betyder, at ordregiver aktivt skal vælge den i ESPD,¹⁴⁶ før den finder anvendelse i det konkrete udbud. Muligheden for ordregiver til frivilligt at vælge den til kan, ifølge forfatteren af specialeafhandlingens mening, anses som en grundlæggende fejl i UBD.¹⁴⁷ Udelukkelse begrundet med eksistensen af interessekonflikter udspringer fra praksis fra både Klagenævnet for Udbud, Retten og Domstolen, og det har været begrundet i de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁴⁸ Det betyder, at ordregivers forpligtelse til at udelukke altid har været obligatorisk, hvis der foreligger en interessekonflikt, der fordrejer konkurrencen.¹⁴⁹ Ved at gøre udelukkelsesgrunden frivillig, vil det hermed være en lempelse af området for interessekonflikter, og det vil være i direkte strid med de udbudsretlige grundprincipper, tidligere praksis samt Kommissionens udtalelser.¹⁵⁰ Det kan med stor sandsynlighed ikke have været intentionen, og det lægges derfor til grund, at det er en grundlæggende fejl i UBD.

I Danmark har lovgiver valgt at udnytte muligheden til at gøre bestemmelsen til en obligatorisk udelukkelsesgrund, hjemlet i UBL § 136, nr. 1, hvorfor ordregiver ikke aktivt kan fravælge den, men i stedet har pligt til at udelukke tilbudsgiver, hvis betingelserne i bestemmelsen er opfyldt. Hjemlen til at gøre bestemmelsen obligatorisk er anført i UBD art 57, stk. 4, 1. led, hvorefter: *”De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra del-*

¹⁴³ F.eks. Klagenævnets kendelse af 20. februar 2004, Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune; Klagenævnets kendelse af 14. januar 2008, LSI Metrogruppen mod Metroselskabet I/S og Klagenævnets kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand mv.

¹⁴⁴ EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 23 – Domstolen tog ikke stilling til den konkrete sag, men derimod fortolkning af retsområdet

¹⁴⁵ Artiklen er gjort obligatorisk i udbudsloven, hvilket fremgår nedenfor

¹⁴⁶ Det følger af udbudslovens § 137, stk. 1, 1. led, at ordregiver både skal tilvælge de frivillige udelukkelsesgrunde i ESPD, og ligeledes angive at en frivillig udelukkelsesgrund anvendes i det konkrete udbud. Angivelse af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen er en national fastsat forpligtelse, jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122, på baggrund af Udbudslovsudvalgets overvejelser, jf. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 718

¹⁴⁷ Det skal for god ordens skyld bemærkes, at synspunktet oprindeligt er blevet fremført af professor Steen Treumer ved et vejledningsmøde den 7. april 2016 i forbindelse med udarbejdelse af nærværende speciale. For rådgiverinhabilitet i medfør af UBD art. 57, stk. 4, litra f (UBL § 136, nr. 2) er det samme hensyn, der gør sig gældende, og det er anført i Berg, Claus: *Udbudsloven og byggeriet* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 624, at det er meget bemærkelsesværdigt, at artiklen i udbudsdirektivet er frivillig, da situationen netop vil være i strid med ligebehandlingsprincippet

¹⁴⁸ Jf. bl.a. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 17

¹⁴⁹ Jf. herved specialeafhandlingens afsnit 2.2.1.1.

¹⁵⁰ Kommissionens udtalelser er beskrevet under afsnit 3.2.2.1

tagelse i en udbudsprocedure... ”, og det er gjort på baggrund af Udbudslovsudvalgets anbefalinger,¹⁵¹ der ligeledes henviser til ligebehandlingsprincippet.¹⁵²

3.2.2.3. Begrebet ”interessekonflikt”

En interessekonflikt defineres i UBL § 24, nr. 18¹⁵³ som en situation, hvor en person hos ordregiver, 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,¹⁵⁴ der kan antages at bringe den pågældendes upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren i fare. I UBD er betegnelsen om disse situationer foranlediget af ordene ”omfatter mindst”, hvorfra det kan konkluderes, at det som minimum omfatter de anførte situationer, men at der ligeledes kan eksistere øvrige situationer, hvor der kan være en interessekonflikt. Det er dermed en bred definition, og det er generelt fortolket som et åbent begreb i EU-retten.¹⁵⁵ Det suppleres af, at den danske lovgiver har valgt at uddybe i UBL § 24, nr. 18, at sådanne interessekonflikter også kan opstå, hvor en økonomisk aktør har modstridende interesser, som kan påvirke ”kontraktens” opfyldelse i negativ retning. Formuleringen er ikke nærmere beskrevet i forarbejderne, men forfatterne Michael Ellehauge, Claus Berg og Torkil Høg formoder, at det f.eks. kan være tilfældet, hvor en teknisk rådgivningsvirksomhed afgiver tilbud på udførelse af forureningsundersøgelser på ejendomme, som virksomheden ejer.¹⁵⁶ Virksomheden vil hermed have en økonomisk interesse i, at kontrakten ikke bliver udført hensigtsmæssigt, da det kan være bekosteligt at rense en forurenede ejendom. Ordregiver skal dermed tilsvarende forholde sig til den senere udførelse af kontrakten efter udbudsproceduren.

Da en ”interessekonflikt” er bredt defineret, kan der være mangeartede situationer, der kan udløse ordregivers forpligtelser. Forarbejderne fremsætter et typisk eksempel, hvorefter en ansat hos ordregiver har en nær familiemæssig eller ikke ubetydelig økonomisk interesse i en økonomisk aktør, hvilket f.eks. kan være tilfældet, hvis ægtefællen er ansat i virksomheden, eller hvis den ansatte har aktier i virksomheden.¹⁵⁷ Ift.

¹⁵¹ Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 718

¹⁵² Jf. ligeledes Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 553 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 136, nr. 1.

¹⁵³ UBL § 24, nr. 18 oprinder fra UBD art. 24, 2. afsnit

¹⁵⁴ Jf. ligeledes Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 1 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 180

¹⁵⁵ Europa-Kommissionen (European Anti-Fraud Office): *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions – A practical guide for managers* - 2013, side 9

¹⁵⁶ Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 114 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 24, nr. 18

¹⁵⁷ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49.

eksemplet om en ikke ubetydelig økonomisk interesse, kan der bl.a. henvises til kendelsen og dommen¹⁵⁸ under nærværende afhandlings afsnit 3.2.2.2.

En lang række medlemsstater har deltaget i at udforme en vejledning, herunder Danmark, hvor yderligere eksempler er givet.¹⁵⁹ Et af disse eksempler er, hvor en ansat hos ordregiver, der har til opgave at evaluere udbuddet, har en venskabelig forbindelse¹⁶⁰ med tilbudsgiver. Et konkret eksempel i vejledningen beskriver situationen, hvor tilbudsgivers direktør har tilbragt en ugelang ferie med den ansatte hos ordregiver.¹⁶¹ Det må derfor antages, at venskabet skal have en vis kvalificeret karakter, før der kan foreligge en potentiel interessekonflikt. Kvalificeringen af venskabet må bero på en konkret vurdering, ligesom en konkret vurdering er nødvendig i hvert enkelt tilfælde, hvor der potentielt kan foreligge en interessekonflikt.¹⁶²

3.2.2.4. Ordregivers forpligtelse

3.2.2.4.1. Forpligtelsen til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter

I UBD's præambel, betragtning nr. 16, fremgår det, at ordregivende myndigheder ved hjælp af ethvert middel, der står myndigheden til rådighed i national ret, bør forebygge forurening af de offentlige udbudsprocedurer pga. interessekonflikter. Betragtningen foreslår, at det kan gøres ved fastlæggelse af procedurer, der identificerer, forebygger og afhjælper sådanne konflikter. Samme betragtning har ført til, at der i medfør af UBD art. 24 er indført en forpligtelse for medlemsstaterne, hvorefter de skal sikre, at sådanne procedurer står til rådighed, hvilket har medført en direkte handlepligt for ordregiver i medfør af UBL § 4, hvorefter denne skal *"træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud"*. Handlepligten var ikke en del af Direktiv 2004/18, men forpligtelsen fulgte i stedet for af ligebehandlingsprincippet, jf. f.eks. EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo*,¹⁶³ præmis 42-44.¹⁶⁴ Af præmis 43 fremgår, at *"den ordregivende myndighed*

¹⁵⁸ Klagenævnets kendelse af 15. december 1999, Lifeline I/S mod Dansk Hunderegister og EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*

¹⁵⁹ Europa-Kommissionen (European Anti-Fraud Office): *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions – A practical guide for managers* - 2013, side 10

¹⁶⁰ Jf. ligeledes Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 1

¹⁶¹ Europa-Kommissionen (European Anti-Fraud Office): *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions – A practical guide for managers* - 2013, side 10

¹⁶² Jf. f.eks. herom Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2009, FMT A/S mod Vestforbrænding, om en interessekonflikt i form af ejersammenfald

¹⁶³ EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* — Tidligere fastslået i EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias*, præmis 45, i forhold til, at ordregiveren skal vurdere buddene ud fra bl.a. ligebehandlingsprincippet

¹⁶⁴ Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 277 og Smith, Susie: *C-538/13 eVigilo: dealing with bias and conflicts of interest, time limits for*

under alle omstændigheder har pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter og til at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe interessekonflikter". Bestemmelsen er forbundet med udelukkelsesgrunden i UBL § 136, nr. 1, da ordregiver først skal overholde sin forpligtelse i medfør af § 4, hvorefter det først er, hvis det ikke er muligt at afhjælpe interessekonflikten med mindre indgribende foranstaltninger, at ordregiver skal udelukke tilbudsgiver.

Ift. forpligtelsen til at identificere og forebygge potentielle interessekonflikter, følger det af lovbemærkningerne til § 4,¹⁶⁵ at ordregiver vil kunne fastlægge en indkøbspolitik indeholdende interessekonflikter som fokusområde. Denne overordnede forpligtelse er i forvejen i praksis set ved, at flere ordregivende myndigheder, der er omfattet af udbudsreglerne, har offentliggjort en sådan indkøbspolitik. F.eks. Erhvervsakademi Sjællands indkøbspolitik fra oktober 2015,¹⁶⁶ hvor det er angivet, at deres indkøbsstandarder bl.a. indebærer, at *"al adfærd i forbindelse med indkøb er etisk korrekt, fx med hensyn til fortrolige oplysninger, interessekonflikter og lignende, og af høj professionel og legal standard"*. Erhvervsakademi Sjælland fortsætter i sin indkøbspolitik med at indføre en forpligtelse til sine medarbejdere, hvorefter de skal *"iagttage de almindelige habilitetsregler i forbindelse med indkøb... [og] ...orientere Indkøbsfunktionen om alle evt. kundegoder i forbindelse med indkøb"*. Lignende vilkår findes i mange offentlige myndigheders indkøbspolitikker, herunder fsb¹⁶⁷, Vordingborg Kommune¹⁶⁸, Høje-Taastrup Kommune¹⁶⁹ m.fl. Mange ordregivende myndigheder opfylder dermed allerede deres forpligtelser i medfør af UBL § 4 ved at fastlægge det gennem deres indkøbspolitik, men det er langt fra i alle tilfælde, at kravet er implementeret i deres overordnede indkøbspolitik.¹⁷⁰ Det kan dog udledes af lovforarbejderne, at det ikke er et problem i praksis, da det er op til den enkelte ordregivende myndighed at vurdere, hvad der udgør passende foranstaltninger.¹⁷¹ Det må derfor kunne antages, at det f.eks. er tilstrækkeligt, at ordregiver i sine interne retningslinjer eller ansættelseskontrakter oplyser medarbejdere om deres forpligtelse til at påpege, hvis der foreligger en potentiel interessekonflikt.

making a claim and acceptability of allegedly abstract award criteria – 2015 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 4, NA104-NA108), afsnit 3.2.1

¹⁶⁵ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49

¹⁶⁶ Erhvervsakademi Sjælland: *Indkøbspolitik* – Oktober 2015: <http://www.easj.dk/wp-content/uploads/2016/05/EASJ-Indkøbspolitik-oktober-2015.pdf> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹⁶⁷ Fsb: *Indkøbsstrategi* - 2014: <https://fsb.dk/media/525254/indkoebsstrategi-vedtaget-af-bestyrelsen-11-marts-2014.pdf> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹⁶⁸ Vordingborg Kommune: *Retningslinjer for udbud og indkøb* - 2014: www.vordingborg.dk/media/5689/retningslinjer-for-udbud-og-indkoeb.docx (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹⁶⁹ Høje-Taastrup Kommune: *Inhabilitet ved indkøb* – 2015:

<http://www.hrportal.htk.dk/Ansættelsesforhold/Saerlige%20vilaar/Inhabilitet.aspx> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹⁷⁰ Se f.eks. Københavns Kommune: *Indkøbspolitik 2014-2018*: <http://www.kk.dk/sites/default/files/uploaded-files/Indkoebspolitik2014-2018.pdf> (link funktionelt den 18. juni 2016)

¹⁷¹ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49.

Lovbemærkningerne¹⁷² eksemplificerer en måde, hvorpå ordregiver kan "afhjælpe" en interessekonflikt. Dette kan simpelt gøres ved at sørge for, at pågældende ansatte, som må anses som inhabil i udbuddet grundet en sådan interessekonflikt, udelukkes fra deltagelse i udbudsproceduren, herunder især evalueringen af tilbuddene.¹⁷³

3.2.2.4.2. Begrænsninger i ordregivers forpligtelse

Klagenævnet for Udbud har i sin kendelse af 27. august 2015, *CSC Danmark*¹⁷⁴ konkluderet, at hvis ordregiver kan påvise, at det praktisk ikke har været muligt at udligne interessekonflikten pga. tekniske eller økonomiske begrænsninger, eller som følge af rettigheder, der tilkommer tilbudsgiveren, vil forpligtelsen til at udelukke ikke være gældende.¹⁷⁵ I den konkrete kendelse havde ordregiver dog ikke løftet bevisbyrden for, at der forelå sådanne begrænsninger, der ville resultere i en umuliggørelse af interessekonfliktsbegrænsende tiltag, og ordregiver havde ikke sikret sig, at de potentielle interessekonflikter blev afhjulpet tilstrækkeligt.¹⁷⁶ Selve tildelingsbeslutningen blev dog ikke annulleret, da der forelå den særegne situation, at tilbudsgiveren og det opkøbte softwarefirma selv havde sørget for at iværksætte sådanne tiltag, bl.a. at softwarefirmaet tilbød tilbudsgiverne samme priser, selvom én af tilbudsgiverne havde opkøbt firmaet efter prækvalifikationen men før tilbudsafgivelsen. Klagenævnet for Udbud har hentet disse begrænsninger fra Rettens dom af 12. marts 2008, sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*, præmis 76.¹⁷⁷

Det vides endnu ikke, om undtagelserne vil opretholdes i praksis efter indførelse af UBD og UBL. Det må dog kunne forventes, da området for interessekonflikter i en høj grad er en kodificering af gældende ret fastlagt gennem praksis, og da hensynene fremstår som hensigtsmæssige. Det er dog bemærkelsesværdigt, at undtagelserne ikke er indført i UBD eller UBL.¹⁷⁸

¹⁷² LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49

¹⁷³ Jf. ligeledes Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 2.3 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 180

¹⁷⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, *CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)*

¹⁷⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august, *CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)*, side 60 samt Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 277

¹⁷⁶ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, *CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)*, side 61 - Se ligeledes herom: Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 277

¹⁷⁷ Rettens dom af 12. marts 2008, T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen

¹⁷⁸ Jf. herom i specialeafhandlingens afsnit 3.2.2.6.

3.2.2.4.3. Bevisbyrden

Det er ordregiver, der har bevisbyrden ift., om denne har sørget for at undersøge omfanget af, om der foreligger en interessekonflikt, og herefter har forsøgt at afhjælpe den.¹⁷⁹ Det er endvidere ordregiver, der skal bevise, at der ikke foreligger en konkret interessekonflikt.¹⁸⁰ Først og fremmest kan placeringen af bevisbyrden begrundes med, at det er ordregiver, der er pligtssubjekt ift. udbudsretten.¹⁸¹ Herudover har EU-domstolen i sin dom af 12. marts 2015, sag 538/13, *eVigilo* pointeret, at en økonomisk aktør ikke har adgang til de oplysninger og beviser, der er tilstrækkelige til at kunne løfte en sådan bevisbyrde, hvorfor det må være op til ordregiver.¹⁸²

3.2.2.4.4. Forvaltningslovens regler om interessekonflikter

Det er anført i lovbemærkningerne til UBL § 4,¹⁸³ at interessekonflikter skal fortolkes i overensstemmelse med forvaltningslovens¹⁸⁴ (FVL) kapitel 2, såfremt ordregiveren er omfattet af FVL. Med indførsel af en kodificeret udelukkelsesgrund om interessekonflikter i udbudsretten, kan der stilles spørgsmål til, hvorvidt en sådan forpligtelse i forvejen er gældende i medfør af FVL, hvorfor det ikke er en egentlig nyskabelse, at der foreligger et forbud mod interessekonflikter nedfældet lovmæssigt.

Klagenævnet for Udbud har ved sin kendelse af 14. januar 2008, *LSI Metro Gruppen*,¹⁸⁵ fastslået, at Klagenævnet ikke har kompetence til at behandle spørgsmål, om hvorvidt ordregiver har opfyldt sine forpligtelser i medfør af FVL.¹⁸⁶ Det betyder, at Klagenævnet for Udbud ikke førhen har haft en kodificeret forpligtel-

¹⁷⁹ Jf. bl.a. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 180; Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 533-534; Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* - 2016, side 473; EU-domstolens dom af 12. marts 2015, C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*; Smith, Susie: *C-538/13 eVigilo: dealing with bias and conflicts of interest, time limits for making a claim and acceptability of allegedly abstract award criteria* – 2015 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 4, NA104-NA108), afsnit 3.2.3 og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)

¹⁸⁰ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2010, Almenbo a.m.b.a. mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken, side 10

¹⁸¹ Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* - 2016, side 314-315

¹⁸² EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 42 og Smith, Susie: *C-538/13 eVigilo: dealing with bias and conflicts of interest, time limits for making a claim and acceptability of allegedly abstract award criteria* – 2015 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 4, NA104-NA108), afsnit 3.2.3

¹⁸³ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49 – Se tilsvarende Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 12 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 4

¹⁸⁴ Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 af forvaltningsloven §§ 3-6

¹⁸⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. januar 2008, *LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S*, side 7

¹⁸⁶ Selve kendelsen vedrørte ganske vist rådgiverinhabilitet, jf. særskilt under afsnit 3.2.3. i nærværende afhandling, men det må formodes, at det samme gør sig gældende vedrørende øvrige typer af interessekonflikter, der ligeledes er reguleret i forvaltningsloven – Forfatterne Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer i *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 422, har ligeledes angivet, at Klagenævnet for Udbud ikke kan tage stilling til interessekonflikter i medfør af forvaltningsloven, men må anvende ligebehandlingsprincippet

se gennem en egentlig bestemmelse til at udelukke, men har måtte udelukke i medfør af ligebehandlingsprincippet i udbudsretten. Det er derfor en nyskabelse, udbudsretligt, at bestemmelsen er kommet til.

Det bemærkes endvidere, at der naturligvis ikke vil foreligge myndighedsinhabilitet, hvorefter hele myndigheden er inhabil. Det er i stedet for en individuel vurdering ud fra den konkrete ansatte,¹⁸⁷ hvilket det ligeledes er i medfør af FVL kapitel 2. Dette er vigtigt at fremhæve, da det i sagens natur ville være problematisk, hvis hele myndigheden ikke havde mulighed for at vurdere en tilbudsgiver. I dette scenarie ville det pr. automatik medføre, at ordregiver enten ville være nødsaget til at udelukke tilbudsgiver til alle indkøb eller afskedige den pågældende medarbejder. Ordregiver kan i stedet i praksis sørge for, at medarbejderen ikke deltager i udbudsprocessen, da der ikke foreligger myndighedsinhabilitet.

Udelukkelsesgrundens sammenhæng med FVL's regler om interessekonflikter vil ikke blive behandlet yderligere.¹⁸⁸

3.2.2.4.5. Forpligtelsen til at udelukke

Der er som følge af Kommissionens anbefalinger¹⁸⁹ indført en forpligtelse for ordregiver til at udelukke en tilbudsgiver, når der foreligger en interessekonflikt ift. det konkrete udbud, der ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse, jf. UBL § 136, nr. 1. Der er således først en pligt for ordregiver til at kunne påvise, at denne har forsøgt at forebygge og afhjælpe interessekonflikten, jf. UBL § 4, før ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke den økonomiske aktør. Bestemmelsen er gjort obligatorisk ud fra Udbudslovsudvalgets anbefalinger.¹⁹⁰

Begrebet "*mindre indgribende foranstaltninger*" kan i praksis rejse tvivlsspørgsmål for ordregiver. Det beror på en konkret vurdering, om mindre indgribende foranstaltninger kan foretages, således at der ikke længere er en interessekonflikt. Den mindre indgribende foranstaltning er, at ordregiver afhjælper interessekonflikten, hvilket f.eks. kan være ved at fjerne den ansatte, som må anses for inhabil i udbuddet grundet en interessekonflikt.¹⁹¹ Det er dog ikke altid ligetil, da interessekonflikter kommer i forskellige afskygninger og former, og det kan konkret være svært for ordregiver at udlede, om denne har vurderet og udtømt alle

¹⁸⁷ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 49.

¹⁸⁸ Der kan henvises til Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 564-568 samt Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* - 2000, side 89-91, som dog omhandler forvaltningslovens regler holdt op mod rådgiverinhabilitet, men hvor det er samme grundlæggende synspunkter, der gør sig gældende

¹⁸⁹ Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, afsnit 5.1.

¹⁹⁰ Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 718 – Det er ligeledes beskrevet under specialeafhandlingens afsnit 3.2.2.2.1

¹⁹¹ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.2.3. for en definition af begrebet "interessekonflikter"

afhjælpningsmuligheder ved afhjælpningen. Hvis ordregiver vurderer, at en interessekonflikt er tilstrækkeligt afhjulpet, hvor dette ikke er tilfældet, vil ordregiver handle i strid med UBL § 136, nr. 1 med et muligt erstatningsansvar til følge,¹⁹² en annullering af udbuddet, og en kontrakt der kan blive erklæret uden virkning i medfør af klagenævnslovens¹⁹³ § 17, stk. 1, nr. 1. Hvis ordregiver vurderer, at en interessekonflikt ikke kan afhjælpes, og dermed vælger at udelukke tilbudsgiver, hvor ordregiver kunne have anvendt en mindre indgribende foranstaltning, vil dette ligeledes være i strid med UBL § 136, nr. 1 med dertil følgende konsekvenser. I praksis ses flere eksempler på, at ordregiver har foretaget den forkerte vurdering. Der er både kendelser og domme, hvor ordregiver havde en forpligtelse i medfør af ligebehandlingsprincippet til at udelukke tilbudsgiver, og tilfælde hvor ordregiver ikke havde denne ret/forpligtelse.

I U.2005.1799H¹⁹⁴ fastslog Højesteret, at ligebehandlingsprincippet var blevet tilsidesat ved, at et ingeniørfirma, der havde været rådgiver for en tilbudsgiver, deltog i evalueringen af tilbuddene. Højesteret udtalte, at rådgiveren havde mulighed for at favorisere tilbudsgiveren. Ordregiver havde herved enten ikke været opmærksom på konflikten, eller havde vurderet, at der ikke forelå en interessekonflikt, da det ikke var ansatte i tilbudsgiverens regi, der var deltagende i evalueringen, men derimod fra en anden virksomhed. Virksomheden havde dog en økonomisk interesse i udfaldet af udbuddet, da virksomheden var ansat som underleverandør. Det skal i øvrigt bemærkes, at Klagenævnet forudgående havde afsagt kendelse¹⁹⁵ i denne sag, hvor Klagenævnet var kommet frem til det helt modsatte, hvilket underbygger påstanden om, at det er en svær konkret vurdering for ordregiver. Det illustreres endvidere af de kendelser fra Klagenævnet for Udbud, hvor ordregivers skøn har været forkert.¹⁹⁶ Det skal dog bemærkes, at ordregiver også i flere tilfælde har skønnet korrekt ifølge Klagenævnets overbevisning.¹⁹⁷

¹⁹² Jf. herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

¹⁹³ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer

¹⁹⁴ Højesterets dom af 31. marts 2005 (U.2005.1799H), European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Walter-Bau AG (tidligere Dyckerhoff & Widmann AG) og SIAB AB mod Ørestadsselskabet I/S ved interessenterne Københavns Kommune og Trafikministeriet

¹⁹⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. november 1996, European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Dyckerhoff & Widmann Aktiengesellschaft og Siab AB mod Ørestadsselskabet I/S, side 32-33

¹⁹⁶ Ordregiver har skønnet forkert i følgende tilfælde: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. november 2003, Helsingør Kommune mod Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. februar 2004, Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune; Højesterets dom af 31. marts 2005 (U.2005.1799H), European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Walter-Bau AG (tidligere Dyckerhoff & Widmann AG) og SIAB AB mod Ørestadsselskabet I/S ved interessenterne Københavns Kommune og Trafikministeriet og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2010, Almenbo a.m.b.a. mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken

¹⁹⁷ Ordregiver har skønnet rigtigt i følgende tilfælde: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. november 1996, European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Dyckerhoff & Widmann Aktiengesellschaft og Siab AB mod Ørestadsselskabet I/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. januar 2001, Dansk Transport og Logistik mod Haderslev Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. januar 2008, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2009, FMT A/S mod Vestforbrænding og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus

Ud fra Højesteretsafgørelsen, den forudgående kendelse samt de kendelser, der er henvist til i specialeafhandlingens fodnote 196, kan det udledes og konkluderes, at det kan være en vanskelig vurdering for ordregiver. Det skal dog for god ordens skyld bemærkes, at forpligtelsen ikke førhen har været en del af det tidligere udbudsdirektiv, hvorfor visse af de pågældende tilfælde ligeledes kan være et udtryk for ordregivers manglende viden om den gældende retstilstand. En kodificering bidrager i så fald til ordregivers mulighed for at være opmærksom på sin forpligtelse.

3.2.2.5. Tilbudsgivers forpligtelse

Kommissionen foreslog i sin Grøn bog fra 2011,¹⁹⁸ at tilbudsgiver ligeledes skulle have en forpligtelse til at verificere, at denne ikke var omfattet af en interessekonflikt i forbindelse med det konkrete udbud.¹⁹⁹ Det har ført til ESPD, afsnit III C,²⁰⁰ hvorefter tilbudsgiver skal erklære, at denne ikke er opmærksom på en interessekonflikt som følge af deltagelse i udbudsproceduren, jf. UBL § 148. Det skal besvares med et simpelt ja/nej, og hvis svaret er bekræftende, skal der indføres en begrundelse. Det er herefter ordregiver, som skal tage stilling til, om interessekonflikten kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse, jf. UBL § 136, nr. 1.

Hvis ordregiver kan påvise, at den økonomiske aktør var i besiddelse af information, der kunne have identificeret en interessekonflikt, men valgte at give groft urigtige oplysninger eller tilbageholde information, så vil aktøren skulle udelukkes i medfør af UBL § 136, nr. 3, jf. forarbejderne²⁰¹ til § 148.²⁰² Endvidere ville aktøren kunne udelukkes i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 6, 3. led, hvis der groft uagtsomt gives vildledende oplysninger, der kan have en væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse. Det forudsættes dog, at UBL § 137, stk. 1, nr. 6 er valgt af ordregiver i det konkrete udbud, da udelukkelsesgrunden er frivillig.

Det er ikke angivet i forarbejderne eller i vejledningen til ESPD,²⁰³ om hvorvidt forpligtelsen for tilbudsgiver til at påpege potentielle interessekonflikter ligeledes består, hvis konflikten allerede er afhjulpet. Det kan dog formodes, at det under alle omstændigheder ville være fordelagtigt for tilbudsgiver at påpege interes-

¹⁹⁸ Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, afsnit 5.1.

¹⁹⁹ Se nærværende specialeafhandlingens afsnit 3.2.2.2.

²⁰⁰ UBL § 24, nr. 13, Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016) – Se i øvrigt: <http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespden-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

²⁰¹ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven

²⁰² UBL § 136, nr. 3 vil ikke blive behandlet yderligere, jf. specialeafhandlingens afsnit 1.3.

²⁰³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning til det fælleseuropæiske udbudsdokument* – 2015

sekonflikter, da ordregiver kan have skønnet forkert. Ved at identificere interessekonflikten, vil ordregiver hermed være forpligtet til at forholde sig til denne, og tilbudsgiver vil ikke senere skulle udelukkes, hvis der ikke kan afhjælpes på det tidspunkt.²⁰⁴

3.2.2.6. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om interessekonflikter

UBL § 4 og § 136, nr. 1 fastlægger ordregivers forpligtelse til først at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter. Hvis det ikke er muligt at afhjælpe konflikten med mindre indgribende foranstaltninger, skal ordregiver udelukke tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsproceduren.²⁰⁵ Bestemmelsen har et legitimt hensyn, da interessekonflikter kan skabe en stor ulighed blandt de økonomiske aktører og fordreje konkurrencen til en aktørs fordel.

Det er et grundlæggende problem, at artiklen i UBD er gjort frivillig.²⁰⁶ Det strider direkte imod Kommissionens udtalelser omkring revideringen af det tidligere udbudsdirektiv, al tidligere praksis samt de grundlæggende udbudsretlige principper. Det må lægges til grund, at dette er en grundlæggende fejl ved udformningen af UBD. Det er derfor hensigtsmæssigt, at UBL § 136, nr. 1 er gjort obligatorisk.

UBL § 136, nr. 1 volder visse problemer, der skaber en uhensigtsmæssighed. Det kan udledes af den omfattende retspraksis fra før UBL's ikrafttræden, at ordregiver i mange tilfælde har haft svært ved at identificere de pågældende interessekonflikter, og i de tilfælde, hvor ordregiver har identificeret dem, har haft svært ved at udlede, om der var afhjulpel effektivt, eller om den økonomiske aktør skulle udelukkes fra udbudsproceduren. Det kan dog også være begrundet i, at ordregiver ikke har været opmærksom på sin forpligtelse, da den førhen har måttet findes i ligebehandlingsprincippet som fortolket i praksis, hvilket uden lige kan skabe en del uklarhed frem for en egentlig kodificering af forpligtelsen. Det kan derfor formodes, og i hvert fald håbes, at ordregiver fremadrettet med kodificering af sin forpligtelse er mere opmærksom på interessekonflikter og sine handlepligter. Dette har tilsvarende været formålet med kodificeringen fra Kommissionens side, og ved at gøre udelukkelsesgrunden obligatorisk fra dansk lovgivers side. Selvom begrebet "*interessekonflikt*" er defineret bredt, og måden hvorpå afhjælpning skal foretages ikke er direkte angivet, kan det konkluderes, at selve formuleringen af bestemmelsen er hensigtsmæssig. Det er ikke muligt lovteknisk at opstille en lang række udtømmende scenarier, og det er bedre overladt til ordregivers skøn og fortolkningen heraf i praksis, da konkrete situationer kan variere betydeligt.

²⁰⁴ Hensigtsmæssigheden af tilbudsgivers forpligtelse vurderes under afsnit 3.2.2.6

²⁰⁵ Som nævnt i nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.2.1.-3.2.2.4.

²⁰⁶ Som beskrevet i nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.2.1.1.

Begrænsningen, der medfører, at ordregiver ikke nødvendigvis skal afhjælpe en interessekonflikt, når det ikke praktisk har været muligt pga. tekniske-, økonomiske eller rettighedsmæssige begrænsninger, som blev fastslået af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, *CSC Danmark*²⁰⁷ og Rettens dom af 12. marts 2008, sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*,²⁰⁸ kunne med fordel indføres i bestemmelsen i UBL.²⁰⁹ Det kan anses som en hensigtsmæssig fortolkning af pligten til at afhjælpe interessekonflikter, da det i praksis vil være svært for ordregiver at afhjælpe en interessekonflikt, hvis der f.eks. foreligger en enerettighed til et bestemt produkt, som ordregiveren er interesseret i, og der ikke foreligger tilsvarende løsninger på markedet. Begreberne ”tekniske” og ”økonomiske” begrænsninger er dog angivet uden nærmere forklaring, hvilket kan skabe en uklar retsforståelse for ordregiver. Med en så åben fortolkning, kan det være svært at udlede, hvad Klagenævnet anser for tilstrækkeligt til at undtage ordregiver fra sin forpligtelse.

EU-domstolen fastslog i EF-domstolens dom af 19. maj 2009, sag C-538/07, *Assitur*²¹⁰ og EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki*,²¹¹ at det er muligt at fastsætte andre udelukkelsesgrunde end dem, der er angivet i direktivet med formålet om at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, så længe at proportionalitetsprincippet er overholdt. Ud fra dette kan det formodes, at det ligeledes er muligt at specificere udelukkelsesgrundene under overholdelse af disse principper. Årsagen til, at dette ikke er indført i bestemmelsen er formentligt, at lovgiver ønsker en lov, der i højere grad tekstnært afspejler direktivet. Det vil endvidere kunne give lovmæssige udfordringer, hvis EU-domstolen eller Retten senere underkender denne praksis, hvilket dermed vil skulle føre til en lovændring. Det kan dog ikke formodes, at denne praksis skulle blive underkendt, da den er praktisk hensigtsmæssig. Det er dermed lovteknisk hensigtsmæssigt, at begrænsningen er udeladt af loven ift. perspektivet om, at loven i højere grad afspejler direktivet, men det kan konkluderes, at det ikke er videre hensigtsmæssigt for ordregivers forståelse af retstilstanden.

Endeligt skal det bemærkes, at forpligtelsen for tilbudsgiver til at skulle forholde sig til interessekonflikter i ESPD'en kan anses som hensigtsmæssig. Der er en klar fordel for tilbudsgiver ved at påpege en potentiel interessekonflikt, da denne hermed vil kunne forhåndsgribe situationen, og i stedet for at en efterfølgende

²⁰⁷ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, *CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)*

²⁰⁸ Rettens dom af 12. marts 2008, sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen*

²⁰⁹ Som analyseret i nærværende afhandlings afsnit 3.2.2.4.2.

²¹⁰ EF-Domstolens dom af 19. maj 2009, sag C-538/07, *Assitur Srl mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*

²¹¹ EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias*

vundet kontrakt skal blive erklæret uden virkning i medfør af klagenævnslovens²¹² § 17, stk. 1, nr. 1 ved en sag ved Klagenævnet for Udbud, vil tilbudsgiveren kunne få medarbejderen fjernet fra udbuddet indledningsvist. Ordregiveren vil være forpligtet til at fjerne den pågældende medarbejder, da det er en mindre indgribende foranstaltning end at udelukke tilbudsgiveren.

3.2.3. Rådgiverinhabilitet

3.2.3.1. Bestemmelsen og hensyn

UBL § 136, nr. 2²¹³ vedrører konkurrencefordrejning pga. forudgående inddragelse af tilbudsgiver som rådgiver, hvilket nærmere er beskrevet i UBL § 39.²¹⁴ Situation er, hvor ordregiver ansætter en rådgiver til at hjælpe med at udforme udbudsmaterialet, hvorefter rådgiveren ønsker at deltage som tilbudsgiver i selve udbudsproceduren. Der kan i denne situation opstå visse problemer funderet i ligebehandlingsbetragtninger, da rådgiveren kan have en større fordel, f.eks. i form af viden og tid, end de øvrige virksomheder. I litteraturen²¹⁵ og praksis fra Klagenævnet²¹⁶ benævnes dette som ”rådgiverinhabilitet”.

Rådgiverinhabilitet er en kodificering af gældende praksis.²¹⁷ Årsagen til, at det har været en del af en langvarig praksis hos EU-domstolen,²¹⁸ de danske domstole²¹⁹ og Klagenævnet for Udbud,²²⁰ og nu er blevet

²¹² Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer

²¹³ Der hidrører fra UBD art. 57, stk. 4, litra f

²¹⁴ Der hidrører fra UBD art. 40-41

²¹⁵ Jf. f.eks. Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 1476; Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, kapitel 5 samt Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, kapitel 9, afsnit 9.5.2.

²¹⁶ Jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnstue mod Vestsjællands Amt

²¹⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 67

²¹⁸ EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, Fabricom SA mod État belge

²¹⁹ Se bl.a. Østre Landsrets dom af 18. september 2009, LSI Metro Gruppen c/o ISC Rådgivende Ingeniører A/S mod Metroselskabet I/S

²²⁰ Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnstue mod Vestsjællands Amt; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area bestående af Alexandra Institutter A/S, Bjarke Ingels Group ApS, Multi Touch OY og AM Production A/S mod Københavns Bymuseum; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010, Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2011, Yit A/S mod Skov- og Naturstyrelsen; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2011, Willis I/S mod Sønderborg Kommune og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen

indført i UBD og UBL, er ligebehandlingsprincippet.²²¹ Det er hermed de samme hensyn, som gør sig gældende for UBL § 136, nr. 2 som ved UBL § 136, nr. 1.²²² Tidligere praksis²²³ om rådgiverinhabilitet er blevet delvist begrundet i Direktiv 2004/18, betragtning nr. 8, hvoraf fulgte, at ordregiver var berettiget til at få rådgivning via en ”teknisk dialog” til det forberedende arbejde, men denne rådgivning måtte dog ikke betyde, at konkurrencen blev forhindret,²²⁴ hvilket nu er kodificeret i UBL § 39, stk. 1.

Såfremt en økonomisk aktør har deltaget som rådgiver, må det formodes, at denne vil være i besiddelse af viden, der vil kunne give en stor fordel ved udformningen af et endeligt tilbud, jf. EF-domstolens betragtninger i forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom*.²²⁵ Denne viden kan både bestå i viden om selve anskaffelsen, og hvordan denne mest hensigtsmæssigt kan udføres, men også i viden om ordregivers præferencer.²²⁶ Hans Joachim-Priess pointerer i en artikel, at man med føje kan antage, at rådgiveren kunne være fristet til at vælge og fremhæve specifikationer og krav, hvor rådgiveren vil have en særlig fordel i den senere udbudsproces.²²⁷ Det står som udgangspunkt ordregiveren frit for at vælge mindstekrav og nærmere tekniske specifikationer til ydelsen i udbuddet, men hvis konkurrencen begrænses i så høj en grad, at det reelt kun er én tilbudsgiver, der kan afgive et konditionsmæssigt tilbud, eller har en stor konkurrencemæssig fordel ift. de øvrige virksomheder, vil dette kunne være i strid med UBL § 39 og ligebehandlingsprincippet, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport*.²²⁸ Rådgiveren vil endvidere kunne have en tidsmæssig fordel ift. de øvrige tilbudsgivere, da rådgiveren vil have et forudgående kendskab til formkravene til selve tilbuddet, samt om denne f.eks. skal nå at søge om specifikke tilladelser o.l.²²⁹ De konkurrencemæssige fordele skal udlignes af ordregiver, såfremt rådgiveren skal have mulighed for at deltage i udbuddet som tilbudsgiver. Forpligtelsen hertil er kodificeret i UBL § 39, stk. 2, nr. 1-2.

²²¹ Jf. herom i bl.a. Treumer, Steen: *The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?* - 2006 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 71-85), afsnit 2

²²² Jf. nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.2.1. - Se ligeledes Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig - 27. januar 2011, side 54-55

²²³ Jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening, side 15

²²⁴ Jf. ligeledes Hayken, Gregory S.: *Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States* - 2006 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 137-150), afsnit 2.1

²²⁵ EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom SA mod État belge*, præmis 29-30

²²⁶ Jf. ligeledes Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* - 2002 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 3.1

²²⁷ Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* - 2002 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 3.1 - Se ligeledes herom Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom* - 2007 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 1 og 6.2

²²⁸ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune*, side 16-17 samt Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 127

²²⁹ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen*, side 47 - Se tilsvarende i Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom* - 2007 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 1 og 6.3

Udelukkelsesgrunden i UBL § 136, nr. 2 oprinder fra UBD artikel 57, stk. 4, litra f. Artiklen i UBD er en frivillig udelukkelsesgrund, men er gjort obligatorisk i UBL ud fra samme hensyn som nævnt under afhandlingens afsnit 3.2.2.2.1. De samme overvejelser vedrørende udgangspunktet i UBD, hvorefter artiklen er frivillig, og problemerne vedrørende ligebehandlingsprincippet, gør sig tilsvarende gældende i relation til UBL § 136, nr. 2.²³⁰

3.2.3.2. Begrebet "rådgiverinhabilitet"

Rådgiverinhabilitet kan forekomme i situationen, hvor tilbudsgiver har deltaget i den forberedende fase af udbuddet, før udbuddet er blevet offentligt kendt, jf. UBL § 39, stk. 1. Peter Braun og Ceren Berispek anfører i deres artikel,²³¹ at der foreligger endnu en situation, hvor rådgiverinhabilitet kan forekomme. Dette er hvor en tilbudsgiver rådgiver ordregiver under selve udbudsproceduren. Det fremgår hverken af loven eller forarbejderne,²³² at denne situation tilsvarende er omfattet af UBL § 39 og § 136, nr. 2, og det virker usandsynligt, da både bestemmelserne og artiklerne eksplicit henviser til forudgående arbejde forud for udbuddet. Der er dog ligeledes mulighed for, at situationen er omfattet af UBL § 136, nr. 1 om interessekonflikter, da begrebet "interessekonflikter" fortolkes åbent. Under alle omstændigheder vil situationen være omfattet af ligebehandlingsprincippet, og der vil formentligt være strengere krav til udligningen af konkurrencefordelen.²³³

Forpligtelsen til at udelukke i medfør af UBL § 136, nr. 2 er udstrakt til også at omfatte virksomheder, der har en tilknytning til rådgiveren, jf. UBL § 39, stk. 2. Tilknytningen kan f.eks. være, at et moderselskab har ydet rådgivning, og datterselskabet herefter deltager i udbuddet som tilbudsgiver.²³⁴

Et lignende scenarie ift. UBL § 136, nr. 2 sammenholdt med UBL § 39 er, hvor ordregiveren tildeler en kontrakt til en tilbudsgiver, der tidligere har udført den pågældende ydelse for ordregiver, jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007, *LSI Metro Gruppen*.²³⁵ Tilbudsgiveren vil i sagens natur have en konkurrencemæssig fordel, da den herved vil have et større kendskab til ydelsen end de øvrige økonomiske aktører samt en tidsmæssig fordel ift. udarbejdelse af tilbudsmateriale. Problemstillingen blev behandlet i

²³⁰ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.2.2.1.

²³¹ Braun, Peter og Ceren Berispek: *Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisor NV v Commission of the European Communities (T-195/05)* – 2008 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59), afsnit 3

²³² LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 67-69

²³³ Se afsnit 3.2.3.3.1.3. i nærværende afhandling, hvor situationen behandles

²³⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 68

²³⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007, *LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S*, side 19 (opretholdt ved Østre Landsrets dom af 18. september 2009, *LSI Metro Gruppen c/o ISC Rådgivende Ingeniører A/S mod Metroselskabet I/S*)

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. marts 2016, *Johs. Rasmussen, Svebølle*,²³⁶ hvor Klagenævnet bemærkede, at der også i dette tilfælde påhviler ordregiver en forpligtelse til at udligne en eventuel konkurrencefordel med hjemmel i ligebehandlingsprincippet. Af samme årsag har lovgiver i forarbejderne til UBL § 39, stk. 2 beskrevet, at denne situation tilsvarende er omfattet af forpligtelsen til at udligne konkurrencefordelen,²³⁷ men der er lavet en henvisning til UBL § 2. Situationen er dermed ikke omfattet af UBL § 136, nr. 2, men derimod af ligebehandlingsprincippet.²³⁸

3.2.3.3. Ordregivers forpligtelse til at træffe passende foranstaltninger før udelukkelse

Ordregiver skal først udlede, om denne ved mindre indgribende foranstaltninger kan afhjælpe rådgiverinhabilitet, før ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke tilbudsgiveren, jf. UBL § 136, nr. 2. Foranstaltningerne er angivet i UBL § 39, stk. 2, som "*passende foranstaltninger*", men bestemmelsen er ikke udtømmende.²³⁹ De nævnte "*passende foranstaltninger*" i UBL § 39, stk. 2 og de "*mindre indgribende foranstaltninger*" i UBL § 136, nr. 2 må anses som at udgøre de samme foranstaltninger.

3.2.3.3.1. De passende- og mindre indgribende foranstaltninger

3.2.3.3.1.1. Offentliggørelse af materiale

Ordregiver kan i visse tilfælde undgå en konkurrencefordrejning ved at sørge for, at der i forbindelse med udbuddet offentliggøres alle oplysninger i udbudsmaterialet, som rådgiveren måtte være i besiddelse af, jf. UBL § 39, stk. 2, nr. 1.²⁴⁰ Forarbejderne nævner et eksempel, hvor en totalrådgiver forud for et udbud vedrørende renovering af en bygning har foretaget en bygningsmæssig funktionsanalyse af den eksisterende bygning, og hvor disse oplysninger offentliggøres i en rapport i udbudsmaterialet.²⁴¹ I kendelserne fra Klagenævnet af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen*²⁴² og af 14. september 2009, *Konsortiet Vision Area*²⁴³ havde ordregiver sørget for offentliggørelse af oplysningerne og dermed opfyldt sin forpligtelse i medfør af ligebehandlingsprincippet. I førstnævnte sag havde ordregiver stillet den forudgående udarbejdede designmanual og skitseforslag til rådighed i udbudsmaterialet, og i sidstnævnte sag havde det pågældende idéoplæg, der var udarbejdet af en underleverandør til tilbudsgiveren, været offentligt tilgængeligt i en

²³⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. marts 2016, *Johs. Rasmussen, Svebølle A/S mod Emineral A/S*

²³⁷ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 68

²³⁸ Se ligeledes om emnet i Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis* – 2014, side 375-376

²³⁹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 68

²⁴⁰ Jf. ligeledes Braun, Peter og Ceren Berispek: *Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisor NV v Commission of the European Communities (T-195/05)* – 2008 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59), afsnit 3 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 128-130

²⁴¹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 68

²⁴² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen*, side 45-46

²⁴³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 2009, *Konsortiet Vision Area* bestående af Alexandra Institutter A/S, Bjarke Ingels Group ApS, Multi Touch OY og AM Production A/S mod Københavns Bymuseum, side 9

længere periode. Offentliggørelse kan altså i visse tilfælde føre til, at alle aktører er ligestillede ved at have de samme informationer. Forfatterne Andreas Christensen og Martin Stæhr anfører,²⁴⁴ at det sjældent vil være tilfældet, at uformel markedsdialog manifesterer sig i udbudsmaterialet, og referater af dialogen vil efter forfatternes holdning formentligt sjældent være relevante at inddrage i udbudsmaterialet.²⁴⁵ Dette kan tiltrædes, da en uformel markedsdialog f.eks. blot kan bruges til at finde ud af, hvad priserne på markedet egentligt er. Det vil dog i høj grad være relevant at inddrage udarbejdet materiale og et lidt mere omfattende arbejde i udbudsmaterialet, så de øvrige økonomiske aktører har den samme kendskab til ordregivers præferencer. Steen Treumer nævner i sin artikel fra 2007²⁴⁶ en anden mulighed for ordregiver, hvorefter denne kan invitere alle mulige tilbudsgivere til et møde, hvor alt bliver gennemgået. Denne løsning er hensigtsmæssig, især ift. information om tidligere foretagne uformelle markedsundersøgelser. Hvis der dog er lavet et konkret udarbejdet materiale, kan løsningen dog ikke anses som fyldestgørende. Her vil materialet skulle offentliggøres.

Det skal endvidere bemærkes, at det fremgår af UBD art. 41, andet led, om den tilsvarende forpligtelse, at ordregiver skal give "*meddelelse*" til de andre tilbudsgivere af relevante oplysninger. I UBL § 39, stk. 1, nr. 1 fremgår det, at det skal indgå i "*udbudsmaterialet*". Dette er to forskellige handlinger, men det kan umiddelbart ikke anses for problematisk, da en offentliggørelse i udbudsmaterialet, som jo kommer til kendskab for, og nærstuderes af, tilbudsgiverne, må kunne sidestilles med en særskilt meddelelse.²⁴⁷

3.2.3.3.1.2. Forlængelse af tidsfristen

Ordregiver kan i andre tilfælde opfylde sin forpligtelse ved at forlænge tidsfristerne²⁴⁸ i udbuddet for modtagelse af ansøgninger/tilbud således, at den tidsmæssige fordel bliver udlignet.²⁴⁹ Den økonomiske aktør, der tidligere har været rådgiver på det konkrete udbud, kan i visse tilfælde i kraft af sin forhåndsviden om projektet, have en tidsmæssig fordel, da denne allerede forudgående kan indhente tilbud fra underleve-

²⁴⁴ Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 128-129

²⁴⁵ Se tilsvarende: Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 282-283

²⁴⁶ Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 6.1 – Oprindeligt fremført synspunkt i Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 126-127 og 138

²⁴⁷ Se ligeledes herom: Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 282

²⁴⁸ Se UBL § 93, stk. 1 sammenholdt med UBL §§ 57, stk. 2-5, 59, stk. 2 og 3, 60, stk. 2-6, 63, stk. 2, 65, stk. 2, 68, stk. 5, 74, stk. 5 og 76, stk. 2 for de forskellige tidsfrister og forpligtelser herved i medfør af udbudsloven

²⁴⁹ Se ligeledes herom i Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis* – 2014, side 371-372 og Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 131-132

randører eller påbegynde udarbejdelse af udbudsmaterialet, før det er offentliggjort. Det kan skabe en konkurrencefordrejning blandt aktørerne.²⁵⁰

Steen Treumer har i sin artikel fra 2007²⁵¹ pointeret, at den tidsmæssige fordel ikke er blevet behandlet i stor grad i praksis/litteraturen førhen, dog med visse undtagelser, jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2004, *Pihl & Søn*,²⁵² og det i stedet for er offentliggørelse af viden, der har været fokusområdet. Dette er senere blevet udbedret bl.a. ved, at Klagenævnet i sin kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen*²⁵³ inddrog det tidsmæssige element i vurderingen,²⁵⁴ hvor offentliggørelse dog ligeledes er inddraget i sammenspil hermed. Det er dog særligt blevet udbedret, da det nu fremgår tydeligt af UBL § 39, stk. 2, nr. 2, hvilket dermed opklarer retstilstanden. Det er hensigtsmæssigt for ordregivers kendskab til sine forpligtelser og muligheder for at udligne konkurrencefordrejningen. I praksis kan det formodes, at det særligt vil være relevant at forlænge tilbudsfristerne ved afgivelse af tilbud, frem for afgivelse af ansøgning, da en ansøgning typisk kun indeholder ganske få krav, og da tilbudsmaterialet er den store opgave.²⁵⁵ Det kan endvidere formodes, at et mere kompliceret bygge- og anlægsarbejdsudbud, hvor det ofte kan medføre et stort behov for forudgående teknisk rådgivning for ordregiver, hvorefter den forudgående rådgiver dermed vil have en større indsigt i ordregiverens udbudsmateriale, kan medføre en forpligtelse for ordregiver til at forlænge tilbudsfristen for at udligne konkurrencefordelen,²⁵⁶ frem for f.eks. en simpel vareindkøbskontrakt.

3.2.3.3.1.3. Rådgivning under selve udbudsproceduren

Denne situation er formentligt ikke omfattet af bestemmelsen om rådgiverinhabilitet, med derimod udelukkende ligebehandlingsprincippet, men samme betragtninger gør sig gældende.²⁵⁷ I et tilfælde, hvor tilbudsgiveren assisterer ordregiver under selve udbudsproceduren, vil det være forholdsvis sjældent, at denne konflikt vil kunne afhjælpes.²⁵⁸ Årsagen hertil er, at ordregiver ikke blot kan offentliggøre materiale for at forbedre situationen, da alt materiale skal offentliggøres i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen, jf.

²⁵⁰ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 68

²⁵¹ Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 1 og 6.3 - Oprindeligt fremført synspunkt i Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 127

²⁵² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune, side 14

²⁵³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen

²⁵⁴ Jf. Ibidem, side 47

²⁵⁵ Jf. Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 132

²⁵⁶ Jf. Ibidem, side 131

²⁵⁷ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.3.2.

²⁵⁸ Braun, Peter og Ceren Berispek: *Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisor NV v Commission of the European Communities (T-195/05)* – 2008 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59), afsnit 3

UBL § 132, stk. 1. Den økonomiske aktør vil altså have en klar fordel med løbende informationer, hvis der nu f.eks. skal foretages mindre justeringer og rettelser, vil denne være med til at præge udfaldet af disse og have informationerne før de øvrige tilbudsgivere.²⁵⁹ Den eneste måde, hvorpå dette tilfælde kan afhjælpes, er ved at virksomheden anvender ”kinesiske mure”.²⁶⁰ Kinesiske mure er, hvor tilbudsgiveren kan dokumentere, at der ikke er kommunikation mellem afdelingen i virksomheden med tilbudsgiverfunktionen og afdelingen med rådgivningsfunktionen. En bevisbyrde, der må anses som svær at løfte.

3.2.3.3.2. Tidlig løsning på problemet med rådgiverinhabilitet

En praktisk løsning på problemet ved rådgiverinhabilitet er, at ordregiver allerede i den indledende fase, før udbuddet tager form, adresserer problemet.²⁶¹ Hvis ordregiver ved valg af rådgiver enten udspørger virksomheden, om denne agter at byde på et sådant udbud senere hen, eller endog kontraktuelt forpligter virksomheden til ikke at byde, vil dette kunne løse problemet.²⁶² Hans Joachim-Priess nævner i sin artikel²⁶³ den interessante pointe, at denne løsningsmodel dog vil kunne bevirke, at den potentielt bedste rådgiver i visse tilfælde ikke kan antages at ønske at rådgive, hvis denne står til at tjene mere på den endelige udbudte kontrakt. Dette synspunkt synes praktisk velbegrundet, da en virksomhed af naturlige årsager som udgangspunkt vil gå efter den mest profitable opgave. Synspunktet kan dog anfægtes, da en rådgiver i den indledende fase står til en sikker indkomst.²⁶⁴ Modsat vil en rådgiver i rollen som tilbudsgiver skulle konkurrere om opgaven med tilsvarende virksomheder, hvor der er en statistisk stor sandsynlighed for at tabe denne konkurrence med et økonomisk tab ift. omkostninger til udarbejdelse af tilbud. Der vil derfor næppe være en mangel på kvalificerede rådgivere til udformning af udbudsmateriale. Steen Treumer supplerer endvidere Priess’ synspunkt i sin artikel,²⁶⁵ hvor det pointeres, at det afhænger fra marked til marked, hvorvidt der kan foreligge en mangel på kvalificerede rådgivere. Hvis markedet er småt og specialiseret, vil problemstillingen kunne opstå. Synspunktet kan tiltrædes, da et mindre specialiseret marked naturligvis har færre aktører. Det påberåbes dog fortsat, at rede penge frem for en potentielt tabt konkurrence med et

²⁵⁹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 47

²⁶⁰ Se bl.a. Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 3.4; Braun, Peter og Ceren Berispek: *Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisor NV v Commission of the European Communities (T-195/05)* – 2008 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59), afsnit 3 og Steinicke, Michael og Lise Groesmeier: *EU’s udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 421

²⁶¹ Jf. ligeledes Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 3.3 og Steinicke, Michael og Lise Groesmeier: *EU’s udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 419

²⁶² Jf. ligeledes Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 6.9

²⁶³ Jf. Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants* – 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171), afsnit 3.3

²⁶⁴ Forudsat at rådgivningen ikke overskrider tærskelværdierne i UBL § 6, stk. 1, og dermed skal i udbud

²⁶⁵ Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 6.7

økonomisk tab ift. udarbejdelsesomkostningerne af tilbuddet, kan være attraktivt for virksomhederne, hvilket sørger for en sikkerhed i at få en kvalificeret rådgiver til den forberedende fase. Postulatet kan suppleres af, at rådgiveren kan betinge den kontraktuelle forpligtelse til ikke at deltage i udbuddet, af at denne får et højere honorar.²⁶⁶

3.2.3.3.3. Øvrige løsningsmuligheder

3.2.3.3.3.1. Inddragelse af flere rådgivere

Steen Treumer fremfører,²⁶⁷ at ordregiver kan vælge at inddrage øvrige aktører inden for den pågældende branche ved udarbejdelse af udbudsmaterialet. Det kan for det første bevirke, at flere potentielle tilbudsgivere får indsigt i materialet, men det er også en øvrig fordel for ordregiver, da denne får et mere nuanceret udbudsmateriale. Løsningsmodellen kan naturligvis belyse udbudsmaterialet for visse aktører, men løsningsmodellen kan på ingen måde anses for tilstrækkelig.²⁶⁸ Alt afhængig af branchen, vil der være stor sandsynlighed for, at ikke alle tilbudsgivere, der ønsker at deltage i udbuddet, bliver inddraget på denne måde. Det vil endvidere ikke være sikkert, at alle får de samme informationer.

3.2.3.3.3.2. Udformning af tildelingskriterier og delkriterier

Steen Treumer angiver,²⁶⁹ at ordregiver kan begrænse sit skøn ved at vælge tildelingskriteriet "*laveste pris*", eller ved at formulere delkriterierne, hvor tildelingskriteriet er "*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*", på en objektiv og kvantitativ måde.²⁷⁰ Synspunktet kan for sin vis tiltrædes, da et begrænset skøn uden lige vil gøre det lettere at påvise, at rådgiveren ikke ville kunne have fået en konkurrencefordel, da det er meget begrænset, hvad man kan udnytte sin vide til i en konkurrence, der udelukkende er baseret på pris. Det skal dog bemærkes, at ordregiver er nødsaget til at vælge et tildelingskriterium og fastsætte underkriterier og delkriterier, der passer til den konkrete anskaffelse, for at ordregiver kan få den ydelse, som denne ønsker. Det er formentligt især ved store og komplicerede ydelser, at der er brug for forudgående teknisk rådgivning, og ved en sådan ydelse kan man forestille sig, at en skønspregt vurdering vil være nødvendig og passende. Det kan konstateres fra tidligere praksis fra Klagenævnet for Udbud, at rådgiverabilitetsproble-

²⁶⁶ Jf. ligeledes Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 6.9 - Oprindeligt fremført synspunkt i Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 137

²⁶⁷ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 134

²⁶⁸ Det skal dog bemærkes, at det ej heller fremstår som om, at Steen Treumer anfører denne model for en tilstrækkelig model til at afhjælpe en potentiel konkurrencefordrejning

²⁶⁹ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* – 2000, side 137-138

²⁷⁰ Det skal her ganske kort bemærkes, at tildelingskriterierne i medfør af den nye udbudslov hedder "*pris*", "*omkostninger*" eller "*bedste forhold mellem pris og kvalitet*", jf. UBL § 162, stk. 1, og disse skal bruges til at identificere "*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*", jf. UBL § 161, hvilket dog i grove træk er meget ens med de hidtidige tildelingskriterier, hvorfor muligheden til at begrænse sit skøn for ordregiver fortsat foreligger

matikken i mange tilfælde vedrører bygge- og anlægsarbejde,²⁷¹ hvorfor tildelingskriteriet ”pris” samt objektive under- og delkriterier ofte ikke vil passe til ydelsen, da faktorer såsom æstetik, funktionsmæssig karakteristika, tilgængelighed, design mv.²⁷² ofte vil skulle indgå som et subjektivt vurderingsparameter for at få den mest hensigtsmæssige ydelse. Det kan derfor ikke anses som en særligt praktisk orienteret løsning i de fleste tilfælde.

3.2.3.3.4. Forhåndsudelukkelse, bevisbyrden og ordregivers skøn

Ordregiver kan ikke på forhånd vælge at udelukke tilbudsgiveren, der har deltaget i den forudgående rådgivende fase. Ordregiver skal først foretage en konkret vurdering af, om der er mindre indgribende foranstaltninger, der kan foretages for at afhjælpe konflikten. Ordregivers pligt til at foretage en konkret vurdering blev fastslået af EF-domstolen den 3. marts 2005, i de forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom*, præmis 36.²⁷³ Hensynet hertil er, at det ikke altid er givet, at der foreligger en interessekonflikt i form af rådgiverinhabilitet.²⁷⁴ Domstolen fastslog, at ligebehandling af alle tilbudsgiverne vil opnås, hvis ordregiver foretager en konkret og detaljeret vurdering af, om deres forberedende arbejde har givet dem en konkurrencemæssig fordel.²⁷⁵ Ordregiver har bevisbyrden, da det er ordregiver, der i medfør af UBL § 136, nr. 2 skal vurdere, om rådgiverinhabilitet foreligger, og om denne kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger, før ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke.²⁷⁶ Tilbudsgiver har dog fortsat ret til at dokumentere, at der ikke foreligger rådgiverinhabilitet, jf. UBL § 138, stk. 1.²⁷⁷ Ift. ordregivers bedømmelse, har Klagenævnet for Udbud udtalt i sin kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen*,²⁷⁸ at denne har en

²⁷¹ Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010, Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2011, Yit A/S mod Skov- og Naturstyrelsen og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen

²⁷² Disse er eksempler fra UBL § 162, stk. 3, nr. 1, der vedrører tildelingskriterier

²⁷³ EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom SA mod État belge*

²⁷⁴ Jf. Ibidem, præmis 32-35 - Samt ligeledes Roe, Sally og Christof Lessenich: *Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement* - 2005 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97), side 3-4 og Hayken, Gregory S.: *Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States* - 2006 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 137-150), afsnit 2.1

²⁷⁵ Jf. Direktiv 2004/18 præambel, betragtning nr. 8 og Hayken, Gregory S.: *Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States* - 2006 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 137-150), afsnit 2.1

²⁷⁶ Jf. ligeledes LFF 2015 19 - Forslag til Udbudsloven, side 121; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne* - 2016, side 180 og Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom* - 2007 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 5 om bevisbyrden ved rådgiverinhabilitet

²⁷⁷ UBL § 138, stk. 1 om tilbudsgivers ret til at dokumentere pålidelighed (self-cleaning) behandles under nærværende afhandlings afsnit 3.4.

²⁷⁸ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen, side 45

betydelig skønsmargin,²⁷⁹ når det kommer til vurderingen af, om rådgiveren kan anses for inhabil. Inden for nogle udbudsretlige områder er Klagenævnet generelt tilbageholdende med at prøve ordregivers skøn, medmindre dette viser sig for åbenbart urigtigt. Dette gør sig f.eks. gældende ved vurdering af tilbudsgivers opfyldelse af kvalitative underkriterier.²⁸⁰ Tilbageholdenheden ift. at prøve ordregivers skøn gør sig dog nødvendigvis ikke gældende ved ordregivers skøn ift. vurdering af udelukkelse, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, *Danske Arkitektvirksomheder*,²⁸¹ hvor Klagenævnet tilsidesatte ordregivers skøn. Det er dermed vigtigt, at ordregiver foretager det korrekte skøn, hvilket i praksis kan være en svær opgave.²⁸²

3.2.3.3.5. Forpligtelsen til at udelukke

Hvis ordregiver kan påvise, at en konkurrencefordrejning i medfør af UBL § 39 ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger, er ordregiveren forpligtet til at udelukke den forudgående rådgiver fra deltagelse i udbuddet, jf. UBL § 136, nr. 2 og § 39, stk. 3. Ordregiveren skal have opfyldt sine forpligtelser²⁸³ før ordregiveren er berettiget og forpligtet til at udelukke tilbudsgiver.²⁸⁴

Vurderingen af om ordregiver har truffet tilstrækkeligt passende foranstaltninger er ikke let.²⁸⁵ Der er dog en mere detaljeret forklaring til foranstaltningerne ved rådgiverinhabilitet, end der fremgår ved interessekonflikter i medfør af UBL § 136, nr. 1, hvilket gør det mere medgørligt.

²⁷⁹ Jf. ligeledes Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, *Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening*, side 15 og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010, *Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet*, side 20

²⁸⁰ Jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen*, side 44 om Klagenævnets prøvelse af ordregiver skøn ved vurdering af tilbudsgivers opfyldelse af kvalitative underkriterier: "*Klagenævnet fastsætter efter fast praksis ikke ordregivers kvalitative skøn med sit eget*"

²⁸¹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, *Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening*, side 15 og senere gengivet i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010, *Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet*, side 20, hvor ordregivers skøn dog ikke blev tilsidesat

²⁸² En lignende, men ikke ensartet situation, er hvor ordregiver vælger at udelukke rådgivere fra tidligere lignende udbud, der har opnået en konkurrencemæssig fordel. Denne type udelukkelse kan ikke anses som omfattet af UBL § 136, nr. 2, og Klagenævnet for Udbud har i sin kendelse af 24. august 2007, *LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S*, side 19 (opretholdt ved Østre Landsrets dom af 18. september 2009, *LSI Metro Gruppen c/o ISC Rådgivende Ingeniører A/S mod Metroselskabet I/S*) udtalt, at ordregiver ikke er berettiget til at udelukke en tilbudsgiver med denne begrundelse, selv hvis de har opnået en konkurrencemæssig fordel. Årsagen hertil er formentligt, som Klagenævnet udtaler i kendelsen, at det betragtes som erhvervs erfaring, hvilket ikke er det samme, som hvis de havde ydet rådgivning til det konkrete udbud. Dette er ligeledes tilfældet, hvor det tidligere udbud og det nuværende udbud er stort set ens, hvilket også var tilfældet i kendelsen.

²⁸³ Forpligtelserne er behandlet under specieleafhandlingens afsnit 3.2.3.3.

²⁸⁴ Steen Treumer angiver i Treumer, Steen: *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive* i Lichère, Francois, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.): *Modernising Public Procurement. The New Directive – 2014*, side 14, at udelukkelse er den sidste udvej, da ordregiver først skal forsøge at træffe disse foranstaltninger til at fjerne forureningen af konkurrencen

²⁸⁵ Se tilsvarende nærværende speciales afsnit 3.2.2.4. vedrørende vurderingen af interessekonflikter i medfør af UBL § 136, nr. 1

Det skal bemærkes, at ordregiveren skal kunne dokumentere, at denne har truffet foranstaltningerne, jf. UBD art. 41, sidste afsnit og UBL § 174, stk. 4.²⁸⁶ Det er hensigtsmæssigt, da ordregiver dermed vil være forberedt til at fremlægge dokumentation, hvis der skulle komme en evt. klagenævns sag.

Endeligt skal det bemærkes, at ordregiveren ikke kan udelukke tilbudsgiveren, førend tilbudsgiveren har haft mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UBL § 138.²⁸⁷

3.2.3.4. Tilbudsgivers forpligtelse

Der henvises til afhandlingens afsnit 3.2.2.5.²⁸⁸ I dette afsnit beskrives forpligtelse for tilbudsgiver til at udfylde det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD),²⁸⁹ og det er den samme forpligtelse samt overvejelser, der gør sig gældende ved tilbudsgivers forpligtelse i forbindelse med rådgiverinhabilitet som ved interessekonflikter. Der henvises i øvrigt til afhandlingens afsnit 3.2.2.6. ift. hensigtsmæssigheden af bestemmelsen.

3.2.3.5. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om rådgiverinhabilitet

UBL § 136, nr. 2 sammenholdt med UBL § 39 kan anses som ganske hensigtsmæssige og i overensstemmelse med Klagenævnets hidtidige praksis.²⁹⁰ Bestemmelserne er funderet i ligebehandlingsprincippet, og de bevirker, at ordregiver er forpligtet til at udligne en evt. konkurrencefordel, så tilbudsgiverne har de samme forudsætninger. Med indførelse af udelukkelsesgrunden i UBL, samt indførelse af en bestemmelse om ordregivers forpligtelser, der i øvrigt er velbegrundet, må det formodes, at ordregiver i højere grad er opmærksom på sine forpligtelser og muligheder for at afhjælpe konflikten.

Et enkelt kritikpunkt kan dog anføres. Lovgiver kunne med fordel have indført en forpligtelse til tidlig henvendelse til rådgiver vedrørende deltagelse i udbuddet som en forebyggende effekt til en potentiel senere konflikt. Der skulle ikke indføres en pligt til på forhånd at aftale, at den pågældende ikke må deltage i udbuddet, da dette ikke er proportionalt, men en pligt til at henvende sig vedrørende dette forhold ville passe overens med de forebyggende foranstaltninger, som ordregiver er forpligtet til at foretage. De passende og mindre indgribende foranstaltninger, jf. UBL § 39, stk. 2 og § 136, nr. 2, kan naturligvis inkludere en sådan

²⁸⁶ Jf. ligeledes LFF 2019 15 – Forslag til Udbudsloven, side 68-69

²⁸⁷ Se nærværende afhandlings afsnit 3.4. om tilbudsgivers ret til at dokumentere pålidelighed (self-cleaning)

²⁸⁸ Se tilsvarende specialeafhandlingens generelle afsnit om ESPD i afsnit 3.1.3.1.

²⁸⁹ Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016) – Se i øvrigt: <http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespden-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

²⁹⁰ Jf. ligeledes herom Christensen, Andreas og Martin Stæhr: *Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 137-138

henvendelse, da de ikke anses som udtømmende. Det er dog ikke en konkret forpligtelse for ordregiver, som de to nævnte fokusområder i UBL § 39, stk. 2, nr. 1-2, og med indførelsen af en sådan forpligtelse, ville det bevirke, at ordregiver på et tidligt stadie ville kunne sørge for at være opmærksom på sine forpligtelser i medfør af UBL § 39, stk. 2. På den anden side må ordregiver være bekendt med sin forpligtelse til at træffe passende foranstaltninger, og ordregiver burde derved ex officio adressere den mulige konflikt ved ansættelse af en teknisk rådgiver. Det er dog ikke sikkert, at det bliver gjort i praksis, og der har været en lang række kendelser fra Klagenævnet for Udbud, der indikerer, at det er et svært område at vurdere for ordregiver.

3.3. Frivillige udelukkelsesgrunde

3.3.1. Overordnet

De frivillige udelukkelsesgrunde er valgfrie at anvende for ordregiver. Ordregiver kan undlade at vælge disse til, og ved undladelse heraf, kan ordregiver ej heller udelukke en tilbudsgiver, der er omfattet af dem.²⁹¹ Hvis ordregiver derimod vælger dem til i udbudsbekendtgørelsen og ESPD,²⁹² vil de have samme effekt som obligatoriske udelukkelsesgrunde, hvor ordregiver er forpligtet til at vurdere og anvende dem.²⁹³ Denne forpligtelse varer fra det tidspunkt, hvor ordregiveren tager stilling til tilbudsgiverens egnethed og indtil kontraktindgåelsen.²⁹⁴

Det følger af UBD's præambel, betragtning nr. 101, 3. afsnit, at de ordregivende myndigheder ved anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde, skal lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet.²⁹⁵ Mindre uregelmæssigheder må ifølge præambelen kun under ekstraordinære omstændigheder medføre udelukkelse, medmindre disse mindre uregelmæssigheder forekommer gentagne gange.

Det følger af UBL § 137, stk. 1, 1. led, at ordregiver både skal tilvælge de frivillige udelukkelsesgrunde i ESPD samt angive dem i udbudsbekendtgørelsen. Angivelse af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen er en national fastsat forpligtelse på baggrund af Udbudslovsudvalgets overvejelser.²⁹⁶

²⁹¹ Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 181

²⁹² Jf. UBL § 137, stk. 1, 1. led

²⁹³ Jf. bl.a. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122 og Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 96

²⁹⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

²⁹⁵ Jf. ligeledes LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

²⁹⁶ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122 og Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* - 2014, side 718

Det skal endeligt bemærkes, at det følger af UBD art. 57, stk. 4, 1. led, at *"De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør..."*. Det betyder, at medlemsstaterne har fået kompetencen til at gøre de frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske. Dette er kun særskilt gjort ved udelukkelsesgrundende i UBD art. 57, stk. 4, litra e, f og i, der fremgår af UBL § 136.²⁹⁷

3.3.2. Tilstrækkelige plausible indikationer til konkurrencefordrejende aftaler

3.3.2.1. Bestemmelsen og hensyn

Ordregiver kan udelukke tilbudsgiver, hvis ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Bestemmelsen har to betingelser, der skal opfyldes, før den økonomiske aktør er omfattet. Den første betingelse er, at der skal foreligge en aftale, der medfører konkurrencefordrejning. Denne del skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101 og konkurrencelovens²⁹⁸ § 6,²⁹⁹ der regulerer forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.³⁰⁰ Terminologien *"konkurrencefordrejende"* og *"konkurrencebegrænsende"* skal således fortolkes ensformigt. Den anden betingelse er, at ordregiver skal have *"tilstrækkelige plausible indikationer"* til, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale. En formodning eller en antagelse er ikke tilstrækkelig, men ordregiver skal dog ikke kunne fremlægge egentlig dokumentation for, at en konkurrencebegrænsende aftale er indgået.³⁰¹

UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er en ny bestemmelse, der hidrører fra UBD art. 57, stk. 4, litra d, som ikke var en del af tidligere udbudsdirektiv,³⁰² og forpligtelsen fremgik ikke af praksis.³⁰³ Konkurrenceretten, i relation til en udbudsretlig tvist, blev dog behandlet i EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, *Generali-*

²⁹⁷ UBD art. 57, stk. 4, litra e og f (UBL § 136, nr. 1 og 2) er behandlet under afhandlingens afsnit 3.2.2-3.2.3., mens UBD art. 57, stk. 4, litra i (UBL § 136, nr. 3) ikke behandles i nærværende specialeafhandling, jf. afhandlingens afsnit 1.3.

²⁹⁸ Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015 af konkurrencelovens

²⁹⁹ Det skal bemærkes, at konkurrencelovens § 6 er opbygget efter TEUF art. 101, og TEUF art. 101 finder direkte anvendelse i dansk ret, jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 129

³⁰⁰ Jf. bl.a. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125-126 – Det skal bemærkes, at denne henvisning er til lovbemærkningerne til UBL § 138 vedrørende dokumentation for pålidelighed (self-cleaning). Nederst på side 125 og øverst på side 126 i forarbejderne henvises der til, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 vedrører overtrædelser af konkurrenceloven. Dette er ikke angivet i lovforarbejderne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 på side 123, hvilket er en anelse bemærkelsesværdigt. Lovforarbejderne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 lægger i stedet for vægt på fortolkningen af *"tilstrækkelige plausible indikationer"*. – Det følger dog af EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság*, præmis 37 (dommen vedrører reglerne i Direktiv 2004/18, men Domstolen udtaler sig om det nye direktiv), Brown, Adrian: *The permissibility of excluding an economic operator from a tendering procedure on the ground that it has previously committed an infringement of competition law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság* – 2015 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 3, NA51-NA60), side 6, Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 562 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4 samt ligeledes Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 102

³⁰¹ De to betingelser behandles i afhandlingens afsnit 3.3.2.2. og 3.3.2.3.

³⁰² Direktiv 2004/18

³⁰³ jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

Providencia,³⁰⁴ hvorefter Domstolen konkluderede i præmis 35, at en overtrædelse af konkurrencereglerne, navnlig hvor der er blevet pålagt en sanktion i form af en bøde, udgør en udelukkelsesgrund som falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18,³⁰⁵ art. 45, stk. 2, litra d.³⁰⁶ Denne udelukkelsesgrund vedrørte ”*fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv*”, og er nu blevet revideret til at omfatte ”*alvorlige forsømmelser*”, hvor konstaterede overtrædelser af konkurrenceretten fortsat er omfattet.³⁰⁷ UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er dog fortsat en nyskabelse i udbudsretten, da det nu er op til ordregiver at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, mens ordregiver førhen kun har kunne udelukke, hvis det allerede var fastslået af en konkurrencemyndighed eller domstol, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale. Det skal bemærkes, at forfatterne Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen³⁰⁸ omtaler UBL § 137, stk. 1, nr. 4 som en ”*præcisering*” med henvisning til, at konkurrenceretten allerede er fastslået som en udelukkelsesgrund i medfør af udbudsretten med henvisning til ovennævnte dom. Det fremgår ikke tydeligt, men hvis det er forfatternes overbevisning, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er en nyskabelse, anfægtes dette med henvisning til ovenstående, hvor ordregiver har fået et nyt kompetenceområde til at vurdere, om der foreligger en konkurrencefordrejende aftale.

Før EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, *Generali-Providencia*,³⁰⁹ fastslog Klagenævnet for Udbud i sin kendelse af 15. marts 2011, *Specialtandlægeklinikken Sønderjylland*,³¹⁰ at Klagenævnet ikke var kompetent til at behandle ”*konkurrencelovgivningen*”.³¹¹ Efter Domstolens dom var det næppe tilfældet længere, at Klagenævnet for Udbud ikke havde kompetence til at behandle konkurrenceretten, men det var således fortsat kun ift. at fastslå, at en konkurrencemyndighed/domstol allerede havde fastslået, at der forelå et konkurrencebegrænsende forhold. Klagenævnet for Udbud skulle således ikke selv tage stilling til, om de økonomiske aktører havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Den nye hjemmel medfører, at Klagenævnet for Udbud nu skal vurdere, om ordregiver har opfyldt betingelsen om at have tilstrækkelige

³⁰⁴ EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*

³⁰⁵ Det skal bemærkes, at sagen ikke var omfattet af det forhenværende udbudsdirektiv (direktiv 2004/18), da kontraktens værdi var under tærskelværdierne. EU-domstolen udtalte sig dog fortsat om forholdet i forhold til direktiv 2004/18

³⁰⁶ Jf. ligeledes Brown, Adrian: *The permissibility of excluding an economic operator from a tendering procedure on the ground that it has previously committed an infringement of competition law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító Zrt v Kozbeszerzesi Hatosag Kozbeszerzesi Dontobizottsag* – 2015 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 3, NA51-NA60), side 3-5

³⁰⁷ Jf. UBD art. 57, stk. 4, litra c, UBL § 137, stk. 1, nr. 3 og udbudsdirektivets præambel, betragtning nr. 101 - Udelukkelsesgrunden vedrørende ”alvorlige forsømmelser” behandles ikke videre i nærværende specialeafhandling, jf. afhandlingens afsnit 1.3.

³⁰⁸ Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 531

³⁰⁹ EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*

³¹⁰ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. marts 2011, *Specialtandlægeklinikken Sønderjylland* ved specialtandlæge Jan Hanquist mod Sønderborg Kommune, side 3

³¹¹ Det skal dog bemærkes, at påstanden i kendelsen vedrørte ulovlig statsstøtte, hvilket fortsat ikke kan anses som omfattet af Klagenævnets kompetence, jf. lovbekendtgørelse nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer § 1, men betegnelsen ”*konkurrencelovgivningen*” må ligeledes anses som at omfatte konkurrencelovens § 6 om konkurrencebegrænsende aftaler. Især da ulovlig statsstøtte reguleres af konkurrenceloven, jf. lovens kapitel 3 a

plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 1. Omfattet af denne vurdering er altså konkurrencebegrænsende aftaler, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, og som ikke er undtaget i medfør af de individuelle fritagelser i medfør af konkurrencelovens § 8 eller gruppefritagelserne i medfør af konkurrencelovens § 10.³¹²

Hensynet bag UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er, at sikre den bedst mulige og mest effektive konkurrence i offentlige indkøb uden konkurrencefordrejning.³¹³ Det følger af OECD's rapport om bekæmpelse af priskoordinering,³¹⁴ at det er essentielt, at der er en effektiv konkurrence i udbud, da dette medfører, at ordregivende myndigheder får mere værdi for pengene, ved at der kommer billigere bud, forbedret kvalitet i ydelserne og højere produktivitet. Det er tilsvarende i overensstemmelse med formålsbestemmelsen i UBL § 1.³¹⁵ Før UBD fik konkurrencestridige aftaler alene konkurrenceretlige konsekvenser i form af bøvedtagelser³¹⁶ og fængselsstraf,³¹⁷ og kunne kun påvirke et udbud efter vedtagelse af sådant et forhold. Med indførelse af UBD art. 57, stk. 4, litra d og UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er fuldbyrdelsesmomentet fremrykket, dog kun i udbudsretten, og en tilstrækkelig plausibel indikation til, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale kan nu medføre udelukkelse. Ordregiver har derved et effektivt redskab til at sørge for en effektiv konkurrence i udbudsprocessen.

Udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er frivillig. Det betyder, at den kun finder anvendelse for det konkrete udbud, hvis ordregiver har valgt den til i ESPD, og har angivet det i udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL § 137, stk. 1, 1. led, hvilket så også forpligter ordregiver til at udelukke, hvis en situation i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er aktuel.³¹⁸

³¹² Jf. Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 562 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4 – Undtagelserne er behandlet i specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.2.

³¹³ Jf. Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, side 4 og 32-33

³¹⁴ Jf. ligeledes OECD: *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* - [C(2012)115-C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9] – 17. juli 2012, side 2 – Det er anført af Graells, Albert Sanchez: *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24* i Lichère, Francois, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.): *Modernising Public Procurement. The New Directive* – 2014, side 109, at UBD art. 57, stk. 4, litra d skal fortolkes i overensstemmelse med denne rapport

³¹⁵ Det følger af UBL § 1, at "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."

³¹⁶ Jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1

³¹⁷ Jf. konkurrencelovens § 23, stk. 3

³¹⁸ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122

3.3.2.2. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Det er forbudt for virksomheder, sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3.³¹⁹

Konkurrencelovens § 6, stk. 2 og TEUF art. 101, stk. 1 oplister en række eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler, men disse er ikke udtømmende.³²⁰ De relevante begrænsninger ift. udbudsretten vil blive forklaret under specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.2.1.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler skelner mellem vertikale aftaler og horisontale aftaler.³²¹ Vertikale aftaler er, hvor to eller flere virksomheder indgår en aftale på forskellige omsætningsled.³²² Det kan f.eks. være en aftale mellem en distributør og en forhandler af en specifik vare, hvor distributøren fastsætter bindende videresalgsspriser, hvilket er priser, som forhandleren er forpligtet til at sælge varen videre til. Dette er en typisk vertikal konkurrencebegrænsende aftale, der i øvrigt er omfattet af de såkaldte "*hardcorebegrænsninger*", der er i strid med forbuddet uanset aftalepartens markedsandel.³²³ Horisontale aftaler er inden for samme omsætningsled, hvor parterne typisk er konkurrenter, og hvor de f.eks. laver konkurrencebegrænsende aftaler om kundedeling, markedsopdeling og priskoordinering.³²⁴ Det er de horisontale aftaler, der er relevante ift. udbudsretten, og de aftaler, der traditionelt anses som mest konkurrenceskadelige.³²⁵ Indgåelse af en horisontal aftale betegnes som et "*kartel*" i konkurrenceretten.³²⁶

En aftale, der ellers er forbudt i medfør af konkurrencelovens § 6, kan fritages under visse omstændigheder. Såfremt én af disse fritagelser finder anvendelse, må det formodes, at ordregiver ikke vil kunne udelukke tilbudsgiver i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, jf. Karnov Groups note 562 til UBL § 137, stk. 1, nr. 4.³²⁷ Fritagelserne er derfor yderst relevante at gennemgå.

³¹⁹ Samt og TEUF art. 101, stk. 1.

³²⁰ Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 99

³²¹ Heide-Jørgensen, Caroline, m.fl.: *Konkurrenceretten i EU* – 2009, side 115-116 og Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 169

³²² Heide-Jørgensen, Caroline, m.fl.: *Konkurrenceretten i EU* – 2009, side 148-149 - Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 235

³²³ Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 237

³²⁴ Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 169

³²⁵ Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 109

³²⁶ Jf. f.eks. Heide-Jørgensen, Caroline, m.fl.: *Konkurrenceretten i EU* – 2009, side 91ff.

³²⁷ Jf. Ellehaug, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 562 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4

Fritagelserne er oplistet i konkurrencelovens §§ 7-10, og selvom noten fra Karnov Group kun eksplicit nævner de individuelle fritagelser i konkurrencelovens § 8 og gruppefritagelserne i konkurrencelovens § 10, må situationerne i medfør af konkurrencelovens § 7 og 9 ligeledes antages at være omfattet.³²⁸

En virksomhed kan fritages fra det konkurrenceretlige forbud, hvis de deltagende virksomheder ikke omsætter for specifikke beløb angivet i konkurrencelovens § 7, stk. 1, nr. 1-2, og samtidigt ikke har en samlet markedsandel for den pågældende ydelse på 10 procent eller mere, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 1. Virksomhederne vil dog alligevel ikke være omfattet af denne undtagelse, hvis aftalen er omfattet af hardcorebegrænsningerne, f.eks. koordinering af priser, opdeling af markeder mv., jf. lovens § 7, stk. 2, hvilket er den hyppige forekomst i udbudsretten. De vil endvidere ikke være omfattet af undtagelsen, hvis der kan dokumenteres en faktisk påvirkning af konkurrencen, jf. § 7, stk. 3.

Konkurrencelovens § 8³²⁹ regulerer individuel fritagelse, hvorefter de involverede virksomheder ikke vil være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis aftalen opfylder de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1-4.³³⁰ Virksomhederne vil kunne anmelde en ellers konkurrencebegrænsende aftale til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvorefter denne kan blive fritaget af styrelsen, jf. lovens § 8, stk. 2-6, hvis den opfylder de kumulative betingelser. Det må især anses for relevant ift. den udbudsretlige situation, hvor ordregiver skal udelukke tilbudsgiver i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Den økonomiske aktør skal have muligheden for at vise, at denne er pålidelig, før ordregiver endeligt kan udelukke virksomheden, jf. UBL § 138, stk. 2,³³¹ hvorefter virksomheden vil kunne dokumentere sin pålidelighed ved en fritagelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

I medfør af konkurrencelovens § 9 kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udstede en erklæring om, at den konkrete aftale ikke hører inde under forbuddets område. En sådan erklæring må tilsvarende antages at kunne bruges som dokumentation for pålidelighed i medfør af UBL § 138, stk. 2.

Den sidste fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 er gruppefritagelserne i medfør af lovens § 10. Bestemmelsen hjemler en mulighed for Erhvervs- og Vækstministeren til at fastsætte fritagelser for specifikke gruppe af aftaler, efter at Ministeren har indhentet udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

³²⁸ Undtagelserne gennemgås ganske kort, og der henvises til mere generelle fremstillinger for en mere udførlig gennemgang af disse samt den generelle konkurrenceret, da det er et yderst komplekst og omfattende retsområde. Se bl.a. Heide-Jørgensen, Caroline, mfl.: *Konkurrenceretten i EU* – 2009 og Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012

³²⁹ Samt TEUF art. 101, stk. 3

³³⁰ "Kumulative betingelser" betyder, at alle fire betingelser skal være opfyldt, hvor hvis blot én af betingelserne ikke er opfyldt, så vil bestemmelsen ikke være opfyldt

³³¹ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4. om dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

Disse fritagelser fastsættes ved bekendtgørelse.³³² Hvis den ellers konkurrencebegrænsende aftale er omfattet af denne eller øvrige fastsatte bekendtgørelser med hjemmel i konkurrencelovens § 10, vil der ikke foreligge en konkurrencebegrænsende aftale, som ordregiver kan udelukke den økonomiske aktør for.

3.3.2.2.1. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i relation til udbudsretten

I princippet vil enhver konkurrenceretlig aftale være tilstrækkelig til, at betingelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er opfyldt. Det er således ikke kun aftaler i forbindelse med et udbud, der er omfattet, selvom denne situation må anses for at være bestemmelsens kerneområde.³³³ Det fremgår tilsvarende af forarbejderne,³³⁴ at hvis ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer til, at der har været en ulovlig konkurrencefordrejende aftale i et tidligere udbud hos en anden ordregiver, så vil dette også være tilstrækkeligt.³³⁵ Her skal det dog bemærkes, at det følger af UBL § 138, stk. 6, 1. pkt., at ordregiveren ikke kan udelukke en tilbudsgiver fra at deltage i en udbudsprocedure i mere end 2 år fra datoen for den relevante hændelse eller handling ift. overtrædelser af bl.a. UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvorfor denne situation må anses som at være sjældent forekommende i praksis.³³⁶ Endvidere vil tilbudsgiveren naturligvis altid have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UBL § 138, stk. 1-3 og 6, 2. pkt.³³⁷

De konkurrencebegrænsende aftaler indtræder klassisk i udbudsretten, når tilbudsgiverne samordner deres priser, hvilket også betegnes som "*priskoordinering*" eller "*bid rigging*",³³⁸ jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1.³³⁹ Priskoordinering er, hvor to eller flere tilbudsgivere på forhånd aftaler, hvilke priser de afgiver i udbuddet, for derved at fastlægge internt, hvilken virksomhed der bliver den vindende tilbudsgiver.³⁴⁰ Det giver en illusion om konkurrence i udbuddet, og fratager udbuddet fra et af de grundlæggende formål, hvilket er at skabe en effektiv konkurrence, der kan sørge for den bedst mulige og billigste løsning for ordregi-

³³² Jf. f.eks. bekendtgørelse nr. 417 af 28. april 2014 om gruppefritagelse for kategorier af teknologioverførselsaftaler

³³³ Jf. Ellehaug, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 562 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4

³³⁴ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 123

³³⁵ Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185 samt Jf. Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 102-103

³³⁶ Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185

³³⁷ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4. om udelukkelsesperioden og dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

³³⁸ Jf. Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, side 32-33; OECD: *Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb* – 2009 og OECD: *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* - [C(2012)115- C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9] – 17. juli 2012 samt Brown, Adrian: *The permissibility of excluding an economic operator from a tendering procedure on the ground that it has previously committed an infringement of competition law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító Zrt v Kozbeszerzési Hatóság Kozbeszerzési Döntőbizottság* – 2015 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 3, NA51-NA60), side 5-6

³³⁹ Samt TEUF art. 101, stk. 1, litra a

³⁴⁰ OECD: *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* - [C(2012)115- C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9] – 17. juli 2012, side 6

ver.³⁴¹ Motiverne for de økonomiske aktører til at samordne priser er typisk, at virksomhederne ønsker at opnå en økonomisk fortjeneste. Aftalen kan f.eks. bestå i, at tilbudsgiver 1 afgiver en højere pris end tilbudsgiver 2, hvorefter nr. 2 vinder udbuddet, men med den betingelse, at nr. 1 bliver nr. 2's underleverandør.³⁴² Dermed opnår begge virksomheder en økonomisk fordel uden den forretningsmæssige risiko for at tabe i konkurrencen om udbuddet. Det kan endvidere være for at presse priserne op i branchen, hvor den lavest bydende fortsat har en meget høj pris ift. den konkrete ydelse, hvilket skaber en illusion om, at priserne i markedet er fejlskønnet af ordregiver, og at det konkrete og fremtidige lignende udbud skal forventes at være mere omkostningsfuldt. I praksis er priskoordinering set et utal af gange. Et eksempel på sådanne situationer er sagerne i det "*Det store byggekartel*".³⁴³ I Retten i Hillerøds dom af 13. april 2016, *Anklagemyndigheden mod Hansen & Graversen Murermestre A/S*,³⁴⁴ blev det fastslået, at Hansen & Graversen Murermestre A/S havde udvekslet priser med et andet entreprenørfirma i forbindelse med et udbud af entreprisen "*Frederiksborg Slot*", hvor Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste var ordregiver. Hvis UBL § 137, stk. 1, nr. 4 havde været gældende på daværende tidspunkt, og ordregiveren havde valgt udelukkelsesgrunden til, samt havde haft en tilstrækkelig plausibel indikation til, at en sådan aftale var indgået, ville virksomhederne skulle have været udelukket fra det pågældende udbud.

En anden klassisk måde, hvorved de økonomiske aktører indgår en konkurrencebegrænsende aftale, er markedsopdeling,³⁴⁵ hvor de økonomiske aktører opdeler markedet mellem sig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3.³⁴⁶ De kan derved aftale, at de skiftes til at byde på kontrakter, hvilket eliminerer muligheden for, at den ene virksomhed taber pga. den anden. De kan tilsvarende aftale en geografisk opdeling. En markedsopdeling er en grov overtrædelse af konkurrencelovens § 6, da den effektive konkurrence reduceres eller bortfalder helt, jf. Konkurrenceankenævnets udtalelse i kendelse af 11. april 2016, *Eurostar og LKF Vejmarkering mod Konkurrencerådet*.³⁴⁷

³⁴¹ Jf. UBL § 1 og Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, side 4 og 32-33

³⁴² OECD: *Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb* –2009, side 2

³⁴³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oversigt over "*Det store byggekartel*":

<http://www.kfst.dk/Indhold%20KFST/Nyheder/Fakta/2014/20141112%20Det%20store%20byggekartel%20boedeoversigt> (link funktionelt den 18. juni 2016)

³⁴⁴ Retten i Hillerøds dom af 13. april 2016, *Anklagemyndigheden mod Hansen & Graversen Murermestre A/S* (Rettens nr. 8-3264/2015)

³⁴⁵ Hvilket ligeledes er en form for bid-rigging, jf. OECD: *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* - [C(2012)115- C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9] – 17. juli 2012, side 6

³⁴⁶ Samt TEUF art. 101, stk. 1, litra c

³⁴⁷ Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, side 18

Konkurrencebegrænsende aftaler i udbudsretten er ikke direkte isoleret til de klassiske situationer ved priskoordinering og markedsopdeling. I Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, *Eurostar og LKF Vejmarkering mod Konkurrencerådet*,³⁴⁸ blev det fastslået, at hvis to konkurrenter indgår en aftale om at danne et konsortium i forbindelse med et udbud, vil dette være en konkurrencebegrænsende aftale i medfør af konkurrencelovens § 6, hvis de hver især kan byde på hele eller dele af den udbudte kontrakt.³⁴⁹ Det vil med UBL § 137, stk. 1, nr. 4 betyde, at en sådan aftale ikke kun vil få konkurrenceretlige virkninger, men at det ligeledes vil kunne få udbudsretlige virkninger, hvorefter ordregiver skal foretage en vurdering af, om virksomhederne i et konsortium individuelt kan løfte hele eller dele af opgaven. Såfremt det er tilfældet, skal ordregiver udelukke tilbudsgiverne, hvis udelukkelsesgrunden er valgt til.

3.3.2.2.2. Bødefritagelse

Hvis en virksomhed, der har handlet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, henvender sig som den første til myndighederne, og fremlægger oplysninger om et kartel, som myndighederne ikke var i besiddelse af på tidspunktet, kan denne opnå tiltalefrafald, jf. konkurrencelovens § 23 a.³⁵⁰ Der kan stilles spørgsmål ved, om en sådan bødefritagelse ("*leniency*")³⁵¹ ligeledes kan påvirke ordregivers mulighed for at udelukke den pågældende virksomhed i kraft af sin rolle som tilbudsgiver i et konkret udbud, på samme måde som fritagelserne i konkurrencelovens §§ 7-10.

Svaret på ovenstående spørgsmål er, efter forfatteren af nærværende specialeafhandlingens mening, at det ikke vil påvirke forpligtelsen til at udelukke den økonomiske aktør. Den økonomiske aktør vil fortsat have indgået en konkurrencefordrejende aftale, der ikke er undtaget fra konkurrencelovens § 6, selvom dette ikke fastslås endeligt, og det er tilstrækkeligt til at opfylde kriteriet om "*tilstrækkelige plausible indikationer*" for ordregiver. Aktøren vil blot undgå konsekvenser heraf i form af bøde/fængsel.³⁵²

Ift. bestemmelsen vedrørende self-cleaning efter UBL § 138, stk. 2, hvor den økonomiske aktør har muligheden for at dokumentere sin pålidelighed, kan det ikke formodes, at en indrømmelse i form af ansøgning

³⁴⁸ Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet

³⁴⁹ Det skal bemærkes, at sagen er indbragt for de almindelige domstole (Sø- og Handelsretten), jf. Gorrissen Federspiels nyhedsbrev af 12. april 2016: <http://www.gorrissenfederspiel.com/GFKNyheder/Files/Dokument1DK%5C573.pdf> (link funktionelt den 18. juni 2016)

³⁵⁰ Bestemmelsen indeholder tillige flere kriterier, der skal være opfyldt, for virksomheden opnår tiltalefrafald såsom en samarbejdsforpligtelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt en betingelse om, at virksomheden ikke må have tvunget andre til at deltage i kartellet mm., jf. konkurrencelovens § 23 a

³⁵¹ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html> (link funktionelt den 18. juni)

³⁵² Forfatteren Adrian Brown har tilsvarende betragtninger I Brown, Adrian: *The permissibility of excluding an economic operator from a tendering procedure on the ground that it has previously committed an infringement of competition law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosito Zrt v Kozbeszerzesi Hatóság Kozbeszerzesi Dontobizottság* – 2015 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 3, NA51-NA60), side 6

om tiltalefrafald, kan medføre dokumentation som pålidelig. Det begrundes med, at årsagen til at virksomheden indrømmer sin overtrædelse af konkurrencereglerne er, at virksomheden har muligheden for at opnå tiltalefrafald, hvorfor den er økonomisk begrundet. Det er ikke i overensstemmelse med hensynet om self-cleaning.³⁵³

3.3.2.3. *"Tilstrækkelige plausible indikationer" som bevisbyrde*

Ordregivers skal have *"tilstrækkelige plausible indikationer"* til, at der er indgået en konkurrencefordrejende aftale, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Denne bevisbyrde er lempet betydeligt i sammenligning med ordregivers bevisbyrde ved flere af de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde.³⁵⁴ Ordregiver skal ved tilsidesættelse af forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 1, ved alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelse af sit erhverv, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 3, ved væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 5 og ved påvirkning af ordregiverens beslutningsproces, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 6, kunne *"påvise"*, at de pågældende forhold eksisterer.

Lempelsen bevirker, at der skal mindre dokumentation til, før ordregiver har løftet sin bevisbyrde, hvilket dog kan anses som naturligt ift. det omfattede retsområde. Da bestemmelsen vedrører konkurrencebegrænsende aftaler, dvs. konkurrenceretten, giver det for sin vis mening, at ordregiver ikke skal kunne dokumentere fuldt ud, at der foreligger en sådan aftale. Konkurrencebegrænsende aftaler bliver indgået fortroligt mellem parterne, og ordregiver har ikke de samme processuelle beføjelser, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har til at lave kontrolundersøgelser (*"dawn raids"*),³⁵⁵ hvor bl.a. virksomhedernes dokumenter, telefoner og computere vil blive inddraget for at konstatere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, jf. konkurrencelovens § 18.³⁵⁶ Det er derfor praktisk umuligt for ordregiver fuldt ud at kunne påvise, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, hvis det ikke allerede af fastslået af en konkurrencemyndighed/domstol.³⁵⁷

Forarbejderne angiver to eksempler, hvor ordregivers bevisbyrde er løftet.³⁵⁸ Det første eksempel er, hvor der er rejst tiltale mod en økonomisk aktør.³⁵⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er omfattet af forvalt-

³⁵³ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4. om dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

³⁵⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 123; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185; Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 531; Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* – 2016, side 252 og 269; Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 102

³⁵⁵ Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 135

³⁵⁶ Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 191

³⁵⁷ Se dog specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.4. for kritik af lempelsen af bevisbyrden

³⁵⁸ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 123

ningslovens (FVL) ³⁶⁰ regler om tavshedspligt og videregivelse af oplysninger, jf. lovens § 1, stk. 1. Oplysninger om tiltale er kategoriseret som en fortrolig oplysning i medfør af FVL § 27, stk. 4, nr. 1, hvorefter oplysningen er gjort fortrolig af hensyn til den sigtede.³⁶¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er kun berettiget til at videregive denne oplysning, hvis der enten foreligger samtykke, det følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov, at oplysningen skal videregives, eller det må antages, at oplysningen vil være af væsentlig betydning for myndighedens virksomhed eller for en afgørelse, som myndigheden skal træffe, jf. FVL § 28, stk. 2. Det må antages, at styrelsen er berettiget til at videregive oplysningen til den ordregivende myndighed, da oplysningen må antages at være af væsentlig betydning til at træffe afgørelse om udelukkelse.

Det andet eksempel er, hvor myndigheder har afgivet oplysninger, der indikerer, at en økonomisk aktør har indgået en konkurrencefordrejende aftale.³⁶² Det er ikke angivet hvilke oplysninger, der skulle være tale om, og det kan ikke nærmere udledes, hvilke oplysninger der skulle bevirke, at ordregiver får en tilstrækkelig plausibel indikation til, at der skulle foreligge en konkurrencefordrejende aftale.

Anvendelsesområdet for UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er ikke begrænset til situationer, hvor den ordregivende myndighed har tilstrækkelige plausible indikationer til, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale i det konkrete udbud. Det fremgår af forarbejderne,³⁶³ at hvis ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer til, at der har været en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i et tidligere udbud hos en anden ordregiver, så vil det tilsvarende være tilstrækkeligt. Det er ikke angivet nærmere i forarbejderne, hvorledes ordregiver skulle få denne indikation, og det kan ikke nærmere udledes.

Den lempeligere adgang til at udelukke tilbudsgiver modsvares af, at det er ordregiver, som skal løfte bevisbyrden for, at de pågældende forhold er til stede. Det kan derfor antages i praksis, at ordregivere sandsynligvis er tilbageholdende med at anvende denne udelukkelsesgrund, da bevisbyrden er uklart defineret. Hvis ordregiver udøver et fejlskøn, og uretmæssigt udelukker tilbudsgiver, vil det potentielt medføre en klagesag for Klagenævnet for Udbud med en dertilhørende erstatning i form af enten negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse.³⁶⁴ Tilsvarende kan dette ske, hvis ordregiver ikke udelukker tilbuds-

³⁵⁹ Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185

³⁶⁰ Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 af forvaltningsloven

³⁶¹ En oplysning skal kategoriseres som fortrolig, hvis den er omfattet af forvaltningslovens § 27, jf. Rønsholdt, Steen: *Forvaltningsret – Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling* – 2014, side 298

³⁶² Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185

³⁶³ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 123

³⁶⁴ Jf. herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

giver, hvor ordregiver har valgt udelukkelsesgrunden til, og dermed er forpligtet hertil. Sidstnævnte tilfælde må dog anses som sjældent forekommende i fremtidig praksis, da den potentielle klager, en anden tilbudsgiver, formentligt ikke vil være klar over, at der foreligger et forhold omfattet af udelukkelsesgrunden. Årsagen hertil er, at aftalen vil være hemmeligholdt mellem de involverede parter.

3.3.2.4. Uoverensstemmelse med konkurrenceretten

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgør, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i medfør af konkurrencelovens § 6,³⁶⁵ sidestillet med Kommissionens tilsvarende prærogativ.³⁶⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse kan indbringes for Konkurrenceankenævnet ved administrativ rekurs, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1.³⁶⁷ Herefter kan Konkurrenceankenævnets afgørelse indbringes for de almindelige domstole³⁶⁸ senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, og hvis kendelsen ikke indbringes inden for denne tidsfrist, vil afgørelsen være endelig.³⁶⁹ Hvis sagen indbringes for domstolen, kan parterne efterfølgende indbringe denne dom for de europæiske domstole, hvis parterne er af den overbevisning, at de nationale domstole har fortolket EU-rettens regler om konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101 forkert, da de nationale domstole ikke må fortolke de nationale konkurrenceregler i uoverensstemmelse med den EU-retlige fortolkning.³⁷⁰

UBL § 137, stk. 1, nr. 4 giver ordregiver en mulighed for at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale. Denne overvejelse skal ikke først bekræftes og afgøres af en konkurrencemyndig, men kan ifølge forarbejderne være tilstrækkeligt opfyldt, ved at der f.eks. er rejst tiltale mod virksomheden.³⁷¹ Retssikkerheden i, at det er blevet undersøgt og dokumenteret af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der foreligger en konkurrenceretlig overtrædelse, samt muligheden for administrativ rekurs og muligheden for at indbringe Konkurrenceankenævnets afgørelse gennem domstolssystemet, er således fjernet ift. den udbudsretlige konsekvens i form af udelukkelse.

Forfatterne Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg og Sune Troels Poulsen³⁷² henviser til uskyldsformodningen i Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention (EMRK) artikel 6, stk. 2. I medfør af denne artikel er det en fundamental ret, at *"Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses som*

³⁶⁵ Jf. konkurrencelovens § 15, stk. 1

³⁶⁶ Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 135

³⁶⁷ Se herom i Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 195-196

³⁶⁸ Se herom i Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 196-198

³⁶⁹ Jf. konkurrencelovens § 19, stk. 3

³⁷⁰ Jf. Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, art. 3, stk. 2, 1. pkt. – Se ligeledes Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret* – 2012, side 130

³⁷¹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 123

³⁷² Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* – 2016, side 467

uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven". Bevisbyrden "tilstrækkelige plausible indikationer" er således i disharmoni med denne fundamentale rettighed, hvilket tiltrædes af forfatteren af nærværende specialeafhandling. Det skal dog bemærkes, at udelukkelsesgrunden ikke er i strid med EMRK artikel 6, stk. 2, da uskyldsformodningen vedrører strafferetlige forhold,³⁷³ og da udelukkelse i et udbud ikke endeligt afgør, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, der kan føre til straf i medfør af konkurrenceloven. Konsekvensen er alene udelukkelse fra det konkrete udbud.

3.3.2.5. Ordregivers forpligtelse til at udelukke

Ordregiver er forpligtet til at udelukke en økonomisk aktør, hvis ordregiveren har valgt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 til i ESPD og udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL § 137, stk. 1, 1. led. For at ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke tilbudsgiver, skal to betingelser opfyldes. Ordregiver skal for det første have tilstrækkelige plausible indikationer, og for det andet skal disse indikationer være til, at der er indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4.³⁷⁴

Før ordregiver udelukker den økonomiske aktør, skal pågældende underrettes, og have mulighed for at dokumentere, at denne er pålidelig, jf. UBL § 138, stk. 2. Hvis tilbudsgiveren tilstrækkeligt kan dokumentere, at den er pålidelig, kan ordregiver ikke udelukke denne.³⁷⁵

3.3.2.6. Tilbudsgivers forpligtelse

Der henvises til afhandlingens afsnit 3.1.3.1. og 3.2.2.5. I disse afsnit beskrives forpligtelsen for tilbudsgiver til at udfylde ESPD.³⁷⁶ Tilbudsgiver skal svare på, om denne har indgået aftaler med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Hvis svaret er bekræftende, skal der suppleres med yderligere oplysninger. Der er endvidere en boks, hvor tilbudsgiver kan svare ja/nej til, om denne har truffet foranstaltninger til selvrehabilitering (self-cleaning), jf. UBL § 138. Disse skal i bekræftende fald uddybes.

3.3.2.7. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om tilstrækkelige plausible indikationer til konkurrencefordrejende aftaler

Hensynet ved bestemmelsen er at komme konkurrencestridige aftaler blandt tilbudsgivere til livs. Dette hensyn er legitimt og anerkendelsesværdigt, da det er et grundhensyn i udbudsretten, at et udbud skal føre

³⁷³ Jf. Lorenzen, Peer m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentar (art 1-10)* – 2003, side 199

³⁷⁴ Dette er redegjort for og analyseret i specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.1.-3.3.2.4.

³⁷⁵ Jf. nærmere herom i specialeafhandlingens afsnit 3.4.

³⁷⁶ Jf. UBL § 24, nr. 13 og Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016) – Se i øvrigt: <http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespd-en-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

til en effektiv konkurrence mellem virksomhederne. Bestemmelsen kan anses som at hæve en præventiv virkning.³⁷⁷ Det kan næppe antages, at alle virksomheder har et indgående kendskab til konkurrenceretten, især hvis de ikke tidligere er blevet undersøgt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Det er derimod en forudsætning for deltagelse i udbud, at de har et kendskab til udbudsretten. Med indførelsen af en bestemmelse om udelukkelse funderet i konkurrencestridige aftaler, vil virksomhederne dermed være opmærksomme på, at de kan miste et potentielt indkomstgrundlag. Det kan derfor medføre, at tilbudsgiverne af frygt for at blive udelukket fra udbuddet, vil afstå fra at indgå en konkurrencefordrejende aftale.

Bestemmelsens krav om at bevisbyrden er løftet, hvis ordregiver kan dokumentere, at denne har *"tilstrækkelige plausible indikationer"*, kan dog anses som højst problematisk. Ordregiverens mulighed for at udelukke tilbudsgivere begrundet i en indikation om, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale – om end denne indikation er tilstrækkelig plausibel – kan anses som ganske uhensigtsmæssig. Det underbygges bl.a. af de konkurrenceretlige regler om, at der ikke foreligger et brud på konkurrenceretten, før der er opnået endelig dom eller bødevedtagelse herom. Et meget omfattende indgreb i form af udelukkelse er dermed muliggjort med en henvisning til et konkurrenceretligt forhold, der ikke endeligt er fastslået. Udelukkelse pga. *"tilstrækkelige plausible indikationer"* fremstår med de utilstrækkeligt beskrevne eksempler i forarbejderne som udelukkelse ved indicier. Der kræves ingen reel dokumentation, og den økonomiske aktør vil blive udelukket fra et potentielt vigtigt indkomstgrundlag.³⁷⁸ Dette kan ikke anses som proportionalt. Det skal dog bemærkes, at denne bevisbyrde er den eneste praktiske løsning, nu hvor det er besluttet, at ordregiver skal have kompetencen til at vurdere konkurrenceretlige forhold. Ordregiver har ingen mulighed for at kunne påvise, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, da denne ikke har de samme indgrebsmuligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i medfør af konkurrencelovens § 18. Ordregiver kan således ikke konfiskere data og papirmateriale fra virksomhederne, hvilket heller ikke ville være en effektiv og hensigtsmæssig løsning, hvorfor en lempelse af bevisbyrden kan anses som den eneste udvej.

Bestemmelsens eksistensberettigelse skal dog anfægtes, og det kan påpeges, at det ville være mere hensigtsmæssigt, hvis status quo var bevaret, hvorefter konkurrencebegrænsende aftaler skulle overlades til de kompetente myndigheder, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt Kommissionen, frem for ordregiver.

³⁷⁷ Se også herom Munro, Catriona: *Competition law and public procurement: two sides of the same coin?* – 2006 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 6, 352-361), afsnit 5, linje 45-48, hvor forfatteren pointerer, at konkurrencereglerne har en afskrækkende effekt på tilbudsgivere. Selve artiklen vedrører dog et andet perspektiv på udbudsretten og konkurrenceretten end bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 samt specialeafhandlingens fokusområde

³⁷⁸ Jf. ligeledes herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *"Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning"* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 269-270

Ordregiver har allerede mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, der er blevet dømt for en konkurrenceretlig overtrædelse i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 3, omhandlende alvorlige forsømmelser i forbindelse med udførelsen af aktørens erhverv.³⁷⁹ En sådan overtrædelse vil være afgjort ud fra en omfattende undersøgelse med mulighed for administrativ rekurs og indbringelse for domstole modsat ordregivers mulighed for at udelukke blot pga. "*tilstrækkelige plausible indikationer*". Den økonomiske aktør har ganske vist muligheden for at dokumentere, at der foreligger pålidelighed, jf. UBL § 138, stk. 1-3, men en tilstrækkelig dokumentation må dog anses som at omfatte, at tilbudsgiver velvilligt giver indsigt i alle filer og dokumenter, så ordregiveren kan granske materialet for at udlede, at der ikke foreligger en konkurrencefordrejende aftale. Hele udbuddet ville da skulle sættes på pause, og det kan næppe anses at være hensigtsmæssigt eller effektivt.

3.3.3. Væsentlig misligholdelse af offentlige kontrakter

3.3.3.1. Bestemmelsen

Ordregiver kan udelukke tilbudsgiver, hvis ordregiver kan påvise, at tilbudsgiver tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt, og misligholdelsen har medført, at kontrakten blev ophævet eller lignende, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 5 og UBD art. 57, stk. 4, litra g. UBL § 137, stk. 1, nr. 5 specificerer, at kontrakten både kan være en offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller en koncessionskontrakt. Det fremgår af forarbejderne,³⁸⁰ at der med henvisningen til en kontrakt med en forsyningsvirksomhed menes en kontrakt i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet,³⁸¹ og med henvisning til en koncessionskontrakt menes en kontrakt i medfør af koncessionsdirektivet.³⁸² Det følger dog af lovforarbejderne til UBL § 137, stk. 1, nr. 5,³⁸³ at det ikke er et krav, at tærskelværdierne overskrides, hvorfor det er kontrakttypen, dvs. alle kontrakter med offentlige ordregivende myndigheder, der er omfattet.³⁸⁴ Dette er en udvidet fortolkning fra den danske lovgiver, der ikke fremgår af UBD.³⁸⁵

Der er to betingelser, der skal være opfyldt, før ordregiveren er berettiget og forpligtet til at udelukke tilbudsgiver. Der skal have været en tidligere væsentlig misligholdelse af en kontrakt med en ordregivende

³⁷⁹ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.3.1.

³⁸⁰ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124

³⁸¹ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

³⁸² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

³⁸³ LFF 2015 19 - Forslag til Udbudsloven, side 124

³⁸⁴ Jf. ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 185-186 samt Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 537

³⁸⁵ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.8. for en vurdering heraf

myndighed, og misligholdelsen skal have medført ophævelse eller en lignende situation, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 5.³⁸⁶

UBL § 137, stk. 1, nr. 5 og UBD art. 57, stk. 4, litra g er sprogmæssigt en anelse forskellige. UBL's bestemmelse er uddybet og suppleret, hvilket er baseret på Udbudslovsudvalgets overvejelser, med formålet om at præcisere anvendelsesområdet for bestemmelsen.³⁸⁷ Det er specificeret i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, at anvendelsesområde er "*væsentlig misligholdelse*", hvilket stemmer overens med dansk lovtradition frem for direktivets formulering "*betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav*", og at kontrakttyper i medfør af FVD³⁸⁸ ligeledes er omfattet.³⁸⁹

Bestemmelsen i UBL og artiklen i UBD er begge frivillige udelukkelsesgrunde. Det betyder, at ordregiver skal vælge udelukkelsesgrunden til i udbudsbekendtgørelsen og i ESPD'en, jf. UBL § 137, stk. 1, 1. led. Hvis ordregiver har valgt udelukkelsesgrunden, vil ordregiver være forpligtet til at vurdere og håndhæve den.³⁹⁰

3.3.3.1.1. Væsentlig udvidelse af gældende ret

Bestemmelsen/artiklen³⁹¹ er i sig selv ny,³⁹² men en lignende mulighed for at udelukke med hjemmel i det tidligere udbudsdirektiv³⁹³ art. 45, stk. 2, litra d, har dog været behandlet i praksis. Denne artikel vedrørte "*alvorlige fejl*" begået af den økonomiske aktør i forbindelse med sit erhverv,³⁹⁴ og er videreført som "*alvorlige forsømmelser*" i medfør af UBD art. 57, stk. 4, litra c og UBL § 137, stk. 1, nr. 3. Det er dog ifølge lovforarbejderne til UBL § 137, stk. 1, nr. 5 samt Udbudslovsudvalgets overvejelser³⁹⁵ en væsentlig udvidelse af gældende ret, hvor der nu er oprettet en særskilt bestemmelse til den konkrete situation. Bestemmelsen må antages at udvide anvendelsesområdet for denne problemstilling.

³⁸⁶ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.3.-3.3.3.4.

³⁸⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 121-122

³⁸⁸ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

³⁸⁹ Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.8. for en vurdering af disse specificeringer

³⁹⁰ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 181

³⁹¹ UBL § 137, stk. 1, nr. 5 og UBD art. 57, stk. 4, litra g

³⁹² Se det forhenværende udbudsdirektiv, artikel 45, stk. 2 til sammenligning med udbudsdirektivets, artikel 57, stk. 4 samt Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 103

³⁹³ Direktiv 2004/18

³⁹⁴ Se ligeledes Steinicke, Michael og Lise Groesmeier: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 1146-1148 om den tidligere udelukkelsesgrund

³⁹⁵ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 122 og Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014, side 714

Udelukkelse af den økonomiske aktør, som følge af væsentlig misligholdelse, blev først behandlet i national ret ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, *Vestforbrænding mod DSV*.³⁹⁶ Sagen blev herefter indbragt for Landsretten, hvorefter Landsrettens dom³⁹⁷ blev anket til Højesteret, der afsagde dom den 4. juni 2013.³⁹⁸ Klagenævnet for Udbud, Landsretten og Højesteret kom frem til samme resultat, hvorefter der var en anerkendelse af, at en væsentlig misligholdelse kunne være omfattet af udelukkelsesgrunden vedrørende alvorlige fejl, men at den økonomiske aktør ikke kunne udelukkes i det konkrete tilfælde.³⁹⁹

De faktiske omstændigheder i sagen var, at den økonomiske aktør havde ophævet kontrakten, da aktøren var af den overbevisning, at nye mængder af realydelsen (transport af containere til og fra en genbrugsstation) var en ændring af en væsentlig forudsætning i kontrakten. Det var dog en uberettiget ophævelse, hvilket blev fastslået ved en voldgiftskendelse af 16. marts 2009,⁴⁰⁰ og ophævelsen var dermed i sig selv en væsentlig misligholdelse af kontrakten, jf. Landsrettens begrundelse (gengivet i Højesteretsdommen): *"Den væsentlige misligholdelse af aftalen, som DSV's [den økonomiske aktør] uberettigede ophævelse af denne indebar, og som DSV også har betalt erstatning for..."*. Højesteret konstaterede, at uberettiget ophævelse som en væsentlig misligholdelse i sig selv var en alvorlig fejl, men foretog, ligesom Klagenævnet for Udbud i sin tidligere kendelse og Landsretten i forudgående instans, en vurdering af, om det var proportionelt at udelukke den økonomiske aktør fra et andet udbud. Da den økonomiske aktør havde fortsat med at opfylde kontrakten, dog under andre betingelser, havde betalt den af Voldgiftsretten fastsatte erstatning, og at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, fandt Højesteret, ligesom Klagenævnet for Udbud og Landsretten, at det ikke var proportionalt at udelukke den økonomiske aktør. Udelukkelsen var derfor uberettiget. Højesteret begrundede endvidere dette med, at der på tidspunktet mellem Landsrettens og Højesterets afgørelse var afsagt en dom af EU-domstolen d. 13. december 2012, C-465/11, *Forposta*,⁴⁰¹ hvorefter EU-domstolen konkluderede, at *"...fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv"*^[402] 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 snævre stand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig*

³⁹⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

³⁹⁷ Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

³⁹⁸ Højesterets dom af 4. juni 2013 (U.2013.2551H), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, sag 103/2011 (1. afd.)

³⁹⁹ Se ligeledes om sagen i f.eks. Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* – 2011, side 426-427; Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis* – 2014, side 399, Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 104 og Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* - 2016, side 468-469

⁴⁰⁰ Forfatterne Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer i *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* – 2008, side 1147, påpeger at en voldgiftskendelse ligeledes er tilstrækkeligt til at konstatere en alvorlig fejl

⁴⁰¹ EU-domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, *Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA*

⁴⁰² Direktiv 2004/18, art. 45, stk. 2, litra d

dom".⁴⁰³ Uberettiget ophævelse som en væsentlig misligholdelse blev herved betegnet af Højesteret som en culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed.

Klagenævnet for Udbud, Landsretten og Højesteret åbnede således op for, at situationen hvor en økonomisk aktør væsentligt misligholder en kontrakt, kunne være omfattet af udelukkelsesgrunden i det forhenværende udbudsdirektiv vedrørende alvorlige fejl begået af den økonomiske aktør i forbindelse med sit erhverv.⁴⁰⁴

Ud fra ovennævnte skal det vurderes, om der egentligt foreligger en udvidelse af gældende ret. Det blev fastslået af Højesteret, at en væsentlig misligholdelse kan være omfattet af det daværende udbudsdirektivs art. 45, stk. 2, litra d. Ud fra sagen kunne det dog konstateres, at der skulle meget til, jf. H.P. Rosenmeiers kommentar til dommen,⁴⁰⁵ før ordregiver ville være berettiget til at udelukke, hvilket ordregiver ikke var i det konkrete tilfælde. Med indførelse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5 vil enhver væsentlig misligholdelse nu være tilstrækkelig, og det må formodes, at ordregiver vil have meget lettere ved at udelukke på baggrund af en tidligere væsentlig misligholdelse. Det skal dog holdes in mente, at ordregiver er forpligtet til at foretage en proportionalitetsafvejning. Dette gjorde Højesteret,⁴⁰⁶ og det var årsagen til, at udelukkelsen ikke var berettiget. Proportionalitetsafvejningen skal dog foretages ud fra den konkrete bestemmelse, og da muligheden for at udelukke pga. tidligere væsentlig misligholdelse ikke længere skal findes hjemlet i en artikel vedrørende "*alvorlige fejl*", men derimod i en bestemmelse om "*væsentlig misligholdelse*", må ordregivers mulighed for at udelukke være væsentligt udvidet.⁴⁰⁷

3.3.3.1.2. Hensyn

Udbudslovsudvalget har angivet,⁴⁰⁸ at særligt denne artikel i UBD må anses som et ønske om at styrke ordregivers muligheder for udelukke tilbudsgivere. Det fremgår ikke af udvalgets overvejelser, lovforarbejderne til bestemmelsen eller Kommissionens Grønbog,⁴⁰⁹ hvad det specifikke hensyn bag bestemmelsen er. Hensynet må dog antages at være at ligestille ordregiver i en højere grad med private aktører på markedet. Ordregiveren er ikke længere forpligtet til at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, der førhen har vist, at

⁴⁰³ EU-Domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA, præmis 27

⁴⁰⁴ Jf. det forhenværende udbudsdirektivs (direktiv 2004/18) art. 45, stk. 2, litra d.

⁴⁰⁵ H.P. Rosenmeier: www.hpros.dk (link funktionelt den 18. juni 2016)

⁴⁰⁶ Højesterets dom af 4. juni 2013 (U.2013.2551H), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, sag 103/2011 (1. afd.)

⁴⁰⁷ Jf. ligeledes Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 104

⁴⁰⁸ Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014, side 714

⁴⁰⁹ Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011

denne ikke evner at opfylde sine kontraktuelle forpligtelser, men til gengæld er dygtig til at udforme tilbud. I private kontraktuelle forhold kan realkreditor⁴¹⁰ (køber af ydelsen) undlade at kontrahere med realdebitor⁴¹¹ (sælger af ydelsen), såfremt der tidligere har været uoverensstemmelser i forbindelse med en væsentlig misligholdelse af udførelsen af en kontrakt. Denne mulighed har offentlige ordregivere nu ligeledes, hvilket kan reducere risikoen for økonomisk og tidsmæssigt ressourcespild i forbindelse med en potentiel senere tvist. Det fremmer chancen for, at ordregiver får en kompetent og effektiv medkontrahent.⁴¹² Endeligt kan det formodes, at hensynet kan relateres til formålsbestemmelsen i UBL § 1, hvorefter der skal opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Det er en bekostelig affære, at skulle ophæve en kontrakt og starte et genudbud, hvorfor ordregiver nu på forhånd kan udelukke de økonomiske aktører, der har vist, at de ikke evner at opfylde en kontrakt uden væsentlig misligholdelse.⁴¹³

3.3.3.2. Tidligere kontrakt

Udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 vedrører tidligere kontrakter med offentlige ordregivende myndigheder. Dette er angivet direkte i bestemmelsen. Det er derfor misvisende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin vejledning om udbudsreglerne angiver, at situationen "kan" være sket på et tidligere tidspunkt end i det konkrete udbud.⁴¹⁴ Det er udelukkende tidligere kontrakter, der ikke binder sig til det konkrete udbud, der er omfattet af bestemmelsen.

Ordregiver skal i den forbindelse være særligt opmærksom på UBL § 138, stk. 6, hvorefter den væsentlige misligholdelse af en kontrakt med en ordregivende myndighed skal være sket inden for to år før kontrakten tildeles i den konkrete udbudsproces.⁴¹⁵

3.3.3.3. Væsentlig misligholdelse

Det er de almindelige obligationsretlige regler,⁴¹⁶ der finder anvendelse ift. vurderingen af, om der har været en væsentlig misligholdelse af den tidligere kontrakt mellem den økonomiske aktør og en ordregivende

⁴¹⁰ En realkreditor er den part i et aftaleforhold, der modtager realydelsen. Det vil sige en ydelse, der består i andet end penge, og som typisk modsvares af penge fra realkreditor, jf. Gomard, Bernhard: *Obligationsret 1. del* – 2006, side 7ff.

⁴¹¹ En realdebitor er den part i et aftaleforhold, der præsterer realydelsen. Det vil sige en ydelse, der består i andet end penge, og som typisk modsvares af penge, jf. Gomard, Bernhard: *Obligationsret 1. del* – 2006, side 9

⁴¹² Se ligeledes Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 538

⁴¹³ Se en uddybende beskrivelse af dette hensyn i Arrowsmith Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3.2.2.3.1.

⁴¹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 186

⁴¹⁵ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 126 - Dette er gennemgået under specieleafhandlingens afsnit 3.4.4.1.

⁴¹⁶ De almindelige obligationsretlige principper er reglerne om parternes indbyrdes retsstilling i formueretlige skyldforhold, jf. Gomard, Bernhard: *Obligationsret 1. del* – 2006, side 1ff

myndighed.⁴¹⁷ I obligationsretten beror kategoriseringen af en misligholdelse som væsentlig på de konkrete omstændigheder, hvorefter der skal foretages en helhedsvurdering.⁴¹⁸ Det kan tilsvarende være en helt almindelig betingelse i kontrakten, som er gjort væsentlig ved specifik angivelse.

UBD's præambel, betragtning nr. 101, 2. afsnit, 2. led, angiver eksempler på væsentlig misligholdelse. Det kan f.eks. være manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved det leverede, der har gjort varen/tjenesteydelsen ubrugelig til det påtænkte formål, eller en ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed.

3.3.3.4. Ophævelse eller en lignende sanktion

Det er et krav for anvendelse af bestemmelsen,⁴¹⁹ at kontrakten enten er blevet ophævet, eller at kontrakten kunne være blevet ophævet.⁴²⁰

Ophævelse af en kontrakt er, hvor en aftalepart retmæssigt og ansvarsfrit bringer begge parter forpligtelser i medfør af kontrakten til ophør ved meddelelse til den anden part. Årsagen for ophør af kontrakten skal være begrundet i den anden parts misligholdelse.⁴²¹ I relation til UBL § 137, stk. 1, nr. 5 vil det forholde sig således, at en ordregivende myndighed, eventuelt den samme som i det konkrete udbud, tidligere har ophævet en kontrakt med den økonomiske aktør.

Hvis den tidligere kontrakt ikke er blevet ophævet, er det en forudsætning, at den væsentlige misligholdelse er sanktioneret på en anden måde, jf. ordene "*lignende situation*" i UBL § 137, stk. 1, nr. 5.⁴²² Lovforarbejderne angiver, at det kan være sanktion gennem erstatning, bod eller andre forhold, der er væsentligt set ift. kontraktens karakter.⁴²³ Årsagen til at bod sidestilles med erstatning kan f.eks. ses i entrepriseretten, hvor man ikke kan opnå erstatning for forsinkelse i en entreprise, hvis der er aftalt en dagbod,⁴²⁴ jf. AB 92 § 25, stk. 2.⁴²⁵ Det er dermed en alternativ sanktion til erstatning.

⁴¹⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 186

⁴¹⁸ Jf. Gomard, Bernhard ved Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* - 2011, side 125ff

⁴¹⁹ UBL § 137, stk. 1, nr. 5 og UBD art. 57, stk. 4, litra g

⁴²⁰ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124

⁴²¹ Gomard, Bernhard ved Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* - 2011, side 115

⁴²² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om udbudsreglerne* - 2016, side 186

⁴²³ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124

⁴²⁴ En dagbod er en aftalt sanktion, hvor der i tilfælde af forsinkelse skal betales en bestemt aftalt, daglig eller ugentlig bod, jf. Gomard, Bernhard ved Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* – 2011, side 300 og 317-319

⁴²⁵ Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB) - 1992 – Dette er dog et agreed document, hvorefter parterne skal vedtage det, men dette gøres i praksis stort set altid i entrepriseretten, når der udføres et normalt hovedentreprise, og hvis det ikke er vedtaget, vil mange af principperne fortsat finde anvendelse som et udtryk for obligationsretli-

3.3.3.5. Bevisbyrden

Ordregiveren har bevisbyrden, hvorefter denne skal påvise, at de to betingelser vedrørende væsentlig misligholdelse og ophævelse/lignende sanktion er opfyldt, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 5.⁴²⁶

Det fremgår af lovforarbejderne,⁴²⁷ at ordregiver kan løfte denne bevisbyrde ved, at der foreligger en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn, der har fastslået, at der har været en væsentlig misligholdelse af en kontrakt. Det er dog ikke kun endeligt fastslåede afgørelser, der er tilstrækkelige til at opfylde ordregivers bevisbyrde. Øvrige måder kan ud fra en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder ligeledes være tilstrækkelige, og lovforarbejderne nævner f.eks. dokumentation fra egne eller andres erfaringer.⁴²⁸ Den sidstnævnte måde at løfte bevisbyrden på, ud fra egne eller andre erfaringer, kan anses som ganske vid. Det kan anses som uhensigtsmæssigt, at hvis ordregiver er af den overbevisning, at der har været en væsentlig misligholdelse af en kontrakt, men dette ikke endeligt er blevet fastslået af en domstol, voldgiftsret eller et andet domstolslignende administrativt nævn, at ordregiver har mulighed for at udelukke. Den økonomiske aktør kan være af en anden overbevisning, og det er således ordregivers juridiske vurdering af tvisten i den tidligere kontrakt, der er afgørende ift. udelukkelse. Det må dog antages, at denne begrundelse ikke vil anvendes ofte i praksis, netop pga. den meget ensidige vurdering, som let kan anfægtes af den økonomiske aktør, hvilket kan føre til et potentielt erstatningsansvar for ordregiver i en tvist om uretmæssig udelukkelse.⁴²⁹

3.3.3.6. Ordregivers forpligtelse til at udelukke

Ordregiver er forpligtet til at vurdere den konkrete situation og udelukke tilbudsgiver, hvis ordregiver har valgt udelukkelsesgrunden i udbudsbekendtgørelsen og ESPD, og betingelserne i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 er opfyldt.

Det formodes, at ordregiveren vil være tilbageholdende med at anvende denne udelukkelsesgrund i situationer, hvor der er et forholdsvist afgrænset marked af økonomiske aktører. Hvis der er mangel på tilbuds-

ge og entrepriseretlige grundprincipper, jf. bl.a. Hørlyck, Erik: *Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer* – 2009, side 21.

⁴²⁶ Jf. ligeledes Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 563 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 5 og Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* - 2016, side 468

⁴²⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124

⁴²⁸ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 186

⁴²⁹ Jf. herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

givere, og én af disse har væsentligt misligholdt en tidligere kontrakt, vil det være uhensigtsmæssigt for ordregiver at udelukke tilbudsgiveren, især hvis det f.eks. blot er en forsinkelse med en leverance, hvor forsinkelse er gjort til en væsentlig mangel i en tidligere kontrakt. I en sådan situation, kan man forestille sig, at dette ikke vil influere ordregiveren i en lige så høj grad ved en senere opfyldelse, som hvis tilbudsgiveren f.eks. aldrig leverede. Hvis der er et afgrænset marked, vil ordregiver ved udelukkelse af den økonomiske aktør have en mindre effektiv konkurrence, og vil dermed formentligt ultimativt skulle betale en højere pris og få en mindre tilfredsstillende ydelse. Hvis der derimod er et stort marked for leverandører, vil ordregiver ikke have det samme problem, da der fortsat vil være en effektiv konkurrence i udbuddet.

På den anden side, må det formodes, at det er en forholdsvis let bevisbyrde at løfte for tilbudsgiver ift., at denne er pålidelig, hvorefter ordregiver alligevel ikke skal udelukke pågældende, jf. UBL § 138, stk. 1. Tilbudsgiveren vil i mange tilfælde blot skulle kunne dokumentere, at denne har betalt den erstatning, som denne er blevet pålagt, jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 1, samt f.eks. har lavet interne retningslinjer om forsinkelse eller andet, jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 3.⁴³⁰ Proportionalitetsprincippet er ligeledes afgørende i vurderingen,⁴³¹ da en væsentlig misligholdelse af en tidligere kontrakt, ofte kan antages at være meget konkret møntet på selve den kontrakt. Hvis kontrakten har gjort det til en væsentlig misligholdelse, hvis en specialdesignet vare ikke er på en helt bestemt måde, eller hvis der blot er en mindre forsinkelse på en enkelt leverance i en successiv (løbende) kontrakt, så vil det ikke nødvendigvis være proportionalt, at ordregiver udelukker den økonomiske aktør. Ordregiver har dermed både proportionalitetsprincippet og self-cleaning i medfør af UBL § 138 at falde tilbage på, hvis der er et afgrænset marked, og ordregiver dermed ikke ønsker at anvende udelukkelsesgrunden, men det må fortsat formodes, at ordregiver er en anelse tilbageholdende med at vælge denne udelukkelsesgrund i denne situation.⁴³²

3.3.3.7. Tilbudsgivers forpligtelse

Der henvises til afhandlingens afsnit 3.2.2.5. I dette afsnit beskrives forpligtelsen for tilbudsgiver til at udfylde det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD).⁴³³ Den økonomiske aktør skal først besvare ja/nej ift., om denne tidligere har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere offentlig kontrakt

⁴³⁰ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.4 i forhold til UBL § 138 (self-cleaning)

⁴³¹ Jf. f.eks. udbudsdirektivets præambel, betragtning nr. 101, 3. afsnit

⁴³² Jf. ligeledes Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 104, der referer til situationen, hvor man inden for visse retsområder har mange aktører, der har været i misligholdelse (IT-ret og entrepriseret), hvorfor der kan være mangel på kvalificerede ansøgere/tilbudsgivere, hvis ordregiver tilvælger denne udelukkelsesgrund

⁴³³ Se UBL § 24, nr. 13 for legaldefinitionen - Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) - Link til den elektroniske ESPD:

<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=da> (link funktionelt den 18. juni 2016) – Se i øvrigt:

<http://bedreudbud.dk/nyheder/saa-er-eespden-klar-til-brug> (link funktionelt den 18. juni 2016)

med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, hvor misligholdelsen har medført, at den pågældende kontrakt blev ophævet eller en lignende sanktion forekom.⁴³⁴ Hvis svaret er bekræftende, skal den økonomiske aktør uddybe, om denne har foretaget self-cleaning⁴³⁵ og uddybe disse foranstaltninger, så aktøren ikke alligevel kan udelukkes.

3.3.3.8. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om misligholdelse af offentlige kontrakter

Hensynet bag bestemmelsen er i sig selv hensigtsmæssigt. Ordregiver har en mulighed for at udelukke tilbudsgivere, der tidligere har vist, at de ikke evner at opfylde væsentlige forpligtelser i kontrakter med ordregivende myndigheder, men til gengæld er dygtige til at udforme tilbud med billige priser. Dette sikrer effektivitet og økonomiske fordele, da det kan forebygge potentielle senere tvister, der både kan være omkostningsfulde ift. en eventuel indbringelse for en domstol, voldgiftsret eller andet domstolslignende klagenævn, men også ift. at der skal foretages et fornyet udbud for at opfylde ordregivers behov.

Bestemmelsen kan dog anses som indgribende over for tilbudsgiver, da ordregiver har fået en meget vid adgang til at udelukke.⁴³⁶ Ordregiver er tillagt et vist skøn,⁴³⁷ og hvis ordregiver er af den overbevisning, at tilbudsgiver tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt med f.eks. ordregiveren selv, men tilbudsgiveren ikke er af den overbevisning, så vil ordregiver kunne udelukke tilbudsgiveren. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor parterne er uenige om en uklar defineret kontraktforpligtelse, hvor brud på denne medfører væsentlig misligholdelse. Hvis parterne er uenige herom, hvilket medfører ophævelse, med efterfølgende indbringelse for domstolene, hvorefter ordregiver genudbyder kontrakten, og den økonomiske aktør afgiver bud, så vil ordregiver være berettiget og forpligtet til at udelukke tilbudsgiveren, selvom sagen verserer, og der således ikke er en endelig afklaring. Det kan formodes, at hvis denne udelukkelsesgrund bliver flittigt anvendt i praksis, at lignende scenarier vil medføre en lang række udbudsretlige tvister, da to kontraktparter formentligt ofte vil være uenige i, om en ophævelse er berettiget eller uberettiget.⁴³⁸

Et problem ved bestemmelsen er, ligesom ved de øvrige udelukkelsesgrunde, sværhedsgraden af ordregivers bedømmelse. Bestemmelsen skal vurderes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og enhver væsentlig misligholdelse af en tidligere kontrakt, kan dermed ikke føre til, at ordregiver skal udeluk-

⁴³⁴ Kontrakttyper i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet er ligeledes omfattet. Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.1.

⁴³⁵ Jf. UBL § 138

⁴³⁶ Jf. bl.a. Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – 2014, side 714

⁴³⁷ Jf. Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 563 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 5

⁴³⁸ Jf. f.eks. Højesterets dom af 4. juni 2013 (U.2013.2551H), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, sag 103/2011 (1. afd.) - Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.1.1.

ke den økonomiske aktør. Der er en risiko for, at ordregiveren vurderer forkert med et potentielt erstatningsansvar til følge.⁴³⁹

Den udvidede fortolkning af anvendelsesområdet for bestemmelsen, hvorefter den danske lovgiver inkluderer kontrakter, der ikke overskrider de udbudsretlige tærskelværdier, kan anskues fra to sider. Hensynet bag bestemmelsen er, at aktører, der ikke evner at opfylde sine kontraktuelle forpligtelser, udelukkes fra udbudsproceduren. Kontraktens værdi bør derfor være uden betydning. Disse kontrakter er dog undtaget fra det mest af UBL og UBD af hensyn til, at de er under en fastsat bagatelgrænse. Derfor kan man tilsvarende argumentere for, at udførelsen af kontrakterne ikke burde påvirke omfattede kontrakter af UBL. Ud fra et formålshensyn konkluderes det dog, at det er hensigtsmæssigt, at disse kontrakter tilsvarende er omfattet af bestemmelsen. Specificeringen i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 om, at anvendelsesområdet er "*væsentlig misligholdelse*", i modsætning til UBD, der dikterer, at der skal være udvist "*betydelige eller vedvarende mangler*", udgør en ændring. Det er i overensstemmelse med dansk ret, da vi er familiære med begrebet "*væsentlig misligholdelse*", men det kan være problematisk, hvis "*betydelige eller vedvarende mangler*" fortolkes anderledes i EU-praksis, hvilket han anses som uhensigtsmæssigt. Inkluderingen af FVD⁴⁴⁰ er hensigtsmæssig, og det kan antages, at der har været en sprogmæssig fejl i UBD, da kontrakter omfattet af koncessionsdirektivet⁴⁴¹ er inkluderet i anvendelsesområdet.

Det kan endeligt konkluderes, at bestemmelsen er hensigtsmæssig. Selvom det er en meget indgribende bestemmelse for den økonomiske aktør, så vil ordregivers mulighed for at få en tilfredsstillende opfyldelse af den kontrakt, som hele udbudsprocessen vedrører, veje tungest. Det er trods alt et væsentligt hensyn, at kontrakten udføres tilfredsstillende, og tilbudsgiver vil altid have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UBL § 138.⁴⁴² Herudover vil ordregiver skulle foretage en proportionalitetsafvejning i hvert enkelt tilfælde, og det kan medføre, at væsentlig misligholdelse af mindre skelsættende kontraktuelle bestemmelser, der dog er gjort til genstand i tidligere kontrakter som en væsentlig forpligtelse, ikke vil medføre udelukkelse i det konkrete udbud.

⁴³⁹ Jf. herom Ølykke, Griith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

⁴⁴⁰ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

⁴⁴¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

⁴⁴² Det er anført af Graells, Albert Sanchez: *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24* i Lichère, Francois, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.): *Modernising Public Procurement. The New Directive* – 2014, side 110, at pga. den økonomiske aktørs mulighed for at lave self-cleaning, vil bestemmelsen være proportional, hvilket kan tiltrædes

3.4. Self-cleaning

3.4.1. Overordnet om bestemmelsen

Hvis en tilbudsgiver kan dokumentere sin pålidelighed tilstrækkeligt,⁴⁴³ vil ordregiver ikke være berettiget til at udelukke, selv hvis virksomheden er omfattet af én eller flere af udelukkelsesgrundene i UBL §§ 135-137, jf. UBL § 138, stk. 1.⁴⁴⁴ Bestemmelsen er en undtagelse til ordregivers berettigelse og forpligtelse til at udelukke, som ordregiver skal vurdere i hvert enkelt tilfælde, hvor denne finder, at tilbudsgiver er omfattet af én eller flere af udelukkelsesgrundene. Dokumentation kan dog også være for at vise, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden, og er derved en måde, hvorpå tilbudsgiveren kan svare til gennemgåelse på ordregivers vurdering.⁴⁴⁵

Proceduren vedrørende dokumentation af pålidelighed betegnes "*self-cleaning*".⁴⁴⁶ Den økonomiske aktør skal altid have muligheden for at dokumentere sin pålidelighed, før ordregiver træffer beslutning om udelukkelse, jf. UBL § 138, stk. 2. Aktøren skal have en af ordregiver fastsat passende frist hertil. Hvis ordregiveren finder, at dokumentationen er utilstrækkelig til at dokumentere aktørens pålidelighed, skal det begrundes, og pågældende skal udelukkes fra udbuddet. Der er ikke en tilsvarende forpligtelse i medfør af UBD, og UBL § 138, stk. 2 er således udelukkende national.⁴⁴⁷

Ordregiver vil alligevel ikke være berettiget til at udelukke, selvom tilbudsgiver er omfattet af én eller flere af udelukkelsesgrundene, og samtidigt ikke kan dokumentere sin pålidelighed, hvis tidspunktet for opfyldelse af betingelserne i udelukkelsesgrunden har overskredet en specificeret årrække i medfør af UBL § 138, stk. 5 og 6. Det betyder, at der indtræder en forældelse for udelukkelsesgrundene, hvorefter ordregiver ikke længere vil være berettiget eller forpligtet til at udelukke.⁴⁴⁸

⁴⁴³ Se specialeafhandlingens afsnit 3.4.2. om dokumentation af pålidelighed

⁴⁴⁴ Bestemmelsen hidrører fra UBD art. 57, stk. 6

⁴⁴⁵ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til udbudsloven, side 125 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188

⁴⁴⁶ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188 samt i litteraturen f.eks. Arrowschmidt, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282) og Priess, Hans-Joachim: *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive* – 2014 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2014, 3, 112-123)

⁴⁴⁷ Se specialeafhandlingens afsnit 3.4.3. om UBL § 138, stk. 2

⁴⁴⁸ Se specialeafhandlingens afsnit 3.4.4. om udelukkelsesperioden

3.4.1.1. Hensyn

Kommissionen angiver i sin Grøn bog,⁴⁴⁹ at hensynet bag self-cleaning er, at finde en balance mellem gennemførelse af udelukkelse og respekt for forholdsmæssighed og ligebehandling. De økonomiske aktører skal som udgangspunkt udelukkes, når de er omfattet af udelukkelsesgrundene, men det skal ej heller være arbitrært og alt for indgribende ift. overtrædelsens karakter. Udelukkelse er et indgribende middel over for den økonomiske aktør, da den mister et potentielt indkomstgrundlag, der i visse tilfælde er afgørende for virksomheden. Derfor skal ordregiver foretage en vurdering af, om hvorvidt hensynet bag udelukkelsesgrunden fortsat er gældende.⁴⁵⁰ Ud fra en ordlydsfortolkning af begreberne ”pålidelighed” og ”self-cleaning”, kan det konkluderes, at hensynet er funderet i, at aktøren har forbedret sig. Hvis aktøren kan dokumentere, at den har forbedret sig, og dermed ”renset” sig selv, vil den ikke skulle udelukkes.⁴⁵¹

UBL § 138, stk. 2 er indført pga. Udbudslovsudvalgets overvejelser, og er udelukkende national.⁴⁵² Jesper Fabricius angiver i sit kapitel i bogen *Udbudsloven*,⁴⁵³ at hensynet bag bestemmelsen var funderet i, at tilbudsgiverrepræsentanter frygtede arbitrær udelukkelse pga. mindre overtrædelser af de mange nye udelukkelsesgrunde. Med en mulighed for at kunne dokumentere, at den økonomiske aktør enten ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden, eller at aktøren i hvert fald er pålidelig, vil risikoen imødegås.

3.4.1.2. Ny bestemmelse eller forankret i praksis?

Det er angivet i lovforarbejderne til UBL § 138,⁴⁵⁴ at bestemmelsen og forpligtelsen er ny ift. gældende ret.⁴⁵⁵ Bestemmelsens del vedrørende ordregivers forpligtelse til at vurdere pålidelighed i hvert enkelt tilfælde kan, efter forfatteren af nærværende specialeafhandlings vurdering, anses for at have udspringet fra de grundlæggende principper i EU. Steen Treumer er af samme overbevisning.⁴⁵⁶

⁴⁴⁹ Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig - 27. januar 2011, side 53

⁴⁵⁰ Jf. bl.a. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 542

⁴⁵¹ Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 1: ”...ensure that wrongful acts will not recur in the future.” samt Priess, Hans-Joachim: *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive* – 2014 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2014, 3, 112-123), afsnit VI: ”Allowing companies to rehabilitate themselves...”

⁴⁵² Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125

⁴⁵³ Fabricius, Jesper: *Udbudslovsudvalgets arbejde* i Treumer, Steen: *Udbudsloven* – 2016, side 84

⁴⁵⁴ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 124 samt tilsvarende Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 171

⁴⁵⁵ Jf. ligeledes Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 107

⁴⁵⁶ Jf. Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom* – 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115), afsnit 5

EF-domstolen fastslog i sin dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom*,⁴⁵⁷ at den person (juridisk/fysisk), der havde deltaget i de forberedende arbejder af et udbud, ikke på forhånd kunne udelukkes, men at der skulle foretages en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde.⁴⁵⁸ Forpligtelsen til at foretage en konkret vurdering ved udelukkelse udspringer af ligebehandlingsprincippet, da aktørerne ikke må behandles ulige, og derved blive udelukket for et forhold, som de ikke er omfattet af.

Det er tilsvarende Kommissionens opfattelse, at en vurdering af pålidelighed skulle inddrages ved tilfælde omfattet af det forhenværende udbudsdirektivs⁴⁵⁹ art. 45 om udelukkelse,⁴⁶⁰ selvom Kommissionen ganske vist nævner, at der dog ikke førhen fandtes ensartede regler herom. Endeligt konkluderer forfatterne Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton,⁴⁶¹ at forpligtelsen til at vurdere self-cleaning, under det tidligere udbudsdirektiv,⁴⁶² kunne udledes fra proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Argumentationen herfor er, at hvis aktøren har rensset sig selv, hvorefter årsagen til at denne er omfattet af udelukkelsesgrunden, ikke længere er relateret til virksomheden, så vil det være for indgribende ift. en proportionalitetsafvejning at udelukke aktøren. Det vil dermed i stedet være pønt fremfor at følge formålene i udbudsretten. Det vil endvidere ikke være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, såfremt der ikke eksisterede en forpligtelse for ordregiver til at vurdere self-cleaning, da en aktør, der har udført disse foranstaltninger, derved skulle behandles lige med aktører, der ikke har udført disse foranstaltninger.⁴⁶³

Med udgangspunkt i ovennævnte retskilder kan det formodes, at der har været en tidligere forpligtelse for ordregiver til at vurdere tilbudsgivers pålidelighed begrundet i ligebehandlingsprincippet. Retten til at dokumentere pålidelighed har dog ikke været fastslået i det tidligere udbudsdirektiv eller opretholdt i national praksis, og som Kommissionen nævner, har der ikke været egentlige samordnede regler herom. Det vil dog ikke være korrekt at konkludere, at ordregivers forpligtelse er en fuldstændig nyskabelse. Nyskabelsen består dog i, at forpligtelsen er blevet kodificeret, uddybet og suppleret i UBD og UBL, hvor der bl.a. er indført egentlige tiltag til self-cleaning, foruden vurderingen af pålidelighed, hvilket kan anses som ganske hen-

⁴⁵⁷ EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom SA mod État belge*, præmis 33 og 36

⁴⁵⁸ Jf. tilsvarende EU-Domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 47, hvorefter der skulle foretages en konkret vurdering i forbindelse med en interessekonflikt

⁴⁵⁹ Direktiv 2004/18

⁴⁶⁰ Europa-Kommissionen: *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, side 53

⁴⁶¹ Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3.2.2.5-4.

⁴⁶² Direktiv 2004/18

⁴⁶³ Jf. Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 3.2.2.5-4.

sigtsmæssigt, da det reducerer usikkerheden om ordregivers forpligtelse og den økonomiske aktørs ret-tigheder i praksis.

3.4.2. Pålidelighed

Det beror på en konkret vurdering fra ordregiver,⁴⁶⁴ om tilbudsgiveren tilstrækkeligt har dokumenteret, at denne er pålidelig, på trods af at denne er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde i UBL §§ 135-137.⁴⁶⁵ Der er i medfør af UBL⁴⁶⁶ og UBD⁴⁶⁷ tre parametre, hvor den økonomiske aktør har opfyldt betingel-sen om dokumentation af pålidelighed. Bestemmelsen er ikke udtømmende.⁴⁶⁸ Det er f.eks. angivet i lov-forarbejderne⁴⁶⁹ til UBL § 138, stk. 1, at det ligeledes kan tillægges vægt, at en anden ordregiver har vurde-ret, at den økonomiske aktør er pålidelig,⁴⁷⁰ og hvis tilbudsgiveren er fra et andet land uden for EU, at det kan tillægges vægt ift. udelukkelsesgrundene i UBL § 135, stk. 1,⁴⁷¹ hvis denne kan dokumentere, at der ikke har været en anden retfærdig rettergang.⁴⁷² Supplerende faktorer kan dermed have en indvirkning på or-dregivers vurdering af, om tilbudsgiver er pålidelig.

De tre parametre skal kun anvendes, hvor de er relevante.⁴⁷³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har dog angivet,⁴⁷⁴ at parametrene er egentlige minimumskrav, og at de er kumulative. Forfatterne Michael Elle-hauge, Claus Berg og Torkil Høg er af en modsat overbevisning. De anfører, at bestemmelsen ikke er kumu-lativ,⁴⁷⁵ da de enkelte vurderingsparametre udelukkende finder anvendelse, når de er relevante, hvorfor de mener, at anvendelsen af ordet ”og” til sidst i UBL § 138, stk. 3, nr. 2 er misvisende.⁴⁷⁶ Om end forfatterne

⁴⁶⁴ Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282) samt Kroon, Morten og Mikkel Christopher Hanskov: *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse* i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II* – 2016, side 108

⁴⁶⁵ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125

⁴⁶⁶ Jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 1-3

⁴⁶⁷ Jf. UBD art. 57, stk. 6, 2. afsnit

⁴⁶⁸ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188

⁴⁶⁹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125

⁴⁷⁰ Det skal bemærkes, at det i LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125 er angivet, at en anden ordregivers vurdering kan tillægges vægt. Modsat er det på side 126 angivet, at ordregiveren ikke kan udelukke ansøgeren/tilbudsgiveren med henvisning til, at andre ordregivere har udelukket virksomheden. Det formodes, at der med denne mindre selvmodsigelse menes, at det er en konkret vurdering, og ordregiver ikke udelukkende kan basere sin vurdering på andre ordregivende myndigheders handlinger. Det kan indgå i vurderingen, men det kan ikke stå alene. Dette synspunkt understøttes ligeledes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 189

⁴⁷¹ Disse udelukkelsesgrunde behandles dog ikke i nærværende afhandling, jf. specialeafhandlingens afsnit 1.3

⁴⁷² Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125 samt herom i Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* – 2016, side 295

⁴⁷³ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125-126

⁴⁷⁴ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 189

⁴⁷⁵ Jf. Ellehaug, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 572 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 138, stk. 3, nr. 2.

⁴⁷⁶ Forfatterne Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen er ligeledes af den overbevisning, at de ikke er kumulative, jf. Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* – 2015, side 542

og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har forskellige opfattelser, så vil de to synspunkter, efter forfatteren af nærværende specialeafhandlings mening, ikke nødvendigvis udelukke hinanden i praksis. Der vil være tilfælde, hvor et eller flere af parametrene ikke er relevante. F.eks. vil det ikke være relevant, hvis det første vurderingsparameter vedrørende betaling af erstatning,⁴⁷⁷ anvendes på UBL § 136, nr. 2 vedrørende rådgiverinhabilitet,⁴⁷⁸ da der ikke er et erstatningsretligt element heri. Den økonomiske aktør vil således ikke have ageret i strid med dette "*minimumskrav*", og det vil i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens optik være opfyldt. Det er dog uhensigtsmæssigt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udelukkende under det andet parameter i UBL § 138, stk. 3, nr. 2⁴⁷⁹ har skrevet, at kravet alene er relevant i specifikke tilfælde. Det er ikke angivet i det generelle afsnit eller under de to øvrige. Anvendelsen af begrebet "*kumulativ*" i vejledningen må anses som uhensigtsmæssig og misvisende, da alle parametre ikke stemmer overens med alle udelukkelsesgrunde.

Det første vurderingsparameter er, at tilbudsgiveren i fornødent omfang har dokumenteret, at denne har ydet den erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene i UBL §§ 135-137, jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 1. Der er to situationer omfattet af denne bestemmelse. Den første situation er, hvor virksomheden er blevet pålagt at yde erstatning. Den anden situation er, hvor denne selv påtager sig at yde erstatning. I relation til førstnævnte situation, vil den konkrete situation f.eks. være tilfældet, når en økonomisk aktør tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt, er blevet pålagt at betale erstatning herfor, og reelt har betalt erstatningen. Det var f.eks. tilfældet i Højesterets dom af 4. juni 2013, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*,⁴⁸⁰ hvor Landsretten i forudgående instans i sin vurdering havde lagt vægt på, at den økonomiske aktør, der væsentligt havde misligholdt en kontrakt, havde betalt den erstatning, der var blevet pålagt denne i medfør af en tidligere kendelse af Voldgiftsretten.⁴⁸¹ Det faktum, at dette kan være med til at dokumentere self-cleaning er, efter forfatteren af nærværende speciales mening, ikke i overensstemmelse med hensynet bag self-cleaning. Hvis en virksomhed er blevet pålagt at betale erstatning, vil den være forpligtet hertil, såfremt virksomheden ikke ønsker at komme i fogedretten med de indgreb, der følger heraf.⁴⁸² Det er dermed be-

⁴⁷⁷ Jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 1 - Se straks nedenfor

⁴⁷⁸ Se specialeafhandlingens afsnit 3.2.3. om rådgiverinhabilitet

⁴⁷⁹ Se straks nedenfor i nærværende afsnit 3.4.2.

⁴⁸⁰ Højesterets dom af 4. juni 2013 (U.2013.2551H), *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S*, sag 103/2011 (1. afd.) – Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3.1.1.

⁴⁸¹ Jf. Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S* - Det skal bemærkes, at Højesteret stadfæstede Landsrettens dom, baseret primært på samme udtalelser som Landsretten, men lagde ikke særskilt vægt på betalingen af erstatningen.

⁴⁸² Fogedretten kan tvangsfuldbyrde domme og kendelser afsagt af domstole eller af andre myndigheder, hvis afgørelser efter lovgivningen kan tvangsfuldbyrdes, jf. bekendtgørelse nr. 1255 af 16. november 2015 af lov om rettens pleje (retsplejeloven) § 478, stk. 1, nr. 1. – Fogedretten kan f.eks. give ret til begæring af udlæg efter reglerne i retsplejelovens kapitel 47 og begære aktiver på tvangsauktion efter retsplejelovens kapitel 49-52

synderligt, hvorledes betaling af en pålagt erstatning fra f.eks. en domstol kan dokumentere, at virksomheden bør være egnet til at deltage i et nyt udbud, hvor det forventes, at den ikke vil overtræde samme udelukkelsesgrund igen. Der har ikke været et egentligt incitament fra virksomheden til at forbedre sig. Ift. den anden situation, hvor virksomheden selv har påtaget sig at yde erstatning, vil det dog være i overensstemmelse med hensynet bag self-cleaning, da den herved af egen drift har handlet.⁴⁸³

Det andet vurderingsparameter er, at den økonomiske aktør har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 2.⁴⁸⁴ Muligheden er relevant ift. udelukkelse i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 om ordregivers tilstrækkelige plausible indikationer til, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale.⁴⁸⁵ Muligheden vil dog kun være relevant, såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indledt en undersøgelse i medfør af konkurrencelovens § 18.⁴⁸⁶ Bestemmelsen er derimod ikke i relevant i mange andre tilfælde.

Det tredje parameter er, at tilbudsgiveren *”har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forømmelser omfattet af udelukkelsesgrundende”*, jf. UBL § 138, stk. 3, nr. 3. Lovforarbejderne nævner, at denne mulighed *”navnlig”*⁴⁸⁷ kan anvendes som tilstrækkelig dokumentation.⁴⁸⁸ Det kan bl.a. være afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd og relevant reorganisering af medarbejdere. Det tillægges betydning, om det er den afdeling eller enhed, der er omfattet af udelukkelsesgrunden, der skal udføre opgaven mv.⁴⁸⁹ Hvis den økonomiske aktør f.eks. potentielt er

⁴⁸³ Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 2.2, der, før de nye regler i UBD og UBL, beskriver at betaling af erstatning af egen drift vil indebære et element af self-cleaning

⁴⁸⁴ Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 2.1, hvorefter forfatterne nævner denne mulighed, før de nye regler om self-cleaning i UBD og UBL, da samarbejde med myndigheder og klargørelse af overtrædelsen, efter forfatternes overbevisning, viser det første skridt mod selvrehabilitering

⁴⁸⁵ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125-126 samt Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 571 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 138, stk. 3, nr. 2

⁴⁸⁶ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.3.2.3. om kontrolundersøgelser (dawn raids)

⁴⁸⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125, hvilket også er angivet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188-189. Udbudsdirektivets præambel, betragtning nr. 102 anvender ordet *”især”* i forhold til denne mulighed for at dokumentere pålidelighed, hvorved der menes, at der særligt skal lægges vægt på denne i ordregivers vurdering

⁴⁸⁸ Jf. ligeledes Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* – 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282), afsnit 2.3-2.4, hvor forfatterne nævner personlige, strukturelle og organisatoriske foranstaltninger som at være særligt gode løsningsmodeller i forbindelse med self-cleaning, hvor virksomheden f.eks. endvidere kan fastlægge interne retningslinjer, der forhindrer sådanne problemer igen

⁴⁸⁹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 189

omfattet af en konflikt vedrørende rådgiverinhabilitet,⁴⁹⁰ og ordregiver ikke har kunnet udligne fordelene, kan aktøren forsøge at dokumentere, at den har sørget for etablering af kinesiske mure i sin virksomhed med en organisatorisk og personalemæssig foranstaltning, hvorefter rådgivningsfunktionen i virksomheden intet har at gøre med tilbudsfunktionen.⁴⁹¹

3.4.3. Meddelelse til tilbudsgiver om mulighed for at fremlægge dokumentation

Ordregiver kan ikke udelukke en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, før ordregiver har meddelt den økonomiske aktør, at den er omfattet af en udelukkelsesgrund, og ordregiver har givet en passende frist efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, hvorefter tilbudsgiver kan forelægge tilstrækkelig dokumentation til, at denne er pålidelig, jf. UBL § 138, stk. 2. Ved fastsættelse af fristen skal ordregiver tage hensyn til alle relevante faktorer, herunder f.eks. muligheden for at indhente relevante oplysninger fra myndigheder, omfanget af overtrædelsen mv.⁴⁹² Hvis det vurderes af ordregiveren, at dokumentationen er tilstrækkelig til at udvise pålidelighed, kan den økonomiske aktør ikke udelukkes fra udbudsproceduren. UBL § 138, stk. 2 er ikke en del af UBD, men er udelukkende national, og stammer fra Udbudslovsudvalgets overvejelser.⁴⁹³ Det skal dog bemærkes, at det er angivet i UBD's præambel, betragtning nr. 102, at økonomiske aktører bør have en mulighed til at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås, men at det er op til medlemsstaterne at fastsætte sådanne regler. Det er formentligt baggrunden for, at der ud fra Udbudslovsudvalgets betragtninger er opstillet en regel i UBL § 138, stk. 2, der dog er mere omfattende, end hvad der er angivet i betragtningen i UBD.

3.4.4. Udelukkelsesperioden

Udelukkelsesperioden er en forældelsesbestemmelse, hvorefter ordregiver hverken er forpligtet eller berettiget til at udelukke en tilbudsgiver, der er omfattet én eller flere udelukkelsesgrunde, og som ikke kan dokumentere tilstrækkelig pålidelighed. Den er dermed udelukkende relevant, hvor ordregiver finder, at tilbudsgiveren ikke kan dokumentere sin pålidelighed.⁴⁹⁴

Før det nye udbudsdirektiv var der ikke angivet en udelukkelsesperiode. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen⁴⁹⁵ angav i sin vejledning fra 2006,⁴⁹⁶ at der ikke fandtes regler herom i det dagældende udbudsdirektiv,

⁴⁹⁰ I medfør af UBL § 136, nr. 2 – Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.3. om rådgiverinhabilitet

⁴⁹¹ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.2.3.3.1.3. om kinesiske mure i forhold til rådgiverinhabilitet

⁴⁹² Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188

⁴⁹³ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 125

⁴⁹⁴ Jf. UBL § 138, stk. 5, sidste pkt. samt § 138, stk. 6, sidste pkt.

⁴⁹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var opdelt, og styrelsen hed derfor "Konkurrencestyrelsen"

⁴⁹⁶ Konkurrencestyrelsen: *Vejledning til udbudsdirektiverne* – 2006, side 148-149 – Se også herom i Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten* – 2011, side 431-433

men at det burde være i overensstemmelse med, hvor lang tid et strafbart forhold er registreret på en straffeattest. En udelukkelsesgrund, der medførte bødestraf, skulle således udelukke i 2 år, og en udelukkelsesgrund, der medførte fængselsstraf, skulle udelukke i 5 år. Styrelsen udtalte sig ikke om udelukkelsesperioden for de tilfælde, der hverken medførte bødestraf eller fængselsstraf. Det er nu klargjort i UBD og UBL.

Det følger af UBD art. 57, stk. 7, at medlemsstaterne skal fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet foranstaltninger til self-cleaning. Artiklen i UBD fastsætter ligeledes en ultimativ grænse for medlemsstaterne, hvorefter udelukkelsesperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i medfør af UBD art. 57, stk. 1 (UBL § 135) ikke må være over fem år, og de frivillige udelukkelsesgrunde i medfør af UBD art. 57, stk. 4 (UBL § 136⁴⁹⁷ og § 137) ikke må være over tre år. I UBL er udelukkelsesperioden specificeret i § 138, stk. 5-6.

Det følger af UBL § 138, stk. 5, at ordregiveren skal udelukke tilbudsgiver fra at deltage i udbudsproceduren i fire år fra datoen for en endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af UBL § 135, stk. 1. Da UBL § 135, stk. 1 ikke behandles i specieleafhandlingen, vil bestemmelsen ikke behandles yderligere.⁴⁹⁸

Ordregiver kan ikke udelukke en tilbudsgiver i mere end to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af UBL § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6, jf. UBL § 138, stk. 6. Ordregiver har mulighed for at reducere den toårige periode, hvorefter det skal angives i udbudsbekendtgørelsen, men kan ikke forøge den.⁴⁹⁹ Perioden skal regnes fra datoen for den relevante hændelse eller handling og til og med tidspunktet for tildeling af kontrakten.⁵⁰⁰ Det betyder, at hvis der er gået 2 år, men at tidspunktet falder midt i ordregivers indledende vurdering i udbudsproceduren, før tildeling af kontrakten, så vil ordregiver ikke kunne udelukke i medfør af UBL § 136, nr. 3 eller § 137, stk. 1, nr. 1-6.

Ift. det afgrænsede område for denne specieleafhandling, er det udelukkelsesgrundene om, hvor ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at der foreligger en konkurrencefordrejende

⁴⁹⁷ Som nævnt under specieleafhandlingens afsnit 3.2.2.2.1. og 3.2.3.1. er udelukkelsesgrundene i medfør af UBD art. 57, stk. 4, litra e, f, og h, som er kodificeret i UBL § 136, gjort obligatoriske i national ret

⁴⁹⁸ Se specieleafhandlingens afsnit 1.3.2. for afgrænsninger af udelukkelsesgrunde

⁴⁹⁹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 126

⁵⁰⁰ Det ikke nævnt i forarbejderne til UBL § 138, stk. 6, at tidspunktet varer indtil tildelingstidspunktet for kontrakten. Det er der derimod i forarbejderne til UBL § 138, stk. 5, jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 126. Det må dog kunne lægges til grund, at det tilsvarende er tilfældet i medfør af udelukkelsesperioden i UBL § 138, stk. 6, jf. ligeledes Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høj: Karnov note 576 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 138, stk. 6

aftale,⁵⁰¹ og udelukkelse fordi ordregiveren kan påvise, at en kontrakt med en ordregivende myndighed tidligere er blevet væsentligt misligholdt,⁵⁰² der er relevante.⁵⁰³

Det skal endeligt bemærkes, at interessekonflikter⁵⁰⁴ og rådgiverinhabilitet⁵⁰⁵ ikke er nævnt i UBL § 138, stk. 5-6. Årsagen hertil er, at disse situationer gør sig gældende ved det konkrete udbud, og er dermed ikke knyttet til tidligere handlinger.⁵⁰⁶

3.4.4.1. Tidspunktet

Det følger af forarbejderne, at begyndelsestidspunktet for periodens afregning, ift. udelukkelse i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 vedrørende udelukkelse som følge af ordregivers tilstrækkelige plausible indikationer til, at der er indgået en konkurrencefordrejende aftale, er på det tidspunkt, at tilbudsgiveren foretager en handling, der imødekommer udelukkelsesgrunden.⁵⁰⁷ Forarbejderne specificerer, at det kan være ved aftaleindgåelsen mellem tilbudsgiveren og øvrige økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, eller senere hvor der foretages handlinger ud fra en sådan aftale. Dog senest fra tidspunktet fra aftalens ophør. Det er, efter forfatteren af nærværende specialeafhandlingens mening, på ingen måde i tråd med betingelserne i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Det er netop kendetegnet ved denne bestemmelse, at ordregiver ikke endeligt skal bevise, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale.⁵⁰⁸ Ordregiver har kun en forpligtelse til at kunne dokumentere, at denne har tilstrækkelige plausible indikationer, og derimod ikke at der foreligger en reel konkurrencefordrejende aftale. Det kan dermed i realiteten være på et hvilket som helst tidspunkt, hvilket på ingen måde er hensigtsmæssigt.⁵⁰⁹

Begyndelsestidspunktet for periodens afregning ift. udelukkelse i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, hvorefter ordregiveren kan påvise, at tilbudsgiveren har væsentligt misligholdt en tidligere kontrakt med en or-

⁵⁰¹ UBD art. 57, stk. 4, litra d og UBL § 137, stk. 1, nr. 4 – Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.2. om ordregivers tilstrækkelige plausible indikationer til konkurrencefordrejende aftaler

⁵⁰² UBD art. 57, stk. 4, litra g og UBL § 137, stk. 1, nr. 5. – Se specialeafhandlingens afsnit 3.3.3. om tidligere væsentlig misligholdelse af en kontrakt

⁵⁰³ Disse vil blive behandlet under specialeafhandlingens afsnit 3.4.4.1.

⁵⁰⁴ Jf. UBL § 136, nr. 1 samt specialeafhandlingens afsnit 3.2.2. om interessekonflikter

⁵⁰⁵ Jf. UBL § 136, nr. 2 samt specialeafhandlingens afsnit 3.2.3. om rådgiverinhabilitet

⁵⁰⁶ Interessekonflikter er, hvor der i det konkrete udbud er en sammenfaldende interesse mellem tilbudsgiver og én eller flere ansatte hos ordregiver, der forestår evalueringen af ansøgningen/tilbuddet, og rådgiverinhabilitet er, hvor en tilbudsgiver forudgående har deltaget i udformningen af udbudsmaterialet ift. det konkrete udbud, hvor denne kan have opnået en uberettiget fordel herved. En udelukkelsesperiode er derfor ikke nødvendig, da det kun vil være ift. det konkrete udbud, at der foreligger en udbudsmæssig problemstilling, der skal medføre udelukkelse

⁵⁰⁷ LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 127

⁵⁰⁸ Se nærværende specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.3. om ordregivers lempede bevisbyrde ved ”tilstrækkelige plausible indikationer”

⁵⁰⁹ Se ligeledes herom i Ellehauge, Michael, Claus Berg og Torkil Høg: Karnov note 576 til lov nr. 1564 af 15. december 2015 Udbudsloven § 138, stk. 6, hvor forfatterne angiver, at det kan volde bevismæssige problemer

dregivende myndighed, er fra tidspunktet for ophævelsen af kontrakten eller den lignende sanktion.⁵¹⁰ Den er dermed ikke fra selve udførelsen af den væsentlige misligholdelse, eller at det er endeligt fastslået ved f.eks. dom, at der foreligger en væsentlig misligholdelse.⁵¹¹ Årsagen hertil må antages at være funderet i, at det ikke kun kræver væsentlig misligholdelse for, at aktøren er omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, men at det tilsvarende kræver ophævelse eller en lignende sanktion. Begge betingelser skal dermed være opfyldt, og sanktionen kommer af naturlige årsager efter misligholdelsen.

Det er bemærkelsesværdigt, at karenperioden for frivillige udelukkelsesgrunde kun har en varighed på to år.⁵¹² Især når perioden skal regnes fra datoen for den relevante hændelse eller handling, jf. UBL § 138, stk. 6, og til og med tidspunktet for tildeling af kontrakten.⁵¹³ Det kan formodes, at den korte karenperiode tillagt kravet om en proportionalitetsafvejning og mulighed for self-cleaning kan bevirke, at udelukkelse sjældent vil forekomme i udbud omfattet af de nye regler.⁵¹⁴

3.4.5. Vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen om self-cleaning

Det overordnede hensyn bag artiklen/bestemmelsen om self-cleaning er yderst hensigtsmæssigt. For at der skal være en effektiv konkurrence i et udbud, er det ønskværdigt, at der er et stort antal af tilbudsgivere. Der skal dog ikke være deltagende virksomheder, der er med til at fordreje konkurrencen i udbuddet, eller hvor det har været dokumenteret, at de ikke evner at opfylde kontraktudførelsen. Derfor er det hensigtsmæssigt, at disse udelukkes, hvis de fortsat må anses som at have de skavanker, der influerer udbuddet og kontraktudførelsen. Hvis de kan dokumentere, at problemerne ikke længere består, og at de dermed er konkurrencefremmende virksomheder, der ej heller bliver favoriseret, bør de have mulighed for at deltage på lige fod med øvrige økonomiske aktører.

UBL § 138, stk. 2 er hensigtsmæssig for både ordregiver og den økonomiske aktør. Bestemmelsen bevirker, at ordregiver kan få et mere oplyst grundlag at træffe sin beslutning efter, og aktøren får en mulighed for at deltage i udbuddet. Hvis aktøren kan dokumentere, at den slet ikke var omfattet af en udelukkelsesgrund, vil ordregiver endvidere undgå en efterfølgende anlagt klagesag fra denne med et potentielt erstatningsansvar til følge.⁵¹⁵ Bestemmelsen er dermed konfliktreducerende.

⁵¹⁰ Se nærværende specialeafhandlings afsnit 3.3.3.4. om definitionen af ophævelse eller lignende sanktion

⁵¹¹ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 127 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016, side 188

⁵¹² Jf. Berg, Claus: *Udbudsloven og byggeriet* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 625

⁵¹³ Jf. specialeafhandlingens afsnit 3.4.4.

⁵¹⁴ Jf. ligeledes Fabricius, Jesper: *Udbudslovsudvalgets arbejde* i Treumer, Steen: *Udbudsloven* – 2016, side 85-87

⁵¹⁵ Jf. herom Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 299-302

Ordregivers forpligtelse til at vurdere pålidelighed har førhen været uklar, og de tre vurderingsparametre i UBL § 138, stk. 3 er i en høj grad med til at klarlægge området for self-cleaning. Det er dog bemærkelsesværdigt, at det er angivet i UBL § 138, stk. 3, nr. 1, at betaling af en, ved bl.a. dom, pålagt erstatning kan være med til at dokumentere virksomhedens pålidelighed. Det er ikke i tråd med hensynene bag bestemmelsen om self-cleaning, da virksomheden netop er forpligtet hertil af de civilprocessuelle regler i retsplejeloven,⁵¹⁶ og således ikke dokumenterer, at den fremadrettet ikke vil begå den samme overtrædelse. Der er dermed intet element af forbedring/self-cleaning i denne type dokumentation.

Udelukkelsesperioden ift. UBL § 137, stk. 1, nr. 4, som skal løbe fra indgåelse af en konkurrencefordrejende aftale, handlinger udført i medfør af en sådan aftale eller ultimativt fra aftalens ophør,⁵¹⁷ er ganske uhensigtsmæssig. Begyndelsestidspunktet er ikke i overensstemmelse med den lempede bevisbyrde for ordregiver, hvorefter ordregiver udelukkende skal kunne dokumentere, at denne har "*tilstrækkelige plausible indikationer*" til, at der er indgået en konkurrencefordrejende aftale, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Der kan være situationer, hvor en sådan aftale ikke er indgået,⁵¹⁸ og begyndelsestidspunktet kan dermed være et fuldstændigt vilkårligt tidspunkt.

Endeligt skal det bemærkes, at udelukkelsesperioden er uhensigtsmæssig kort. Efter udløbet af perioden vil de økonomiske aktører ikke længere behøve at vise, at de har self-cleanet deres virksomhed, hvilket kan anses for ganske uhensigtsmæssigt, da formålet bag bestemmelsen og udbudsreglerne generelt er, at sørge for en effektiv og sund konkurrence. Det ville dermed være bedre for konkurrencen, hvis udelukkelsesperioden var forlænget, hvilket vejes op af, at virksomhederne fortsat skulle have mulighed for at kunne dokumentere deres pålidelighed.

4. Konklusion

Det nye udbudsdirektiv (UBD) har ført til en række tilføjelser og ændringer af udelukkelse i udbudsretten, som den danske lovgiver har kodificeret i udbudsloven (UBL). Der er dog også nationale tilføjelser, hvor dette har været muligt og hensigtsmæssigt. Hensynene bag de nye bestemmelser og revideringer har alle været hensigtsmæssige, da de hver især er med til at sørge for, at tilbudsgiverne behandles lige gennem en effektiv konkurrence, hvorved der opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Dette er bl.a.

⁵¹⁶ Se specialeafhandlingens afsnit 3.4.2. om pålidelighed

⁵¹⁷ Jf. LFF 2015 19 – Forslag til Udbudsloven, side 127 og specialeafhandlingens afsnit 3.4.4.1.

⁵¹⁸ Jf. nærmere herom i specialeafhandlingens afsnit 3.3.2.4.

blevet gjort ved at kodificere forpligtelser for ordregiver til at vurdere og udelukke i tilfælde af interessekonflikter, rådgiverinhabilitet, situationer hvor ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer til, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale, og situationer hvor tilbudsgiver tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt. I alle disse tilfælde har tilbudsgiver endvidere mulighed for at dokumentere sin pålidelighed, så udelukkelsen ikke bliver arbitrær og alt for indgribende. Der er dog visse uhensigtsmæssigheder.

Det konkluderes, at artiklerne i UBD om interessekonflikter og rådgiverinhabilitet først og fremmest ikke burde være gjort frivillige. Områderne er funderet i det grundlæggende udbudsretlige ligebehandlingsprincip, da situationerne eliminerer/reducerer konkurrencen i udbuddet, hvorfor ordregiver altid bør være forpligtet til at udelukke i situationer, hvor situationerne ikke kan afhjælpes effektivt. Dette er fast praksis fra EU-domstolen, Retten, de nationale domstole og Klagenævnet for Udbud, og det må anses som en væsentlig fejl i det nye direktiv. Det er ligeledes årsagen til, at lovgiver i Danmark har gjort udelukkelsesgrundene obligatoriske, og problemet er dermed fjernet nationalt.

Der er mindre uhensigtsmæssigheder ift. kodificeringen af forpligtelsen til at udelukke pga. interessekonflikter og rådgiverinhabilitet. UBL kunne med fordel, ift. interessekonflikter, indeholde de begrænsninger, der er fastsat i retspraksis, hvorefter tekniske eller økonomiske begrænsninger, samt rettigheder der tilkommer tilbudsgiveren, vil fjerne forpligtelsen til at udelukke.⁵¹⁹ Herudover er der øvrige muligheder for at begrænse rådgiverinhabilitet end de to oplistede tilfælde i UBL § 39, stk. 2, nr. 1-2, der med fordel kunne indsættes, herunder en forpligtelse til at vurdere problemstillingen ved tidspunktet for ansættelse af en rådgiver til at udforme udbudsmaterialet. En kodificering af begrænsningerne ved interessekonflikter samt øvrige muligheder for at afhjælpe rådgiverinhabilitet, ville bidrage til at opklare forpligtelserne og mulighederne for ordregiver.

Der er som angivet tilfælde, hvor udbudsretten med fordel kan revideres. I de fleste tilfælde er det dog desværre ude af den danske lovgivers hænder. Medlemsstaterne kan på nationalt plan fastsætte udelukkelsesgrunde i medfør af ligebehandlingsprincippet,⁵²⁰ men de er dog forpligtede til at implementere de udelukkelsesgrunde, der følger af UBD. Derfor vil det f.eks. ikke være muligt at eliminere udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, selvom det konkluderes, at denne bestemmelse absolut ikke er fordelagtig for

⁵¹⁹ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT), side 60; Rettens dom af 12. marts 2008, T-345/03, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinon Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen*, præmis 76 og Ølykke, Grith Skovgaard og Morten Qvist Fog: *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning* i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven* - 2016, side 277

⁵²⁰ Jf. EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, *Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias* – Se nærværende specialeafhandlings afsnit 2.2.1.1.

hverken ordregiver eller tilbudsgiver. Det er ligeledes ikke den eneste løsning til at varetage hensynet om at undgå konkurrencefordrejende aftaler. En sådan mulighed foreligger allerede i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 3, hvorefter ordregiver kan udelukke, hvis den økonomiske aktør har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med sit erhverv, herunder har overtrådt de konkurrenceretlige regler. I dette tilfælde er det til gengæld reelt blevet konstateret af konkurrencemyndighederne ved en gennemgående kontrolundersøgelse med mulighed for administrativ rekurs samt appel til domstolene, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale. I tilfælde omhandlet af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er det tilstrækkeligt, at ordregiver har "*tilstrækkelige plausible indikationer*", hvor fortolkningen af denne bevisbyrde er utilstrækkeligt beskrevet i lovforarbejderne. Det vil i realiteten lede til arbitrære udelukkelse, eller endog en hel afholdelse fra at anvende udelukkelsesgrunden af frygt for erstatningsretlige konsekvenser for uretmæssig udelukkelse, da bestemmelsen har en meget åben formulering. Den burde derfor ikke være en del af udbudsretten, og det vil forhåbentligt realiseres ved en eventuel kommende revision af UBD.

Ordregivers mulighed for at udelukke tilbudsgiver er blevet væsentligt udvidet ved UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Ordregiver er berettiget og forpligtet til at udelukke, såfremt denne frivillige udelukkelsesgrund er valgt til, hvis en tilbudsgiver tidligere har væsentligt misligholdt en kontrakt med en ordregivende myndighed, og denne misligholdelse har medført ophævelse eller en lignende sanktion. Det konkluderes, at bestemmelsen vil medføre en lang række fremtidige tvister ved Klagenævnet for Udbud, såfremt den flittigt anvendes, da det hyppigt forekommer, at to kontraktparter er uenige om, hvorvidt der foreligger en væsentlig misligholdelse og dermed en berettiget ophævelse af en kontrakt. Bestemmelsen er dog generelt hensigtsmæssig, da hensynet er at ligestille ordregiver med private aktører, så denne kan få en medkontrahent, der evner at opfylde sine kontraktuelle forpligtelser. Tilbudsgiver er endvidere sikret gennem sin mulighed for self-cleaning i medfør af UBL § 138, kombineret med en kort udelukkelsesperiode og en forpligtelse for ordregiver til at foretage en proportionalitetsafvejning.

Endeligt skal det fastslås, at ordregivers overordnede mulighed for at udelukke er markant reduceret med indførelse af en uhensigtsmæssig kort udelukkelsesperiode på to år i UBL § 138, stk. 6. Reglerne om self-cleaning og proportionalitet begrænser tilsvarende ordregivers mulighed for udelukke, men disse regler varetager hensigtsmæssige hensyn, hvorefter det enten kan dokumenteres, at f.eks. et konkurrencemæssigt problem ikke længere foreligger, eller at udelukkelse er alt for indgribende ift. overtrædelsen. Den korte udelukkelsesperiode medfører, at de frivillige udelukkelsesgrunde formentligt i de fleste tilfælde ikke kan anvendes. Muligheden for at varetage de legitime hensyn bag udelukkelse, vedrørende effektiv konkurrence og bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, er hermed betydeligt formindsket. Den danske lovgi-

ver kunne med fordel forlænge udelukkelsesperioden fra to til tre år, hvilket er muligt i medfør af UBD art. 57, stk. 7. Da tilbudsgiver har muligheden for at dokumentere sin pålidelighed, jf. UBL § 138, kan det konkluderes, at en forlængelse af perioden vil være den mest hensigtsmæssige løsning, hvis de grundlæggende hensyn om effektiv konkurrence og bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler⁵²¹ skal varetages.

⁵²¹ Jf. UBL § 1

Lovregister

EU-regulering (kronologisk)

- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
- Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangs måderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangs-måderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF
- Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)

Dansk lovgivning (kronologisk)

- Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer
- Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer
- Bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet med senere ændringer
- Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 af forvaltningsloven
- Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015 af konkurrenceloven
- Bekendtgørelse nr. 1255 af 16. november 2015 af lov om rettens pleje
- Lov nr. 1564 af 15. december 2015 - Udbudsloven
 - LFF 2015 19 - Forslag til Udbudsloven
- Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester
- Bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling af koncessionskontrakter

Afgørelsesregister

EU-domstolens og Rettens domme (kronologisk)

- Rettens dom af 15. juni 1999, sag T-277/97, Ismeri Europa Srl mod Revisionsretten for De Europæiske Fællesskaber
- EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia A/S m.fl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri –
- EF-domstolens dom af 17. september 2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne
- Rettens dom af 17. marts 2005, sag T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen
- EF-domstolens dom af 3. marts 2005, forenede sager C-21/03 og 34/03, Fabricom SA mod État belge
- EF-domstolens dom af 9. februar 2006, forenede sager C-226/04 og C-228/04, La Cascina Soc. coop. arl og Zilch Srl mod Ministero della Difesa m.fl.
- Rettens dom af 14. februar 2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS SA m.fl. mod Kommissionen
- Rettens dom af 18. april 2007, sag T-195/05, Deloitte Business Advisory NV mod Kommissionen
- Rettens dom af 12. marts 2008, sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen
- EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias
- EF-domstolens dom af 19. maj 2009, sag C-538/07, Assitur Srl mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano
- EU-domstolens dom af 23. december 2009, sag C-376/08, Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl v Comune di Milano
- EU-domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA
- EU-domstolens dom af 6. november 2014, sag C-42/13, Cartier Dell `Adda SpA mod CEM Ambiente SpA
- EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság
- EU-domstolens dom af 18. december 2014, sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service Srl
- EU-domstolens dom af 12. marts 2015, sag C-538/13, eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos
- EU-domstolens dom af 22. oktober 2015, sag C-425/14, Impresa Edilux Srl og Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) mod Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana - Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani m.fl.
- EU-domstolens dom af 24. maj 2016, sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

Danske domme og kendelser (kronologisk)

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. november 1996, European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Dyckerhoff & Widmann Aktiengesellschaft og Siab AB mod Ørestadsselskabet I/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. december 1999, Lifeline I/S mod Dansk Hunderegister
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. januar 2001, Dansk Transport og Logistik mod Haderslev Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. november 2003, Helsingør Kommune mod Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. februar 2004, Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune
- Højesterets dom af 31. marts 2005 (U.2005.1799H), European Metro Group ved Campenon Bernard SGE, Walter-Bau AG (tidligere Dyckerhoff & Widmann AG) og SIAB AB mod Ørestadsselskabet I/S ved interessenterne Københavns Kommune og Trafikministeriet
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. januar 2008, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2009, FMT A/S mod Vestforbrænding
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area bestående af Alexandra Institutter A/S, Bjarke Ingels Group ApS, Multi Touch OY og AM Production A/S mod Københavns Bymuseum
- Østre Landsrets dom af 18. september 2009, LSI Metro Gruppen c/o ISC Rådgivende Ingeniører A/S mod Metroselskabet I/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. marts 2010, Almenbo a.m.b.a. mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. maj 2010, Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2011, Yit A/S mod Skov- og Naturstyrelsen
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. marts 2011, Specialtandlægeklinikken Sønderjylland ved specialtandlæge Jan Hanquist mod Sønderborg Kommune
- Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2011, Willis I/S mod Sønderborg Kommune
- Højesterets dom af 4. juni 2013 (U.2013.2551H), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, sag 103/2011 (1. afd.)
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste (FKIT)
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. marts 2016, Johs. Rasmussen, Svebølle A/S mod EMINERAL A/S
- Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet
- Retten i Hillerøds dom af 13. april 2016, Anklagemyndigheden mod Hansen & Graversen Murerme-
stre A/S (Rettens nr. 8-3264/2015)

Litteraturregister

Agreed documents, rapporter og vejledninger

- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed – 1992 (AB 92)
- Konkurrencestyrelsen: *Vejledning til udbudsdirektiverne* - 30. juni 2006
- OECD: *Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb* – Februar 2009
- Europa-Kommissionen: *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked* - KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011
- OECD: *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* - [C(2012)115- C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9] – 17. juli 2012
- Europa-Kommissionen (European Anti-Fraud Office): *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions – A practical guide for managers* – 2013
- Udbudslovsudvalget: *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning* – December 2014
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning til det fælleseuropæiske udbudsdokument* – December 2015
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – Januar 2016

Bøger (kronologisk)

- Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*
 - 2000 - 1. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentar (art 1-10)*
 - 2003 - 2. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Gomard, Bernhard: *Obligationsret 1. del*
 - 2006 – 4. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*
 - 2008 – 2. udgave – Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Heide-Jørgensen, Caroline, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, Jan Magne Langseth, Ulla Neergaard, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo: *Konkurrenceretten i EU*
 - 2009 – 3. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Hørlyck, Erik: *Entreprise Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer*
 - 2009 - 6. udgave - Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Gomard, Bernhard ved Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del*
 - 2011 – 4. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten*
 - 2011 – 2. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*
 - 2012 – 2. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Riis, Thomas og Jan Trzaskowski (red.), John Andersen, Mads Bryde Andersen, Paul Krüger Andersen, Peter Blume, Børge Dahl, Jørgen Dalberg-Larsen, Jens Hartig Danielsen, Ole Hammerslev, Nina Holst-Christensen, Inger Høedt-Rasmussen, Halfdan Krag Jespersen, Steen Jørgensen, Anne Lise

Kjær, Ole Lando, Troels Michael Lilja, Christian Lundblad, Carsten Munk-Hansen, Peter Møgelvang-Hansen, Karsten Naundrup, Ruth Nielsen, Sandro Nielsen, Henrik Palmer Olsen, Thomas Riis, Lene Rosenmeier, Erik Sonne, Ditlev Tamm, Jens Tofteskov og Erik Werlauf: *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*

- 2013 – 1. udgave – Ex Tuto Publishing
- Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*
 - 2014 – 3. udgave – Karnov Group Denmark A/S
- Rønsholdt, Steen: *Forvaltningsret – Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*
 - 2014 – 4. udgave - Karnov Group Denmark A/S
- Lichère, Francois, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.), Mario E. Comba, Martin Burgi, Albert Sanchez Graells, Pedro Telles, Like R. A. Butler, Sara Richetto, Gabriella M. Racca, Martin Trybus og D.C. Dragos, B. Neamtu: *Modernising Public Procurement. The New Directive*
 - 2014 – 1. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*
 - 2015 - 1. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.), Morten Ruben Brage, Sofie Husum, Rasmus Holm Hansen, Niels Karl Heilskov Rytter, Morten Kroon, Mikkel Christopher Hanskov, Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund, Christian Clausen, Annemette Thorgaard, Malene Roose Bagh, Jens Bødtcher-Hansen, Vibeke Fabricius Nordlander, Annette Kjærulff, Bo Schmidt Pedersen, Stine Maria Scheibel, Andreas Estrup Ippolito, Kirsten Brask Lillevang, Kristine Marie Andersen, Mads Peder Brøchner Jespersen, Thomas Dithmer, Rebecca Hjorth, Anni Noes Westergaard, Emil Bisgaard, Morten Wahl Liljenbøl, Jens Balle, Maria Edith Lindholm Gausdal, Sona Margaryan, Kåre Frøjk, Thomas Ilsøe Andersen, Tom Holsøe og Martin Levi Strøm Nielsen: *Aktuel udbudsret II*
 - 2016 - 1. udgave – Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *EU Udbudsretten*
 - 2016 – 3. udgave - Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Treumer, Steen (red.), Claus Berg, Erik Bertelsen, Tina Braad, Jens Bødtcher-Hansen, Daniel Batistotti Cesar, Andreas Christensen, Jesper Fabricius, Morten Qvist Fog, Agnete Gersing, Carina Risvig Hamer, Rasmus Holm Hansen, Lotte Hummelshøj, Torkil Høg, Andreas Estrup Ippolito, Peter Dann Jørgensen, Morten Kroon, Thomas Larsen, Anders Birkelund Nielsen, Rasmus Horskjær Nielsen, Ruth Nielsen, René Offersen, Jeppe Lefevre Olsen, Anja Piening, Jens Munk Plum, Sune Troels Poulsen, Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, H.P. Rosenmeier, Signe Schmidt, Michael Steinicke, Martin Stæhr, Kirsten Thorup, Steen Treumer, Christina D. Tvarnø og Grith Skovgaard Ølykke: *Udbudsloven*
 - 2016 – 1. udgave – Ex Tuto Publishing

Juridiske artikler (kronologisk)

- Priess, Hans-Joachim: *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants*
 - 2002 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2002, 3, 153-171)
- Roe, Sally og Christof Lessenich: *Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement*
 - 2005 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97)
- Treumer, Steen: *The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?*

- 2006 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 71-85)
- Hayken, Gregory S.: *Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States*
 - 2006 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 3, 137-150)
- Munro, Catriona: *Competition law and public procurement: two sides of the same coin?*
 - 2006 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2006, 6, 352-361)
- Treumer, Steen: *Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom*
 - 2007 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2007, 2, 99-115)
- Braun, Peter og Cerin Berispek: *Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisory NV v Commission of the European Communities (T-195/05)*
 - 2008 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59)
- Arrowsmith Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton: *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*
 - 2009 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2009, 6, 257-282)
- Kotsonis, Totis: *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market*
 - 2011 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2011, 3, NA51-58)
- Priess, Hans-Joachim: *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*
 - 2014 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2014, 3, 112-123)
- Brown, Adrian: *The permissibility of excluding an economic operator from a tendering procedure on the ground that it has previously committed an infringement of competition law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító Zrt v Kozbeszerzési Hatóság Kozbeszerzési Döntőbizottság*
 - 2015 – Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 3, NA51-NA60)
- Smith, Susie: *C-538/13 eVigilo: dealing with bias and conflicts of interest, time limits for making a claim and acceptability of allegedly abstract award criteria*
 - 2015 - Public Procurement Law Review (P.P.L.R. 2015, 4, NA104-NA108)

Hjemmesider

- EU-Kommissionens hjemmeside om det fælleseuropæiske udbudsdokument:
 - <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=da>
- EU-Kommissionens hjemmeside om konkurrenceretlig bødefritagelse (leniency):
 - <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>
- EU-Kommissionens hjemmeside om udbud:
 - http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm
- H.P. Rosenmeiers hjemmeside:
 - www.hpros.dk
- Karnov Group A/S – Udbudsloven – Noter – Michael Ellehauge, Claus Berg og Torkil Høg:
 - https://pro.karnovgroup.dk/document/7000734548/1?frt=udbudsloven&hide_flash=1&page=1&rank=1#L20151564
- Klagenævnet for Udbud hjemmeside:
 - www.klfu.dk
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside:
 - www.kfst.dk

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplysningshjemmeside (lanceret efter udbudslovens ikrafttræden):
 - www.bedreudbud.dk

Øvrige kilder

- Erhvervsakademi Sjælland: *Indkøbspolitik* – Oktober 2015:
 - <http://www.easj.dk/wp-content/uploads/2016/05/EASJ-Indkobspolitik-oktober-2015.pdf>
- Gorrisen Federspiels nyhedsbrev af 12. april 2016:
 - <http://www.gorrisenfederspiel.com/GFKNyheder/Files/Dokument1DK%5C573.pdf>
- Høje-Taastrup Kommune: *Inhabilitet ved indkøb* – 2015:
 - <http://www.hrportal.htk.dk/Ansaettelsesforhold/Saerlige%20vilaar/Inhabilitet.aspx>
- Fsb: *Indkøbsstrategi* - 2014:
 - <https://fsb.dk/media/525254/indkoebsstrategi-vedtaget-af-bestyrelsen-11-marts-2014.pdf>
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oversigt over ”Det store byggekartel”:
 - <http://www.kfst.dk/Indhold%20KFST/Nyheder/Fakta/2014/20141112%20Det%20store%20byggekartel%20boedeoversigt>
- Københavns Kommune: *Indkøbspolitik 2014-2018*:
 - <http://www.kk.dk/sites/default/files/uploaded-files/Indkoebspolitik2014-2018.pdf>
- Vordingborg Kommune: *Retningslinjer for udbud og indkøb* - 2014:
 - www.vordingborg.dk/media/5689/retningslinjer-for-udbud-og-indkoeb.docx