



Bachelorprojekt: Konkurrencefordrejning af offentlige kontrakter i udbudsretten.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	5
1. INDLEDNING	6
1.1. PROBLEMFOMULERING OG FORMÅLET MED PROJEKTET.....	7
1.2. PROJEKTETS OPBYGNING.....	7
1.3. AFGRÆNSNING.....	9
2. METODE	10
3. HENSYN OG FORMÅL MED UDBUDSREGLERNE.....	12
3.1. EU-RETLIGE FORMÅL.....	12
3.2. NATIONALE FORMÅL.....	14
3.3. SAMMENFATNING	14
4. DE GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER I UDBUDSRETEN I HENHOLD TIL KONKURRENCEFORDREJNING	15
4.1. INTRODUKTION OM DE UDBUDSRETLIGE PRINCIPPER.....	15
4.2. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	15
4.3. GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	16
4.4. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	17
4.5. KONKURRENCE SOM ET SELVSTÆNDIGT PRINCIP I UDBUDSRETEN?	18
5. UDELUKKELSESGRUNDE I UDBUDSRETEN	21
5.1. OBLIGATORISKE UDELUKKELSESGRUNDE:	22
5.2. FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUNDE	22
6. UL § 136, STK. 1, NR. 4	23
6.1. BETINGELSERNE I UL § 136, STK. 1, NR. 4	24
6.2. ORDREGIVERS SKØN.....	25
6.2.1. <i>Ordregivers bevisbyrde</i>	25
6.3. HVAD UDGØR EN “ALVORLIG FORSØMMELSE”?.....	26
6.3. ALVORLIGE FORSØMMELSER MED HENBLIK PÅ KONKURRENCEFORDREJNING	28
7. UL § 137, STK. 1, NR. 3	31
7.1. BETINGELSERNE I UL § 137, STK. 1, NR. 3	31
7.2. KONKURRENCEFORDREJNING	32
7.3. “TILSTRÆKKELIGE PLAUSIBLE INDIKATIONER” SOM BEVISBYRDE	34
7.3.1. <i>“Tilstrækkelighed”</i>	34
7.3.2. <i>Former for plausible indikationer</i>	35
7.3.2.1. <i>Strukturelle indikationer</i>	35
7.3.2.2. <i>Adfærdsmæssige indikationer</i>	38
7.3.3. <i>Sammenfatning</i>	40
7.4. ORDREGIVERS SKØNSMARGIN OG GRÆNSER FOR SKØNSBEFØJELSEN	41
7.4.1. <i>Ordregivers skønsbeføjelse</i>	41
7.4.2. <i>Grænserne for ordregivers skønsbeføjelse</i>	42
7.4.3. <i>Fordele og ulemper ved anvendelsen af de udbudsretlige principper</i>	45
8. SAMMENFATNINGEN MELLEM UL §§ 136, STK. 1, NR. 4, OG 137, STK. 1, NR. 3	46
9. OVERVEJELSER OM ÆNDRINGEN AF ALVORLIGE FORSØMMELSER FRA EN FRIVILLIG TIL EN OBLIGATORISK UDELUKKELSESGRUND.....	48

10. SELF-CLEANING	49
10.1. OPHØR AF KONTRAKTER, JF. UL § 185	52
11. KONKLUSION	53
LITTERATUR	56

Abstract

In the field of procurement law, the area of distortion of competition has been subject to noteworthy development over the past decade. This especially applies to situations where a contracting authority can exclude tenderers or candidates with reference to the provisions on distortion of competition under the Danish Public Procurement Act and the Public Procurement Directive.

However, it can be difficult for contracting authorities to decide whether to exclude a tenderer or candidate on the grounds of distortion of competition. This is mainly due to the fact that the terms of the relevant provisions are not clear on what it takes to exclude.

The aim of this project is to examine what constitutes sufficient plausible indications and grave professional misconduct in relation to distortion of competition. This is to clarify the contracting authority's ability to exclude economic operators with reference to these situations.

Based on a detailed analysis of legislative changes, the conditions for being subject to the provisions, case law from the European Court of Justice and from the Danish Complaints Board for Public Procurement, it is found that the grave professional misconduct must constitute culpable conduct affecting the professional credibility of the economic operator in the practice of his profession. The concept of "*plausible indications*" and the burden of proof thereof, can so far be limited to cases concerning the behavior of the tenderer, in particular in the form of identical design of the tenders found in two or more bids. It is therefore more difficult for the contracting authorities to meet the burden of proof of sufficient plausible indications when the circumstances relate to the structural issues of the ownership between the economic operators.

The project also examines how the contracting authorities can establish distortion of competition under the principles of public procurement law. This does not depend on whether the voluntary ground for exclusion has been chosen, as the principles of public procurement law can also form the legal basis for the assessment.

Finally, if an economic operator becomes subject to one of the grounds for exclusion, it has the right to correct the offense by self-cleaning. The extension of the contracting authorities ability to terminate the contract with the winning tenderer during the contract period is also examined.

1. Indledning

Private virksomheder og offentlige ordregivere samarbejder og handler kontinuerligt med hinanden, når der skal løses opgaver og udvikles nye løsninger i alle dele af den offentlige sektor.¹ De økonomiske aktører konkurrerer om de offentlige myndigheders udbudte kontrakter, hvilket skaber en naturlig kamp om at afgive det bedste tilbud for de offentlige myndigheder. De offentlige myndigheder besidder en central opgave, idet de både skal skabe og sikre konkurrencen om de offentlige kontrakter, da dette medfører lavere priser, højere kvalitet og udvikling af nye bæredygtige løsninger for offentlige ordregivere i samfundet.²

Det interessante er således, hvordan ordregiver formår at sikre en lige konkurrence for de økonomiske aktører, herunder udvælge de mest oplagte tilbudsgivere til at udføre opgaver til gavn for samfundet. I denne forbindelse er det væsentligt, at ordregiver reagerer i tilfælde hvor økonomiske aktører fordrejer denne konkurrence blandt andet ved at indgå konkurrencebegrænsende aftaler eller hvor ordregiver har mistanke herom.

I det seneste årti, har det i retspraksis været belyst at udbudsretten, i kraft af sine incitamenter, ofte støder på komplikationer i forhold til sådanne konkurrenceretlige problemstillinger, hvor der er fokus på økonomiske aktørers, samarbejder når de afgiver tilbud på offentlige kontrakter.³ Det er særligt emnet om økonomiske aktørers fælles tilbudsafgivning og samordning, som strider imod konkurrencereglerne, der har relevans i denne forbindelse.

Det stigende fokus på dette område stammer blandt andet fra "*Vejstribesagen*", der har skabt samfundsmæssig debat.⁴ Dette har været som følge af en tvivl om, hvorvidt sagens udfald har medført en indsnævring af økonomiske aktørers muligheder for at deltage i udbud, som i så fald, unødigt kan begrænse konkurrencen om offentlige opgaver.

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens, "*Status for offentlig konkurrence*" (2022), s.5

² Den offentlige sektors handel med den private sektor udgør samlet set omtrent 400 mia. kr. årligt, hvilket knap svarer til 1/3 af det samlede offentlige udgifter og omkring 1/6 af bruttonationalproduktet i Danmark. Se *ibid.*

³ Højesteretsdom af 27.11.2019 i sag 191/2018 Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S, gengivet i U.2020.524H (»*Vejstribesagen*«), og Norges Høyesteretts dom af 22.6.2017 i sag HR-2017-1229-A Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet.

⁴ Se fx artikel fra Børsen af 27. november 2018 »*Højesteret: Vejstribekonsortie var et kartel*«, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/hoejesteret-vejstribekonsortie-var-et-kartel-9ksn> eller brancheorganisationen for SMV'er: <https://smvdanmark.dk/seneste-nyt/nyheder/udbud-og-konkurrence/udbud-konsortium-eller-kartel>

Ordregivere har mulighed for, og *skal* i visse tilfælde, udelukke ansøgere og tilbudsgivere fra udbudsprocedure om offentlige kontrakter.⁵ Det kan være i situationer, hvor der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer på konkurrencefordrejning, eller når der er begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med erhvervsudøvelsen, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet.⁶

Det er derfor væsentligt at forsøge at forebygge konkurrencefordrejning, som kan påvirke den effektive konkurrence. Imidlertid kan det være vanskeligt for ordregiver at vurdere hvornår bestemmelserne finder anvendelse i praksis, hvilket blandt andet er begrundet i, at det er uklart hvornår der faktisk foreligger alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, samt hvornår der er tale om tilstrækkelige plausible indikationer på konkurrencefordrejning i en aftale. Dette kan tillige afspejles i det mindre omfang af retspraksis, der er med til at konkretisere retstilstanden på dette område i relation til konkurrencefordrejning, særligt på nationalt plan.

1.1. Problemformulering og formålet med projektet.

Formålet med dette projekt er at undersøge hvornår der reelt er tale om tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere konkurrencefordrejende aftaler, samt hvad der skal til for at der foreligger alvorlige forsømmelser med henvisning til konkurrencefordrejning.

I dette projekt vil vi konkret undersøge følgende problemformulering;

“Hvornår kan en ordregiver udelukke tilbudsgivere eller ansøgere med henvisning til konkurrencefordrejning i henhold til UL § 136, stk. 1, nr. 4, UL § 137, stk. 1, nr. 3 og UL § 2.”

1.2. Projektets opbygning.

For at besvare ovenstående problemformulering, er det først og fremmest nødvendigt at undersøge betingelserne for at være omfattet af UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3, hvilket vil ske med afsæt i en detaljeret analyse.

I denne forbindelse er det væsentligt at analysere *hvilke* alvorlige forsømmelser samt plausible indikationer der kan danne grundlag for en udelukkelse, med henvisning til konkurrencefordrejning. Dette vil blandt andet analyseres med udgangspunkt i forarbejderne

⁵ UL §§ 135-137.

⁶ Udbudslovens §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3.

til bestemmelserne, betydningen af de seneste lovændringer der har påvirket bestemmelsernes position samt tillige på baggrund af retspraksis, herunder nationale og EU-retlige afgørelser på dette område. Nogle elementer fra konkurrenceretten er nødvendige at inddrage og vurdere i denne sammenhæng, da udelukkelse af økonomiske aktører med henvisning til, at der foreligger konkurrencefordrejning, udgør et eksempel på samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten.⁷

Ordregivers bevisbyrde og skønsvurdering har en essentiel betydning for undersøgelsen af hvad der skal til for at kunne udelukke økonomiske aktører, særligt i medfør af UL 137, stk. 1, nr. 3, da det kan være sværere for ordregiver at løfte bevisbyrden i henhold til UL § 137, stk. 1, nr. 3, frem for UL § 136, stk. 1, nr. 4.⁸

En del af de grundlæggende betingelser for, at bestemmelserne kan være opfyldt, afhænger af ordregivers skøn. Det er derfor relevant at analysere grænserne for ordregivers skøn og bevisbyrde, som en del af vurderingen.

For at illustrere ligheder og forskelle i henhold til anvendelsen af UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3, vil disse vurderes samt diskuteres mod hinanden. Der vil endvidere foretages en diskussion angående lovændringen omkring bestemmelsen om alvorlige forsømmelser, som er blevet obligatorisk.

For fuldstændighedens skyld vil der afslutningsvist ses nærmere på muligheden for, at en økonomisk aktør kan rette op på den overtrædelse, som har ledt til udelukkelse i medfør af konkurrencefordrejning, en såkaldt self-cleaning. Efterfølgende vil tilfældet, hvor den vindende tilbudsgiver har fået tildelt kontrakten og herefter omfattes af en udelukkelsesgrund, undersøges i lyset af UL § 185, stk. 1.

⁷ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, *“Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning”*, udgivet 2022, s. 161.

⁸ Se nedenstående afsnit 8. *“Sammenfatningen mellem UL §§ 136, stk. 1, nr. 4 og UL § 137, stk. 1, nr. 3”*

1.3. Afgrænsning

Besvarelsen af ovenstående problemformulering gør det nødvendigt at foretage en afgrænsning af emnet af hensyn til projektets underemner.

Udbudsretten udspringer fra EU-retten, hvorfor det er naturligt at berøre det EU-retlige regelsæt. Udbudsdirektivet vil dog kun inddrages i det omfang, hvor det anses for nødvendigt. Udbudsdirektivet bliver ikke genstand for en primær gennemgang, da udbudslovens regler er implementeret fra udbudsdirektivet. Projektet vil derfor primært tage udgangspunkt i udbudslovens relevante regler.

Projektet er afgrænset til at omhandle ordregivers udelukkelse af tilbudsgivere og ansøgere med henblik på konkurrencefordrejning. Det er derfor ikke hensigten med dette projekt at behandle samtlige bestemmelser i udbudsloven, men derimod vil kun de centrale bestemmelser i relation til projektet være centrale at behandle, som er UL § 136, stk. 1, nr. 4, UL § 137, stk. 1, nr. 3 og UL § 2, sammenholdt med dertilhørende relevant praksis.

De frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde er kort introduceret, men ikke nærmere behandlet, idet en dybdegående gennemgang af samtlige udelukkelsesgrunde i udbudsloven ikke er fundet relevant i henhold til vores undersøgelser i projektet. De andre retskilder i udbudsretten vil ikke blive behandlet nærmere i projektet, herunder koncessionsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

For så vidt angår konkurrenceloven, regulerer KL § 6 forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. KL § 6 bliver ikke særskilt behandlet i dette projekt, hvorfor anvendelsen af KL § 6 udelukkende inddrages og sættes i en udbudsretlig sammenhæng, som et fortolkningsbidrag for at definere en konkurrencefordrejende aftale i udbudsretten. Derudover afgrænser projekter sig således fra konkurrenceretten generelt, herunder særligt reglerne i KL §§ 8 og 11 om fusionskontrol og forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Ligeledes vil reglerne om individuel- og gruppefritagelse af konkurrencebegrænsende aftaler heller ikke blive behandlet i projektet.

2. Metode

Projektet vil primært tage afsæt i den retsdogmatiske metode, for at kunne besvare problemformuleringen. Dette er særligt i henhold til at undersøge gældende ret på området. I denne forbindelse vil vi anvende de relevante retskilder med afsæt i deres retskildemæssige værdi, beskrive og fortolke dem, samt systematisere den gældende ret for at kunne foretage de udtømmende undersøgelser.⁹

Derudover vil den retspolitiske metode anvendes i forbindelse med vores overvejelser angående ændringen af bestemmelsen om alvorlige forsømmelser, fra en frivillig- til en obligatorisk udelukkelsesgrund. Dette er på baggrund af, at vi i afsnittet vil diskutere, hvorvidt det har været nødvendigt at ændre bestemmelsen til at blive en obligatorisk udelukkelsesgrund. Afsnittet vil således ikke tage udgangspunkt i, hvad gældende ret er, herunder "*de lege lata*", men hvordan gældende ret bør være; "*de lege ferenda*".¹⁰

Den sekundære ret i EU-retten følger af forordninger, direktiver m.m.¹¹ Det vil være relevant at undersøge EU-rettens sekundære ret, eftersom at vi i et mindre omfang vil anvende Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar om offentlige udbud. Disse direktiver vil blandt andet inddrages i analysen til at undersøge, hvad der vil udgøre en alvorlig forsømmelse i henhold til konkurrencefordrejning. Det må bemærkes, at det er den danske oversættelse af udbudsdirektiverne, der tages afsæt i, i dette projekt.

Udbudsdirektivet fra 2014 omfatter nogle præambelbetragtninger, som er centrale for behandlingen af projektet. Det vil særligt være relevant at inddrage udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, pkt. 1, nr. 101 samt nr. 102. Dette vil være essentielt for at fastslå hvor væsentligt det er at anvende de udbudsretlige principper i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter, ordregivende myndigheders mulighed for at kunne afgøre alvorlige forsømmelser samt i forbindelse med fortolkningen af udbudsreglerne om self-cleaning. Det skal fastslås, at præambelbetragtninger alene er vejledende for fortolkningen af en retsregel, og at disse ikke udgør en selvstændig retskilde.¹²

⁹ Blume, Peter, "*Retssystemet og juridisk metode*", 2020 (4. udgave), s. 175-176

¹⁰ Schaumburg-Müller, Sten og Viskum, Bjarke "*Juraens verden*", 1. udg., 2020, s. 325.

¹¹ Hamer, Risvig, Carina, "*Udbudsret*", 2021, (2. udgave), s. 39.

¹² *Ibid.* s. 43.

De udbudsretlige principper vil anvendes til at fortolke samt udfylde de anvendte bestemmelser i udbudsloven samt udbudsdirektivet. Det vil særligt være relevant at behandle principperne i UL § 2, i henhold til tilfælde hvor UL § 137, stk. 1, nr. 3, ikke har været tilvalgt samt i forbindelse med ordregivers skønsbeføjelse. Kommissionens meddelelse vil finde anvendelse som led i et fortolkningsbidrag til at definere begrebet "*tilstrækkelig plausible indikationer*" og fortolkningen af den ordregivende myndigheds skønsmargin og grænserne for deres skønsbeføjelser. Det skal bemærkes, at Kommissionens meddelelse ikke er en bindende forskrift, hvorfor meddelelsen således har mindre betydelig retskildemæssig værdi.¹³

Som nævnt ovenfor er det primært udbudslovens regler, der vil finde anvendelse til behandling af projektet.¹⁴ UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3, udgør de centrale bestemmelser, som vil analyseres nærmere i henhold til konkurrencefordrejning. I kraft af at love udgør den primære retskilde i det nationale retssystem, vil anvendelsen af udbudsloven være væsentlig ved undersøgelsen af retstilstanden på dette område.

EU-Domstolens praksis udgør en væsentlig retskilde og bidrager betydeligt til retstilstanden, hvorfor praksis fra EU-Domstolen vil analyseres i dette projekt. Analysen af EU-Domstolens praksis vil blandt andet foretages med henblik på at klarlægge fortolkningen af begrebet "*alvorlige forsømmelser*" og hvornår en overtrædelse af konkurrencereglerne kan udgøre en alvorlig forsømmelse, der kan berettige udelukkelse af en tilbudsgiver eller ansøger. Afgørelserne fra EU-Domstolen medvirker endvidere til at udfylde de pågældende bestemmelser, hvilket vil bidrage til at præcisere retstilstanden i forhold til konkurrencefordrejning i udbudsretten. EU-Domstolens fortolkninger af bestemmelse-ernes anvendelsesområde er dermed med til at sikre en effektiv anvendelse af EU-reglerne.¹⁵

Klagenævnet for udbud udgør Danmarks klageinstans inden for udbudsretlige tvister. Det er derfor nærliggende at inddrage kendelser fra Klagenævnet, som led i analysen af UL § 137, stk. 1, nr. 3, som flere gange har været genstand for spørgsmål i forskellige kendelser på området. Eftersom at Klagenævnet træffer afgørelser på baggrund af konkrete omstændigheder i en sag, kan det antages at kendelserne ikke har stor retskildemæssig værdi.¹⁶ Det må dog

¹³ Blume, Peter, "*Retssystemet og juridisk metode*", 2020 (4. udgave), s. 224.

¹⁴ LBKG 2023-01-06, nr. 10, Udbudsloven

¹⁵ Hamer, Risvig, Carina, "*Udbudsret*", 2021, (2. udgave), s. 52.

¹⁶ *Ibid*, s. 55

anføres, at de kendelser som vi ønsker at inddrage i dette projekt, er relevante for blandt andet at fastlægge hvad der kan anses for at være tilstrækkelige plausible indikationer i henhold til konkurrencefordrejning. Kendelserne er derfor centrale at anvende, som retningslinjer for retstilstanden på området.

Undersøgelserne i projektet vil derudover tage afsæt i juridisk litteratur, på trods af at dette som udgangspunkt ikke udgør en retskilde. Litteraturen klarlægger dog retstilstanden på området, hvorfor anvendelsen heraf er nødvendigt for udarbejdelsen af projektet.¹⁷

3. Hensyn og formål med udbudsreglerne

3.1. EU-retlige formål

Det følger af TEUF artikel 26, stk. 1, at EU-lovgiver har mulighed for at vedtage foranstaltninger i henhold til at opretholde det indre marked eller sikre dets funktion. Denne udvikling af det indre marked i EU indebærer, at fjerne hindringer og barrierer, der kan påvirke et medlemsstatsområde inden for den frie bevægelighed for varer, arbejdskraft og tjenesteydelser, samt at undgå konkurrencefordrejning. Udbudsdirektivet er hermed vedtaget med hjemmel i TEUF's bestemmelser, der fordrer en kompetence til EU, som kan vedtage foranstaltninger med henblik på en indbyrdes sammenhæng af administrative bestemmelser og love i medlemsstaterne, der omhandler det indre markeds funktion og oprettelse.¹⁸ Formålet med udbudsreglerne skal ses i lyset af, at de er med til at skabe og sikre eksistensen af et indre marked, der kan rumme offentlige kontrakter med fri bevægelighed for tjenesteydelser, varer mv. EU-domstolen statuerer ligeledes ovennævnte betragtninger med, *"at hovedformålet med fælleskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater."*¹⁹

Formålene bag udbudsreglerne i EU konkretiseres også af Kommissionen i forslaget til udbudsdirektivet, hvor Kommissionen understreger, at forudsætningen for at offentlige midler anvendes effektiv, er det nødvendigt at regulere området inden for offentlige indkøb, samt at

¹⁷ Blume, Peter, *"Retssystemet og juridisk metode"*, 2020 (4. udgave), s. 192

¹⁸ Hamer, Risvig, Carina, *"Udbudsret"*, 2021, (2. udgave), s. 32. Retsgrundlaget for EU's kompetence til at regulere på udbudsretten fremgår af TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62 og artikel 114. Bestemmelserne vil ikke behandles nærmere i dette projekt.

¹⁹ C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, pr. 31.

markedet inden for offentlige indkøb i EU skal være åbent for at sikre konkurrencen mellem virksomhederne på tværs af medlemsstaterne.²⁰

De egentlige formål bag udbudsdirektivet er omdiskuteret i litteraturen. Nogle forfattere fremfører et traditionelt argument for, at EU's kompetence ikke kan strækkes til at skabe konkurrencen som et formål i sig selv, men derimod er formålet begrænset til at hindre barrierer til det indre marked.²¹ Omvendt henfører andre forfattere et argument for, at konkurrence er et selvstændigt formål i udbudsdirektivet, hvor det primære formål er at sikre en effektiv konkurrence om offentlige kontrakter.²²

Desuagtet de forskellige opfattelser af formålene i udbudsdirektivet, er det et unægteligt faktum, at EU-udbudsretten netop har til formål at varetage funktionen af det indre marked på tværs af medlemslandene, hvilket på alle parametre fremmer en øget konkurrence, der sikrer effektive priser og udvikling til fordel for det enkelte medlemslands infrastruktur og økonomiske velfærd.

EU-rettens dynamiske udviklingstendens har dermed også været med til at præge hensynene bag EU's udbudsregler, hvorfor flere hensyn og formål har fået større betydning inden for området. Dette ses også i lyset af, at Kommissionen anførte to supplerende formål til 2014-udbudsdirektivet²³; (1) Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge, (2) Ordregiver skal have bedre muligheder for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål. Kommissionens supplerende formål anerkender således, at formålet med udbudsreglerne ikke udelukkende er begrænset til formålet om at sikre det indre marked, herunder fri bevægelighed for virksomhederne, men at der også åbnes for supplerende formål, såsom effektiv udnyttelse af offentlige midler og samfundsmæssige formål, hvilket for ordregivere overlader en særlig form for fleksibilitet til at kunne varetage andre hensyn.

²⁰ Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig, s.2 (Herefter refereret til som Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet)

²¹ Hamer, Risvig, Carina, *"Udbudsret"*, 2021, (2. udgave), s. 35.

²² Se diskussionen i *ibid.* s.35.

²³ Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet.

3.2. Nationale formål

Udbudsloven er udformet på baggrund af implementeringen af udbudsdirektivet. Sammenholdt med de EU-retlige formål er det muligt for den enkelte medlemsstat at prioritere hensyn og skabe selvstændige formål i henhold til de nationale udbudsregler, med respekt for de fastsatte rammer i udbudsdirektivet.²⁴ Det angives i UL § 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”*.

Det interessante er således, at ovenstående formålsbestemmelse i udbudsloven repræsenterer et andet formål end udbudsdirektivets formål som gennemgået i afsnit 3.1. om *“EU-retlige formål”*. Udbudsdirektivets overordnede formål, er som nævnt ovenstående, fokuseret på at sikre fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser mv., og sikre lige adgang til det indre marked for offentlige kontrakter. Dette adskiller sig fra formålet i UL § 1, om at der skal opnås den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler via konkurrence.

Formålsbestemmelsen i UL § 1 er dog ikke en implementering af udbudsdirektivet, idet udbudsdirektivet ikke opererer med en tilsvarende bestemmelse. Det bør ligeledes anføres, at der ikke kan støttes selvstændigt ret på formålsbestemmelsen.²⁵ Dette betyder, at ordregiver ikke kan blive retssubjekt for en prøvelse af UL § 1. Formålsbestemmelsen kan derfor virke overflødig juridisk, men principperne i UL § 2²⁶ er i høj grad med til at sikre, at de danske ordregivere overholder formålene i udbudsdirektivet.

3.3. Sammenfatning

Den ovenanførte gennemgang af de EU-retlige og nationale formål med udbudsreglerne illustrerer, at udarbejdelsen af hver lovgivning præges af de interesser, som den lovgivende instans ønsker at varetage. De EU-retlige og nationale udbudsregler er derimod ikke i konflikt med hinanden. Dette belyses ved, at de danske udbudsregler skal anvendes som et værktøj, som kommer til udtryk i ønsket om en effektiv udnyttelse af de offentlige midler gennem konkurrence, mens udbudsdirektivet muliggør dette ved at sikre den frie bevægelighed for virksomhederne og åbningen af det indre marked.

²⁴ Hamer, Risvig, Carina, *”Udbudsret”*, 2021, (2. udgave), s. 36.

²⁵ Jf. lovforslag L 19 *”Forslag til udbudsloven”* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 56.

²⁶ Se afsnit 4. *”De grundlæggende principper i udbudsretten i henhold til konkurrencefordrejning”*

4. De grundlæggende principper i udbudsretten i henhold til konkurrencefordrejning

4.1. Introduktion om de udbudsretlige principper.

De grundlæggende udbudsretlige principper er fundamentale for efterlevelse og fortolkningen af udbudsreglerne samt for udbudsrettens formål. De udbudsretlige principper er, som nævnt ovenstående, udledt af TEUF, hvilket også fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, 1. pkt, hvor *“Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikke forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed”*.

Tilsvarende følger der en forpligtelse for ordregiver i UL § 2 og udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, om at overholde gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet i forbindelse med offentlige indkøb. Nærværende afsnit vil derfor centreres omkring en kort beskrivelse af gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet i relation til konkurrencefordrejning og udelukkelse i udbudsretten.

4.2. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er en væsentlig og generel retskilde i EU-retten, samt en fundamental bestemmelse i Traktaten om Den Europæiske Union (herefter; EU-traktaten).²⁷

Princippet, som er lovhjemlet i EU-traktatens artikel 5, stk. 4, stiller krav om, at de foranstaltninger som medlemsstaterne træffer, skal være egnet til at nå de legitime mål, der forfølges med den pågældende lovgivning. Derudover er det et grundlæggende krav, at foranstaltningerne ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå disse mål.²⁸

I en udbudsretlig sammenhæng er princippet blandt andet væsentligt i henhold til krav til deltagelse i en konkurrence om en offentlig kontrakt. Sådanne krav skal vurderes i henhold til den pågældende kontrakt, hvilket sørger for at ordregivende myndigheder alene refererer til nødvendige krav.²⁹

²⁷ EPPPL 3/2022 (Vol. 17) European Procurement & Public Private Partnership Law Review Vol. 17, Issue 3 (2022), s. 190.

²⁸ Ibid. s. 190.

²⁹ Ibid. s. 192.

Proportionalitetsprincippet blev først direkte hjemlet i udbudsdirektivet fra 2014, på trods af, at det har længe har været et fundamentalt princip, der er blevet fulgt i udbudsretten, jf. artikel 18, stk. 1. I modsætning til andre generelle principper i udbudsretten, herunder blandt andet ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet, anvendes princippet til at balancere forskellige mål, frem for på forhånd at beskytte alene ét givent mål.³⁰ På baggrund af dette er det væsentligt at identificere målet eller målene, som ønskes opnået. Det må således fastslås, at ordregiver altid skal vurdere på baggrund af en proportionalitetsafvejning, om tilbudsgiveren skal udelukkes, eller om situationen kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.

4.3. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er hjemlet i UL § 2 samt i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 som et selvstændigt princip.³¹ Dette har EU-Domstolen bl.a. udviklet på baggrund af lighedsprincippet samt forbuddet mod diskrimination på grund af nationalitet i artikel 18 TEUF.³² I *Wallonian Bus* fra 1996 i Kommissionen mod Belgien, fastslog EU-Domstolen blandt andet at der på alle stadier af fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal foreligge en overholdelse af *“såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud”*.³³ Princippet udspringer således fra EU-Domstolens praksis for at kunne kontrollere, at der foreligger en forudgående gennemsigtighed i ordregivers intentioner samt handlinger og dermed overholder ligebehandlingsprincippet.³⁴

Derudover varetager gennemsigtighedsprincippet hensynet til konkurrencen. Dette er på baggrund af, at princippet skal sikre, at der foreligger gennemsigtighed i konkurrencen om tildeling af offentlige kontrakter mellem økonomiske aktører.³⁵ Dette kan blandt andet omfatte, at nogle særlige oplysninger skal fremgå af udbudsmaterialet, således at der skabes en forudgående gennemsigtighed.³⁶ For at fremme konkurrencen skal udbuddet annonceres for samtlige relevante virksomheder. Princippet omfatter et grundlæggende krav om *“passende*

³⁰ Ibid. s. 200

³¹ EU-Domstolens dom af 30. januar 2020 i sag C-395/18, Tim, præmis 38.

³² EU-Domstolens dom af 12. marts 2015 i sag C-538/13, eVigilo Ltd, præmis 34, Domstolens dom 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichten Agentur GmbH, præmis 32.

³³ C-87/94 – Kommissionen mod Belgien, præmis 54.

³⁴ Dette blev bl.a. statueret i dommen af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, pr. 72.

³⁵ Hamer, Risvig, Carina, *”Udbudsret”*, 2021, (2. udgave), s. 61.

³⁶ Nielsen, Horskjær, Rasmus, *”Konkurrencen om den offentlige kontrakt”*, 1. udgave, 2022, s. 102.

grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver".³⁷ Ifølge udbudsdirektivet regulerer dette krav, at en udbudsbekendtgørelse skal offentliggøres i EU-tidende, samt at øvrige udbudsmateriale skal offentliggøres, hvor en række informationer skal være oplyst. Dette sørger for, at alle tilbudsgivere bliver præsenteret for et udbud, som er ensartet, hvormed konkurrencen sikres. Det kan således fastslås, at gennemsigtighedsprincippet er centralt for udbudsretten, herunder særligt i forhold til at opretholde samt fremme konkurrencen i forbindelse med udbud.³⁸

4.4. Ligebehandlingsprincippet

En ordregiver skal ved offentlige indkøb overholde princippet om ligebehandling over for både aktuelle eller potentielle tilbudsgivere. Dette bestræbes overholdt, da der ønskes en ufordrejet konkurrence på markedet for offentlige kontrakter. En sund konkurrence i udbudsprocessen bygger på en grundlæggende forudsætning om at sikre en gennemsigtig og fair udbudsproces, hvor princippet om ligebehandling fyldestgøres. Ligebehandlingsprincippet udspringer af forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet i art. 18 TEUF, hvilket EU-domstolen har tilkendegivet i *Übershar-sagen*.³⁹ Princippet blev herefter indført i udbudsdirektiverne på baggrund af EU-domstolens praksis, jf. hertil *Storebælt-sagen*⁴⁰, hvorfor princippet i dag fremgår eksplicit af udbudsdirektivets artikel 18, og er herefter blevet lovhjemlet i UL § 2.

Ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbudsprocessen. Dette medfører begrænsninger i korrespondancen mellem ordregiver og tilbudsgiver, herunder begrænsninger i henhold til hvad ordregiver må afgive af informationer til en tilbudsgiver, som de øvrige tilbudsgivere ikke har kendskab til, samt at samtlige tilbudsgivere skal forelægges de relevante informationer på samme tidspunkt for at sikre ligestillingen i konkurrencen.⁴¹

Kravet om ligebehandling i udbudsprocessen er blandt andet med til at sikre, at konkurrencen mellem de økonomiske aktører foregår på lige vilkår, henset til at opnå den offentlige kontrakt udbudt af ordregiver, medmindre der foreligger en objektiv og proportional begrundelse for en

³⁷ EU-Domstolens dom den 7. december 2020, C-324/98, *Telaustria*, præmis 62.

³⁸ Hamer, Risvig, Carina, *"Udbudsret"*, 2021, (2. udgave), s. 61.

³⁹ C-810/79, *Überschär*.

⁴⁰ C-243/89, *Kommissionen mod Danmark, Storebælt*.

⁴¹ Hamer, Risvig, Carina, *"Udbudsret"*, 2021, (2. udgave), s. 60.

eventuel forskelsbehandling. Dels betyder dette, at en ensartet situation ikke må behandles anderledes uden en objektiv saglig begrundelse, dels må en anderledes situation ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen kan anses for at være objektivt begrundet og proportional.⁴²

Med afsæt i ligebehandlingsprincippet må et udbud af en offentlig kontrakt derfor ikke udformes med henblik på at omgå lovens anvendelsesområde eller begrænse konkurrencen kunstigt.⁴³

4.5. Konkurrence som et selvstændigt princip i udbudsretten?

Det vil i det følgende diskuteres, hvorvidt der forefindes et eksistensgrundlag for et selvstændigt princip om konkurrence i udbudsretten. De nuværende udbudsretlige principper om proportionalitet, gennemsigtighed og ligebehandling,⁴⁴ er indholdsmæssigt udviklet i lyset af EU-Domstolens retspraksis⁴⁵, hvor der ikke findes tilsvarende afgørelser om et reelt konkurrenceprincip. Dog er dette ikke som følge af manglende fokus i retskilderne på konkurrence. Hensynet til konkurrence har en fremtrædende position i udbudsdirektivet set fra et perspektiv, der særskilt tilsiger, at der skal sikres en ufordrejet konkurrence i udbudsprocessen, hvilket også er i overensstemmelse med formålet i en udbudsproces.⁴⁶

Det følger af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, at udbud ikke udformes *“med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.”*

En lignende formulering fremgår også af UL § 2. Formålsbetragtningen til UL § 1 indeholder også en henvisning til effektiv konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb.

Der kan på baggrund ovenstående derfor henføres et argument for at anse konkurrence som et princip i udbudsretten. Konkurrencens store betydning i udbudsretten kommer til udtryk, når det er med til at udvide samarbejdet i det indre marked og sikre ligebehandling mellem de

⁴² Domstolens dom af 3. marts 2005 i sagerne C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, præmis 27.

⁴³ Poulsen, Troels, Sune, *“EU Udbudsretten”*, 2022, 4. udgave, s. 62.

⁴⁴ Se afsnit 4.1 *“Introduktion om de udbudsretlige principper”*

⁴⁵ Se sag C-41/18, Meca og sag C-267/18, Delta Antrepriza.

⁴⁶ Sag C-336/12-Manova, præmis 28 samt sag C-454/06-Pressetext, præmis 31-32, og sag C-26/03- Stadt Halle, præmis 44.

økonomiske aktører.⁴⁷ Ordregiver skal i et udbud navnlig tage stilling til, hvorvidt tilbudsgivere eller ansøgere har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Spørgsmålet er tillige, om man i en særlig situation vil påstå, at der ikke er sikret tilstrækkelig konkurrence fra ordregivers side ved tilrettelæggelsen af udbuddet. Dette tog Klagenævnet stilling til i kendelse af 12. marts 2021, Assemble A/S mod Sorø Kommune⁴⁸, hvor Klagenævnet udtalte, at et offentligt udbud ikke må udformes med det formål uberettiget at begrænse konkurrencen, hvilket er i overensstemmelse med UL § 2, stk. 2.

Et konkurrenceprincip kan dermed være relevant i flere tilfælde. Princippet vil kunne bestå af pligter, til at modvirke konkurrencebegrænsende tiltag, som de øvrige principper ikke ville kunne tilsidesætte.⁴⁹ Et konkurrenceprincip vil også kunne medføre en generel pligt for ordregiver til at understøtte konkurrencen direkte ved at handle aktivt i en udbudsproces, herunder eksempelvis foretage nærmere undersøgelser i de udbud, hvor der er mistanke om konkurrencefordrejning.

På baggrund af EU-Domstolens praksis har det som nævnt ovenstående, ikke været muligt at identificere et selvstændigt konkurrenceprincip. Imidlertid har der flere gange været anledning til at fastslå princippet eksistens. EU-Domstolens sager har foranlediget flere generaladvokater til at udtale sig om eksistensen af et konkurrenceprincip. Generaladvokaten anførte eksempelvis i *Sintesi*-sagen; “*The principle of competition is therefore one of the fundamental principles of Community law on the award of public contracts*”.⁵⁰ Udtalelsen illustrerer en bred enighed om, at konkurrenceprincippet varetager adskillige beskyttelsesformål og selve konkurrencebegrebet beskyttes ligeledes. I *Sintesi*-sagen blev generaladvokatens forslag til afgørelse om konkurrenceprincippet eksistens afvist af EU-Domstolen, der i stedet henviste til at det daværende direktiv har “*til formål at udvikle en effektiv konkurrence*”.⁵¹ EU-Domstolen har dermed inddraget hensynet til konkurrence i den konkrete sag som et led i formålsfortolkningen, på trods af at de ikke anser det som et selvstændigt princip.

⁴⁷ Hamer, Risvig, Carina, “*Udbudsret*”, 2021, (2. udgave), s. 67.

⁴⁸ Kendelse af 12. marts 2021, Assemble A/S mod Sorø Kommune

⁴⁹ Nielsen, Horskjær, Rasmus, “*Konkurrencen om den offentlige kontrakt*”, 1. udgave, 2022, s. 111.

⁵⁰ Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-247/02- Sintesi, præmis 33.

⁵¹ Sag C-247/02- Sintesi, præmis 35.

Blandt udbudsretlige teoretikere, er der også uenighed om eksistensen af et konkurrenceprincip. På den ene side argumenterer Albert Sánchez-Graells for eksistensen af et selvstændigt konkurrenceprincip, idet han ser en naturlig sammenhæng mellem konkurrenceretlig regulering og udbudsretlig regulering.⁵² Omvendt anfører Sue Arrowsmith synspunktet, at der ikke kan være tale om et selvstændigt konkurrenceprincip i udbudsretlig forstand, idet hensynet til konkurrencen alene kan udledes som konsekvens af de nuværende udbudsretlige principper, hvorfor der ikke kan foreligge et tilstrækkeligt grundlag for dets selvstændighed.⁵³ Sue Arrowsmith afviser dermed konkurrenceprincipets eksistens, men han anerkender dog konkurrencens betydning i udbudsretlig forstand. Carina Risvig Hamer påpeger i forlængelse heraf, at selvom der ikke kan sås tvivl om konkurrencens betydning i udbudsretten, kan der opstå tvivl om, hvorvidt tilbudsgiver kan støtte selvstændigt ret på en ordregivers indskrænkende konkurrence i udbudsretlig henseende.⁵⁴

På baggrund af ovenstående argumenter skal det fastslås, at hensyn til konkurrence ikke kan udgøre et selvstændigt princip, da dette ikke med samme retsvirkning vil kunne medvirke til at danne grundlag for konkrete betingelser og pligter for en ordregivende myndighed, som ellers vil være retsvirkningen af et princip.

Til støtte for synspunktet indikerer udbudsdirektivet eller retspraksis heller ikke konkret et grundlag for et selvstændigt konkurrenceprincip i udbudsretlig henseende. I forlængelse heraf skal det bemærkes, at de konkurrence- og udbudsretlige reguleringer funderer sig på forskellige TEUF-bestemmelser. Det fremstår således ikke klart, hvorvidt det er tiltænkt fra EU-lovgiver, om de samme hensyn i den konkurrenceretlige regulering også skal gælde for den udbudsretlige regulering og omvendt.

Væsentligheden af denne diskussion kan henføres til de tilfælde, hvor ordregiver skal vurdere, hvorvidt der foreligger en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Dette er relevant, hvis ordregiver vælger at se bort fra en, eller en potentiel, konkurrencefordrejende aftale mellem to eller flere økonomiske aktører, medvirker ordregiver hermed også til at indskrænke konkurrencen i kraft af sin vurdering.

⁵² Albert Sanchez-Graells *“Public procurement and the EU Competition Rules”* 2. udgave, 2015.

⁵³ Sue Arrowsmith *“The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial And Horizontal Procurement Policies”* *Research Article, Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, s. 34-35. 2012.

⁵⁴ Hamer, Risvig, Carina, *“Grundlæggende udbudsret”*, 2016, (1. udgave), s. 64.

På baggrund af ovenstående inddrages hensynet til konkurrencen i nærværende projekt, da hensynet udspringer af formålene i udbudsdirektivet og udbudsloven sammenholdt med de udbudsretlige principper, herunder særligt ligebehandlingsprincippet i forhold til ordregivers skøn.

5. Udelukkelsesgrunde i udbudsretten

Udelukkelsesgrunde i udbudsreglerne reguleres i UL §§ 135-137, hvor der skelnes mellem obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.⁵⁵ Hvorvidt der er tale om en frivillig eller obligatorisk udelukkelsesgrund har stor betydning for den pågældende virksomhed eller tilbudsgiver, da den tidsmæssige varighed for udelukkelse afhænger af, hvilken form for udelukkelse der er tale om.

Reglerne om udelukkelsesgrunde giver således ordregiver mulighed for, og i visse tilfælde pligt til, at udelukke en virksomhed, såfremt denne er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Tilblivelsen af udelukkelsesgrunde udspringer af en naturlig interesse fra samfundets side, hvor virksomheder, der har begået alvorlige overtrædelser, ikke bør tildeles en offentlig kontrakt.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde er ofte forseelser af alvorlige karakterer fra virksomhedens side, herunder strafferetlige lovovertrædelser, hvorfor dette som udgangspunkt *forpligter* ordregiver til at udelukke den omhandlede virksomhed.

For så vidt angår anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde, kan disse være væsentlige for at sikre, at ordregivers interesser ikke undergraves i forbindelse med virksomhedens udførelse af opgaven. Ordregiver skal på forhånd i udbudsbekendtgørelsen anføre de frivillige udelukkelsesgrunde forud for dets anvendelse i medfør af gennemsigtighedsprincippet, således at ansøger eller tilbudsgiver er informeret om, at de udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, såfremt denne skulle være omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde.⁵⁶

⁵⁵ Udbudslovens bestemmelser om udelukkelsesgrunde bygger på artikel 57 i udbudsdirektivet.

⁵⁶ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, “*Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*”, udgivet 2022, s. 152.

5.1. Obligatoriske udelukkelsesgrunde:

De obligatoriske udelukkelsesgrunde sonder mellem situationerne i UL §§ 135 og 136.

UL § 136 foreskriver udelukkelsen i henhold til situationer, hvor virksomheden udelukkes obligatorisk på baggrund af forhold, der omhandler det konkrete udbud. En ordregiver skal således udelukke en tilbudsgiver eller ansøger fra at deltage i udbudsproceduren, såfremt ordregiver kan *påvise* et eller flere af de forhold, der fremgår af UL § 136.⁵⁷ Efter UL § 135 er ordregiver derimod *altid* forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger fra deltagelse i udbudsproceduren, såfremt der er faldet dom i sagen over de i bestemmelsens nævnte forhold.⁵⁸

Særligt i forhold til UL § 135, stk. 1, nr. 1, har lovgiver indikeret i lovbemærkningerne, at karteller kan udgøre kriminel organisation, hvilket *kan* være centralt i relation til en udelukkelse i medfør af konkurrencefordrejning.⁵⁹ Dette er dog diskuteret i litteraturen, og spørgsmålet er ikke vurderet i praksis, hvorfor denne vurdering falder uden for denne opgave.⁶⁰

5.2. Frivillige udelukkelsesgrunde

De frivillige udelukkelsesgrunde reguleres i UL § 137, hvor ordregiver på forhånd kan undlade at vælge udelukkelsesgrundene eller tilvælge dem. Som nævnt ovenfor skal ordregiver forud for udbuddet angive i udbudsbekendtgørelsen, hvilke af de frivillige udelukkelsesgrunde der skal finde anvendelse forud for udbudsproceduren. Det kan derfor udledes af UL § 137, at der foreligger en såkaldt ”opt-in-model”, hvor det står ordregiver frit, hvilke udelukkelsesgrunde der skal tilvælges. Såfremt en tilbudsgiver eller ansøger befinder sig i én eller flere tilvalgte udelukkelsesgrunde, er ordregiver forpligtet til at udelukke tilbudsgiver eller ansøger, medmindre der foreligger en bagatelovertredelse, som vurderes efter proportionalitetsprincippet.⁶¹

Omvendt kan ordregiver ikke efterfølgende udelukke tilbudsgiver eller ansøger med begrundelse i en frivillig udelukkelsesgrund, hvis ordregiver ikke forinden har anført denne,

⁵⁷ Hamer, Risvig, Carina, *”Udbudsret”*, 2021, (2. udgave), s. 481.

⁵⁸ Ibid. s. 471

⁵⁹ Se lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015

⁶⁰ Hamer, Risvig, Carina, *”Udbudsret”*, 2021, (2. udgave), s. 474 ff. Om rækkevidden af udbudslovens lovbemærkninger, se desuden Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”* U.2020B.114.

⁶¹ jf. afsnit 4.2. *”Proportionalitetsprincippet”*.

medmindre udelukkelsen sker i medfør af de udbudsretlige principper, jf. UL § 2, herunder særligt ligebehandlingsprincippet.⁶²

6. UL § 136, stk. 1, nr. 4

UL § 136, stk. 1, nr. 4, indebærer, at en ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, såfremt ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, jf. bestemmelsens ordlyd. Bestemmelsen gennemfører artikel 57, stk. 4, litra c, i udbudsdirektivet fra 2014.⁶³

Folketinget vedtog den 9. juni 2022 en lov om ændring af udbudsloven, hvilket medførte ændringer af udbudslovens bestemmelse om alvorlige forsømmelser.⁶⁴ Det var med denne ændring af udbudsloven, at UL § 136, stk. 1, nr. 4, blev en obligatorisk udelukkelsesgrund, eftersom den oprindelige bestemmelse, herunder § 137, stk. 1, nr. 3, udgjorde en frivillig udelukkelsesgrund. Ændringen fra frivillig til alvorlig udelukkelsesgrund medførte en *pligt* for ordregivere til at udelukke ansøgere samt tilbudsgivere, såfremt betingelserne i bestemmelsen er opfyldt.

På baggrund af lovforslaget kan det udledes, at lovgiver ønskede at gøre bestemmelsen obligatorisk af flere årsager. Den generelle årsag til skærpelsen har været, at fastlægge en skærpelse af reglerne i de situationer *“hvor det er tydeligt, at samfundskontrakten er udfordret”*.⁶⁵ Det kan derfor udledes, at bestemmelsen er blevet ændret som led i et ønske om at foretage en strengere håndhævelse af reglerne over for de virksomheder, der begår lovovertrædelser på området, og dermed styrke udelukkelsen af disse virksomheder.⁶⁶ Dog må det pointeres, at man i litteraturen stiller sig kritisk ved hvorvidt en udelukkelse af en økonomisk aktør, i tilfælde hvor UL § 136, stk. 1, nr. 4, er opfyldt, vil medføre mere ligebehandling i udbudsproceduren, som hvis den pågældende økonomiske aktør ikke var blevet udelukket.⁶⁷

⁶² Nielsen, Horskjær Rasmus, *“Udbudsretten”*, (1. Udgave), 2019, kap.8, s. 222.

⁶³ Udbudsdirektivet, direktiv nr. 2014/24/EU, artikel 57, stk. 1, litra c.

⁶⁴ Lov 2022-06-21 nr. 884 om ændring af Udbudsloven, Lov om klagenævnet for udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

⁶⁵ Bemærkninger til lovforslaget, LFF 2022-05-10 nr. 199. Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

⁶⁶ Der skete flere skærpelser af udelukkelsesgrundene. Nogle andre tiltag er; skærpelse af self-cleaning, udelukkelse i en længere periode m.m., jf. LFF 2022-05-10 nr. 199.

⁶⁷ Steinicke, Michael, *“Into the Northern Light- in memory of Steen Treumer”*, s. 112.

6.1. Betingelserne i UL § 136, stk. 1, nr. 4

Det må særligt pointeres, at for at bestemmelsen kan finde anvendelse, skal forsømmelserne angå ansøgerens eller tilbudsgiverens "erhverv", jf. bestemmelsens ordlyd. Bestemmelsen betinger således, at forsømmelserne skal have fundet sted i forbindelse med ansøgeren eller tilbudsgiverens virksomhedsudøvelse. Begrebet "erhverv" skal forstås bredt ifølge forarbejderne til ændringsloven.⁶⁸ Formålet med dette er, at bestemmelsens anvendelsesområde ikke skal begrænses til alene at omfatte alvorlige forsømmelser ved kvaliteten af opgaveudførelsen, men tillige andre alvorlige forsømmelser i henhold til ansøgerens eller tilbudsgiverens virksomhedsudøvelse.

Det er endvidere væsentligt at pointere, at ordregiver alene kan foretage udelukkelse, såfremt de alvorlige forsømmelser som ansøger eller tilbudsgiver tidligere har begået, skaber "tvivl" om deres integritet. Det er således en betingelse, at tilbudsgiver eller ansøgers tidligere handlinger sår tvivl om deres troværdighed og integritet i henhold til deres virksomhedsudøvelse. Det følger af forarbejderne til den tidligere bestemmelse, UL § 137, stk. 1, nr. 3, at udelukkelsen af ansøgeren eller tilbudsgiveren afhænger af den pågældende forsømmelse, herunder *adfærd*, og ikke virkningen af denne.⁶⁹ Dette udgør således, at udelukkelse ikke kan begrundes, såfremt der foreligger en *mindre alvorlig* forsømmelse, på trods af at konsekvenserne den måtte medføre.

Såfremt der er tale om gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder, bør disse give anledning til tvivl i henhold til den pågældende ansøger eller tilbudsgivers troværdighed, hvilket kan føre til en berettiget udelukkelse.⁷⁰

Det følger af forarbejderne til bestemmelsen, at "*manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelse af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret*" kan udgøre eksempler på alvorlige forsømmelser.⁷¹ EU-Domstolen har afgjort flere sager på dette område.⁷² Særligt af betydning for relationen mellem "*alvorlige forsømmelser*" og konkurrencefordrejning, er det nærmere specifikt "*konkurrencereglerne*" der er fokus i dette

⁶⁸ Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven, 2019/1 LSF 33, pkt. 101.

⁶⁹ Fremgår af forarbejderne til UL § 137, stk. 1, nr. 3.

⁷⁰ Udbudsdirektivet, direktiv nr. 2014/24/EU, betragtninger nr. 101.

⁷¹ FT 2014, tillæg A, L 164, s. 150.

⁷² Se f.eks. Sag C-358/12, Libor eller C-440/13, Croce Amica One Italia, EU:C:2014:2435.

projekt. Dog må det pointeres, at det ikke forekommer klart, om enhver overtrædelse af konkurrencereglerne udgør en alvorlig forsømmelse, der medfører udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver eller ansøger.⁷³

6.2. Ordregivers skøn

Ordregiver er overladt et vist skøn i vurderingen af, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes fra en udbudsprocedure, i medfør af UL § 136, stk. 1, nr. 4. Ordregivers vurdering af en alvorlig forsømmelse skal derfor iagttage det udbudsretlige proportionalitetsprincip i UL § 2. I denne forbindelse kan der argumenteres for, at ordregivere i tvivlstilfælde bør afstå fra udelukkelse under hensyn til proportionalitetsprincippet. Dette kan siges på baggrund af, at ordregiver reelt løber en risiko for fejlbeslutning, såfremt denne afviser den pågældende økonomiske aktør som følge af ordregiverens *tvivl*, uden at kunne påvise dette. Derfor kan der argumenteres for at ordregiver i sådanne tilfælde bør opveje proportionalitetsprincippet, da ordregiver i den pågældende situation ikke kan *påvise* den alvorlige fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet. Dette kan tillige understøttes med betingelsen om, at udelukkelse alene må finde sted, såfremt mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, jf. det udbudsretlige proportionalitetsprincip. Når der i en situation foreligger tvivl herom, må det derfor anses for at være nærliggende for ordregiver, at iagttage mindre indgribende foranstaltninger og dermed søge tilstrækkeligheden opfyldt, frem for at risikere en fejlagtig udelukkelse.

6.2.1. Ordregivers bevisbyrde

I forbindelse med håndhævelse af UL § 136, stk. 1, nr. 4, er det ordregiveren der har bevisbyrden for, at der er begået alvorlige forsømmelser, hvilket ordregiveren kan løfte ved ethvert passende middel.⁷⁴ Det er dog ikke en betingelse, at der foreligger endelig dom førend bestemmelsen kan finde anvendelse.⁷⁵ Det følger af forarbejderne til ændringsloven, at kriteriet om et "*passende middel*" til at påvise alvorlige forsømmelser efter omstændighederne kan anses for opfyldt såfremt ordregiveren kan referere til dokumentation, udenretligt syn og skøn, udtalelser, dokumentation fra erfaringer, herunder sine egne eller andres m.m.⁷⁶ Ordregiveren

⁷³ Dette vil analyseres i afsnit 6.3. "*Hvad udgør en "alvorlig forsømmelse"*"

⁷⁴ Artikel 57, stk. 4, litra c i udbudsdirektivet 2014/24.

⁷⁵ EU Udbudsretten, 4. udgave (2022), s. 507.

⁷⁶ Lov 2022-06-21 nr. 884 om ændring af Udbudsloven, Lov om klagenævnet for udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, Forarbejder.

har derfor vide rammer for hvilken dokumentation denne kan anvende for at anføre, at ansøgere eller tilbudsgiver har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet.

Ordregiver skal derudover varetage sin bevisbyrde på baggrund af en konkret og individuel vurdering. Ifølge retspraksis kan det anføres, at der ikke nødvendigvis foreligger indskrænkede rammer for, hvornår et tilstrækkeligt bevis er opfyldt af ordregiveren. Dette var blandt andet centralt i sagen *Connexion Taxi Services*.⁷⁷ I denne sag var to virksomheder samt deres ledere, i et vindende konsortium, blevet pålagt at betale bøder for ikke at overholde national konkurrenceret. Ordregiveren anså dette for at udgøre et *“tilstrækkeligt bevis”* for, at der i situationen var sket en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet. Dog mente ordregiveren samtidig, at det ville være i strid med proportionalitetsprincippet at udelukke konsortiet. I denne forbindelse fastslog EU-Domstolen, at ordregiveren er forpligtet til at overholde reglerne for konkurrencen, som ordregiveren i øvrigt selv har bestemt, idet bestemmelsen på daværende tidspunkt var en frivillig udelukkelsesgrund.

EU-Domstolen refererede således til de konkrete bestemmelser og betingelserne i disse, frem for at vægte proportionalitetsprincippet, på trods af at der reelt var et krav herom i medfør af national lovgivning.⁷⁸ Dog skal udelukkelsesgrunden være *“i overensstemmelse”* med proportionalitetsprincippet, særligt når det angår anvendelse af fakultative udelukkelsesgrunde.⁷⁹ I sagen kunne ordregiver således ikke undlade den konkrete og individuelle vurdering med henvisning til proportionalitetsprincippet, da ordregiveren med sit tilvalg af bestemmelsen skal anvende den.⁸⁰ Dette ledte således til, at der forelå et tilstrækkeligt bevis for alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelse af erhvervet i sagen.

6.3. Hvad udgør en “alvorlig forsømmelse”?

UL § 136, stk. 1, nr. 4, kan håndhæves såfremt, der foreligger manglende overholdelse af konkurrencereglerne, hvilket kan lede til udelukkelse med henvisning til konkurrencefordrejning. Det er derfor særligt relevant at analysere, hvad begrebet *“alvorlige forsømmelser”* omfatter, hvilket EU-Domstolen blandt andet har behandlet, som led i sin praksis, jf. nedenfor.

⁷⁷ C.171/15, *Connexion Taxi Services*, EU:C:2016:948

⁷⁸ *Ibid*, domsafsigelsen.

⁷⁹ *Ibid*, Præmis 31-32.

⁸⁰ *Ibid*, Præmis 38ff.

Det fremgår af præambelbetragtningen til udbudsdirektivet fra 2014, at ordregivende myndigheder frit bør kunne afgøre om der i en specifik situation er begået en alvorlig forsømmelse “(...) når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser”.⁸¹ Dette er af hensyn til, at det er de ordregivende myndigheder der vil blive ansvarlige for de konsekvenser, der følger med eventuelle fejlagtige afgørelser, som disse måtte afgøre i denne forbindelse.

Dog må det pointeres, at EU-Domstolens praksis alligevel har givet anledning til en nærmere fastlæggelse af begrebet, samt nogle rammer for hvordan “*alvorlige forsømmelser*” i henhold til bestemmelsen kan siges at være opfyldt.

Særligt for fastlæggelsen af begrebet, er Forposta-dommen central.⁸² Denne sag angik en national lovbestemmelse, som forpligtede ordregivere til at foretage automatisk udelukkelse af økonomiske aktører, såfremt den ordregivende myndighed, som følge af omstændigheder som den økonomiske aktør var ansvarlig for, har opsagt eller ophævet en udbudskontrakt som parterne havde indgået.⁸³ Den nationale lovgiver præciserede således begrebet “*alvorlig fejl*”, i medfør af artikel 45, stk. 2, litra d, i udbudsdirektiv fra 2004.⁸⁴ Dette begreb kan principielt anses som analog til begrebet “*alvorlig forsømmelse*”, fastlagt i artikel 57, stk. 4, litra c, i det gældende udbudsdirektiv fra 2014.⁸⁵

EU-Domstolen fastsatte i dommens præmis 26, at “*Begreberne »alvorlig« »fejl« »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« i den nævnte artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) kan følgelig præciseres og tydeliggøres i national ret – dog under overholdelse af EU-retten.*”⁸⁶ Med dette accepterede EU-Domstolen den nationale lovgivers fortolkning af begrebet “*alvorlig fejl*” i

⁸¹ Udbudsdirektivet 2014/24/EU, præambelbetragtning nr. 101.

⁸² EU-Domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, Forposta.

⁸³ Der var fastlagt yderligere kriterier under visse omstændigheder, der ikke er relevante for denne behandling - såsom, at kontraktophævelsen skulle finde sted inden for et bestemt tidsrum fra udbudsprocedurens blev indledt, grænser for kontraktens værdi m.m.

⁸⁴ Det nuværende udbudsdirektiv, artikel 57, stk. 4, litra c, fra 2014.

⁸⁵ Den engelske udgave af både art. 45, stk. 2, litra d, i udbudsdirektivet fra 2004, samt art. 57, stk. 4, litra c i udbudsdirektivet fra 2014 anvender begrebet “grave professional misconduct” i begge tilfælde, hvilket tillige understøtter, at “*alvorlig fejl*” kan ses som parallel til “*alvorlig forsømmelse*”.

⁸⁶ C-465/11, Forposta-dommen, præmis 26.

forbindelse med udøvelsen af erhvervet omfatter “*enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed (...)*”.⁸⁷

Denne fastlæggelse af alvorlige fejl blev senere omdrejningspunktet i en national afgørelse mellem I/S Vestforbrænding og DSV Transport A/S.⁸⁸ I sagen havde DSV Transport afgivet tilbud på Vestforbrændings udbud. Dette var på trods af at DSV Transport uberettiget havde ophævet en tidligere kontrakt, som virksomheden havde indgået med Vestforbrænding, hvilket sidstnævnte tillige fik tilkendt erstatning for. DSV Transport blev derfor udelukket af Vestforbrændings nye udbud med henvisning til, at DSV Transport havde begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv.

Herefter klagede DSV Transport til Klagenævnet, der gav dem medhold i, at der ikke kunne være tale om en alvorlig fejl.⁸⁹ Sagen blev endvidere afgjort ved Landsretten og senere anket til Højesteret, hvor begge instanser fastholdte frifindelsen af DSV Transport. Højesteret har som nævnt inddraget ovenstående Forposta-dom i forbindelse med deres behandling af sagen. Højesteret har særligt lagt vægt på, at det er op til national ret at præcisere og tydeliggøre begrebet “*alvorlig fejl*” i medfør af præmis 26 i Forposta-dommen. Højesteret henviste herefter også til præmis 27 i Forposta, herunder at fejlen skal være “*culpøs og have indvirkning*” på virksomhedens faglige troværdighed, samt at den culpøse adfærd skal være af en “*vis alvor*”.⁹⁰ Højesteret fandt derfor, at fejlen, som er begået af DSV ved at ophæve kontrakten, ikke vil kunne karakteriseres som en sådan alvorlig fejl, at dette ville berettige udelukkelse af DSV Transport i fremtidige udbud.

6.3. Alvorlige forsømmelser med henblik på konkurrencefordrejning

EU-Domstolens fastlæggelse af alvorlige fejl i forbindelse med udøvelse af erhverv i Forposta-dommen, er i senere praksis blevet anvendt i tilfælde af manglende overholdelse af konkurrencereglerne, som kan være omfattet af artikel 45, stk. 2, litra d, i udbudsdirektivet fra 2004, og dermed udgøre en alvorlig fejl.⁹¹

⁸⁷ Ibid. Præmis 27.

⁸⁸ Højesteretsdom af 4. juni 2013 i sag 103/2011.

⁸⁹ DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding, kendelse af 19. oktober 2009.

⁹⁰ C-465/11, Forposta-dommen, præmis 20.

⁹¹ jf. nedenstående retspraksis.

Dette blev særligt relevant i Generali-dommen.⁹² Der er tale om en præjudiciel forelæggelse ved EU-Domstolen angående udelukkelse af en økonomisk aktør, som ikke havde overholdt de nationale konkurrenceregler, hvilket var blevet bekræftet med retskraftig dom.⁹³

Det præjudicielle spørgsmål angik blandt andet, hvorvidt artikel 45, stk. 2, litra c, i udbudsdirektivet fra 2004, skal fortolkes således, at “ (...) enhver økonomisk aktør kan udelukkes fra udbudsproceduren vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, hvis vedkommende har begået en overtrædelse, (...) som har haft konkurrenceretlige konsekvenser for den økonomiske aktør? ”.⁹⁴

I den forbindelse henviste EU-Domstolen, til dennes tidligere fastlæggelse i Forposta-dommen, idet EU-Domstolen udtalte at begrebet “*fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv*”, omfatter en hvilken som helst culpøs adfærd, som påvirker operatørens faglige troværdighed og “*ikke kun overtrædelser af de fagetsiske normer for det erhverv, som denne operatør tilhører i snævrere forstand*”, jf. dommens præmis 35. Udtalelsen er således med til at bekræfte, at den pågældende præmis i Forposta-dommen udgør et subjekt for, hvad ordregiver kan forholde sig til i sin vurdering, om hvornår der er tale om alvorlige fejl.

I Generali-dommen er spørgsmålet som nævnt, nærmere specifikt i relation til, hvornår en overtrædelse af konkurrencereglerne kan henføres til anvendelsen af bestemmelsen om alvorlige fejl. EU-Domstolen besvarer spørgsmålet i henhold til, at man har begået en alvorlig fejl, såfremt en økonomisk aktør har overtrådt *konkurrencereglerne* på en sådan culpøs måde, som der fremgår af præmis 35, jf. ovenstående.

Det er derfor væsentligt at hæfte sig ved, at EU-Domstolen fastlægger, at en national regel der regulerer en overtrædelse af konkurrencereglerne som en alvorlig fejl i forbindelse med erhvervsudøvelsen *ikke* udgør en tilsidesættelse af EU-retten. Dog betyder dette ikke, at EU-retten *kræver* at sådanne overtrædelser af konkurrencereglerne altid er omfattet af begrebets anvendelsesområde, herunder en “*alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet*”.⁹⁵

Dette understøttes tillige af præambelbetragtning 101. i direktiv 2014/24, som blev vedtaget efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Det kan udledes af præambelbetragtningen, at det bør være muligt for ordregivende myndigheder at udelukke økonomiske aktører, når de har

⁹² C-470/13, Generali.

⁹³ Ibid, præmis 19.

⁹⁴ Ibid, præmis 18.

⁹⁵ Ibid., domsafsigelsen.

begået alvorlige forsømmelser som led i deres erhvervsudøvelse, såsom manglende overholdelse af konkurrenceregler, da en sådan forsømmelse kan medføre tvivl om den økonomiske aktørs integritet.⁹⁶

EU-Domstolen anvender de fastslåede betragtninger fra Forposta- og Generali afgørelserne i en senere afgørelse, herunder i Consorzio Nazionale Servizi-dommen, hvor der er tale om en lignende situation. I Servizi-dommen, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt artikel 45, stk. 2, litra d, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således;

*“(…)at den er til hinder for en national lovgivning (…) som fortolkes således, at den fra anvendelsesområdet for en »alvorlig fejl«, som en økonomisk aktør har begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, udelukker adfærd, der indebærer en overtrædelse af konkurrencereglerne, (…) og som forhindrer de ordregivende myndigheder i selvstændigt at vurdere disse overtrædelser med henblik på en eventuel udelukkelse af en sådan økonomisk aktør fra et udbud om tildeling af en offentlig kontrakt”.*⁹⁷

I denne sag fastlægger EU-Domstolen, at det ikke må opfattes således, at *enhver* overtrædelse af konkurrencereglerne skal kunne henføres som værende en alvorlig fejl, hvilket Domstolen pointerer med henvisning til Forposta- og Generali-dommen.⁹⁸ EU-retten er således til hinder for, at anvendelsesområdet for alvorlige fejl udelukker en adfærd, der statuerer en overtrædelse af konkurrencereglerne, da de ordregivende myndigheder selv skal have muligheden for at foretage denne selvstændige vurdering.⁹⁹ Den omhandlende nationale lovgivning forhindrer dermed, at ordregivende myndigheder kan foretage denne vurdering.

På baggrund af ovenstående kan det sammenfattes, at der ikke foreligger en eksplicit definition på, hvad der kan anses for at udgøre en *“alvorlig forsømmelse”*. Dog har EU-Domstolen, i medfør af retspraksis, opstillet retningslinjer for, hvornår der skal ske udelukkelse af virksomheder der overtræder konkurrencereglerne, med henvisning til at dette vil udgøre en alvorlig fejl. Dette fastlægger EU-Domstolen med, at der skal være tale om en culpøs adfærd,

⁹⁶ Betragtning 101. i udbudsdirektivet 2014/24.

⁹⁷ C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, EU:C:2019:476.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid., domsafsigelse.

som påvirker den økonomiske aktørs faglige troværdighed i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv.

7. UL § 137, stk. 1, nr. 3

UL § 137, stk. 1, nr. 3, udgør en frivillig udelukkelsesgrund, der vedrører konkurrencefordrejning. Bestemmelsen regulerer de situationer, hvor ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer om, at en ansøger eller tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejningen, jf. UL § 137, stk. 1, nr. 3. Det kan således fastlægges, at bestemmelsens ordlyd omfatter to kriterier, som skal være opfyldt førend denne kan håndhæves af en ordregiver.

7.1. Betingelserne i UL § 137, stk. 1, nr. 3

Der skal først og fremmest være indgået en *"aftale"*, der medfører konkurrencefordrejning. Dette begreb skal blandt andet fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101 samt konkurrencelovens § 6,¹⁰⁰ som ligeledes hjemler dette kriterium.¹⁰¹ For at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i konkurrenceretten, er det ligeledes en betingelse, at der er indgået en aftale mellem to eller flere virksomheder. Dog omfatter det konkurrenceretlige aftalebegreb tillige *"vedtagelser"* og *"samordnet praksis"* mellem virksomheder, jf. KL § 6, stk. 3.¹⁰²

Lovgiver fastslår ikke eksplicit, at det udbudsretlige aftalebegreb skal fortolkes i overensstemmelse med det konkurrenceretlige aftalebegreb. Spørgsmålet er, hvilke sammenfald der er mellem de to aftalebegreber, hvilket har givet anledning til uenighed i teorien. Nogle forfattere argumenterer for, at aftalebegrebet i udbudsretten er mere snævert end aftalebegrebet i konkurrenceretten, idet aftalebegrebet i konkurrenceretten tillige omfatter *"samordnet praksis"* og *"vedtagelser"*.¹⁰³ I dansk praksis er der ikke direkte belæg for at

¹⁰⁰ Herefter benævnt "KL".

¹⁰¹ Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, Artikel 101.

¹⁰² Konkurrencelovens § 6, stk. 3.

¹⁰³ Konkurrencelovens § 6, stk. 3. Der henvises til diskussionen af dette spørgsmål Pascal Friton & Janis Zöll, Commentary on Article 57, i Roberto Caranta & Albert Sanchez- Graells (red.). *"European Public Procurement- Commentary on Directive 2014/24/EU"*, Edward Elgar 2021, s. 613, og Kataryna Kuzma og Wojchciech Hartung *"Combating Collusion in Public Procurement- Legal Limitations on Joint Bidding"* Edward Elgar 2020, s. 70.

fastlægge, at det konkurrenceretlige aftalebegreb skal fortolkes bredere end det udbudsretlige aftalebegreb.¹⁰⁴

Klagenævnet for Udbuds praksis er, at disse begreber skal fortolkes i overensstemmelse med hinanden.¹⁰⁵ Derfor vil aftalebegrebet i denne afhandling ligeledes anvendes i forbindelse med vedtagelser og samordnet praksis, idet disse aftaleformer kan foranledige en konkurrencebegrænsende adfærd.

Det er ligeledes en betingelse, at ordregivere skal have ”*tilstrækkelige plausible indikationer*”, til at der foreligger en konkurrencefordrejning. Der findes ikke nogen entydig definition på, hvad en tilstrækkelig plausibel indikation er. Hvad dette kan afgrænses til at indebære, vil analyseres i projektets afsnit 7.3, hvor ordregiver på baggrund af sin vurdering, er med til at fastsætte hvad der kan anses for at være konkurrencefordrejende, jf. bestemmelsens ordlyd. Ordregiveren skal ikke påvise, at der *reelt* foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, hvilket illustrerer, at ordregiver er tillagt en bredere skønsmargin sammenlignet med den konkurrenceretlige vurdering, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kun kan statuere konkurrencefordrejning, såfremt der reelt er tale om en konkurrencebegrænsende aftale i medfør af KL § 6.¹⁰⁶

7.2. Konkurrencefordrejning

For at fastlægge anvendelsesområdet for bestemmelsen, er det nødvendigt at præcisere, hvad der nøjagtigt menes med begrebet ”*konkurrencefordrejning*”, i henhold til bestemmelsens ordlyd, jf. UL § 137, stk. 1, nr. 3. I denne forbindelse er det centralt at identificere betydningen af begrebet i lyset af konkurrencereglerne, jf. nedenstående.

Ifølge Klagenævnets praksis, herunder særligt kendelsen af 11 januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen, kan det udledes, at Klagenævnet i henhold til udelukkelsesgrunde henviser til hvorvidt aftaler er ”*i overensstemmelse med*

¹⁰⁴ Det bemærkes af Kataryna Kuzma og Wojchiech Hartung, at det udbudsretlige begreb kan tillægges forskelligt indhold af medlemsstaterne, og at aftalebegrebet derfor fortolkes snævert eller bredt i andre jurisdiktioner ”*Combating Collusion in Public Procurement- Legal Limitations on Joint Bidding*” Edward Elgar 2020.

¹⁰⁵ Klagenævnets kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S samt kendelse af 29. september 2021, OnemMed A/S mod Region Hovedstaden.

¹⁰⁶ Ølykke, Skovgaard Grith, ”*EU udbudsregler- i dansk kontekst*”, 2022 (3. udg.), kap.7, s.656

konkurrencereglerne".¹⁰⁷ Dette gør sig tillige gældende vedrørende udbudsretlige principper, herunder hvorvidt en aftale kan anses for at være "*konkurrenceretlig ugyldig*".¹⁰⁸

Det kan fastlægges på baggrund af Klagenævnets praksis, at begrebet "*konkurrencefordrejning*" i udbudsretten, herunder nærmere specifikt i relation til udelukkelsesgrunde, skal anses for at udgøre en adfærd, som er i strid med konkurrencereglerne.¹⁰⁹

Når ordregiver udelukker en tilbudsgiver eller ansøger på grund af konkurrencefordrejninger fremgår det af Klagenævnets praksis, at ordregiver alene afgrænser sig til konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, i medfør af KL § 6, når ordregiver vurderer de potentielle overtrædelser af konkurrencereglerne.¹¹⁰ Ved udelukkelse på grund af konkurrencefordrejninger, skal ordregiver således ikke vurdere en potentiel overtrædelse af konkurrencereglerne, der relaterer sig til misbrug af dominerende stilling, jf. KL § 11, eller gennemførelse af en fusion uden forudgående anmeldelse, jf. KL § 8.

Konkurrenceloven regulerer et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvilket er hjemlet i lovens § 6, stk. 1. Af bestemmelsen følger der et forbud for virksomheder, økonomiske aktører og tilbudsgivere "*at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen*", jf. KL § 6, stk. 1. I modsætning til UL § 137, stk. 1, nr. 3, som betinger at der blot skal foreligge en "*aftale*" med henblik på konkurrencefordrejning mellem flere aktører, betinger KL § 6, stk. 1, at selve aftaleindholdet skal fordre "*begrænsninger*" i konkurrencen. Dog må det anføres, at dette begreb tillige omfatter "*hindringer*" og "*fordrejninger*" i relation til konkurrencen.¹¹¹

Med afsæt i Klagenævnets praksis, kan der i forbindelse med udelukkelse fastlægges, at begrebet "*konkurrencefordrejning*" i udbudsretlig forstand, skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet "*konkurrencebegrænsninger*" i medfør af konkurrencereglerne. Dette kom blandt andet til udtryk i Klagenævnets kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod

¹⁰⁷ Klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, "*Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*", udgivet 2022, s. 153.

¹¹⁰ Det fremgår bl.a. af Klagenævnets kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

¹¹¹ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, "*Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*", udgivet 2022, s. 154.

Moderniseringsstyrelsen. I denne sag fastlagde klagenævnet, at ordregiveren efter omstændighederne havde *"tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen havde haft til formål eller (...) til følge at fordreje konkurrencen"*.¹¹² Ud fra Klagenævnets praksis kan det udledes, at der almindeligvis ikke sondres mellem de forskellige former for konkurrencepåvirkninger, herunder om der er tale om *"hindringer"*, *"begrænsninger"* eller *"fordrejninger"*. Dette er på baggrund af, at de konkurrence- og udbudsretlige begreber herom, typisk anvendes ækvivalent og omfatter alle tre former for konkurrencepåvirkninger.¹¹³

7.3. "Tilstrækkelige plausible indikationer" som bevisbyrde

7.3.1. "Tilstrækkelighed"

Det vanskelige spørgsmål ved anvendelsen af UL § 137, stk. 1, nr. 3, er begrebet *"tilstrækkelige plausible indikationer"*. Plausible indikationer foreligger som minimum, i tilfælde af, at en økonomisk aktør enten har accepteret et bødeforlæg, eller hvor der foreligger en dom. Hvad der herudover kan anses for at være en tilstrækkelig plausibel indikation vil være en konkret vurdering.¹¹⁴

Da udbudsdirektivet 2004/18/EF var gældende ret, anerkendte EU-Domstolen i forbindelse med retspraksis, at ordregivere på berettiget vis kunne udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, som følge af overtrædelse af konkurrencereglerne i form af indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler.¹¹⁵ En sådan beslutning fra ordregivers side, blev vedtaget som en eksplicit bestemmelse i udbudsdirektivet 2014/24/EU i medfør af artikel 57, stk. 4, litra d. Denne bestemmelse kan således siges at tjene som en præcisering, samt en lempelse af bevisbyrden i forbindelse med situationer som artiklen regulerer. Dette er blandt andet på baggrund af, at der med implementeringen af bestemmelsen ikke følger et krav om, at der skal foreligge en overtrædelse af konkurrencereglerne, før bestemmelsen finder anvendelse, men alene at ordregiver skal have *"tilstrækkelig plausible indikationer"* til at konkludere, at den pågældende økonomiske aktør har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Reguleringen i direktivet fra 2014 gør det således lettere for ordregiver at løfte bevisbyrden i bestemmelsen, i forhold til før direktivets indtræden.

¹¹² Klagenævnets kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

¹¹³ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, *"Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning"*, udgivet 2022, s. 154.

¹¹⁴ Hamer, Risvig, Carina, *"Udbudsret"*, 2021, (2. udgave), s. 492.

¹¹⁵ Se eksempelvis C-465/11, Forposta-dommen og ABC Direct Contact, EU:C:2012:801.

Lovbemærkningerne til udbudsloven anfører, at graden af *tilstrækkelighed* for ordregivers bevisbyrde er opnået, såfremt ordregiveren fremlægger dokumentation, eller hvor der er rejst tiltale, der troværdigt indikerer, at tilbudsgiveren eller ansøgeren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.¹¹⁶ Det kan ikke udledes nærmere af lovbemærkningerne, hvordan ordregivers ”*plausible indikationer*” kan defineres, hvorfor dette vil undersøges nærmere i lyset af retspraksis.

7.3.2. Former for plausible indikationer

Klagenævnet har haft mulighed for at behandle spørgsmålet om plausible indikationer ved flere lejligheder. Klagenævnet har fået forelagt mange forskellige typer af *plausible indikatorer*, som kan opdeles i følgende tre forskellige kategorier; (1) nogle vedrørende tilbudsgivernes *adfærd*, eksempelvis tilbudskoordineret mellem konkurrenter, (2) nogle vedrørende *strukturelle* spørgsmål, herunder i relation til f.eks. ejerforholdet mellem tilbudsgivere eller deltager i et konsortium, og endelig (3) nogle vedrørende, når den samme økonomiske aktør deltager i forskellige konstellationer i udbuddet, eksempelvis når den økonomiske aktør selv afgiver tilbud og samtidig er underleverandør.¹¹⁷

7.3.2.1. Strukturelle indikationer

I kendelsen af 6. juli 2021, SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune nedlagde klager påstand om, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer for at de to prækvalificerede tilbudsgivere skulle have været udelukket i medfør af den tidligere UL § 137, stk. 1, nr. 4,¹¹⁸ da der var personsammenfald i ledelsen blandt de to prækvalificerede tilbudsgivere. Klager påstod at *forholdet* mellem de to tilbudsgivere således har givet anledning til, at de har koordineret deres tilbud, hvorfor der skulle være tale om konkurrencefordrejning i den pågældende sag.

Klagenævnet afviste dog denne påstand med henvisning til, at selvom det efter sagens oplysninger kan lægges til grund, at den ene tilbudsgiver, R, indtil 2002 havde ejet en væsentlig del af den anden tilbudsgiver, E, er Klagenævnet på baggrund af sagens oplysninger blevet bekendt med, at R, på tidspunktet for tilbudsgivningen ikke har ejet nogen del af E. En

¹¹⁶ LFF 2015-10-07 nr.19

¹¹⁷ Ølykke, Skovgaard Grith, ”*EU udbudsregler- i dansk kontekst*”, 2022 (3. udg.), kap.7, s.658

¹¹⁸ (Ophævet) Bestemmelsen er nu indsat i UL § 137, stk. 1, nr. 3.

udelukkelse på baggrund af deres tidligere indbyrdes relationer var derfor ikke tilstrækkeligt.¹¹⁹ Det kan hermed udledes, at formodningen for at der kunne være tale om tilbudskoordinerings, ifølge Klagenævnet, ikke kan anses for at være tilstrækkeligt til at opfylde kravet om plausible indikationer i nugældende UL § 137, stk. 1, nr. 3, med henblik på konkurrencefordrejning. Dette er i overensstemmelse med den tidligere kendelse af 28. september 2018 i sagen Bayer A/S mod Banedanmark. Sagen indeholder grundlæggende de samme forhold, idet Klagenævnet har fastlagt, at en formodning eller "*mistanke*",¹²⁰ der ikke bevismæssigt kan underbygges af ordregiver, ikke vil udgøre et tilstrækkeligt grundlag for en ordregiver at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver efter UL § 137, stk. 1, nr. 3.

I Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen af 5. december 2019, tilsidesatte Klagenævnet ikke ordregivers vurdering, da ordregiver ikke har haft tilstrækkelige plausible indikationer for, at medlemssammensætningen af konsortiedannelsen¹²¹, har haft til følge eller til formål at fordreje konkurrencen eller true gennemsigtigheden.

Klagenævnet har således i de tidligere kendelser givet udtryk for at tidligere samarbejder, og i andre sammenhænge fælles markedsføringsaktiviteter, for eksempel i et kædesamarbejde, *ikke* kan danne grundlag for tilstrækkelige plausible grunde til, at ordregiver kan antage at de økonomiske aktører har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.¹²²

I en senere kendelse fra Klagenævnet af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S fremgår det af sagens omstændigheder, at der forelå en strukturel forbindelse mellem to tilbudsgivere hvor de to tilbudsgivere, HCS og City Renovation, var ejet af de to samme personer.¹²³ På baggrund af den fælles ejerkreds af HCS og City Renovation, mente Klagenævnet, at der var indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Klagenævnet påpegede i sagen, at ordregiver har været uvidende om ejerforholdene på tidspunktet for tildelingsbeslutningen af kontrakten, idet ordregiver først blev opmærksom på dette i

¹¹⁹ Klagenævnets udtalelse i kendelsen af 6. juli 2021, "*SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune*", jf. s.21 i kendelsen.

¹²⁰ Der henvises til kendelsen af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, jf. s.16 i kendelsen.

¹²¹ Et konsortium defineres som; "Et konsortium er i udbudsretlig forstand et aftalebaseret samarbejde mellem to eller flere virksomheder med henblik på at afgive tilbud på en offentlig kontrakt." *Udbud med deltagelse af konsortier- Vejledning til ordregivere- December 2018*

¹²² Der henvises til kendelsen *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*, jf. s. 10 i kendelsen.

¹²³ Tale om et tilbud fra to koncernforbundne selskaber, hvilket er defineret til hvor samme aktionærkreds, direkte eller indirekte, ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen, eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab, jf. den "*Juridiske vejledning 2023-1*" fra skat.dk, <https://skat.dk/data.aspx?oid=2049955>.

forbindelse med indgivelsen af klagen.¹²⁴ Klagenævnet kom derfor frem til, at der ikke forelå sådanne plausible indikationer på tidspunktet for tildelingsbeslutningen.

På baggrund af Klagenævnets udtalelse, kan det således indikeres, at såfremt ordregiver i sagen reelt har haft kendskab til forholdet mellem tilbudsgiverne, på tidspunktet for tildelingsbeslutningen, vil dette have været tilstrækkeligt for ordregiveren til at løfte bevisbyrden, for at der har været en plausibel indikation, jf. UL § 137, stk. 1, nr. 3.

Problemet der følger med, når ejerforholdet mellem to eller flere tilbudsgivere skal opfylde kravet om en tilstrækkelig plausibel indikation er, at desto tættere den organisatoriske forbindelse er mellem to tilbudsgivere, og dermed jo stærkere indikationen for samarbejde er, desto mere tvivlsomt er det om KL § 6 kan anvendes.

Ifølge retspraksis¹²⁵ kan forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KL § 6 ikke anvendes på aftaler mellem virksomheder, der i virkeligheden kan betragtes som én samlet økonomisk enhed på markedet, idet anvendelsesområdet for KL § 6 kræver, at der er tale om to særskilte enheder.¹²⁶ I visse tilfælde vil ordregiver således slet ikke have mulighed for at vurdere udelukkelse med henblik på konkurrencefordrejning, da anvendelsesområdet for UL § 137, stk. 1, nr. 3, er stærkt afhængig af om KL § 6 finder anvendelse, hvorfor det for ordregiver bliver endnu vanskeligere at løfte bevisbyrden for konkurrencefordrejning. Der kan således være tvivl om, hvorvidt ordregiver kan løfte bevisbyrden i UL § 137, stk. 1, nr. 3 i de tilfælde, hvor KL § 6 ikke finder anvendelse. På den ene side foreligger ingen direkte henvisning til KL § 6 i bestemmelsens ordlyd. På den anden side kan det fastslås, at anvendelsen, herunder særligt bevisbyrden for UL § 137, stk. 1, nr. 3, er stærkt forbundet med KL § 6.¹²⁷

På baggrund af ovenstående gennemgang af Klagenævnets praksis kan det konstateres, at Klagenævnet ikke har fundet kravet om tilstrækkelige plausible indikationer opfyldt, i de tilfælde, hvor indikationerne har baseret sig på de (2) *strukturelle* ejerforhold blandt

¹²⁴ Der henvises til kendelsen *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*, jf. s. 22 i kendelsen.

¹²⁵ Se EU-domstolens afgørelse, *C-73/95 P, Viho Europe BV, ECLI:EU:C:1996:405* og *C-15/74, Centrafarm BV* samt *Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc., ECLI:EU:C:1974:114*.

¹²⁶ Steinicke, Michael, *Into the Northern Light- in memory of Steen Treumer*, s. 110.

¹²⁷ Kilder der understøtter UL § 137, stk. 1, nr. 3 stærke tilknytning til konkurrencereglerne; Kommissionens *“Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund, Official Journal 2021/C 91/01.”*

tilbudsgiverne. Skønt de strukturelle forbindelser mellem tilbudsgiverne i visse tilfælde ikke kan henføres til anvendelsesområdet i KL § 6 og UL § 137, stk. 1, nr. 3, er det ikke uden negative konsekvenser for konkurrencen i udbudsprocessen. I sådanne tilfælde står det klart, at konkurrencen vil påvirkes negativt, hvorfor ordregiver er nødsaget til at anvende subsidiære retlige instrumenter for at sikre konkurrencen i udbuddet. EU-Domstolen har derfor, når der er tale om enheder der er for tæt forbundet til at afgive uafhængige tilbud, givet muligheden for at ordregiver anvende ligebehandlingsprincippet som bevisbyrde for konkurrencefordrejning, jf. *Ecoservice*.¹²⁸

7.3.2.2. Adfærdsmæssige indikationer

Plausible indikationer tilknyttet til (I) tilbudsgivernes adfærd er den mest velkendte indikation i forbindelse med at løfte bevisbyrden for, at tilbudsgiver eller ansøger har overtrådt KL § 6, og dermed udelukkelse med henblik på konkurrencefordrejning efter UL § 137, stk. 1, nr. 3.

Kommissionen illustrerer flere eksempler på adfærdsmæssige indikationer fra tilbudsgiver eller ansøger, man som ordregivende myndighed skal være opmærksom på.¹²⁹ Kommissionens meddelelse udtrykker, at en indikation kan være af særlig betydning, når en tilbudsgiver eksempelvis allerede har indgået en underleverandør aftale i samme udbudsprocedure med en anden tilbudsgiver. De yderligere adfærdsmæssige indikationer, som ordregiver bør være opmærksom på, er den generelle markedsadfærd for de tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren. Dette udgør eksempelvis tilbudsgivere, som kun forbeholder sig til bestemte regioner i deres afgivelse af tilbud, eller tilbudsgivere, som skiftes til at deltage i tildelingsproceduren øjensynligt.¹³⁰

I kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, tilsidesatte Klagenævnet for første gang ordregivers vurdering af tilbudsgivernes eventuelle konkurrencebegrænsende aftaler. Ordregiver vurderede ikke i sagen, at den adfærdsmæssige indikation blandt tilbudsgiverne, A og K, kunne være tilstrækkelig efter den tilvalgte udelukkelsesgrund i nugældende UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet mente modsat, at der på

¹²⁸ *Ecoservice*, C-531/16, som giver muligheden for ordregiver at reagere efter ligebehandlingsprincippet, hvis der er to eller flere tilbud fra økonomiske aktører, der er for tæt forbundet med hinanden, og hvor bevisbyrden i UL § 137, stk. 1, nr. 3 ikke finder anvendelse.

¹²⁹ “*Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund (2021/C 91/01)*”, jf. afsnit 5.4 om begrebet »tilstrækkelig plausible indikationer«: faktiske omstændigheder, der kan betragtes som indikationer.

¹³⁰ *Ibid.*, jf. afsnit 5.4

baggrund af sagens hændelsesforløb forelå tilstrækkelige plausible indikationer for, at tilbudsgiverne skulle have været udelukket. Klagenævnets primære argument for at der har været tale om en konkurrencebegrænsende aftale mellem de to omhandlende tilbudsgivere, A og K, er at A og K's reelle tilbudspriser har været væsentlig lavere end næstkommendes, klager OneMed, og væsentlig lavere end de øvrige tilbudsgiveres.¹³¹ Klagenævnet pointerer endvidere, at tilbudspriserne blandt de to tilbudsgivere ligeledes har været mærkværdigt tæt på hinanden, hvorfor der højst sandsynligt har været en form for samordning mellem de to tilbudsgivere, også henset til den identiske ordlyd mellem de to tilbudsgiveres tilbud.

Ifølge Klagenævnet bør de nævnte elementer og påviste adfærd blandt de to tilbudsgivere, der forelå på tildelingstidspunktet, få ordregiver til at konkludere tilstrækkelige plausible indikationer for, at A og K har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. I denne forbindelse bemærkede Klagenævnet afslutningsvis, at for at tilbudsgiverne ville kunne fortsætte udbudsprocessen og genoprette deres pålidelighed, vil den ordregivende myndighed skulle vurdere dette efter betingelserne for self-cleaning, jf. UL § 138.¹³²

Det kan således være en vanskelig opgave for ordregiver at vide, hvornår kravet om tilstrækkelige plausible indikationer er opfyldt, hvilket gør håndhævelsen, herunder bevisbyrden for bestemmelsen problematisk.

Ordregiver vil imidlertid kunne bestyrke deres grundlag for plausible indikationer, hvis en anden offentlig myndighed, specielt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, har igangsat en undersøgelse eller på en anden måde indikeret, at der kunne være tale om et konkurrenceretligt problem i relation til de pågældende tilbudsgivere eller ansøgere. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens interesse i en potentiel overtrædelse af konkurrencereglerne, vil dermed skabe et indlysende incitament for ordregiver til at undersøge dette nærmere i lyset af de pågældende håndhævelsesforanstaltninger. En overtrædelse af konkurrenceloven, særligt KL § 6, ville derfor kunne defineres til en tilstrækkelig plausibel indikation. Omvendt vil løbende undersøgelser ikke nødvendigvis fuldstændiggøre kravet om tilstrækkelige plausible indikationer, hvis de løbende undersøgelser baserer sig på usikre oplysninger. Dette var tilfældet i kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden, hvor der i sagen var foretaget en kontrolundersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, men

¹³¹ Kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden, jf. s.19 i kendelsen.

¹³² Se nærmere om UL § 138 i afsnit 10. "*Self-Cleaning*"

uden at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde truffet en endelig afgørelse i sagen, hvorfor Klagenævnet ikke lagde vægt på oplysningerne om kontrolundersøgelsen i kendelsen.

7.3.3. Sammenfatning.

Hidtil er det således kun for Klagenævnet lykket at afgrænse begrebet ”*plausible indikationer*”, herunder definere ordregivers bevisbyrde ved udelukkelse med henblik på konkurrencefordrejning, til de i ovenstående (1) tilfælde, der vedrører den tilbudsgivers *adfærd*, specielt i form af identisk udformning af tilbuddene, der er fundet i to eller flere bud. Det er derfor i sjældnere tilfælde, at bevisbyrden for tilstrækkelige plausible indikationer kan løftes i lyset af det (2) *strukturelle* spørgsmål om ejerforholdene mellem tilbudsgiverne i medfør af ovenstående praksis eller i henhold til håndhævelsesforanstaltninger fra andre offentlige myndigheder.

Klagenævnet har i sin praksis endnu ikke direkte sondret mellem, om den formodede overtrædelse af konkurrencereglerne kan konstateres i medfør af et ulovligt konsortium eller i form af en konkurrencebegrænsende aftale, da man som ordregiver bør udelukke i begge henseender. Navnlig kan denne sondring dog være væsentlig, når ordregiver skal løfte sin bevisbyrde. Hvis der tales om en konkurrencebegrænsende aftale, vil ordregiver således vurdere, om der foreligger en *samordning* mellem tilbudsgiverne, og såfremt dette kan påvises, vil der kunne ske udelukkelse, jf. UL § 137, stk. 1, nr. 3. I forbindelse med konsortier står det omvendt meget klart, at der er tale om andre indikationer end samordninger, idet navnene på de økonomiske aktører fremgår af konsortiet. Ordregiver vil i dette tilfælde forholde sig til, hvorvidt konsortiedeltagerne individuelt har kapacitet til at byde på opgaven selvstændigt.¹³³

Hvad der ligger i begrebet tilstrækkelige plausible indikationer, og hvornår ordregiver kan opfylde kravet om at have tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske med henblik på konkurrencefordrejning, afhænger dermed af hvilken type af indicier ordregiver kan observere fra økonomiske aktører, når de skal løfte bevisbyrden.

¹³³ Steinicke, Michael, ”Into the Northern Light- in memory of Steen Treumer”, s. 110.

7.4. Ordregivers skønsmargin og grænser for skønsmarginalen

7.4.1. Ordregivers skønsmarginal

Ordregiver er som bekendt tillagt en skønsmargin, henset til deres vurdering for at konstatere kravet om *”tilstrækkelige plausible indikationer”* er opfyldt. Dette følger ligeledes af lovbemærkningerne til bestemmelsen, hvor kravet om plausible indikationer anses for at udgøre en lempeligere vurdering sammenlignet med de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde, hvor ordregiver skal *påvise*, at tilbudsgiver eller ansøger kan være omfattet af udelukkelsesgrunde.¹³⁴ Selvom det af bestemmelsen kan synes, at ordregiver kan have en bredere skønsmarginal, er skønsmarginalen dog alene afgrænset til at vurdere udbudsreglerne. Dette er også blevet fastslået klagenævnets praksis, hvor Klagenævnet har udtalt, at de ikke har kompetence til at tage stilling til, om konkurrencereglerne er overholdt.¹³⁵ Klagenævnets afgrænsning må i særdeleshed også gælde for ordregivere, medmindre ordregiver i udbudsmaterialet særligt fastsætter særlige krav om overensstemmelse med konkurrencelovgivningen.¹³⁶

For så vidt angår udbudsdirektivet art. 57, stk. 4, litra d, angives det ikke nærmere, hvordan ordregiver skal vurdere udelukkelsen af en tilbudsgiver med henblik på konkurrencefordrejning. Hensigten fra EU-lovgiver synes dog at være, at yde de ordregivende myndigheder en vis frihed fra sag til sag at vurdere, hvorvidt betingelserne for udelukkelse af tilbudsgiver er til stede, uden at dette skal være præskriptivt.¹³⁷ Flere gange har EU-Domstolen tilkendegivet, at vurderingen i udbudsdirektivet artikel 57, stk. 4, litra d, ikke er op til et nationalt organ eller en anden national instans. Vurderingen om en tilbudsgiver skal udelukkes fra udbudsprocessen på grund af konkurrencefordrejning skal foretages uafhængigt af den ordregivende myndighed.¹³⁸

I Delta Antrepriza-dommen udtaler EU-Domstolen følgende;

“Den mulighed, som enhver ordregivende myndighed har for at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, er navnlig bestemt til at gøre det muligt for denne at vurdere hver af

¹³⁴ LFB 2015-11-12 nr 19

¹³⁵ Kendelse af 22. december 2017. Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed.

¹³⁶ Ibid, jf. s.12 i kendelsen.

¹³⁷ Se Eu-Domstolens dom af 24.10.2018 i sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, præmis 23, dom af 19.6.2019 i sag C-41/18, Meca srl, præmis 28 og 31, og dom af 3.10.2019 i sag C-267/18, Delta Antrepriza, præmis 25-29.

¹³⁸ Se EU-Domstolens dom af 20.11.2019 i sag C-552/18, Indaco, præmis 24.

tilbudsgivernes integritet og pålidelighed”, ved at sikre “[...] førstnævntes pålidelighed, som ligger til grund for den tillid, som sidstnævnte viser denne”.¹³⁹

EU-Domstolen bekræfter således den brede rækkevidde af ordregivers skønsbeføjelser med henblik på at udelukke en økonomisk aktør på baggrund af en indikation, som følge af en ulovlig samordning mellem tilbudsgiverne.

7.4.2. Grænserne for ordregivers skønsbeføjelse

Direktivet fastsætter dog visse begrænsninger til ordregivers skønsbeføjelse.¹⁴⁰ Den økonomiske aktørs mulighed for at påvise deres pålidelighed, efter at de er blevet udelukket fra den pågældende udbudsprocedure, udgør et krav der sætter en grænse for ordregivers skøn, når de skal vurdere, om et tilbud skal afvises.¹⁴¹ Den økonomiske aktørs mulighed for at vise deres pålidelighed er således et krav, der sætter en grænse for ordregivers skøn, når de skal vurdere, om et tilbud skal afvises.

En anden begrænsning i ordregivers skønsbeføjelse er iagttagelsen af proportionalitetsprincippet, der i tildelingsproceduren omfatter alle faser, hvorfor princippet også finder anvendelse for vurderingen af aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Præambelbetragtning 101 til udbudsdirektivet bekræfter ligeledes dette; *“Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitets- princippet”*.¹⁴²

Proportionalitetsprincippet kræver således, at ordregiver foretager en individuel og konkret vurdering af den pågældende tilbudsgiver eller ansøger, uden at tillægge tidligere afgørelser fra andre myndigheder betydning¹⁴³, og samtidig respekterer den økonomiske aktørs ret til at dokumentere afhjælpende foranstaltninger.¹⁴⁴

Klagenævnet har forsøgt at udarbejde nogle grundlæggende retningslinjer for fortolkningen af begrebet *“tilstrækkelige plausible indikationer”* i de tilfælde, hvor udelukkelsesgrunde har

¹³⁹ Sag C-267/18, Delta Antrepriza, præmis 26.

¹⁴⁰ 2014/24 udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6,

¹⁴¹ Jf. nedenstående afsnit 10. *“Self-cleaning”*

¹⁴² Præambelbetragtning til udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, 2014/24.

¹⁴³ Sag C-425/18, CNS, præmis 34.

¹⁴⁴ *“Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund, Official Journal 2021/C 91/01.”*

været tilvalgt af den ordregivende myndighed.¹⁴⁵ Klagenævnet har imidlertid også taget stilling til ordregivers skønsbeføjelse i de tilfælde, hvor udelukkelsesgrunden i UL § 137, stk. 1, nr. 3 ikke har været tilvalgt, men hvor tilbudsgiver eller ansøger har indgivet klage om at flere tilbudsgivere har indgået en konkurrencefordrejende aftale i det pågældende udbud. Spørgsmålet er, hvilket retsgrundlag ordregiver skal basere sit skøn på, når den frivillige "løsning" i UL § 137, stk. 1, nr. 3, ikke er tilvalgt. I disse tilfælde er Klagenævnet kommet frem til, at ordregiver kan anvende ligebehandlingsprincippet som retsgrundlag i forbindelse med deres vurdering. Klagenævnet har indtil videre taget stilling til dette tilfælde i to kendelser.

I kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, hvor den relevante nedlagte påstand angik, at ordregiver havde overtrådt principperne om ligebehandling, ved ikke at have udelukket tilbudsgiver, M, efter nugældende UL § 137, stk. 1, nr. 3, idet M's anvendelse af støttende enheder var en konkurrencebegrænsende aftale. Indledningsvist udtalte Klagenævnet, at de ikke besidder kompetencerne til at vurdere, om konkurrencereglerne er overholdt. Klagenævnet udelukkede dog ikke muligheden for at behandle spørgsmålet om, hvorvidt en sammenslutning eller konsortium er i overensstemmelse med den konkurrenceretlige lovgivning, såfremt UL § 137, stk. 1, nr. 3, er tilvalgt.¹⁴⁶

Ordregiver havde ikke tilvalgt UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet tog stilling til fraværet af den frivillige udelukkelsesgrund, hvor Klagenævnet fastslog, at en ordregivende myndighed kan være forpligtet til at udelukke efter ligebehandlingsprincippet, uanset at UL § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt, såfremt de økonomiske aktører har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Prøvelsen af vurderingen skulle derfor ske på baggrund af ligebehandlingsprincippet, hvilket kræver et mere sikkert grundlag end skønsbeføjelsen efter UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet udtalte i kendelsen, at det påhviler ordregiver efter UL § 2, at foretage en undersøgelse af om et tilbud, hvor der er givet anledning til tvivl, er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende adfærd.

Selvom skønsbeføjelsen efter UL § 2 kræver et mere sikkert grundlag, er ordregiver dog stadig overladt et vist skøn ved vurderingen af, om der foreligger det fornødne sikre grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er ulovlig efter konkurrencereglerne, således at

¹⁴⁵ Se afsnit 7.3. "*Tilstrækkelige plausible indikationer som bevisbyrde*"

¹⁴⁶ Betragtningen er i overensstemmelse med Klagenævnets kendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed.

ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes.¹⁴⁷ At flere virksomheder har stået bag et tilbud, kunne efter klagenævnet ikke udgøre et sådant sikkert grundlag for at ordregiver skulle have udelukket i medfør af UL § 2.

Kendelsen belyser således principielt, hvilke forpligtelser ordregiver har i henhold til deres vurdering af konkurrencefordrejning i et udbud. For ordregiver illustrerer kendelsen en indirekte form for obligatorisk udelukkelsesgrund i medfør af principperne i UL § 2, da det hermed altid påhviler ordregivere at undersøge, hvorvidt der er tale om en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, selvom den relevante udelukkelsesgrund herfor ikke er tilvalgt.

Ordregiver kan således ikke undvige for denne vurdering, når de fravælger udelukkelsesgrunden. Kendelsen viser endvidere, at det for ordregiver, indebærer et bredere skøn, når UL § 137, stk. 1, nr. 3, finder anvendelse, end hvis ordregiver skal konkludere konkurrencefordrejning efter UL § 2 på et mere "*sikkert grundlag*". Det må herved fastslås, at en fravælgelse af UL § 137, stk. 1, nr. 3, kan udgøre en begrænsning af den ordregivende myndigheds skønsbeføjelse, når vurderingen i stedet skal ske efter de udbudsretlige principper i UL § 2.

Det bør anføres, at de udbudsretlige principper altid skal overholdes, men det må samtidig konstateres, at ordregivers prøvelse i forhold til at konkludere tilstrækkelige plausible indikationer for konkurrencefordrejning, må anses for udvidet sammenlignet med tilfældet, hvor ordregiver skal vurdere en aftale med henblik på konkurrencefordrejning i lyset af det sikre grundlag efter UL § 2. Dette skyldes, at retsgrundlaget for ordregivers vurdering synes mere tydelig i de tilfælde, hvor UL § 137, stk. 1, nr. 3, er tilvalgt, idet bestemmelsen specifikt behandler spørgsmålet om konkurrencefordrejning.

I en senere kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune tog Klagenævnet endnu en gang stilling til en situation, hvor ordregiver ikke havde tilvalgt UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet henviser indledningsvis til prøvelsen i ovenstående Peak Consulting-kendelse, hvor deres vurdering af, om der foreligger en konkurrencefordrejende aftale, skal baseres på UL § 2. Klagenævnet understreger den tidligere grundsætning om, at

¹⁴⁷ Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, jf. s.56 i kendelsen.

vurderingen skal basere sig på et mere “sikkert grundlag”, end hvis vurderingen skulle ske efter UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet fandt heller ikke i denne kendelse et tilstrækkeligt grundlag til at antage, at de deltagende økonomiske aktører i udbuddet skulle have indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Dette bekræfter, at Klagenævnet er tilbageholdende med at statuere konkurrencefordrejning i medfør af principperne.

7.4.3. Fordele og ulemper ved anvendelsen af de udbudsretlige principper

Klagenævnets anvendelse af de udbudsretlige principper, i henhold til at vurdere konkurrencefordrejning er behæftet med både fordele og ulemper.

På den ene side kan det anføres, at det synes betryggende for konkurrencen i udbuddet, at principperne stiller yderligere sikkerhed til håndhævelsen af konkurrencefordrejning, idet UL § 2 finder anvendelse uafhængigt af om UL § 137, stk. 1, nr. 3, er tilvalgt i det pågældende udbud.

Dog kan dette danne tvivl om, hvorvidt vurderingen af konkurrencefordrejning er tilstrækkelig nok efter anvendelse af UL § 137, stk. 1, nr. 3, da bevisbyrden for denne synes lettere i praksis.¹⁴⁸ De ovenstående sager fratager ligeledes ordregiver for at undgå spørgsmålet om konkurrencefordrejning i forbindelse med et udbud, hvorfor man med rette kan spørge, om UL § 137, stk. 1, nr. 3 har mistet sin betydning på baggrund af Klagenævnets praksis. Dette må dog afvises, da det synes vanskeligere at konkludere konkurrencefordrejning på baggrund af principperne, end når UL § 137, stk. 1, nr. 3 finder anvendelse, hvilket nødvendiggør anvendelsen af UL § 137, stk. 1, nr. 3, i de tilfælde hvor der ikke kan konstateres et sikkert grundlag for konkurrencefordrejning.

Det må generelt konstateres, at udelukkelse med henblik på konkurrencefordrejning efter principperne er sværere at opfylde, i forhold til udelukkelse på baggrund af den frivillige udelukkelsesgrund.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Se kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden, hvor klagenævnet konstateres, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer for ordregiver til at konkludere konkurrencefordrejning på en aftale. Et lignende tilfælde ved prøvelsen af principperne, er endnu ikke set i praksis.

¹⁴⁹ Se analyse af kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden i afsnit 7.3. “Tilstrækkelige plausible indikationer som bevisbyrde”.

8. Sammenfatningen mellem UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3

I ovenstående afsnit er begge bestemmelser blevet analyseret adskilt. Dog vil vurderingen af bestemmelserne være en anden, når disse diskuteres imod hinanden, hvilket dette afsnit vil tage afsæt i.

I henhold til bestemmelsesernes anvendelsesområde må det først og fremmest pointeres, at det flere gange i retspraksis er blevet fastlagt, at bestemmelserne kan anvendes i en bestemt prioritetsstilling afhængigt af sagens omstændigheder. Generaladvokaten Campos Sánchez-Bordonas har i flere tilfælde pointeret, at UL § 136, stk. 1, nr. 4, kan anses for at udgøre *lex generalis* i forhold til de øvrige udelukkelsesgrunde, som kan anskues at være *lex specialis*.¹⁵⁰ Dette gør sig blandt andet gældende i forholdet mellem UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3, hvorved førstnævnte alene finder anvendelse, såfremt UL § 137, stk. 1, nr. 3, ikke omfatter den pågældende overtrædelse.

Med afsæt i ovenstående analyser af bestemmelserne kan det anføres, at UL § 136, stk. 1, nr. 4, er nemmere at anvende for ordregiver, i forhold til UL § 137, stk. 1, nr. 3. Dette kan siges på baggrund af, at det er lettere at fastlægge grundlaget for, hvilke alvorlige forsømmelser der er begået i erhvervsudøvelsen og som sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet, i forhold til at fastlægge de plausible indikationer, og hvad dette reelt omfatter.¹⁵¹

På den anden side, må det pointeres at der ved anvendelse af UL § 137, stk. 1, nr. 3, alene stilles krav til at ordregiver *har* tilstrækkelige plausible indikationer på, at den pågældende økonomiske aktør har indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Hvorimod ordregiver i henhold til UL § 136, stk. 1, nr. 4, skal *påvise*, at tilbudsgiveren eller ansøgeren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv. Der stilles derfor højere krav til ordregiver ved anvendelse af UL § 136, stk. 1, nr. 4, da det ikke vil anses for at være tilstrækkeligt, at denne har indikationer på at der er begået alvorlige forsømmelser. Dette udgør tillige, at ordregivers skøn reelt er af større omfang ved anvendelsen af UL § 137, stk. 1, nr. 3, da ordregiver har muligheden for at vægte flere forskellige faktorer, der måtte give denne

¹⁵⁰ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas udtalelse af 8. maj 2019 i sagen C-267/18, Delta, samt udtalelse af 7. marts 2019 i sagen C-41/18, Meca. Udtalelserne i begge sager angår forholdet mellem art. 57, stk. 4, litra c og g, dog kan lignende betragtninger gøre sig gældende for art. 57, stk. 4, litra c og d, herunder UL §§ 136, stk. 1, nr. 4 og 137, stk. 1, nr. 3.

¹⁵¹ jf. Ovenstående afsnit 6.3. om alvorlige forsømmelser og 7.3.2. om former for plausible indikationer.

tilstrækkelige plausible indikationer, hvorimod ordregivers skøn i forbindelse med UL § 136, stk. 1, nr. 4, tager afsæt i et mere sikkert grundlag i henhold til dokumentationskravet.

Sammenfattende kan det siges, at der er mest der taler for, at UL § 136, stk. 1, nr. 4, er mere *anvendelig*, frem for UL § 137, stk. 1, nr. 3, da rammerne for bevisbyrden ved UL § 137, stk. 1, nr. 3, ikke fremstår klart i praksis,¹⁵² modsat grundlaget for alvorlige forsømmelser.

På trods af, at UL § 136, stk. 1, nr. 4, ifølge ovenstående, er nemmere at anvende frem for UL § 137, stk. 1, nr. 3, må det dog pointeres at sidstnævnte bestemmelse skal tilvælges i forbindelse med en udbudsprocedure, modsat bestemmelsen om alvorlige forsømmelser. Dette er som nævnt på baggrund af, at UL § 137, stk. 1, nr. 3, er en frivillig udelukkelsesgrund, hvorimod UL § 136, stk. 1, nr. 4, med lovændringen er blevet en obligatorisk udelukkelsesgrund. Ordregivere skal derfor aktivt beslutte sig om, hvorvidt de ønsker at tilvælge denne regel i den pågældende udbudsprocedure, eller om de vil undlade den.

I litteraturen argumenteres der blandt andet for, at ændringen fra frivillig til obligatorisk udelukkelsesgrund i henhold til UL § 136, stk. 1, nr. 4, kan anses for at gøre tilvalget af UL § 137, stk. 1, nr. 3, for overflødig.¹⁵³ Dette menes på baggrund af, at ordregivere allerede har pligt til at udelukke tilbudsgivere eller ansøgere, der i et vidt omfang har overtrådt konkurrencereglerne, i medfør af den nu obligatoriske bestemmelse i UL § 136, stk. 1, nr. 4.

Man kan dog stille sig kritisk over for dette argument, særligt på baggrund af ovenstående analyse af bestemmelserne. Analyserne viser med afsæt i retspraksis fra EU-Domstolen samt på national plan, at man som tilbudsgiver eller ansøger ikke nødvendigvis skal have overtrådt konkurrencereglerne for at blive omfattet af UL § 137, stk. 1, nr. 3. Det synes derfor ikke at være overflødigt for ordregivere, at tilvælge UL § 137, stk. 1, nr. 3, da det ikke er sikkert, at man som tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af bestemmelsen, alene som følge af at være omfattet af UL § 136, stk. 1, nr. 4.

¹⁵² Se afsnit 7.3. "*Tilstrækkelige plausible indikationer som bevisbyrde*".

¹⁵³ Ølykke, Skovgaard Grith, "*EU udbudsregler- i dansk kontekst*", 2022 (3. udg.), kap.7, s.651-652.

9. Overvejelser om ændringen af alvorlige forsømmelser fra en frivillig til en obligatorisk udelukkelsesgrund

Der kan forekomme tilfælde, hvor en økonomisk aktør i en given situation har en konkurrencefordel, som følge af bestemte omstændigheder, hvilket kan forringe ligebehandlingen i den pågældende udbudsprocedure. Når lovgiver dermed beslutter at ændre en frivillig udelukkelsesgrund, til at være obligatorisk, kan dette siges at være med til at skabe ligebehandling i en situation, hvor der ellers kunne foreligge konkurrencefordrejning, da det således vil være *obligatorisk* at udelukke økonomiske aktører der eksempelvis har en konkurrencefordel.

Det må dog påpeges, at man i litteraturen forholder sig kritisk til, hvorvidt det reelt var nødvendigt at gøre den frivillige udelukkelsesgrund før ændringen af udbudsloven, til obligatorisk i medfør af UL § 136, stk. 1, nr. 4, for at sikre større ligebehandling.¹⁵⁴ Det synes at være klart, at ordregiver *bør* udelukke en økonomisk aktør, der har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med sin erhvervsudøvelse. Dog må det pointeres, at ligebehandlingen i udbudsproceduren ikke nødvendigvis *forringes*, såfremt den ordregivende myndighed ikke gjorde dette, idet ikke alle alvorlige forsømmelser udgør en overtrædelse af konkurrenceregler.¹⁵⁵

Derudover må det fastlægges, at der i dansk retspraksis endnu ikke er afgjort nogle sager, hvor UL § 136, stk. 1, nr. 4, er blevet anvendt i henhold til sager der vedrører konkurrencefordrejning. Dette kan understøtte standpunktet om, at det reelt ikke har været nødvendigt at ændre bestemmelsen til en obligatorisk udelukkelsesgrund.

På den anden side kan der argumenteres for, at det har været nødvendigt for at forebygge, at der i fremtiden forekommer sådanne situationer, hvor økonomiske aktører der har begået alvorlige forsømmelser, som led i deres virksomhedsudøvelse, alligevel får lov til at deltage i udbud om offentlige kontrakter. Særligt på baggrund af, at det kan svække retssikkerheden, såfremt økonomiske aktører kan få adgang til fortsat at deltage i udbudsprocedure, på trods af at de har begået alvorlige forsømmelser. Det kan derfor siges, at lovgiver har anset det som værende nødvendigt, at det ikke skal stå ordregiver frit, hvorvidt denne bestemmelse skal kunne

¹⁵⁴ Ved gennemførelsen af direktiv 2014/24, bestemte de danske lovgivere at ændre tre af de frivillige udelukkelsesgrunde til obligatoriske, da det synes nødvendigt at udelukke økonomiske aktører for at sikre ligebehandling, jf. Steinicke, Michael, "Into the Northern Light- in memory of Steen Treumer", s. 111.

¹⁵⁵ Manglende udelukkelse med afsæt i art. 57, stk. 4, litra e, f og h, som blev ændret til at være obligatoriske ved den oprindelige gennemførelse af direktiv 2014/24, ville derimod påvirke ligebehandlingen i udbudsproceduren, jf. Ibid, s. 112.

tilvælges i en udbudsprocedure.¹⁵⁶ Dette kan siges at være i form af et politisk ønske om, at skabe et større fokus på alvorligheden i, ikke at lade økonomiske aktører der overtræder bestemmelsen, udelukkes fra at samarbejde med offentlige myndigheder.

Dét, at bestemmelsen endnu ikke er anvendt i praksis, kan være som følge af at den for nylig er blevet obligatorisk, hvorfor det på nuværende tidspunkt stadig kan være svært at fastlægge, hvorvidt dette har været nødvendigt. I fremtiden vil det således vise sig, hvorvidt UL § 136, stk. 1, nr. 4, reelt vil anvendes i praksis.

Dog må det konkluderes, at lovgivers intention om at forebygge sådanne lovovertrædelser i fremtiden, og dermed sikre retssikkerheden vægter mere end, at undlade at ændre bestemmelsen til en obligatorisk udelukkelsesgrund, med henvisning til at det ikke nødvendigvis sikre ligebehandling, jf. ovenstående.

10. Self-cleaning

Udbudsretten opererer med enkelte undtagelser til at udelukke økonomiske aktører, som ellers er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Disse undtagelser er fastlagt for at sikre, at der foreligger størst mulig konkurrence om de offentlige kontrakter, hvilket blandt andet kan opnås ved, at så mange økonomiske aktører som muligt får muligheden for at deltage i udbud.¹⁵⁷

Væsentligt for udbudsprocessen er muligheden for *self-cleaning*.¹⁵⁸ Dette er reguleret i UL § 138, som angår at økonomiske aktører kan få muligheden for at rette op på situationer, hvor de ellers var blevet udelukket fra en udbudsprocedure, som følge af at være omfattet af en udelukkelsesgrund i UL §§ 135-137. Formålet med *self-cleaning* er at give økonomiske aktører muligheden for igen at kunne deltage i udbud om offentlige kontrakter, såfremt den pågældende økonomiske aktør har genoprettet sin pålidelighed, samt sikret at lovovertrædelserne ikke vil forekomme i fremtiden. Der vil derfor ikke være grund til at udelukke den økonomiske aktør, såfremt denne har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for at denne er pålidelig.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Bemærkninger til lovforslaget, LFF 2022-05-10 nr. 199. Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

¹⁵⁷ Hamer, Risvig, Carina, "*Udbudsret*", 2021, (2. udgave), s. 503, jf. Se f.eks. C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, pr. 29 samt C-305/08, *CoNISMA*.

¹⁵⁸ *Self-cleaning* reguleret i udbudsdirektivet, er inspireret af retspraksis fra andre medlemsstater, herunder særligt Tyskland og Østrig. Se f.eks. Hermann Pünder, Hans-Joachim Priess & Sue Arrowsmith, »Self-Cleaning in Public Procurement Law«, Carl Heymans Verlag, 2009. De øvrige undtagelser angår UL § 138, stk. 4, væsentlige samfundsinteresser m.m. som vi ikke vil behandle i dette projekt. Se Hamer, Risvig, Carina, "*Udbudsret*", 2021, (2. udgave), kap. 13 afsnit 4.-4.1.

¹⁵⁹ Udbudsdirektivets præambelbetragtning 102.

Hvorvidt en tilbudsgiver eller ansøger i *tilstrækkelig grad* har genoprettet sin pålidelighed for den udelukkelsesgrund som den er omfattet af, afhænger af den specifikke lovovertrædelses karakter.¹⁶⁰ UL § 138, stk. 3, opstiller tiltag som en økonomisk aktør kan foretage for at dokumentere sin pålidelighed, afhængig af de særlige omstændigheder.

UL § 138, stk. 3, nr. 1, angår at den økonomiske aktør skal have ydet erstatning, som den er blevet pålagt eller selv har påtaget sig, for de eventuelle tab som følge af de begåede handlinger. Et eksempel i henhold til konkurrencesager kan være, at forbrugere eller en virksomheds tidligere kontraktpart, kan være interesseret i at få erstatning for merpriser, som der måtte være betalt på grund af et kartel.¹⁶¹

UL § 138, stk. 3, nr. 2, omhandler indgående redegørelse for forholdene gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, hvilket kan indebære iværksættelse af interviews med medarbejdere, foretage revision samt fremstille relevant dokumentation.

UL § 138, stk. 3, nr. 3, angiver krav om at træffe passende tekniske, organisatoriske samt personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser. Dette indebærer blandt andet at afbryde forbindelse med de personer eller organisationer, der har været involveret i ukorrekt adfærd, som har ledt til udelukkelse, reorganisering af medarbejdere, m.m.¹⁶²

Det kan anføres, at det kan være vanskeligt at afgøre, hvilke self-cleaning-foranstaltninger en økonomisk aktør skal iværksætte, såfremt der foreligger konkurrencefordrejning i et specifikt udbud.¹⁶³ I kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden, som angik spørgsmålet om, der forelå tilstrækkelige plausible indikationer på aftale om konkurrencefordrejning.¹⁶⁴ I sagen vurderede Klagenævnet at, *“(…) der på evaluerings- og tildelingstidspunktet forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, og at Region*

¹⁶⁰ Hamer, Risvig, Carina, ”Udbudsret”, 2021, (2. udgave), s. 507.

¹⁶¹ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning”, udgivet 2022, s. 159.

¹⁶² Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 102.

¹⁶³ Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning”, udgivet 2022, s. 159.

¹⁶⁴ Kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden, jf. ovenstående afsnit 7.3.2.2. ”Adfærdsmæssige indikationer”.

Hovedstaden burde have undersøgt dette forhold nærmere, jf. UL § 138". Det kan heraf udledes, at ordregiver var forpligtet til at udelukke virksomheden, med den undtagelse at virksomheden kunne dokumentere sin pålidelighed ved self-cleaning. Det er således UL § 138, der er central for udtalelsen frem for bestemmelsen om konkurrencefordrejning, jf. UL § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnet annullerede ordregiverens tildelingsbeslutning, som følge af, at der ikke forelå en undersøgelse for self-cleaning.

Denne konklusion blev tillige lagt til grund af Klagenævnet, i en senere kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden. Det væsentlige i denne kendelse var hvorvidt der var foretaget *tilstrækkeligt* self-cleaning. I denne forbindelse udtalte Klagenævnet, at *"Det fremgår ikke af regionens evalueringsrapport af 3. november 2021, at regionen har foretaget en vurdering i overensstemmelse med udbudslovens § 138, herunder om regionen har fundet, at Abenas redegørelse indeholdt tilstrækkelig dokumentation for Abenas pålidelighed"*.¹⁶⁵ Der forelå således en manglende undersøgelse af, hvorvidt Abenas self-cleaning-tiltag kunne anses for at være tilstrækkeligt. Dog afgjorde Klagenævnet ikke sagen ved selv at vurdere, om tiltagene var tilstrækkelige. Ordregiver skal derfor foretage en konkret og selvstændig vurdering i forhold til hvorvidt de pågældende tiltag, som den økonomiske har foretaget, har været tilstrækkelige for at dokumentere deres pålidelighed.

Fra den 1. januar 2023 har ordregiver haft pligt til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, når ordregiver skal vurdere en virksomheds dokumentation for pålidelighed, jf. UL § 138, stk. 1, 2. pkt. Dette medfører en forsinkelse af ordregivers vurdering, idet ordregiver er forpligtet til at afvente Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Ordregiver vurdering er dog stadig selvstændig. Det tidsmæssige element ved proceduren kan endvidere danne et bedre grundlag for ordregiver til at vurdere tiltagene fra de økonomiske aktører, hvilket er med til at styrke retssikkerheden vedrørende en lige standard for udelukkelse.

¹⁶⁵ Kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden

10.1. Ophør af kontrakter, jf. UL § 185

På trods af, at en økonomisk aktør har foretaget en tilstrækkelig self-cleaning-process og derefter har fået tildelt kontrakten, skal det dog pointeres, at dette ikke udelukker, at den økonomiske aktør alligevel kan blive udelukket af en udbudsprocedure. Dette er som følge af, at UL § 185, regulerer ordregivers ret til at bringe en kontrakt til ophør.

Efter UL § 185, stk. 1, nr. 2, kan ordregiveren vælge at bringe en kontrakt til ophør, hvis den økonomiske aktør har været omfattet af en af udelukkelsesgrundene i UL §§ 135-137 *på tidspunktet* for tildelingen af kontrakten, hvorefter den økonomiske aktør skulle have været udelukket fra udbudsproceduren.¹⁶⁶ Ifølge lovbemærkningerne¹⁶⁷ skal bestemmelsen yderligere forstås således, at kontrakten kan bringes til ophør, hvis ordregiver har angivet, at tilbudsgiver eller ansøger vil blive udelukket, såfremt de er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1-6. Tilfælde hvor dette kan være relevant er, når det viser sig, at der er en fejl i forbindelse med den økonomiske aktørs fremlagte dokumentation for, at denne ikke skulle være omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund.

Viser det sig, at den vindende tilbudsgiver har været omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde *efter* kontraktindgåelsen, er det kun muligt for ordregiver at bringe kontrakten til ophør, hvis ordregiveren giver mulighed for tilbudsgiveren at fremlægge tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning, jf. UL § 138, stk. 2.¹⁶⁸ Retten til at dokumentere self-cleaning er således også forbeholdt for den vindende tilbudsgiver i de tilfælde, hvor den pågældende udelukkelsesgrund fastslås efter indgåelsen af kontrakten. Baseret på en formålsfortolkning sammenholdt med UL § 2, herunder særligt proportionalitetsprincippet, kan der argumenteres for at tilbudsgiverens self-cleaning efter kontraktindgåelsen vil medføre, at opsigelsesadgangen for ordregiver giver bortfalder, på trods af ordlyden i UL § 185, stk. 1, nr. 2.

I det seneste forslag til lov om ændring i udbudsloven, blev det foreslået at udvide anvendelsesområdet for UL § 185, stk. 1, således at en ordregiver kan bringe en kontrakt til ophør, når den økonomiske aktør i løbet af *kontraktens løbetid* bliver omfattet af en af udbudslovens udelukkelsesgrunde og ikke på tilstrækkelig vis kan dokumentere sin

¹⁶⁶ UL § 185, stk. 1, nr. 2.

¹⁶⁷ LFF 2015-10-07 nr 19, bemærkning til § 185.

¹⁶⁸ Ibid, Se også ovenstående afsnit 10. "*Self-cleaning*"

pålidelighed i medfør af UL § 138 om self-cleaning.¹⁶⁹ Udvidelsen af anvendelsesområdet for UL § 185, stk. 1, er nu indsat i UL § 185, stk. 1, nr. 3.¹⁷⁰

Det kan udledes at årsagen til, at lovgiver har indsat bestemmelsen, er for at skærpe håndhævelsen af reglerne på området, hvor økonomiske aktører bliver omfattet af udbudslovens udelukkelsesgrunde. Økonomiske aktører skal således stå til ansvar for deres lovovertrædelser, på trods af at de allerede er blevet tildelt en kontrakt med det offentlige. Bestemmelsen bidrager således til, at økonomiske aktører forbliver kompatible under hele kontraktperioden, og ikke alene for tidspunktet op til kontraktindgåelsen.

11. Konklusion

Udarbejdelsen af dette projekt har ledt til en fyldestgørende undersøgelse af hvornår en ordregiver kan udelukke tilbudsgivere eller ansøgere, med henvisning til konkurrencefordrejning i henhold til UL § 136, stk. 1, nr. 4, § 137, stk. 1, nr. 3 og UL § 2.

De særskilte afsnit om UL §§ 136, stk. 1, nr. 4, og 137, stk. 1, nr. 3, har bidraget til at fastlægge, anvendelsesområdet og hvad der skal til for at man som økonomisk aktør er omfattet af disse bestemmelser. Denne undersøgelse, sammenholdt med praksis, har blandt andet fastlagt at aftalebegrebet i udbudsretten og konkurrenceretten skal fortolkes i overensstemmelse med hinanden, hvilket betyder at "*samordnet praksis*" og "*vedtagelser*" er aftaleformer, der kan foranledige konkurrencefordrejende aftaler i udbudsretten. For så vidt angår Klagenævnets kompetence skal det konkluderes, at de ikke besidder kompetencen til at tage stilling til, om konkurrencereglerne er overholdt, medmindre ordregiver har specificeret særlige krav om dette i udbudsmaterialet.

Analysen viser, at det ikke direkte er fastlagt i lovgivningen, hvad der nærmere skal forstås med begrebet "*alvorlig forsømmelser*" i UL § 136, stk. 1, nr. 4, i relation til konkurrencefordrejning. På baggrund af en analyse af de pågældende sager, konkluderes det at EU-Domstolen opstiller retningslinjer for hvornår der *generelt* er tale om en alvorlig fejl, samt hvad der skal til for at der foreligger en alvorlig fejl i relation til *konkurrencefordrejning*. I denne forbindelse har EU-Domstolen gentagne gange vægtet forholdet, at der skal være tale

¹⁶⁹ Lovforslag nr. L 199. Frem til d. 10. maj 2022.

¹⁷⁰ L 2022-06-21 nr.884.

om en *culpøs adfærd*, som påvirker den økonomiske aktørs faglige troværdighed i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, som retningslinjer for hvornår der kan ske udelukkelse i medfør af UL § 136, stk. 1, nr. 4. Dette bliver tillige bekræftet af de nationale domstole, eftersom at de følger disse retningslinjer i sager hvor samme spørgsmål bliver vurderet i national ret.

Analysen illustrerer endvidere, på baggrund af lovbemærkningerne til UL § 137, stk. 1, nr. 3, at graden af "*tilstrækkelighed*" for ordregivers plausible indikationer anses for opfyldt, såfremt ordregiveren kan fremlægge dokumentation, eller hvor der er rejst en tiltale, der troværdigt indikerer, at tilbudsgiveren eller ansøgeren har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. På baggrund af analysen af Klagenævnets praksis, kan det nærmere konkluderes, at begrebet "*plausible indikationer*" og bevisbyrden herfor indtil videre kan afgrænses til de tilfælde, der vedrører tilbudsgiverens samordning, herunder adfærd, specielt i form af identisk udformning af tilbuddene, der er fundet i to eller flere bud. Det skal endvidere konstateres, at det hermed er sværere for ordregiver at løfte bevisbyrden for tilstrækkelige plausible indikationer, når situationen vedrører de strukturelle spørgsmål om ejerforholdene mellem de økonomiske aktører.

Dernæst kan det fastslås, at ordregivers vurdering af konkurrencefordrejning i et udbud ikke afhænger af om den frivillige udelukkelsesgrund UL § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt, idet principperne i UL § 2 også kan danne et retsgrundlaget for vurderingen. Ordregiver er pålagt en "obligatorisk" forpligtelse efter UL § 2, hvilket indebærer, at det altid påhviler ordregiver at undersøge, hvorvidt der er tale om en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

På baggrund af analysen skal det konkluderes, at når ordregiver skal fastslå konkurrencefordrejning efter UL § 2, kræver dette et mere *sikkert grundlag* end hvis ordregiver skal have tilstrækkelige plausible indikationer på at konkludere konkurrencefordrejning efter UL § 137, stk. 1, nr. 3. Undladelsen af at tilvælge UL § 137, stk. 1, nr. 3 indebærer en begrænsning af ordregivers skønsbeføjelse. Dette skyldes, at retsgrundlaget for ordregivers vurdering med henblik på konkurrencefordrejning synes mere tydelig i de tilfælde, hvor den frivillige udelukkelsesgrund er tilvalgt, idet bestemmelsen konkret behandler tilfældet af konkurrencefordrejning modsat principperne i UL § 2.

Det kan herefter konkluderes, at en vurdering efter principperne i UL § 2, sikrer yderligere sikkerhed i henhold til håndhævelsen af konkurrencefordrejende aftaler, idet principperne finder anvendelse uanset tilvalget af UL § 137, stk. 1, nr. 3. Endvidere er det undersøgt,

hvorvidt vurderingen af konkurrencefordrejning efter UL § 137, stk. 1, nr. 3 kan anses for at være tilstrækkelig. Dette må besvares bekræftende, da det er op til ordregiver at løfte bevisbyrden for at der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer, hvilket er en opgave behæftet med stor kompleksitet, henset til resultatet af analysen om dette.

Sammenholdes UL § 136, stk. 1, nr. 4, med UL § 137, stk. 1, nr. 3 konkluderes det, at førstnævnte bestemmelse er mere anvendelig for ordregiver, da det står klart for en ordregiver hvad bevisbyrden ved anvendelsen af denne bestemmelse indebærer, frem for det uklare grundlag i UL § 137, stk. 1, nr. 3.

Der foreligger både argumenter for og imod nødvendigheden af at ændre bestemmelsen om alvorlige forsømmelser, fra at være en frivillig udelukkelsesgrund til nu at udgøre en obligatorisk udelukkelsesgrund. På baggrund af vores overvejelser, må det dog konkluderes, at lovgivers formål med denne ændring må vægte højere end kritikken om, at ændringen ikke nødvendigvis sikre ligebehandling.

Såfremt ordregiver finder, at der kan konkluderes konkurrencefordrejning i et udbud, herunder udelukkelse, skal de økonomiske aktører have mulighed for at redegøre for det pågældende forhold og rette op på forsømmelserne forinden udelukkelsen. Fremkommer tilbudsgiverne herefter ikke med en plausibel og nærmere begrundet forklaring efter omstændighederne, vil ordregiver være forpligtet til at afvise tilbuddet.

Litteratur

Love, direktiver mm.

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

LBKG 2023-01-06, nr. 10 Udbudsloven

Lovforslag L 19 ”*Forslag til udbudsloven*” fremsat i Folketinget 7. oktober 2015

Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven, 2019/1 LSF 33

L 2022-06-21 nr.884

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

Traktaten om den Europæiske funktionsmåde, TEUF

Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud, LBK, nr. 593 af 2. juni 2016

Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, Lovforslag nr. L 199.

Lov 2022-06-21 nr. 884 om ændring af Udbudsloven, Lov om klagenævnet for udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Lovbekendtgørelse 2021-03-04 nr. 360, Konkurrenceloven

Praksis fra Den Europæiske Unions Domstol

Sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig

Sag C-41/18, Meca

Sag C-267/18, Delta, Antrepriză de Construcții și Montaj

Sag C-395/18, Tim

Sag C-538/13, eVigilo Ltd

Sag C-454/06, Presstext Nachrichten Agentur GmbH

Sag C-87/94 – Kommissionen mod Belgien

Sag C-324/98, Telaustria

Sag C-810/79, Überschär

Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Storebælt

Sagerne C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA

Sag C-336/12-Manova

Sag C-454/06-Presstext

Sag C-26/03- Stadt Halle

Sag C-247/02- Sintesi

Sag C-440/13, Croce Amica One Italia

Sag C-358/12, Libor

Sag C-171/15, Connexion Taxi Services

Sag C-465/11, Forposta og ABC Direct Contact

C-470/13, Generali

Sag C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi

Sag C-73/95 P, Viho Europe BV

Sag C-15/74, Centrafarm BV

Sag C-531/1, Ecoservice

Sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH

Sag C-552/18, Indaco

Sag C-425/18, CNS

Sag C-305/08, *CoNISMa*.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 12. marts 2021, Assemble A/S mod Sorø Kommune

Kendelse af 19. oktober 2009, SV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding,

Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Kendelse af 29. september 2021, OnemMed A/S mod Region Hovedstaden

Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen.

Kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

Kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Kendelsen af 6. juli 2021, SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune.

Kendelsen af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark

Kendelse af 22. december 2017. Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed

Kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden

Praksis fra nationale domstole

Højesterets dom af 27.11.2019 i sag 191/2018 Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S gengivet i U.2020.524H («Vejstribesagen»)

Norges Høyesteretts dom af 22.6.2017 i sag HR-2017-1229-A Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet.

Højesterets dom af 4.juni 2013 i sag 103/2011.

Veiledninger, rapporter, artikler mm.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens, ”*Status for offentlig konkurrence*” (2022), s.5

<https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/hojesteret-vejstribekonsortie-var-et-kartel-9>

<https://smvdanmark.dk/seneste-nyt/nyheder/udbud-og-konkurrence/udbud-konsortium-eller-kartel>

Nielsen Horskjær, Rasmus, Løjmand Sander, Heidi, Hamer Risvig, Carina, “*Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*”, udgivet 2022

Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896

EPPPL 3/2022 (Vol. 17) European Procurement & Public Private Partnership Law Review Vol. 17, Issue 3 (2022)

Sue Arrowsmith “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial And Horizontal Procurement Policies” Research Article, Cambridge Yearbook of European Legal Studies.

Udbud med deltagelse af konsortier- Vejledning til ordregivere- December 2018.

Juridiske vejledning 2023-1 fra skat.dk

Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund, Official Journal 2021/C 91/01.

Sanchez-Graells, Albert “A Deformed Principle of Competition? – The Subjective Drafting of Article 18(1) of Directive 2014/24”

Bøger

Blume, Peter, “*Retssystemet og juridisk metode*”, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag.

Thorbjørn, Bugge, Daniel og Hamer, Risvig, Carina, “*Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner*”, 2020 (1. Udgave), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Bogens forfatter: Carina Risvig Hamer og Steen Schaumburg Müller.

Hamer, Risvig, Carina, “*Udbudsret*”, 2021, (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag.

Ølykke, Skovgaard Grith, “*EU udbudsregler- i dansk kontekst*”, (3. Udgave), 2022, Bogens Forfattere: Mette Ohm, Cecilie Fanø Petersen.

Sanchez-Graells, Albert “*Public procurement and the EU Competition Rules*” 2. udgave, 2015.

Nielsen, Horskjær Rasmus, “*Udbudsretten*”, (1. Udgave), Forlag Ex Tuto, 2019, Bogens Forfatter: Steen Treumer (red.).

Nielsen, Horskjær, Rasmus, “*Konkurrencen om den offentlige kontrakt*”, 1. udgave, 2022, Djøf Forlag.

Hamer, Risvig, Carina, “*Grundlæggende udbudsret*”, udgave 1, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2016.

Steinicke, Michael *"Into the Northern Light- in memory of Steen Treumer"*, udgave 1, Ex Tuto, 2022. Hamer, Risvig, Carina (Red.).

Elgar, Edward *"European Public Procurement- Commentary on Directive 2014/24/EU"*, 2021.

Kuzma, Kataryna og Hartung, Wojchiech *"Combating Collusion in Public Procurement- Legal Limitations on Joint Bidding"* Edward Elgar 2020.

Hermann Pünder, Hans-Joachim Priess & Sue Arrowsmith, *"Self-Cleaning in Public Procurement Law"*, Carl Heymanss Verlag, 2009.