

# Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 136, nr. 4

---

*The Exclusion Ground in section 136 (4) of the Danish Public  
Procurement Act*

Kandidatspeciale af  
**Denis Vukovic (f. 14. december 1998)**

**Studieretning:**  
Cand.jur.

**Vejleder:**  
Rasmus Horskjær Nielsen, Juridisk Institut

## Abstract

The purpose of this master's thesis was to examine how the exclusion ground in section 136 (4) of the Danish Public Procurement Act can be used with focus on its relationship with section 137, paragraph 1 (4) when the latter is not selected in the contract notice. This question is especially interesting in the light of the recent amendments to the Public Procurement Act that entered into force on 1 July 2022<sup>1</sup> and which introduced section 136 (4) as a mandatory exclusion ground compared to before the amendment when it was optional. Thus, this is one of the main topics of the thesis.

First of all, it has been assessed that sec. 136 (4) has a broad field of application and a broad wording making it able to 'catch' grave professional misconduct that the other exclusion grounds are incapable of. In this way, sec. 136 (4) has the role of not only a fall-back clause but also a general clause as it can be applied in many different situations.

The meaning of "*grave professional misconduct, which renders its integrity questionable*" is not easy to understand. However, on the basis of the analysis of the EU Procurement Directive (2014/24), the Danish Public Procurement Act and case law (especially the *Meca* case), it is my assessment that it must be understood in conjunction with whether the contracting authority views the economic operator in question reliable as reliability is fundamental for their relationship. There is clearly a high threshold when it comes to what instances can justify exclusion which is a result of the proportionality principle but when assessing potential exclusion, the contracting authority has a margin of discretion which must be performed objectively<sup>2</sup> and on a sufficiently informed basis.

The examination of case law and the analysis of Directive (see e.g. recital 101) and Act leads to the conclusion that there are overlaps in the fields of application between sec. 136 (4) and several of the other exclusion ground, e.g. sec. 137, paragraph 1 (3) and (4). When both the mandatory and one of the more specific exclusion grounds are applicable, the specific one must be used for excluding an economic operator due to the principle of *lex specialis*. Because of the overlaps, there can be instances that fall under both the mandatory exclusion ground and one of the specific exclusion grounds and these overlaps still exist even if e.g. section 137, paragraph 1 (4) is not selected in the contract

---

<sup>1</sup> L 199, 10. maj 2022

<sup>2</sup> Priess (2014), s. 119

notice. This means that an economic operator could potentially be excluded with reference to sec. 136 (4) on the same grounds as due to section 137, paragraph 1 (4) even if it is not selected in the contract notice. This raises the question, whether or not it creates a problem in regards to the principle of transparency since this principle was the reason for the way art. 57 (4) was implemented in Danish law.<sup>3</sup> The EU law defines the outer limits for how member states can implement the Directive into their national law. The principle of transparency in the form of the requirement in Danish law to state in the contract notice which optional exclusion grounds will be a part of the tender in question is a solely national requirement. If there are overlaps according to EU law and its case law, then this takes precedence over national implementation goals. However, it does de facto mean less transparency for economic operators compared to before. This is contradicting to the considerations behind the amendment which states that a balance was struck between making sure that the public sector “don’t do business with companies that don’t act as would be expected from them” and “transparency for all parts”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

<sup>4</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 30

## Indholdsfortegnelse

<b>Kapitel 1. Introduktion til specialet.....</b>	<b>4</b>
1. <i>Indledning og problemformulering</i> .....	4
2. <i>Afgrænsning</i> .....	5
3. <i>Metode og kilder</i> .....	6
3.1 <b>Metode</b> .....	6
3.2 <b>Kilder</b> .....	7
4. <i>Struktur</i> .....	13
<b>Kapitel 2. Kort om de udbudsretlige principper, udelukkelsesgrundene generelt og hensyn bag ...</b>	<b>13</b>
1. <i>De udbudsretlige principper</i> .....	13
2. <i>Udelukkelsesgrundene generelt</i> .....	14
3. <i>Bagvedliggende hensyn</i> .....	17
3.1 <b>Hvorfor § 136, nr. 4 blev indført</b> .....	17
<b>Kapitel 3. Lovfortolkning .....</b>	<b>19</b>
1. <i>Indledning</i> .....	19
2. <i>EU-retlige kilder</i> .....	19
3. <i>Danske kilder</i> .....	22
<b>Kapitel 4. Domsanalyse.....</b>	<b>26</b>
1. <i>Indledning</i> .....	26
2. <i>C-465/11, Forposta</i> .....	26
2.2. <b>Sagens faktum</b> .....	26
2.3. <b>Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling</b> .....	27
3. <i>U.2013.2551, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S</i> .....	30
3.1 <b>Sagens faktum</b> .....	30
3.2 <b>Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling</b> .....	30
4. <i>C-41/18, Meca</i> .....	36
4.1 <b>Sagens faktum</b> .....	36
4.2 <b>Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling</b> .....	37
4.3 <b>Generaladvokatens forslag til afgørelse i Meca</b> .....	40
<b>Kapitel 5. Vurdering .....</b>	<b>41</b>
1. <i>Indledning</i> .....	41
2. <i>Bestemmelsens karakter: en generalklausul?</i> .....	42
3. <i>Forståelse af lovbemærkningerne og sammenhængen til U.2013.2551</i> .....	44
4. <i>Hvordan skal ”integritet” forstås, og hvilket skøn har ordregiver i den forbindelse?</i> .....	47
4.1 <b>Ordregivers skøn ifm. vurderingen</b> .....	50
5. <i>Et gennemsigtighedsproblem? Hvis § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er tilvalgt af ordregiver, kan de samme forhold da gøres gældende fsva. § 136, nr. 4?</i> .....	52
<b>Konklusion .....</b>	<b>57</b>

Kildefortegnelse .....	60
Litteraturfortegnelse.....	68

## Kapitel 1. Introduktion til specialet

### 1. Indledning og problemformulering

Udelukkelsesgrundene i udbudsretten er på mange måder en særlig og interessant størrelse, ikke mindst når de ses i lyset af, at formålet med udbudsreglerne primært er, at der bl.a. sker en åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter,<sup>5</sup> herunder, at hensigten er, at flest mulige virksomheder deltager i denne konkurrence.<sup>6</sup> Lige så indlysende det er, at det offentlige i forbindelse med sit indkøb ikke skal have deltagelse i processen af en aktør, som eksempelvis har forbrudt sig mod loven, lige så stor en byrde kan det omvendt være for virksomheden at blive udelukket. I juli 2022 trådte en ændring af udbudsloven i kraft, hvilket var interessant på flere punkter.<sup>7</sup> En af de interessante ændringer heri var, at udelukkelsesgrunden ang. ”*alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet*” gik fra at være frivillig, dvs. aktivt skulle tilvælges af ordregiveren i det konkrete udbud, til at være obligatorisk og således gælde for alle danske ordregivere i alle EU-udbud. Dette må alt andet lige medføre, at den kommer til at fylde mere i praksis end hidtil, men hvordan kan nyligt indførte § 136, nr. 4 overhovedet bruges som udelukkelsesgrund? Og hvordan er forholdet til de frivillige efter den er gjort obligatorisk? De frivillige skal angives i udbudsbekendtgørelsen for at sikre forudgående gennemsigtighed for tilbudsgivere, hvorved de bl.a. undgår at spille tid og ressourcer på at sende et tilbud ifm. et udbud, som de ikke må deltage i.<sup>8</sup> Betyder det faktisk, at § 136, nr. 4, der ud fra ordlyden synes at være bred, er gjort obligatorisk, at de potentielt samme forhold, som kunne medføre udelukkelse efter f.eks. den frivillige i § 137, stk. 1, nr. 4, nu også skal medføre udelukkelse efter § 136, nr. 4, selvom § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er tilvalgt? Er det

---

<sup>5</sup> Hamer (2021), s. 33

<sup>6</sup> Se bl.a. C-213/07, *Michaniki*, pr. 39 og C-769/21, *Baltic Insurance Company*, pr. 43

<sup>7</sup> L 199, 10. maj 2022

<sup>8</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

i tråd med gennemsigtighedsprincippet, som netop var hensynet bag implementeringen af udelukkelsesgrundene som en til- og fravalgsmodel i udbudsbekendtgørelsen?

Ovenstående observationer og undren har således affødt følgende problemformulering, som denne afhandling vil besvare:

*På baggrund af EU-retlige og danske retskilder analyseres, hvordan udbudslovens § 136, nr. 4 kan bruges som udelukkelsesgrund, herunder især udelukkelsesgrundens forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, når denne frivillige udelukkelsesgrund ikke er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen.*

## 2. Afgrænsning

Problemformuleringen har i sig selv indkredset emnet tilpas meget, hvorved fokus er på udbudslovens<sup>9</sup> § 136, nr. 4 og den artikel fra udbudsdirektivet, der implementeres, nemlig art. 57, stk. 4, litra c), mens de øvrige udbudsdirektiver falder uden for specialet. Fokus er ikke på udelukkelsesperioden og dennes indtræden, uanset, at periodens længde for helhedsbilledets skyld kort benævnes med få ord i kapitel 2. Nogle vil måske stille spørgsmålstegn ved, om ikke § 137, stk. 1, nr. 4 skulle analyseres selvstændigt for at opnå det fulde overblik, før man kan besvare problemformuleringen. Mit fokus er på hvordan udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 kan anvendes og elementet vedr. forholdet til § 137, stk. 1, nr. 4 er alene for at konkretisere hvilket anvendelsesområde § 136, nr. 4 har over for en *frivillig* udelukkelsesgrund, der er relevant i praksis, og som jeg fandt spændende. Således kunne jeg lige så godt have valgt f.eks. § 137, stk. 1, nr. 3 vedr. konkurrencefordrejning i stedet. Udelukkelse hænger tæt sammen med self-cleaning i § 138 (dvs. dokumentation af pålidelighed selvom man er omfattet af udelukkelsesgrund), men pga. det begrænsede antal sider, har jeg fundet det mest hensigtsmæssigt at gå i dybden med selve udelukkelsesgrunden og således ikke behandle self-cleaning-delen nærmere. Sammenligningerne med andre retlige discipliner, såsom aftaleloven, markedsføringsloven, forvaltningsloven mv., er alene mhp. rent lovteknisk at sammenligne, hvordan en regeltype som en ”opsamlingsbestemmelse” eller ”generalklausul” fungerer. Rent indholdsmæssigt er der nemlig væsentlige forskelle fra disse, som for det meste er rent dansk lovgivning, og udbudsretten, der er EU-ret, ligesom de frivillige udelukkelsesgrunde i sagens natur er

---

<sup>9</sup> I det følgende ofte brugt i forkortet form som ”UBL”

udtryk for et frivilligt tilvalg modsat f.eks. aftalelovens ugyldighedsgrunde. Udover den rent lovtekniske og regeltypemæssige sammenligning behandles de andre områder ikke, da de falder uden for fremstillingens problemformulering.

### 3. Metode og kilder

#### 3.1 Metode

For at finde frem til det rigtige juridiske svar på den oven for beskrevne problemformulering er den juridiske metode blevet anvendt.<sup>10</sup> Denne metode benytter jurister i almindelighed til at lokalisere og analysere de retskilder, der kan have betydning ved fastlæggelse af gældende ret,<sup>11</sup> ”*de lege lata*”. Konkret vil jeg i specialet bruge den juridiske metode ved først lovforklaring, dvs. gennemføre en analyse mhp. at bestemme den juridiske mening bag retskilderne,<sup>12</sup> hvor fortolkningsmåder som ordlydsfortolkning og subjektiv fortolkning bringes i spil.<sup>13</sup> Uden først lovforklaringen er det svært at forstå anvendelsen af kilden eller selv skulle anvende den, hvorfor den er en forudsætning for at analysere retspraksis på området.<sup>14</sup> Domme som retskilder kan især være værdifulde, hvis lovgivningen er uklar, men når det skal overvejes at anvende en dom som retskilde, må det først overvejes om dommen kan tillægges værdi som retskilde, og dernæst hvilken regel eller hvilket bidrag til regel, man kan udlede af dommen.<sup>15</sup> Det er således disse to aspekter, som fortolkningen af domme, dvs. domsanalysen, består af, nemlig dels hvad dommens præjudikatværdi er og dels dommens konkrete bidrag til problemstillingen.

Som det vil opdages, er retstilstanden på området præget af uklarhed pga. bl.a. manglende retspraksis og den nye lovændring. På baggrund af analysen af gældende ret kan store dele af den efterfølgende vurdering i specialet derfor anses som udtryk for mit forslag til, hvordan Klagenævnet for Udbuds<sup>16</sup> eller en domstols afgørelse vil være, herunder hvordan forhold skal forstås, hvordan spørgsmål kan løses mv., ”*de sententia ferenda*”.<sup>17</sup> Der er tale om forslag inden for gældende ret i modsætning til forslag rettet mod lovgiver

---

<sup>10</sup> Sten Schaumburg-Müller (2020), s. 19

<sup>11</sup> Blume (2016), s. 171

<sup>12</sup> Ibid, s. 172

<sup>13</sup> Mere herom i kapitel 3

<sup>14</sup> Sten Schaumburg-Müller (2020), s. 70

<sup>15</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 16

<sup>16</sup> Ofte blot omtalt som ”Klagenævnet” i det følgende

<sup>17</sup> Schaumburg-Müller og Viskum (2020), s. 326f

ud over gældende ret, ”*de lege ferenda*”. I kapitel 5, afsnit 5, omtales kort også min vurdering af hensigtsmæssigheden ved, at udelukkelsesgrunden er blevet gjort obligatorisk. Denne vurdering baserer sig på en juridisk funderet analyse af gældende ret og indeholder ikke forslag til, hvordan gældende ret bør være eller forbedringstiltag i øvrigt, hvorfor afsnittet ikke anses som retspolitisk.

## 3.2 Kilder

Centralt for den juridiske metode er retskilderne, der kan defineres som juridiske argumenter, der kan indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret på et bestemt område.<sup>18</sup> Hvilken værdi de enkelte kilder har i den forbindelse, afhænger af en analyse og vurdering i relation til besvarelsen af problemformuleringen, men inden da er det centralt at forstå den generelle retskildemæssige værdi af kilderne, herunder om der overhovedet er tale om en retskilde. Dette behandles derfor i det følgende.

### 3.2.1 EU-retlige kilder

#### 3.2.1.1 Primær regulering

Den primære EU-ret udgøres af Traktaten om Den Europæiske Union (”TEU”), Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (”TEUF”), traktaternes principper samt EU’s Charter om grundlæggende rettigheder.<sup>19</sup> Traktaterne har ikke direkte betydning for problemformuleringen, hvorfor de ikke inddrages i specialet. Dog kan ud fra traktatgrundlaget udledes de tre vigtige udbudsretlige principper, idet EU-Domstolen i C-810/79, *Überschär* udtalte, at ligebehandlingsprincippet kan udledes af TEUF art. 18,<sup>20</sup> hvorfra også kan udledes gennemsigtighedsprincippet,<sup>21</sup> mens proportionalitetsprincippet fremgår direkte af TEU art. 5.<sup>22</sup> Fordi principperne har så stor betydning ved fortolkning af udbudsreglerne, ikke mindst når reglerne ikke er helt klare,<sup>23</sup> indtager de tre principper en afgørende rolle i udbudsretten og udgør derfor en fundamental retskilde, hvilket også kommer til udtryk i specialet.

---

<sup>18</sup> Blume (2016), s. 179

<sup>19</sup> Hamer (2021), s. 39

<sup>20</sup> Ibid, s. 59

<sup>21</sup> Ibid, s. 61

<sup>22</sup> Ibid, s. 63

<sup>23</sup> Ibid, s. 57



### 3.2.1.2 Sekundær regulering og forarbejderne hertil

Udbudsreglerne i Danmark hviler i høj grad på den sekundære EU-regulering i form af især udbudsdirektivet ("UD"), og direktivet er derfor en af de mest centrale retskilder i udbudsretlig sammenhæng, men i tilknytning til UD er der også materiale, hvis generelle værdi ikke er lige så entydig. Det nok væsentligste fortolkningsbidrag hertil er præambelbetragtningerne, og da EU-Domstolen har udtalt, at disse kan være et vejledende fortolkningselement men ikke i sig selv en retsregel,<sup>24</sup> altså, at de ikke er retligt bindende,<sup>25</sup> er der ikke tale om en egentlig retskilde i form af at kunne støtte ret på dem, som Carina R. Hamer også udtrykker det.<sup>26</sup> Steen Treumer har tidligere pointeret, hvordan nogle af overvejelserne i præambelbetragtningerne er 'artikelbestemmelser i forklædning', bl.a. fordi de indgik i Kommissionens forslag til UD<sup>27</sup> som egentlige artikler men endte med at blive flyttet til præambelen.<sup>28</sup> Ift. lovfortolkningen har det således været en overvejelse, hvorvidt fortolkning af dele af præambelbetragtningerne er egentlig ordlydsfortolkning eller subjektiv fortolkning. Når jeg sammenligner Kommissionens forslag med det vedtagne UD, anser jeg de relevante præambelbetragtninger, herunder 101, som hovedsageligt eksempler på hvad der kan udgøre en "alvorlig fejl" mv., hvorfor de bruges som fortolkningsbidrag i specialet og som en del af den subjektive fortolkning.

Netop Kommissionens forslag til udbudsdirektivet er også medtaget i specialet som fortolkningsbidrag. Selvom det er åbenlyst, at der ikke er tale om gældende ret, har EU-Domstolen inddraget forslag til retsakter samt Kommissionens bemærkninger hertil i nyere praksis, bl.a. vedr. forståelsen af begreber, herunder hvad EU-lovgiveren har ønsket hermed,<sup>29</sup> hvilket må styrke disses ellers svage retskildemæssige værdi. Under hensyntagen til i hvor høj grad det foreslåede er blevet ændret sml. med det vedtagne, er det også sådan jeg inddrager forslaget, hvor det fungerer som indikation for lovgivers intentioner. Det samme kan siges om Kommissionens "explanatory notes", der mere har karakter af soft law og ikke egentlige retskilder,<sup>30</sup> men som også i specialet bruges til at forstå

---

<sup>24</sup> C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH*, pr. 31

<sup>25</sup> C-134/08, *Tyson Parketthandel*, pr. 16

<sup>26</sup> Hamer (2021), s. 43

<sup>27</sup> KOM-forslag til UD

<sup>28</sup> Treumer (2014), s. 21

<sup>29</sup> Fenger (2014a), s. 294f. Forfatteren nævner f.eks. C-22/11, *Finnair Oy*, hvor pr. 20 kan fremhæves

<sup>30</sup> Daniel og Hamer (2020), s. 147

lovgivers vilje og intention, hvilket ligeledes gør sig gældende fsva. Kommissionens grønnebøger.

### 3.2.1.3 EU-Domstolens afgørelser

EU-Domstolens afgørelser har stor betydning for fastlæggelsen af EU-retten, og disse besidder generelt en høj retskildemæssig værdi, men hvorvidt en given dom også konkret ift. problemformuleringen har værdi og kan bidrage, afhænger naturligvis af en nærmere domsanalyse i hvert tilfælde. Ift. udelukkelsesgrundene er det min erfaring på baggrund af de i specialet anvendte domme, at der oftest er tale om præjudicielle forelæggelser, hvilket udover, at der er tale om en konkret tvist i sagen, også kan besværliggøre analysen ved, at der er tale om nationale regler i andre EU-lande, der kan være væsensforskellige fra de danske.<sup>31</sup> Der er taget højde for dette i domsanalyserne, hvor først undersøges dommens evne til at fungere som præjudikat, dvs. hvorvidt den rummer en stillingtagen til en juridisk problemstilling, som kan tillægges betydning ved fremtidig afgørelse af en tilsvarende problemstilling.<sup>32</sup> I den forbindelse er dommens ”ratio decidendi”, dvs. den regel, der i dommen anvendes til at løse en tvist,<sup>33</sup> af stor betydning, men er dog ikke det eneste parameter, idet en doms præjudikatværdi beror på en samlet vurdering af flere faktorer, såsom efterfølgende lovgivning, den afsigende instans mv.<sup>34</sup> Forhold som disse vil derfor blive taget i betragtning i domsanalysen, der som andet led indebærer, hvad der kan konkret kan udledes af dommen som bidrag til besvarelse af problemformuleringen.

I erkendelse af at en doms præjudikatværdi og funktion som retskilde afhænger af en samlet, konkret vurdering af flere forhold, vil retspraksis vedr. historiske regler, der dog har taget stilling til stadig relevante forhold, således ikke pr. automatik blive afvist som irrelevant.<sup>35</sup> Nyere praksis ang. det gældende direktiv har dog alt andet lige stadig større værdi generelt set. Hvor det har været nødvendigt for forståelsen, er forskellige sprogversioner af afgørelserne blevet læst og sammenlignet i erkendelse af, at mangelfulde oversættelser til dansk kan medføre uhensigtsmæssigheder forståelsesmæssigt.

---

<sup>31</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 160

<sup>32</sup> Ibid, s. 23

<sup>33</sup> Ibid, s. 26

<sup>34</sup> Ibid, s. 30 ff

<sup>35</sup> At det ikke er helt udelukket, at praksis vedr. tidligere regler kan have værdi, er præambelbetragtning 89 til udbudsdirektivet et eksempel på.

#### 3.2.1.4 Generaladvokatens forslag til afgørelser

Som Niels Fenger fremfører, har generaladvokatens forslag til afgørelse ingen bindende retsvirkning i modsætningen til den endelige dom, og det er på den måde også dommen, der i realiteten er den eneste relevante retskilde. Fsva. retskildeværdien sammenligner Fenger den med vota fra en dommer i en kollegial ret, der udtaler sig om forhold, flertallet ikke behandler.<sup>36</sup> Ligeledes stempler Tvarnø og Nielsen generelt retskildeværdien af udtalelser fra generaladvokaten som tvivlsom.<sup>37</sup> Dette betyder dog ikke, at en udtalelse fra generaladvokaten i den konkrete sammenhæng ikke kan have stor værdi, afhængig af især hvordan EU-Domstolen inddrager forslaget. Enten kan afgørelsen være tydeligt inspireret af forslaget og endda henvise direkte til generaladvokatens begrundelse, hvilket taler for en konkret højere værdi, eller også inddrages forslaget slet ikke og resultatmæssigt er det måske det helt modsatte, hvilket taler i modsat retning. Grundlæggende er det derfor være en konkret afvejning af udtalelsens tyngde i den enkelte sag, for selvom den generelle retskildemæssige værdi ikke er høj, kan en klar udtalelse fra en erfaren generaladvokat måske give et større bidrag til problemformuleringen end en uklar lovbestemmelse. Alle anvendte udtalelser stammer fra samme generaladvokat, Campos Sánchez-Bordona, hvilket på den ene side mindre gavnligt samlet set, da det er den samme generaladvokats forståelse af reglerne, hvorved man måske kan savne andre generaladvokaters perspektiv. På den anden side er der tale om en erfaren generaladvokat, der ved at få sagerne om udelukkelsesgrundene kan siges at have specialiseret inden for disse regler, ligesom hans holdning er blevet citeret i flere af de vigtige sager på området,<sup>38</sup> hvilket kan være argumenter for at tillægge hans forslag generelt en højere retskildemæssig værdi.

### 3.2.2 *Danske kilder*

#### 3.2.2.1 Udbudsloven og lovens forarbejder

Omdrejningspunktet for problemformuleringen er udbudslovens § 136, nr. 4, og det er derfor naturligt, at udbudsloven er en væsentlig retskilde i specialet og generelt i dansk udbudsretlig sammenhæng. Eftersom udbudsloven implementerer UD, skal udbudslovens bestemmelser fortolkes direktivkonformt,<sup>39</sup> ligesom en national bestemmelse, der

---

<sup>36</sup> Fenger (2014b), s. 63 f

<sup>37</sup> Tvarnø og Nielsen (2021), s. 178

<sup>38</sup> Se bl.a. C-41/18, *Meca*, pr. 30, 33 m.fl. og C-267/18, *Delta*, pr. 27, 31 m.fl.

<sup>39</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 38

kan fortolkes på flere måder, også skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.<sup>40</sup> Af den årsag kan udbudsloven som retskilde svært stå helt alene uden også UD.

Lovbemærkningerne til udbudsloven inddrages i vidt omfang i specialet, og disse har også en vis retskildemæssig værdi, når udbudsloven skal fortolkes.<sup>41</sup> I specialet anvender jeg overordnet set lovbemærkningerne i to tilfælde: for det første hvor de henviser til præamblen, og for det andet, hvor lovbemærkningerne indeholder fortolkning af EU-retten, herunder ift. forståelsen af integritetselementet i § 136, nr. 4.<sup>42</sup> Fsva. henvisninger til præamblen er det blot med til at styrke den retskildemæssige værdi af lovbemærkningerne.<sup>43</sup> Fsva. fortolkning af EU-retten bør der udvises varsomhed mht. at tillægge lov-  
bemærkningerne for stor betydning.<sup>44</sup> Dette skyldes bl.a., at retspraksis fra EU-Domstolen kan indikere noget andet end fortolkningen i lovbemærkningerne, hvorfor også Klagenævnet for Udbud vil være nødsaget til at ændre sin praksis,<sup>45</sup> ligesom klagenævnet helt har tilsidesat lovbemærkninger, som ikke kan udledes af UD.<sup>46</sup>

Af andet lignende materiale som bruges i specialet kan nævnes Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning fra dec. 2014 samt Atea-arbejdsgruppens rapport fra sep. 2021, der er værdifulde til at forstå relevante hensyn bag hvordan og hvorfor udvalgte udbudsregler blev udformet, som de gjorde. Nogle af udvalgets overvejelser er direkte skrevet ind i lovbemærkningerne, hvilket må anses for at øge retskildeværdien af disse dele af rapporten.<sup>47</sup>

### 3.2.2.2 Dansk praksis

Dansk praksis består dels af kendelser fra Klagenævnet for Udbud og dels af retspraksis fra de almindelige domstole. Ligesom retspraksis fra EU-Domstolen har stor betydning, kan det samme også siges om den danske praksis, når det kommer til fastlæggelse af gældende ret og henset til klagesystemet på udbudsområdet, vil hovedvægten af praksis

---

<sup>40</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 160

<sup>41</sup> Hamer og Horskjær Nielsen (2020), s. 122

<sup>42</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26. Udvalgte dele herfra vurderes især i specialets kapitel 5, afsnit 3

<sup>43</sup> Hamer og Horskjær Nielsen (2020), s. 118

<sup>44</sup> Ibid, s. 123

<sup>45</sup> Ibid, s. 119 f, hvor der bl.a. henvises til Kendelse d. 11. december 2011

<sup>46</sup> Ibid, s. 117, hvor nævnes Kendelse d. 19. juni 2017 (se s. 17 i kendelsen). I L 199, 10. maj 2022, s. 18, har lovgiver i øvrigt rettet ind herefter.

<sup>47</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

bestå af klagenævnets kendelser, som også tillægges stor betydning for praktikere.<sup>48</sup> Det kan dog bemærkes, at efter en lovændring i 2011 og indførslen af forhandlingsmaksimen ved klagenævnets sagsbehandling, hvorved klagenævnet bl.a. nu er bundet af parternes påstande og ikke kan tage forhold op ex-officio,<sup>49</sup> kan den generelle (høje) retskildemæssige værdi anses som værende svækket sml. med tidligere.

Samme betragtninger om at den konkrete retskildemæssige værdi af afgørelser beror på en samlet vurdering af de konkrete forhold som nævnt ovenfor, gør sig gældende fsva. dansk retspraksis, hvorfor den konkrete præjudikatværdi og bidrag til domsanalyse må undergives nærmere domsanalyse. Rent nationalt vil domme fra Højesteret have den største værdi, men fordi udbudsreglerne skal tolkes og anvendes EU-konformt, vil domme fra EU-Domstolen rangere over disse, da EU-domstolen er den endelige instans i den forbindelse.<sup>50</sup>

### 3.2.2.3 Andre danske kilder

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) indtager naturligvis en vigtig rolle på området som ressortmyndighed, og selvom styrelsens (eller andre forvaltningsmyndigheders) evalueringer, notater, artikler, vejledninger, herunder på nettet, mv. ikke er bindende for ordregivere, Klagenævnet eller domstolene, er det alt sammen noget, som bidrager til fortolkningen af udbudsreglerne.<sup>51</sup>

### 3.2.3 Litteratur

Som argument eller som bidrag hertil virker litteraturen som retskilde.<sup>52</sup> Selvom der er begrænset hjælp at hente i litteraturen fsva. selve problemformuleringen, især fordi lovændringen trådte i kraft for under et år siden, har udbudsretlig litteratur været af stor betydning for forståelsen og argumentationen i specialet, uden dog bare ukritisk at være blevet lagt til grund som sandheden. Således har jeg f.eks. også gået til primærkilden og ikke bare nøjedes med, hvad der står i et givent værk.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Hamer (2021), s. 55

<sup>49</sup> L 204, 29. april 2011, s. 6

<sup>50</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 35f

<sup>51</sup> Hamer (2021), s. 56

<sup>52</sup> Blume (2016), s. 188

<sup>53</sup> Kaldet ”kildekritisk metode” i Schaumburg-Müller (2020), s. 48

## 4. Struktur

Der findes næppe nogen perfekt struktur, og det har også været en konstant proces at tilpasse strukturen til problemformuleringen, hvor målet har været at gøre den mest mulig enkel og logisk opbygget ift. at kunne besvare problemformuleringen. Således startes der med en kort introduktion til reguleringen samt hensyn bag reglerne, hvilket skal give læseren en grundforståelse af dette udbudsretlige område (kapitel 2). Analysen af gældende ret er opdelt i først en lovfortolkning af udelukkelsesgrundens bestemmelser i udbudsdirektivet og udbudsloven (kapitel 3), hvorefter udvalgt retspraksis, der er vurderet aller mest væsentlig, analyseres kronologisk (kapitel 4). Med udgangspunkt i den viden lovfortolkningen og domsanalysen har bidraget med, munder dette endelig ud i min vurdering af retstilstanden, som skal fungere som besvarelse på problemformuleringen (kapitel 5).

## Kapitel 2. Kort om de udbudsretlige principper, udelukkelsesgrundene generelt og hensyn bag

### 1. De udbudsretlige principper

For at kunne forstå udelukkelsesgrundene i udbudsretten er det en forudsætning at have et grundlæggende kendskab til de generelle principper, der skal overholdes, og som har en stor betydning for fortolkning af udbudsreglerne. Der gælder flere principper i den forbindelse, både EU-retlige og til dels også nationale med udspring i dansk forvaltningsret, men de tre mest fundamentale ved fortolkning af reglerne er de udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.<sup>54</sup> Disse fremgår også af udbudsdirektivets art. 18, stk. 1 samt udbudslovens § 2, stk. 1, og finder anvendelse på udbud omfattet af udbudsdirektivets materielle anvendelsesområde, hvortil bl.a. kræves, at den relevante tærskelværdi for udbuddet overskrides. I dansk kontekst betyder det, at principperne i UBL § 2 således finder anvendelse dels på indkøb efter udbudslovens afsnit II-III, der implementerer direktivet, og dels indkøb under tærskelværdierne men med klar grænseoverskridende interesse i EU, dvs. afsnit IV.<sup>55</sup> *Ligebehandlingsprincippet* kræver

---

<sup>54</sup> Fabricius (2017), s. 39

<sup>55</sup> Fabricius (2019), s. 40

groft sagt, at det lige skal behandles lige, og på samme vis, at det ulige behandles ulige, medmindre det modsatte er sagligt begrundet.<sup>56</sup> *Gennemsigtighedsprincippet* indholder er todelte, da det for det første indebærer, at der skabes forudgående åbenhed og offentlighed om anskaffelsen og forløbet vedrørende denne. Dette kommer f.eks. til udtryk i kravet om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse,<sup>57</sup> hvori bl.a. anføres de frivillige udelukkelsesgrunde, som en aktør ikke må være omfattet af i det konkrete udbud. Hermed sikres potentielle ansøgere<sup>58</sup> el. tilbudsgivere<sup>59</sup> et grundlag for at vurdere om de ønsker at deltage i konkurrencen om kontrakten, hvilket f.eks. kan spare dem, der ved, at de er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, for ressourcerne ifm. at sende ansøgning el. tilbud.<sup>60</sup> Netop styrkelse af gennemsigtighedsprincippet var formålet med den implementeringsløsning af de frivillige udelukkelsesgrunde i dansk ret, hvorefter disse skal angives i udbudsbekendtgørelsen.<sup>61</sup> For det andet giver gennemsigtighedsprincippet mulighed for kontrol, herunder om ligebehandlingsprincippet er overholdt<sup>62</sup> og om ordregiveren<sup>63</sup> faktisk har handlet i overensstemmelse med, hvad der blev varslet i udbudsmaterialet,<sup>64</sup> bl.a. vedr. udelukkelsesgrundene. Endelig medfører *proportionalitetsprincippet*, at enhver foranstaltning skal være egnet, nødvendig (dvs. ikke må kunne nås med mindre indgribende midler), og stå i et rimeligt forhold til det tilsigtede, konkrete mål med foranstaltningen.<sup>65</sup> Dette princip har især relevans for ordregiverens udelukkelse af aktører fra udbuddet, og princippet er da også eksplicit nævnt i lovbemærkningerne til § 136, nr. 4.<sup>66</sup>

## 2. Udelukkelsesgrundene generelt

Omdrejningspunktet for dette speciale er udelukkelsesgrunden i UBL § 136, nr. 4, men det er alligevel på sin plads kort at sætte scenen og introducere udelukkelsesgrundene generelt. Som nævnt i indledningen sondres der mellem de obligatoriske

---

<sup>56</sup> Ibid, s. 43

<sup>57</sup> Ibid, s. 44

<sup>58</sup> Jf. UBL § 24, nr. 4

<sup>59</sup> Jf. UBL § 24, nr. 34

<sup>60</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

<sup>61</sup> Ibid

<sup>62</sup> Hamer (2021), s. 61

<sup>63</sup> Jf. UBL § 24, nr. 28

<sup>64</sup> Jf. UBL § 24, nr. 36

<sup>65</sup> Fabricius (2019), s. 46

<sup>66</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26f

udelukkelsesgrunde, der altid finder anvendelse, og som ordregiveren altid skal påse, om virksomheden er omfattet af, samt de frivillige udelukkelsesgrunde, som er gældende i det omfang de er anført i udbudsbekendtgørelsen for det konkrete udbud. Begge typer følger af UD art. 57, men med implementeringen i UBL er flere forhold anderledes fra direktivet – mere herom straks nedenfor.

Fsva. de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135 svarer de dog stort set til UD art. 57, stk. 1. Karakteristik for disse er obligatorisk udelukkelse ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, når ansøger el. tilbudsgiver har begået typisk strafferetlige overtrædelser, såsom bestikkelse, hvidvaskning, børnearbejde m.fl. Udelukkelsesperioden for handlingerne nævnt i § 135, stk. 1 er fem år fra datoen for endelig dom eller bødevedtagelsen, jf. § 138, stk. 6.

Med UBL § 136 er fire forhold, nemlig nr. 1) interessekonflikt, nr. 2) konkurrenceforvridning, nr. 3) afgivelse af groft urigtige oplysninger mv. og sidst men ikke mindst nr. 4) alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integritet, gjort til obligatoriske udelukkelsesgrunde i dansk ret, selvom de er frivillige i direktivet. Mulighed herfor følger direkte af art. 57, stk. 4 i UD.<sup>67</sup> Bevæggrunden for at nr. 1-3 blev gjort obligatoriske var, at overtrædelser af disse vil medføre en pligt til at udelukke, jf. ligebehandlingsprincippet,<sup>68</sup> mens årsagen til indførelsen af nr. 4 behandles særskilt nedenfor. § 136 udgør altså en for dansk ret særlig kategori af udelukkelsesgrunde knyttet til det konkrete udbud, og fordi det fremgår af bestemmelsen, at der skal ske udelukkelse, når ”ordregiveren kan påvise” et af de nævnte forhold, er det ordregiveren, der har bevisbyrden for, at der skal udelukkes, i modsætning til de obligatoriske i § 135.<sup>69</sup> For så vidt angår § 136, nr. 4 kan et passende middel til at påvise og dermed løfte bevisbyrden, ifølge forarbejderne til denne bestemmelse, efter omstændighederne være følgende, men dog ikke afgrænset hertil: ”udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer.”<sup>70</sup> Varigheden af udelukkelsen kan for § 136, nr. 3-4 maksimalt være tre år fra datoen for den relevante hændelse eller handling, jf. UBL § 138, stk. 7. Efter samme bestemmelse gælder også en 3-årig

---

<sup>67</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718

<sup>68</sup> Ibid sml. L 19, 7. oktober 2015, s. 46

<sup>69</sup> Horskjær Nielsen (2019), s. 222

<sup>70</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 27



udelukkelsesperioden for de fleste frivillige udelukkelsesgrunde, der er oplistet i 137, stk. 1, herunder bl.a. for nr. 4 vedr. væsentlig misligholdelse af tidligere offentlig kontrakt. Som allerede nævnt og som det fremgår af § 137, stk. 1 skal tilvalget af en eller flere frivillig udelukkelsesgrunde ske i udbudsbekendtgørelsen, hvorfor det ved hvert enkelt udbud vil være ordregiverens egen beslutning hvilke udelukkelsesgrunde, der skal finde anvendelse. Modellen med tilvalg i udbudsbekendtgørelsen er dog ikke et krav efter UD, hvorefter der ikke er pligt til på forhånd at angive, hvilke udelukkelsesgrunde, der vil blive anvendt.<sup>71</sup> Ordregiveren skal udelukke i henhold til de valgte frivillige udelukkelsesgrunde, og modsat må ordregiveren ikke efterfølgende udelukke en aktør, der er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, der ikke er angivet på forhånd.<sup>72</sup> Lige så mange muligheder det således giver for ordregiveren for at udelukke uønskede aktører med henvisning hertil, lige forpligtet er ordregiveren også til faktisk at håndhæve de valgte udelukkelsesgrunde.

Både fsva. de obligatoriske<sup>73</sup> og frivillige udelukkelsesgrunde,<sup>74</sup> vil ordregiver være forpligtet til når som helst i løbet af udbudsproceduren at udelukke en aktør med henvisning til disse. Efter kontrakten er indgået kan ordregiver med hjemmel i UBL § 185, stk. 1, nr. 2 bringe kontrakten til ophør, når leverandøren på kontrakttildelelingstidspunktet var omfattet af en udelukkelsesgrund i §§ 135-137. Jf. § 185 vil ordregiveren også kunne bringe kontrakten til ophør, hvis leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesgrund i aftaleperioden.<sup>75</sup>

Endelig skal det nævnes, at der som klart udgangspunkt ikke foreligger en undersøgelsespligt for ordregiver ift. at konstatere, om en aktør er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4, jf. UBL § 159, stk. 1.<sup>76</sup> Det er dermed alene i tvivlstilfælde, jf. § 159, stk. 3, at der skal foretages en effektiv kontrol af, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver har begået handlinger omfattet af udelukkelsesgrunden, og det samme gør sig gældende fsva. de fleste frivillige udelukkelsesgrunde, herunder § 137, stk. 1, nr. 4.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> Horskjær Nielsen (2019), s. 222

<sup>72</sup> Ibid

<sup>73</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 146

<sup>74</sup> Ibid, s. 152

<sup>75</sup> KFST: Spørgsmål og svar om udbudsloven 1

<sup>76</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>77</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 159

### 3. Bagvedliggende hensyn

Som det kort blev berørt i indledningen, er formålet med udbudsreglerne primært, at der sker en åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter, og at der skabes et indre marked for disse for derved at sikre den frie bevægelighed.<sup>78</sup> Hvad der er de eksakte formål og hensyn bag reglerne om udelukkelse er dog sværere at sige helt præcist. Præambelbetragtning 101 til UD giver visse indikationer med omtalen af muligheden for at udelukke ”upålidelige” økonomiske aktører, hvilket behandles nærmere i kapitel 3. Grønbogen fra 2011 omtaler det tidligere udbudsdirektivs art. 45, hvori udelukkelsesgrundene var reguleret, som et ”magtfuldt våben til at straffe og – i en vis grad forebygge – usund forretningspraksis”.<sup>79</sup> Upålidelighed og usund forretningspraksis er selvsagt uønskede træk hos en potentiel kontraktpartner, og derfor kan udelukkelsesgrundene ses som ordregivers værn mod at skulle indgå aftale med en sådan aktør eller hvert fald en mulighed for beskyttelse fsva. de frivillige grunde.<sup>80</sup> I den forbindelse kan også henvises til Udbudslovsudvalget rapport, hvori udvalget anså UD og indførslen af nye udelukkelsesgrunde, herunder især litra g), som et ønske om netop at styrke ordregivers muligheder for at udelukke.<sup>81</sup> Idet der er tale om bagudskuende forhold i form af allerede begåede forsømmelser, argumenteres der i litteraturen også for en formodning om, at en sådan aktør udgør en større risiko for kontraktmisligholdelse, hvorfor reglerne i større perspektiv kan være med til som afledt effekt at beskytte offentlige midler.<sup>82</sup> En kontrast hertil er selvfølgelig, at færre tilbudsgivere alt andet lige i teorien også betyder mindre konkurrence og dermed bl.a. højere priser,<sup>83</sup> men så længe udelukkelsen er berettiget, herunder proportionel, må denne mindre konkurrence dog også formodes at være (mere) fair.<sup>84</sup>

#### 3.1 Hvorfor § 136, nr. 4 blev indført

Udelukkelsesgrunden vedr. alvorlige forsømmelser der sår tvivl om integritet var i dansk ret tidligere en frivillig udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 3, der fra juli 2022 blev gjort obligatorisk og i stedet tilføjet som § 136, nr. 4, jf. L 199, 10. maj 2022. I

---

<sup>78</sup> Hamer (2021), s. 33

<sup>79</sup> Grønbog, 2011, s. 53

<sup>80</sup> Arrowsmith m.fl. (2009), s. 31f

<sup>81</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 715

<sup>82</sup> Arrowsmith m.fl. (2009), s. 31f

<sup>83</sup> Schoenmaekers (2016), s. 92. Se i øvrigt *KFST: Konkurrenceeffekter i udbud* hvori det konkluderes, at flere tilbudsgivere betyder lavere pris på opgaven

<sup>84</sup> Schoenmaekers (2016), s. 98

forslaget til ændringen af udbudsloven nævnes bevæggrunden herfor ikke, hvorfor der må søges hjælp i andre kilder. Som følge af ”Atea-sagen”, hvor Atea A/S blev fundet skyldig i bl.a. bestikkelse, og derfor stod til at blive udelukket fra offentlige udbud i fire år, men pga. virksomhedens omfattende self-cleaning undgik dette,<sup>85</sup> blev en arbejdsgruppe i februar 2019 nedsat mhp. eventuelle regelændringer.<sup>86</sup> Arbejdsgruppen overvejede initiativet om at gøre alle frivillige udelukkelsesgrunde i § 137 obligatoriske kontra den gældende retstilstand og vurderede bl.a. at initiativet ville medføre en ekstra byrde på ordregivere og erhvervslivet samt medføre flere klager over ordregivers beslutninger. Samtidig vurderede arbejdsgruppen, at det ved at beholde tidligere § 137, stk. 1, nr. 3 som frivillig udelukkelsesgrund også kunne medføre øgede omkostninger ved at indgå kontrakt med aktører, der har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integriteten. I tråd med nogle af de ovenstående mere generelle betragtninger vurderede arbejdsgruppen også, at dette ville kunne føre til leverancer af lavere kvalitet eller øget anvendelse af kontraktopsigelse, hvorfor arbejdsgruppen anbefalede alene at gøre nr. 3 obligatorisk.<sup>87</sup> Som arbejdsgruppen selv udtrykte det: ”*Derved opnås en god balance mellem, at det offentlige undgår at handle med virksomheder, som ikke opfører sig som det må forventes af dem, gennemsigtighed for alle parter og minimering af yderligere administrative omkostninger.*”<sup>88</sup> Forslaget blev inkluderet i den daværende regerings reformudspil, ”Danmark kan mere I”, for at ”*styrke samfundskontrakten, så det offentlige handler med ordentlige og ansvarlige virksomheder*”.<sup>89</sup> Ud fra dette anser jeg samlet set, at dansk lovgiver har gjort udelukkelsesgrunden obligatorisk for at undgå så meget som muligt, at ordregivere skal indgå kontrakt med, hvad der betegnes som ”uordentlige” og ”uansvarlige” virksomheder. Mere konkret begrundes dette med argumenter om at undgå højere omkostninger og lavere kvalitet samt kontraktopsigelser, men foruden dette vil jeg ikke undervurdere den rent politiske betydning, som Atea-sagen har haft, og som netop var baggrunden for nedsættelsen af arbejdsgruppen. For som arbejdsgruppen selv bemærker medførte sagen offentlig og politisk debat og dermed behov for at vurdere hensigtsmæssigheden ved gældende ret dengang.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Økonomistyrelsen: ”Om Atea-sagen”

<sup>86</sup> For mere om arbejdsgruppen, se Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 10f

<sup>87</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 29

<sup>88</sup> Ibid, s. 30

<sup>89</sup> Danmark kan mere I: Faktaark, s. 2

<sup>90</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 34f

## Kapitel 3. Lovfortolkning

### 1. Indledning

Det oplagte startpunkt for en fastlæggelse af den gældende retstilstand vedr. hvordan § 136, nr. 4 kan bruges som udelukkelsesgrund, er en fortolkning af denne og bestemmelsen, som den implementerer, nemlig UD art. 57, stk. 4, litra c), for at finde ordenes juridiske mening.<sup>91</sup> I dette kapitel vil jeg gennem en lovfortolkning indkredse, hvad vi kan udlede af disse bestemmelser.

### 2. EU-retlige kilder

Udgangspunktet for fortolkning har traditionelt været en naturlig sproglig forståelse, dvs. en ordlydsfortolkning.<sup>92</sup> UBL implementerer UD, hvorfor det samtidig skal have for øje, at bestemmelserne i UBL skal fortolkes ud fra princippet om direktivkonform fortolkning.<sup>93</sup> Idet implementeringen dog er sket nærmest ordret, vil ordlydsfortolkningen af de to bestemmelser i det følgende være ens.<sup>94</sup> Bestemmelsernes essens er således den samme, og det centrale spørgsmål i vurderingen af, hvordan denne udelukkelsesgrund kan bruges, er derfor, hvad ”*alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet*” er. Formuleringen er åbenlyst bred, og der er dermed synligt skabt en åbenhed for, hvad der kan omfattes af udelukkelsesgrunden. Sammenlignet med de andre udelukkelsesgrunde, der trods alt peger i retning af et mere eller mindre bestemt område, eller er af en bestemt karakter, fremstår udelukkelsesgrunden samtidig upræcis. Selvom der ikke anvendes nogen særlig terminologi i ordlyden, er det stadig ikke for en læser helt tydeligt, hvorvidt en bestemt adfærd kan falde under bestemmelsen. Det er dermed uvist blot ud fra ordlyden at slutte, hvad der nærmere skal forstås ved det citerede, ligesom det også er uvist, hvad forholdet til de andre udelukkelsesgrunde er, herunder udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra g), dvs. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Eftersom anvendelsesområdet ikke kan fastlægges ud fra en naturlig sproglig forståelse, må der søges hjælp i forarbejderne mhp. at udfinde lovgivers hensigt, dvs. subjektiv

---

<sup>91</sup> Tvarnø og Nielsen (2021), s. 244

<sup>92</sup> Ibid, s. 244

<sup>93</sup> L 19 Forslag til udbudsloven, s. 38

<sup>94</sup> Forskellen ligger i bl.a., at der i udbudsdirektivet anvendes ”økonomiske aktører” som en samlebetegnelse for ansøgere og tilbudsgivere, hvilket også er sådan, at jeg bruger begrebet i specialet.

fortolkning.<sup>95</sup> Præambelbetragtning 101 til UD angiver, at ordregivere bør have mulighed for at udelukke aktører, der har vist sig ”upålidelige”. Dette kan ses som udtryk for EU-lovgivers hensigt om at give ordregiverne mulighed for at værne sig mod sådanne aktører – meget i tråd med de hensyn, der lå bag indførelsen af § 136, nr. 4 i dansk kontekst.<sup>96</sup> Ved at så tvivl om en aktørs integritet gøres aktøren, ifølge præambelbetragtning 101, uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om de tekniske og økonomiske kapaciteter hos denne er på plads, men en nærmere forklaring af ”integritet” gives ikke. Betragtningen giver dog følgende eksempler på, hvad der kan omfattes af bestemmelsen: ”*bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, [...] eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret*” (min understregning). Derudover vil overtrædelser af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, som ordregiver på tilstrækkelig vis kan påvise, men hvor der endnu ikke er faldet endelig dom, ifølge præambelbetragtning 101, også være omfattet af udelukkelsesgrunden. Foruden de nævnte eksempler fremgår det også af præambelbetragtning 39 til UD at tilsidesættelse af kontraktklausuler, der sikrer overholdelse af kollektive aftaler i overensstemmelse med EU-retten, kan betragtes som en ”alvorlig forsømmelse”. Det er tydeligt, at der ved brug af formuleringer som ”*bl.a.*” og ”*såsom*” i det citerede kun sigtes til at give eksempler på, hvad udelukkelsesgrunden kan omfatte, ligesom det understregede med ”*eller andre former for*” bekræfter, at også præambelen lader udelukkelsesgrundens anvendelsesområde være bredt og ikke-udtømmende reguleret. Ydermere kan der konstateres sammenfald imellem art. 57, stk. 4, litra c) og de andre udelukkelsesgrundene. Således har ”*overtrædelser af konkurrenceregler*” allerede en specifik udelukkelsesgrund i art. 57, stk. 4, litra d), dvs. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. ”*Overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser*” er også indeholdt i litra a), dvs. § 137, stk. 1, nr. 1. På samme måde tyder det på et overlap i et eller andet omfang til litra g) med præambelbetragtning 39’s beskrivelse om at tilsidesættelse af de nævnte forpligtelser, der kan afspejles i kontraktklausuler, kan udgøre en alvorlig forsømmelse. Disse overlap bidrager til forståelsen af forholdet mellem § 136, nr. 4 og de frivillige udelukkelsesgrunde, idet der med sammenfaldene hvert fald indirekte er tilkendegivet, at udelukkelsesgrundene ikke er indbyrdes

<sup>95</sup> Schaumburg-Müller (2020), s. 72

<sup>96</sup> Se bl.a. Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 30

ekskluderende. Lidt som i et Venn-diagram findes der med andre ord en fællesmængde, der repræsenterer (en del af) anvendelsesområdet for § 136, nr. 4. I den forbindelse er det interessant, at ordlyden i EU-Kommissionens forslag til UD var, at der kunne ske udelukkelse, hvis den økonomiske aktør havde ”begået andre alvorlige fejl”<sup>97</sup> (min understregning). Med ordet ”andre” kan der argumenteres for en forståelse gående på ’andre alvorlige fejl end hvad der ellers følger af resterende udelukkelsesgrunde’. Herved havde Kommissionen med dette ord potentielt tiltænkt udelukkelsesgrunden som en opsamlingsbestemmelse a la formuleringen ”i øvrigt” i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5 vedr. inhabilitet.<sup>98</sup> Sammenligningen fungerer naturligvis ikke en til en, bl.a. fordi udbudsretten er EU-ret.<sup>99</sup> Grundtanken lovteknisk med en opsamlingsbestemmelse er dog den samme, nemlig hvad der ikke kan placeres under de mere specielle udelukkelsesgrunde, vil ud fra dette perspektiv kunne samles op af denne. Hvorvidt det er decideret krav, at det *kun* er andre forhold, end hvad der kan omfattes af de resterende bestemmelser, som kan falde under art. 57, stk. 4, litra c), altså, at den ikke vil kunne anvendes på forhold, der også omfattes af f.eks. litra g), er dog uvist ud fra lovforklaringen. ”Andre” var en indikation herpå, men fordi den udgik undervejs i lovgivningsprocessen, vil det være for vagt at drage nogle konklusioner på den baggrund endnu.

Generelt var netop denne udelukkelsesgrunds formulering i høj grad også udtryk for en kompromisløsning. Europa-Parlamentet ønskede den slet ikke den med i UD, grundet dens efter deres opfattelse for vage ordlyd,<sup>100</sup> mens Rådet ønskede flere udelukkelsesgrunde og et større skøn til ordregiverne,<sup>101</sup> hvorfor det også var deres forslag at fjerne ”andre” i første omgang.<sup>102</sup> Således var det som kompromis, at den overlevede og blev udformet, som den gjorde. En årsag hertil er bl.a., at delen omkring integritet blev tilføjet under trilogforhandlingerne,<sup>103</sup> selvom det også under forhandlingerne var forsøgt med ”reliability”, altså ”pålidelighed”, i stedet.<sup>104</sup> ”Integritet” og ”pålidelighed” minder rent

---

<sup>97</sup> Art. 55 (3), litra c) i KOM-forslag til UD, s. 85

<sup>98</sup> Revsbech (2019), s. 106, hvor forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5 betegnes som en opsamlingsbestemmelse ved, at der være inhabilitet i andre tilfælde end de nævnt i § 3, stk. 1, nr. 1-4. Se i øvrigt også Naturerhvervsstyrelsens habilitetsvejledning, s. 5.

<sup>99</sup> Se i øvrigt kapitel 1, afsnit 2, for overvejelserne ang. sammenligning af udbudsretten med andre retlige discipliner.

<sup>100</sup> EP Rapport, s. 103

<sup>101</sup> De Mars (2016), s. 272

<sup>102</sup> Fire-kolonne-papir 10904/1/13 REV 1, s. 411

<sup>103</sup> Ibid

<sup>104</sup> Fire-kolonne-papir 5927/13, s. 383

sprogligt om hinanden, men hvorvidt det har været en kamp om ord, eller om der faktisk er en forståelsesmæssig forskel på ”pålidelighed” og ”integritet”, hvorfor det blev sidstnævnte frem for førstnævnte, er svært at sige. Det havde uden tvivl været nemmere at skulle forholde sig til ”pålidelighed”, idet dette også fremgår i starten af præambelbetragtning 101, men når både det ene og det andet har været til drøftelse til sidst i forhandlingerne, er det min opfattelse, at der er en vis sammenhæng mellem de to ord ift. direktivet.

Det kan i et vist omfang også være værd at kaste et blik på andre forarbejder til UD, herunder Kommissionens ”explanatory notes” hertil, kaldet ”clusters”. Inden ”andre” udgik og hele integritetsaspektet blev tilføjet, forklarede Kommissionen den foreslåede bestemmelse som, at den i det væsentlige forblev uændret<sup>105</sup> fra det tidligere udbudsdirektiv (”2004-UD”), hvor den fandtes i art. 45, stk. 2, litra d). Dette kunne helt isoleret set tyde på, at Kommissionen havde tiltænkt, at anvendelsesområdet for udelukkelsesgrunden i UD, ikke skulle ændre sig fra det, den havde i 2004-UD, hvorfor bestemmelsen i det tidligere direktiv også kan have relevans. Præambelbetragtningerne i 2004-UD giver dog ikke en større hjælp, men den praktiske anvendelse og domstolenes forståelse af udelukkelsesgrunden i det tidligere direktiv, vil potentielt kunne have en værdi (mere herom i domsanalyserne i kapitel 4).

Lovfortolkningen i det ovenstående viser, at udelukkelsesgrunden har et bredt anvendelsesområde med overlap til andre frivillige udelukkelsesgrunde, herunder i et vist omfang også til art. 57, stk. 4, litra g). Desuden er der indikationer på, at den fra start fra Kommissionens side var tænkt som en opsamlingsbestemmelse i den forstand, at der kun kan henføres forhold, der ikke falder ind under nogle af de andre bestemmelser, men ved at ”andre” ikke kom med, er dette ud fra lovfortolkningen dog uvist. Danske forarbejder til lovgivning plejer dog normalvis at være mere udførlige med forklaringerne til de enkelte bestemmelser, hvorfor disse også må fortolkes i det følgende.

### 3. Danske kilder

Efter at have været igennem de EU-retlige kilder, kan der nu ses nærmere på de danske, herunder forarbejderne til UBL § 136, nr. 4. Som det er blevet nævnt længere oppe, var udelukkelsesgrunden tidligere frivillig, og den var således placeret i UBL § 137, stk. 1, nr.

---

<sup>105</sup> Bilag til Cluster 3, s. 6

3, men blev med seneste lovændring af udbudsloven<sup>106</sup> gjort obligatorisk som en del af § 136. I lovbemærkningerne til såvel den tidligere som den nuværende bestemmelse fremgår det, at bestemmelsen er ”*formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser*”.<sup>107</sup> Dette bekræfter den subjektive fortolkning af de EU-retlige kilder, nemlig, at bestemmelsen har et bredt anvendelsesområde, samt, at det ikke er muligt udtømmende at opliste, hvad der kan omfattes af § 136, nr. 4. Hermed er det også klart, at den vil kunne opsamle forhold, som de andre udelukkelsesgrunde og dermed lovgiver selv, ikke har forudset og reguleret. Dog nævnes det heller ikke i de danske forarbejder, hvorvidt der kun kan rummes forsømmelser, der ellers ikke falder under de andre udelukkelsesgrunde, dvs. om den er en opsamlingsbestemmelse i samme forstand som forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5. Med andre ord: Hvis en frivillig udelukkelsesgrund, som der ifølge præambelen er overlap til, ikke er tilvalgt, kan de samme forhold da gøre sig gældende under den obligatoriske § 136, nr. 4? Svaret kan jeg ikke læse ud af forarbejderne til UBL. Atea-arbejdsgruppen beskrev godt nok i deres afrapportering hvordan udelukkelsesgrunden i direktivet er udformet som en opsamlingsbestemmelse,<sup>108</sup> men det nærmere sammenspil mellem denne og de andre udelukkelsesgrunde, bl.a. § 137, stk. 1, nr. 4, er stadig uklart ud fra de danske kilder.

Henset til at bestemmelsen ifølge lovbemærkningerne kan angå mange forskellige situationer uden en nærmere konkretisering af anvendelsesområdet, minder den om generalklausul.<sup>109</sup> Samtidig er der overlap de andre udelukkelsesgrunde. Nogle vil måske tænke, om der ikke er en iboende modsætning mellem potentielt kun at skulle finde anvendelse, når specialbestemmelserne ikke rækker, men samtidig omhandle de selvsamme forhold pga. overlappene? Ikke nødvendigvis, for som Ben Ole Gram Mortensen og Michael Steinicke påpeger ang. generalklausulen i markedsføringslovens § 3, som de ligeledes betegner som en opsamlingsbestemmelse, sker det, ”*at domstolene citerer såvel generalklausulen som en specialbestemmelse, som var de sideordnede bestemmelser*”.<sup>110</sup> Som nævnt i kapitel 1, afsnit 2 skal der udvises varsomhed med en til en sammenligning af udbudsretten med andre retsområder, men det viser helt isoleret set, at der ikke pr.

---

<sup>106</sup> L 199, 10. maj 2022

<sup>107</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 154 sml. L 199, 10. maj 2022, s. 26 f

<sup>108</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 11 og 30

<sup>109</sup> Hvorvidt § 136, nr. 4 har karakter af en generalklausul, vurderes i kapitel 5, afsnit 2

<sup>110</sup> Mortensen og Steinicke (2018), s. 288f.



definition er en konflikt i brugen af begreber som ”opsamlingsbestemmelse” og ”general-klausul” om samme bestemmelse. Fsva. karakteriseringen af § 136, nr. 4 som en opsamlingsbestemmelse, kan det konstateres ud fra ovenstående, at den med sit brede og ikke-udtømmende anvendelsesområde kan *samle op*, der hvor de andre er utilstrækkelige, fordi alle forsømmelser naturligvis hverken er eller kan blive reguleret. Jeg er af den opfattelse, at det er uhensigtsmæssigt at reservere begrebet ”opsamlingsbestemmelse” udelukkende til situationer, hvor det er et krav for anvendelse, at det kun er forhold, der ellers ikke er reguleret af de andre regler, der kan gøres gældende. I så fald bør det fremgå direkte af bestemmelsen. I forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, står der decideret ”i øvrigt”, mens ordet ”andre” fra Kommissionens forslag ikke kom med i direktivet. Som konstateret er der overlap mellem den mere generelle bestemmelse og de mere specifikke udelukkelse, hvorfor de samme forhold potentielt vil kunne gøres gældende under både den generelle § 136, nr. 4 og under en af de specielle. Situationen kan dermed sammenlignes med, hvordan generalklausul i markedsføringsloven er blevet anvendt samtidig med specialbestemmelserne, som var de sideordnede,<sup>111</sup> hvilket de frivillige udelukkelsesgrunde, hvert fald i direktivet, jo også er. Hvorvidt der dog i dansk ret er et problem med gennemsligtighedsprincippet, fordi § 136, nr. 4 er gjort obligatorisk, vil blive diskuteret i kapitel 5, afsnit 5.

Fsva. kravet i § 136, nr. 4 om, at forsømmelsen skal være begået ifm. udøvelsen af erhverv, anfører lovbemærkningerne, at ”erhverv”, dvs. at det vedrører aktørens udøvelse af virksomhed, forstås bredt som ikke kun værende knyttet direkte til kvaliteten af opgaveudførelsen, idet andre alvorlige forsømmelser i den forbindelse kan være omfattet.<sup>112</sup> Dette er med andre ord et så bredt kriterium, hvor alt relateret til virksomhedsudøvelse falder ind under, at det nok sjældent i praksis vil være et problem at statuere, om en forsømmelse angår aktørens erhverv.

Et andet krav for anvendelse af § 136, nr. 4 er, at der er tale om en ”alvorlig” forsømmelse, hvilket dog hverken i de EU-retlige kilder eller i de danske er nærmere defineret, men må anses som et udtryk for proportionalitetsprincippet, som der i øvrigt skal lægges særlig vægt på,<sup>113</sup> hvorved der også tydeligt er sat en vis tærskel for brug af § 136, nr. 4. Dette må i praksis anses for at mindske potentialet for, hvad der reelt kan medføre

---

<sup>111</sup> Ibid

<sup>112</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>113</sup> Jf. præambelbetragtning 101, 3. afsnit, til UD, hvor det bl.a. nævnes, at mindre uregelmæssigheder kun ekstraordinært kan føre til udelukkelse

udelukkelse efter bestemmelsen. I modsætning til EU-kilderne forklares integritetssementet nærmere i de danske forarbejder ved, at der tilsyneladende sættes lighedstegn mellem ”integritet” og ”troværdighed” ved sætningen ”[...] alvorlige forsømmelser, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet og dermed ansøgerens eller tilbudsgiverens troværdighed [...]”.<sup>114</sup> Idet jeg anser pålidelig og troværdig som synonymmer,<sup>115</sup> er det dog også i fin tråd med lovforklningen af UD, hvor der blev set en sammenhæng mellem integritet og pålidelighed. At der skal sættes berettiget spørgsmålstejn ved en aktørs integritet, forklares dertil med, at ”det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse”.<sup>116</sup> Denne formulering er svær at forstå helt præcist, og litteraturens forklaring herom gør hvert fald ikke mig klogere.<sup>117</sup> En forsømmelses virkninger/konsekvenser i selve situationen må i sagens natur være med til at definere, hvor alvorlig den pågældende adfærd også er. De umiddelbare konsekvenser som en forsømmelig adfærd medfører, må derfor efter min opfattelse indgå i vurderingen af dens alvorlighed. Det kan altså ikke kun være selve arten/typen af forsømmelsen, der kan begrunde udelukkelse. En tese kunne dog også være, at der med passagen menes de efterfølgende virkninger, der følger når ”gerningsindholdet” for § 136, nr. 4 allerede er opfyldt, idet disse virkninger ikke har betydning for, om adfærdens berettigede til udelukkelse i første instans. Hvis en ansøger el. tilbudsgiver har begået en alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om dennes integritet, kan aktøren ud fra dette perspektiv ikke påstå, at der ikke skal ske udelukkelse med argumentet om, at forsømmelsen ikke medførte nogen skadevirkninger for ordregiveren. Den nærmere forståelse af passagen kræver dog inddragelse af retspraksis, hvorfor den endelige vurdering heraf foretages i kapitel 5.

At der skal være sat berettiget spørgsmålstejn om integriteten sætter ligesom kravet om ”alvorlige” forsømmelser en vis tærskel for, hvad der skal til, før det berettiger udelukkelse, hvilket trods alt nedtoner det ellers brede anvendelsesområde. I det ovenstående var der indikationer på, at forståelsen af integritet skal ses i sammenhæng med, om aktøren ikke længere er troværdig/pålidelig. Det er dog stadig et åbent spørgsmål, dels hvornår

---

<sup>114</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>115</sup> Ordnet.dk: ”pålidelig”, hvor ”troværdighed” står som synonym

<sup>116</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>117</sup> Poulsen m.fl. (2022), s. 507, hvor følgende anføres: ”En mindre alvorlig forsømmelse kan altså ikke føre til udelukkelse, uanset der er forbundet betydelige virkninger med forsømmelsen”.

integriteten er svækket i en så høj grad, at det kan medføre udelukkelse, idet de danske forarbejder blot nævner de præcis samme eksempler som præambelen, og dels hvilken målestok der gælder i den forbindelse. Troværdighed/pålidelighed er i høj grad et subjektivt spørgsmål, og det er naturligvis ordregiver selv, der skal løfte bevisbyrden, hvilket denne har vide muligheder, idet en lang række midler efter omstændighederne jo kan være passende.<sup>118</sup> Hvilket skøn ordregiver har i den forbindelse er heller ikke klart, men det kan næppe være sådan, at ordregiver har et helt frit skøn til at udelukke med den begrundelse, at en bestemt virksomhed 'bare ikke længere findes pålidelig'. Som det nok står tydeligt, er der stadig en del uklarheder og ubesvarede spørgsmål efter lovforklaringen af såvel UD som UBL, hvilket den praktiske virkelighed og anvendelse af bestemmelsen forhåbentligt kan besvare, hvorfor kendelser og domspraksis vil analyseres i næste kapitel.

## Kapitel 4. Domsanalyse

### 1. Indledning

I det følgende vil udvalgte sager bliver analyseret ved, at de faktiske omstændigheder kort ridses op, hvorefter dommens værdi som præjudikat fastlægges samtidig med, at det udledes, hvad afgørelsen i sagen kan bruges til ift. løsning af dette speciales problemformulering.

### 2. C-465/11, Forposta

#### 2.2. Sagens faktum

Twisten i den nationale sag angik en polsk ordregiver, Poczta Polskas, udelukkelse af de to vindende tilbudsgivere, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o., i et udbud vedr. posttjenester. Selvom de to aktørers tilbud var vurderet til at være til at være det mest fordelagtige, annullerede ordregiver dog udbuddet, da denne mente, at de to vindere skulle udelukkes jf. en polsk bestemmelse. Denne bestemmelse omhandlede groft sagt, at aktører, der havde fået ophævet deres kontrakt inden for de sidste tre år, og når værdien af den ikke-opfyldte ordre udgjorde mindst 5 % af kontraktværdien, skulle udelukkes fra udbudsproceduren.<sup>119</sup> Sagen angik herefter overordnet set, om den frivillige

---

<sup>118</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 27

<sup>119</sup> *Forposta*, pr. 7-9

udelukkelsesgrund i art. 45, stk. 2, litra d) i det tidligere udbudsdirektiv var til hinder for en national bestemmelse som den polske. Det skal bemærkes, at det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv også spillede en rolle i sagen. Jf. afgrænsningen vil disse forhold dog ikke blive inddraget yderligere i domsanalysen, men udelukkede hvad der kan udledes ift. 2004-UD art. 45, stk. 2, litra d). Dette vurderes dog ikke at have betydning for forståelsen af dommen.

### 2.3. Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling

Selvom sagen angik fortolkning af den tilsvarende udelukkelsesgrund i 2004-UD, har EU-Domstolen i senere retspraksis tilkendegivet, at ordlyden af UD art. 57, stk. 4 er ”tilstrækkeligt tæt på ordlyden af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, som den ophævede, for at den fortolkning, som den forelæggende ret har anmodet om, kan lade sig inspirere af Domstolens praksis vedrørende denne sidstnævnte bestemmelse”.<sup>120</sup> På den baggrund vurderes praksis ang. den tidligere bestemmelse, såsom *Forposta*, også at kunne være relevant for domsanalysen, især såfremt EU-Domstolen udtaler sig i generelle vendinger om forhold, der også er aktuelle ved den nuværende art. 57, stk. 4, litra c). Såfremt samme problemstilling blev forelagt for EU-Domstolen i dag, ville sagen godt nok skulle behandles efter en anden bestemmelse og potentielt derfor få et andet resultat, hvilket der naturligvis tages forbehold for. Når EU-Domstolen imidlertid selv har tilkendegivet, at tidligere praksis vedr. art. 45, stk. 2 i 2004-UD kan tjene som inspiration ved fortolkning af udelukkelsesgrundens nye ordlyd, gør den efterfølgende ændring i lovgivningen ikke pr. automatik *Forposta* uanvendelig som præjudikat.

Der er tale om en præjudiciel forelæggelse, hvorfor måden hvorpå den nationale retsinstans har stillet spørgsmålet, samt EU-Domstolens formuleringen af de spørgsmål, der skal besvares,<sup>121</sup> er af stor betydning. Af hensyn til problemformuleringen vil fokus alene være på det første spørgsmål, der blev stillet, nemlig hvorvidt der var tale om en ”*alvorlig fejl*”, jf. 2004-UD art. 45, stk. 2, litra d), hvis en tilbudsgiver havde fået ophævet en kontrakt mv., sådan som den polske bestemmelse beskrev det. EU-Domstolen besvarede, at art. 45, stk. 2, litra d) var til hinder for en formulering som den polske lovbestemmelse, bl.a. fordi der ved udelukkelse skal ske en konkret og individuel vurdering i modsætning

---

<sup>120</sup> C-41/18, *Meca* pr. 25

<sup>121</sup> Daniel og Hamer (2020), s. 161

til en automatisk udelukkelse ved opfyldelse af visse krav.<sup>122</sup> Hermed må domstolen anses for at understrege betydningen af, at det er ordregivers selvstændige vurdering af, hvorvidt der skal ske udelukkelse for dermed at overholde proportionalitetsprincippet. Bl.a. med henvisning til disse betragtninger i *Forposta* afgjorde EU-Domstolen også sagen C-465/11, *Conorzio Nazionale Servizi*.<sup>123</sup>

Ligesom der ved § 136, nr. 4 kræves, at forsømmelsen skal være sket i forbindelse med udøvelse af erhverv, fremgår det af dommen, at dette begreb omfatter ”*enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand [...]*”.<sup>124</sup> Dette er i overensstemmelse med, hvad der oven for blev konstateret med forarbejderne til § 136, nr. 4 ift. at ”*erhverv*” skal forstås bredt, ligesom delen omkring indvirken på troværdighed også fremgik af lovbemærkningerne. Troværdighedsspørgsmålet fyldte dermed også i et vist omfang under 2004-UD, selvom det ikke klart fremgik af dette direktivs art. 45, stk. 2, litra d), mens det er nu blevet skrevet ind som noget af det første i præambelbetragtning 101 vedr. ”upålidelige” økonomiske aktører.

Ydermere er det væsentligt at fremhæve, at domstolen anfører, at manglende overholdelse af ens kontraktmæssige forpligtelser ”*i princippet*”, altså som udgangspunkt, kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv.<sup>125</sup> Ift. gældende ret ville sådanne forhold passe bedre under UD art. 57, stk. 4, litra g), altså § 137, stk. 1, nr. 4, men på daværende tidspunkt eksisterede den udelukkelsesgrund ikke, og den polske bestemmelse mindede da også på mange måder om netop denne efterfølgende indførte udelukkelsesgrund. Ved at manglende overholdelse af kontraktmæssige forhold ifølge EU-Domstolen kunne falde under § 45, stk. 2, litra d) i UD-2004, altså forgængeren til art. 57, stk. 4, litra c), er det efter min vurdering også et endnu vigtigt argument for, at der er overlap mellem litra c) og g). På den måde bidrager *Forposta*, selvom § 137, stk. 1, nr. 4-udelukkelsesgrunden ikke fandtes dengang, til forståelsen af forholdet mellem denne og den obligatoriske i § 136, nr. 4, idet der hvert fald potentielt kan være situationer, der falder ind under både den ene og den anden bestemmelse.

---

<sup>122</sup> *Forposta*, pr. 31-35

<sup>123</sup> C-465/11, *Conorzio Nazionale Servizi*, pr. 34-35

<sup>124</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>125</sup> *Ibid*, pr. 29

Derudover definerer EU-Domstolen i sagen hvad der skal forstås ved begrebet ”*alvorlig fejl*”, der må anses som det samme som ”*alvorlige forsømmelser*” i UD, idet domstolen udtaler, at dette er udtryk for ”*en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne kan således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den pågældende økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl.*”<sup>126</sup> Domstolen får her sat nogle ord på alvorlighedskriteriet, og selvom der ikke er noget overraskende ved det, er det trods alt med til at definere den tærskel, der skal overskrides, før udelukkelsesgrunden kan bringes i spil, og uagtet at det ikke nævnes, anser jeg det som udslag af proportionalitetsprincippet. *Forposta* er således igen med at til definere begreber, der stadig findes i gældende ret, og dermed bidrage til at skabe forståelse for den nuværende retstilstand. Dommen var også første gang, at domstolen fik mulighed for at fortolke væsentlige begreber og forhold i art. 45, stk. 2, litra d),<sup>127</sup> hvilket forhøjer dens værdi som præjudikat, selvom præjudikatbegrebet ikke kun er forbeholdt nyskabende domme.<sup>128</sup> Som nævnt i kapitel 1, afsnit 3.2.1.3 er retskildeværdien en samlet vurdering af flere elementer. Det er dog hvert fald klart, at i senere domme fra såvel EU-Domstolen, både i sager vedrørende 2004-UD<sup>129</sup> og det nuværende UD,<sup>130</sup> som fra den danske Højesteret<sup>131</sup> er *Forpostas* betragtninger blevet tillagt betydning. Dette vidner således om en generel ratio decidendi i *Forposta* og på trods af det faktum, at dommen vedrører et ikke længere gældende direktiv, hvilket isoleret selv taler imod en høj præjudikatværdi, besidder den en værdi af en vis størrelse ved også at række ind i forståelsen af UD, da ordene i udelukkelsesgrunden er rimelig ens. Som EU-Domstolen selv udtrykker det, kan den lade sig inspirere af praksis som *Forposta* i fortolkning af udbudsdirektivet, om end det samtidig er uklart i hvor høj grad domstolen også må føle sig bundet af den slags praksis med formuleringen ”*inspirere*”. Samlet set er *Forposta* ift. besvarelsen af problemformuleringen et vigtigt bidrag, idet den bekræfter forståelsen af og nærmere definerer forhold som ”erhverv” og ”alvorlig fejl”. Især må også fremhæves, at brud på kontraktlige forpligtelser, altså misligholdelse af kontrakt, som jo har sin egen specielle

---

<sup>126</sup> Ibid, pr. 30

<sup>127</sup> Ibid, pr. 43

<sup>128</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 23

<sup>129</sup> Se f.eks. C-470/13, *Generali*, pr. 35 og *Consorzio Nazionale Servizi*, pr. 26-34

<sup>130</sup> Se f.eks. *Meca*, pr. 26 eller C-210/20, *Rad Service m.fl.*, pr. 40

<sup>131</sup> Se Højesterets begrundelse og resultat i U.2013.2551

udelukkelsesgrund nu i § 137, stk. 1, nr. 4, også kunne omfattes under udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4's forgænger, hvorved der er overlap mellem de to.

### 3. U.2013.2551, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

#### 3.1 Sagens faktum

Af dansk retspraksis kan nævnes højesteretsdommen omhandlende I/S Vestforbrændings (herefter "VF") udelukkelse af DSV Transport A/S (herefter "DSV") fra et udbud vedr. transport af affald, samt andre tilsvarende udbud i op til fem år, ligeledes med henvisning til art. 45, stk. 2, litra d) i 2004-UD.<sup>132</sup> Udelukkelsen var begrundet med, at DSV i et tidligere kontraktforhold mellem parterne også ang. affaldstransport havde ophævet kontrakten, og at en voldgiftsret senere havde kendt DSV's ophævelse for uberettiget. Selvom DSV havde ophævet kontrakten, var det særlige ved situationen imidlertid, at der var blevet indgået en midlertidig aftale, 'interimaftalen', på ca. et halvt år, hvorefter DSV skulle fortsætte med at opfylde den oprindelige aftale, hvorfor den egentlige ophævelse først skete ved interimaftalens udløb. På baggrund af udelukkelsen klagede DSV til Klagenævnet for Udbud som fandt, at DSV's uberettigede ophævelse af den førstnævnte kontrakt ikke var en "alvorlig fejl" i art. 45, stk. 2, litra d)'s forstand, som kunne begrunde udelukkelsen. VF anlagde derefter sag ved de almindelige domstole, hvor den blev henvist til behandling ved landsretten, men både Østre Landsret og endelig Højesteret kom frem til samme resultat, nemlig, at udelukkelsen var uberettiget.<sup>133</sup>

#### 3.2 Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling

Ved første øjenkast kan der konstateres to væsentlige forhold ved denne sag. For det første at der er tale om et ens resultat 'hele vejen gennem systemet', idet både Klagenævnet for Udbud, landsretten og i sidste ende Højesteret kom frem til det samme. Rent nationalt, hvis der ses bort fra EU-Domstolen (der som nævnt er den endelige instans i udbudsretlig sammenhæng) for en stund, vil en dom fra Højesteret i almindelighed have den største præjudikatværdi,<sup>134</sup> hvorfor den afsigende instans her isoleret set forøger værdien. For det

---

<sup>132</sup> 2004-UD var i dansk ret implementeret ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 med senere ændringer

<sup>133</sup> U.2013.2551, s. 2551

<sup>134</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 35

andet støder sagen dog på samme svaghed som *Forposta*, nemlig ved at vedrøre det tidligere direktiv, hvorfor der med rette kan stilles spørgsmålstegn ved, om Højesteret også vil følge den samme holdning i dag, hvor forholdene er forandrede i form af det nugældende UD. Dette fører til et centralt spørgsmål, nemlig hvorvidt der, på trods af den forandrede ordlyd, kan udledes en generel ratio decidendi fra præmisserne i sagen og hvorvidt den altså vil kunne overleve i dag, hvor retsgrundlaget er anderledes.

Selvom alle tre instanser ender samme konklusion, er vejen derhen rent argumentationsmæssigt dog lidt forskellig. Østre Landsret lægger vægt på, at DSV, selvom de uberettiget havde ophævet og dermed væsentligt misligholdt kontrakten, ikke på noget tidspunkt var stoppet med at udføre transportopgaven. Henset også til proportionalitetsprincippet finder landsretten, at DSV's fejl *samlet set* ikke var så alvorlig, at virksomheden skulle udelukkes efter 2004-UD art. 45, stk. 2, litra d).<sup>135</sup> Højesteret stadfæstede som nævnt dommen, men en væsentlig detalje er, at *Forposta* i mellemtiden blev afsagt, og netop denne afgørelse tillægger Højesteret betydning i sin begrundelse ved at fremhæve flere af de samme præmisser som nævnt i analysen af *Forposta*.<sup>136</sup> Ligesom landsretten foretager Højesteret en samlet vurdering af parternes kontraktvist og forløbet ved ophævelsen<sup>137</sup> og når frem til, at ophævelsen ikke var en så alvorlig, udelukkelsesberettigende fejl, især grundet, at ”der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at DSV Transport fortsatte med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten”.<sup>138</sup> Det er min vurdering, at hverken Østre Landsret eller Højesteret dermed har taget stilling til nogle større, principielle spørgsmål eller formuleret og anvendt en regel, der i fremtidige, lignende sager gør, at begrundelsen i sagen vil danne præcedens. Afgørelsen har med andre ord langt hen ad vejen karakter af løsning af en konkret tvist på baggrund af en *samlet vurdering* af de konkrete omstændigheder, hvor bl.a. den særlige interimaftale spillede en vigtig rolle. Argumentationen fra domstolene i en tvist hvori der indgår regler, der indeholder elementer af skøn eller på anden vis er fleksible, er især betydningsfuld.<sup>139</sup> Efter min opfattelse bidrager den korte og konkrete argumentationen, der munder ud i en samlet vurdering, i denne dom ikke til en udfyldning af den ramme, som er skabt i lovgivningen. Dette er

---

<sup>135</sup> U.2013.2551, s. 2567 f

<sup>136</sup> Ibid, s. 2571

<sup>137</sup> Ibid

<sup>138</sup> Ibid

<sup>139</sup> Olesen og Lilja (2016), s. 28



naturligvis en skam, da dommen er den foreløbigt eneste, hvor en dansk domstol har taget stilling til denne udelukkelsesgrund. Som nævnt er præjudikatbegrebet ikke kun beholdt den første dom,<sup>140</sup> der anvender en ny regel, og at der skal foretages en konkret og individuel vurdering<sup>141</sup> er i tråd med *Forposta*, hvorved *Forpostas* ratio decidendi beskræktes, hvorfor U.2013.2551 i den henseende har en vis værdi. Imidlertid er manglen på en tilstrækkelig generel ratio decidendi et forhold, der efter min vurdering taler afgørende imod, at U.2013.2551 har en høj præjudikatværdi. På samme måde trækker den efterfølgende lovgivning sagen i retning af, at den ville få et andet udfald, hvis den blev ført i dag. Det mest oplagte er naturligvis, at DSV med gældende ret, og hvis VF havde tilvalgt udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, i dag ville kunne udelukkes fra udbuddet efter denne som følge af væsentlig misligholdelse af tidligere offentlig kontrakt. Desuden er der også sket forandringer med udelukkelsesgrunden, som dengang var i art. 45, stk. 2, litra d) i 2004-UD, ved at den dels er blevet obligatorisk og dels har fået hele integritetsdelen tilføjet i bestemmelsen, og netop integritetselementets betydning er værd at komme ind på. Det bliver nemlig her for alvorlig interessant og samtidig lidt paradoksalt. VF, altså den tabende part ved både Klagenævnet, Østre Landsret og Højesteret, fremførte under sagen bl.a. følgende forståelse af art. 45, stk. 2, litra d): ”*Vestforbrænding gør endvidere principalt gældende, at begrebet »alvorlig fejl« skal forstås på den måde, at det er selve fejlen og ikke nødvendigvis virkningen af fejlen, som skal være alvorlig.*”<sup>142</sup> VF gentog senere dette i relation til betragtningen i *Forposta* om, at der skal foreligge en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor.<sup>143</sup> Som det erindres var forarbejdernes (noget kryptiske) forklaring på, at forsømmelsen skal så tvivl om integriteten, at ”*det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse*”.<sup>144</sup> På den ene side foreligger der altså en dom fra 2013, hvor Højesteret ikke delte denne forståelse af udelukkelsesgrunden, hvert fald ikke i en sådan grad til, at VF skulle have medhold. På den anden side har lovgiver benyttet netop den samme formulering til at forklare integritetselementet i udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 – så sent som med lovændringen i juli 2022.<sup>145</sup> Retskildemæssigt kan der ikke være tvivl om,

---

<sup>140</sup> Ibid, s. 23

<sup>141</sup> U.2013.2551, s. 2571

<sup>142</sup> Ibid, s. 2563

<sup>143</sup> Ibid, s. 2571

<sup>144</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>145</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 154 sml. L 199, 10. maj 2022, s. 26

at en højesteretsdom som udgangspunkt har en højere retskildemæssig værdi end forarbejderne. Det er dog også klart, at udelukkelsesgrundens bestemmelse i dag indeholder integritetselementet, hvilket der af gode grunde ikke blev taget stilling til i U.2013.2551, men netop integritet forklares i forarbejderne med Vestforbrænding forståelse, der slet ikke tog stilling til dette forhold. Spørgsmålet er måske, om den de facto indsættelse af Vestforbrændings forståelse i forarbejderne betyder, at lovgiver har været uenig i dommen, og derfor har ønsket at præcisere retsstillingen med passagen. Hvis passagen skal forstås, som jeg anførte i lovfortolkningen i form af, at de *efterfølgende* virkninger ikke har betydning for udelukkelse, lader lovbemærkningerne til at tage afstand fra U.2013.2551. Således skal virkningen (konkret, at der ikke skete leveringssvigt) ikke tillægges betydning, da det er selve forsømmelsen, dvs. den uberettigede ophævelse, der begrundet udelukkelse. Hvis sagen skulle afgøres i dag og § 136, nr. 4's lovbemærkninger blev tillagt betydning, ville sagen derfor nok – blot med hensyn til passagen i forarbejderne – også have fået et andet udfald, idet man ifølge lovbemærkningerne ikke skal lægge vægt på, hvorvidt leverancerne fortsætter. Et modargument kan dog være, at det ikke direkte kan læses ud af dommen, at Højesteret er uenig i Vestforbrændings forståelse af udelukkelsesgrunden, da det jo var en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder. Det er igen tilbage til bemærkningen om den utilstrækkelige argumentation fra domstolene i sagen, men det nævnes jo som sagt både af landsret og Højesteret, at DSV's fortsatte leveringer efter ophævelsen qua interimaftalen navnlig blev tillagt vægt. Hvis man som ordregiver er i et afhængighedsforhold til en leverandør, der ophæver kontrakten, er en sådan interimaftale, som VF også beskriver det, 'indgået med pistolen for panden'.<sup>146</sup> Ved at følge domstolenes argumentation vil tilstedeværelse af en sådan aftale, der sikrer fortsatte leverancer, blive tillagt stor betydning i vurderingen af, at der ikke skal ske udelukkelse. Hvorvidt der er fortsatte leverancer pga. en interimaftale, er meget objektivt konstaterbart og efter min opfattelse ikke så meget i tråd *Forposta*, hvori blev bemærket, at culpøs adfærd med indvirken på den *faglige troværdighed* har betydning ifm. udelukkelsesgrunden.<sup>147</sup> Igen må jeg fremhæve usikkerheden der foreligger ved, at det er svært at læse, hvad der ligger i den samlede vurdering fra Højesteret, men domstolen fremhæver hvert fald forhold, som er objektivt konstaterbare, herunder fortsættelse

---

<sup>146</sup> U.2013.2551, s. 2558

<sup>147</sup> *Forposta*, pr. 27

med at udføre opgaven efter ophævelse. Om end Vestforbrændings identiske argumentation selvfølgelig spiller en rolle ift. at forstå passagen i lovbemærkningerne, har jeg fundet det mest hensigtsmæssigt, at den endelige vurdering vedr. forståelsen af denne del af forarbejderne, foretages i kapitel 5, afsnit 3.

### 3.2.1 *Har Klagenævnets kendelse i sagen stadig værdi?*

Som nævnt længere oppe er der en vis sammenhæng mellem pålidelighed og integritet, ligesom spørgsmålet om troværdighed, jf. *Forposta*,<sup>148</sup> også fyldte under 2004-UD, selvom det ikke fremgik af ordlyden i art. 45, stk. 2, litra d). Det var da også en vigtig del af Vestforbrændings argumentation i sagen, at man havde mistet tilliden til DSV, og at man derfor ikke fandt denne pålidelig længere,<sup>149</sup> men hverken landsretten eller Højesteret lader til at tillægge spørgsmålet om tillid nogen decideret betydning – hvert fald kan det ikke læses ud af begrundelsen. Dette leder over på Klagenævnet for Udbuds begrundelse, der, selvom resultat er ens, adskiller sig væsentligt fra, hvordan landsretten og Højesteret senere kom frem til, hvad der skulle gælde i sagen. Således ”*antager*” klagenævnet, at fejlen, som en økonomisk aktør har begået, skal opfylde tre kumulative betingelser for at udelukke efter 2004-UD art. 45, stk. 2, litra d): ”(1) *vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv, (2) er af en vis betydelig grovhed, og (3) fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart*”.<sup>150</sup> Kravene i nr. 1-2 giver sig selv, da det var en del af art. 45, stk. 2, litra d’s ordlyd. Mere interessant er derimod den tredje betingelse, som klagenævnet i øvrigt sammen med betingelse nr. 2 vurderede ikke var opfyldt for at kunne udelukke DSV<sup>151</sup>. Hverken lovfortolkningen, om end af den nye bestemmelse i udbudsdirektivet, eller domsanalysen af *Forposta* indikerede nemlig tilstedeværelsen af et sådant krav. Spørgsmålet er i virkeligheden, hvor stor en retskildemæssig værdi kendelsen har i dag. Hverken Østre Landsret eller Højesteret tog aktivt stilling til de af klagenævnet tre opstillede betingelser til trods for, at Vestforbrænding ihærdigt procederede imod Klagenævnets tredje betingelse.<sup>152</sup> Betyder det, at de almindelige domstole dermed accepterede klagenævnets forståelse af

---

<sup>148</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>149</sup> Se Kendelse d. 19. oktober 2009, s. 12 og 14, samt U.2013.2551, s. 2558 og 2564 f

<sup>150</sup> Kendelse d. 19. oktober 2009, s. 15

<sup>151</sup> *Ibid*

<sup>152</sup> U.2013.2551, s. 2563

2004-UD art. 45, stk. 2, litra d), eller har de netop ved ikke at henvide til klagenævnets begrundelse aktivt afvist den forståelse af artiklen? Jesper Fabricius mener, at dommene næppe er ”udtryk for en afstandtagen fra disse betingelser”,<sup>153</sup> mens H.P. Rosenmeier er af den opfattelse, at domstolene ikke synes at have tilsluttet sig klagenævnet.<sup>154</sup> Min egen vurdering er, at selvom Klagenævnet for Udbud normalvis følger sin praksis, er den retstilstand, som klagenævnet udtalte sig om tilbage i 2009, blevet for væsentligt forandret til, at klagenævnet ville gentage selvsamme betingelser, herunder nr. 3, i en klagesag i dag. Klagenævnet udtalte sig på daværende tidspunkt om en udelukkelsesgrund, som der dengang ikke var det store at støtte sig op af, da *Forposta*, hvor EU-Domstolen for alvor fastlagde forståelsen af bl.a. ”alvorlig fejl”-begrebet, først blev afsagt nogle år senere. Netop *Forposta* ville Klagenævnet utvivlsomt have brugt i sin egen kendelse frem for at *antage* retstilstanden ud fra reglens ordlyd, formål og reglens placering i 2004-UD.<sup>155</sup> Desuden gav *Forposta* heller ikke belæg for tilstedeværelsen af Klagenævnets tredje betingelse, hvorfor denne betingelse (og kendelsen generelt) samlet set vurderes ikke at være relevant for fastlæggelsen af gældende ret. Klagenævnet er da typisk heller ikke tilbageholdende med at rette ind og fortolke i overensstemmelse med EU-retten, såfremt EU-Domstolen kommer med en afgørelse.<sup>156</sup>

### 3.2.2 Sammenfattende om U.2013.2551

Spørgsmålet om dommens præjudikatværdi og bidraget til nærværende problemformulering vedr. hvordan udelukkelsesgrunden kan anvendes, er i det ovenstående i høj grad flydt sammen. Dette skyldes, at det er mange af de samme forhold, som har betydning for begge vurderinger. Sammenfattende vurderes det, at dommen kan fungere som præjudikat ift. at bekræfte ratio decidendi i *Forposta*, ligesom der trods alt er tale om den eneste dom, endda fra Højesteret, vedr. denne udelukkelsesgrund i dansk ret. Analysen har imidlertid vist, at de almindelige domstole ikke løser tvisten med en regel, der også i fremtidige sager vil kunne lægges til grund, idet der i høj grad er tale om ’samlede vurderinger’, hvorfor der er mangel på en generel ratio decidendi, hvilket forringer retskildeværdien. Med den ændrede lovgivning og tilføjelsen af integritetselementet, er det også et

---

<sup>153</sup> Fabricius (2017), s. 496.

<sup>154</sup> Rosenmeiers kommentar til U.2013.2551, s. 1

<sup>155</sup> Kendelse d. 19. oktober 2009, s. 15

<sup>156</sup> Hamer og Horskjær Nielsen (2020), s. 120

spørgsmål om ikke også Vestforbrændings argumenter om manglende pålidelighed ville fylde mere i bedømmelsen ved en lignende sag i dag efter § 136, nr. 4. Praksis efter det nye udbudsdirektiv som *Meca* (C-41/18), der vil blive analyseret straks nedenfor, kan måske give et svar på, hvorvidt disse forhold er kommet mere i fokus med UD. Derudover vurderes Klagenævnets forståelse af udelukkelsesgrunden ikke at være relevant for gældende ret i dag, ikke mindst grundet den senere domspraksis på området, først og fremmest *Forposta*, der havde indgået i Klagenævnets fortolkning af betingelser for udelukkelse. Samlet set besidder dommen ud fra disse betragtninger ikke en stor retskildemæssig værdi, men det er ikke ensbetydende med, at den ikke kan bidrage til afhandlingens problemformulering. Vestforbrændings argumentation om, at det er selve fejlen og ikke virkningen af den, er et væsentligt bidrag til forstå konteksten af passagen i lovbemærkningerne til § 136, nr. 4, hvor det nærmest identiske står, hvorfor dommen også vil blive inddraget i vurderingen i kapitel 5, afsnit 3.

#### 4. C-41/18, *Meca*

##### 4.1 Sagens faktum

Sirio Srl havde vundet et udbud af en skolemadordning i Napoli kommune for skoleåret 2016/2017, men fik pga. fødevareforgiftning ophævet kontrakten, der i stedet gik til nr. 2 i udbuddet, *Meca*. Sirio anfægtede denne ophævelse ved en civil domstol. For skoleåret 2017/2018 iværksattes et nyt udbud af skolemad, hvor Sirio fik lov til at deltage, imens sagen ang. ophævelse af den førstnævnte kontrakt for året 2016/2017 stadig kørte ved domstolen. Sirio vandt også dette udbud, men inden ordregiver, Napoli kommune, havde truffet afgørelse om tildeling, klagede *Meca* over Sirios deltagelse i udbuddet, herunder, at ordregiver ikke havde vurderet grovheden af Sirios misligholdelse vedr. den første kontrakt. *Meca* mente således, at Sirio skulle være blevet udelukket fra udbuddet for skoleåret 2017/2018 pga. fødevareforgiftningen ifm. kontrakten for 2016/2017. Omvendt var Napoli kommune (og Sirio) af den opfattelse, at Sirios stadig verserende søgsmål ang. ophævelsen af den første kontrakt, forhindrede ordregiver i at udelukke Sirio, jf. italiensk ret. Det præjudicielle spørgsmål i sagen angik derfor i store træk, hvorvidt en sådan lovgivning, hvor en aktørs anlæggelse af et civilt søgsmål ang. ophævelse af kontrakt

forhindrer ordregiver i at bedømme aktørens pålidelighed, er forenelig med UD art. 57, stk. 4, litra c) og g).<sup>157</sup>

#### 4.2 Dommens præjudikatværdi og bidrag til den konkrete problemstilling

Problemstillingen i denne præjudicielle forelæggelse synes at være rimelig generel, og igen er der snert af betydningen af 'automatik' ifm. udelukkelse. Hvor *Forposta* angik automatisk udelukkelse ved opfyldelse af visse kriterier, omhandlede *Meca* automatisk ikke-udelukkelse, hvis der var anlagt sag. Således vurderes der ikke at være sådanne meget konkrete omstændigheder, der spiller en afgørende rolle for sagens kerne, at det har indvirken på dommens rækkevidde. Modsat de indtil videre analyserede domme, vedrører *Meca* det nye UD, hvorfor der ikke skal tages forbehold for ændret lovgivning, og dommen er i øvrigt også den første lejlighed, som domstolen har haft til at fortolke UD art. 57, stk. 4,<sup>158</sup> hvilket øger muligheden for en nyskabende ratio decidendi. Med *Forposta* in mente ang. at der skal foretages en konkret og individuel vurdering, synes resultatet af *Meca*, nemlig, at EU-Domstolen vurderede, at art. 57, stk. 4, litra c) og g) er til hinder for en national ordning som den italienske,<sup>159</sup> ikke at være overraskende, men vejen derhen er stadig meget interessant – også for problemformuleringen.

Først og fremmest fortolker domstolen sig frem til, at det suverænt er ordregivers vurdering, hvorvidt en aktør skal udelukkes, hvilket også i UD er blevet særligt understreget med tilføjelsen af ”de ordregivergivende myndigheder” i bestemmelsens ordlyd<sup>160</sup> sammenlignet med 2004-UD. Hvis ordregiver var bundet af en tredjemands vurdering, ville det være svært at honorere proportionalitetsprincippet, som har så stor betydning ifm. udelukkelsesgrundene.<sup>161</sup> Her må der dog for en god ordens skyld sondres mellem den situation, hvor ordregiver undlader at vurdere, om en aktør skal udelukkes, fordi denne afventer tredjemands vurdering, og den situation, hvor ordregiver dokumenterer sin udelukkelse på tredjemands erfaring el. lign. Det første scenarie er, hvad *Meca* omhandler, og er således ikke tilladt, mens det andet scenarie er, hvad forarbejderne til udelukkelsesgrunden angiver som måde til at løfte ordregivers bevisbyrde.<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> *Meca*, pr. 6-14 og 24

<sup>158</sup> *Meca*, pr. 15

<sup>159</sup> *Ibid*, pr. 42

<sup>160</sup> *Ibid*, pr. 28

<sup>161</sup> *Ibid*, pr. 31-32 og 34

<sup>162</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 27

Selvom ovenstående del af ratio decidendi i *Meca* måske kan virke som gammel vin på nye flasker, er netop det faktum, at det er ordregivers mulighed for at udelukke en aktør, dvs. foretage den oven for omtalte proportionelle vurdering selv, ifølge EU-Domstolen ”navnlig bestemt til at gøre det muligt for denne at vurdere hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed”.<sup>163</sup> Dette underbygges med bl.a. henvisning til præambeltraktning 101, der som fremhævet i lovforklningen omtaler muligheden for at udelukke ”upålidelige aktører”. Domstolens brug af de to begreber ”integritet” og ”pålidelighed” side om side understreger igen den tætte forbindelse mellem dem, hvilket bidrager til forståelsen af dette vigtige element i udelukkelsesgrunden, og derved hvordan den skal anvendes. I forlængelse heraf henviser domstolen til generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i *Meca*,<sup>164</sup> og gentager, at både art. 57, stk. 4, litra c) og g) støtter sig ”på et vigtigt element i forholdet mellem den valgte tilbudsgiver og den ordregivende myndighed, nemlig førstnævntes pålidelighed, som ligger til grund for den tillid, som sidstnævnte viser denne.”<sup>165</sup> Hermed sker der efter min opfattelse et vigtigt skifte eller hvert fald en præcisering ift. udelukkelsesgrunden, hvilket må tilskrives den ændrede retstilstand i form af det nye UD, nemlig, at ordregiverens egen tiltro til den økonomiske aktør er en indbygget komponent i vurderingen af, om aktøren skal udelukkes. I *Meca* problematiserede EU-Domstolen altså, at uden en konkret og proportionel vurdering kan en ordregiver heller ikke vide, om de økonomiske aktører er upålidelige, og derfor om de bør udelukkes. ”Faglig troværdighed” var jo også nævnt i *Forposta*,<sup>166</sup> hvorfor der måske knap så meget er tale om decideret skred fra det ene direktiv til det andet, men nok nærmere en opprioritering og præcisering af tillidsspørgsmålet, der tidligere fyldte i vist omfang, men som nu bliver er blevet skrevet direkte ind i såvel præambel som udelukkelsesgrundens ordlyd. Pålidelighed har dermed i UD stor betydning for, om der skal ske udelukkelse, og domstolen har også i senere sager med henvisning til *Meca* gjort dette tydeligt og understøttet betydningen af tillidsforholdet mellem ordregiver og virksomhed, herunder bl.a. i C-267/18, *Delta*<sup>167</sup> og C-210/20, *Rad Service m.fl.* I sidstnævnte dom kan det fremhæves, at domstolen præciserede ratio decidendi i *Meca* ved at fastslå, at sikring

---

<sup>163</sup> *Meca*, pr. 29

<sup>164</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*

<sup>165</sup> *Ibid*, pr. 30

<sup>166</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>167</sup> C-267/18, *Delta*, pr. 25-27

af hver af de deltagende virksomheders integritet og pålidelighed, og som følge heraf, at tillidsforholdet til den pågældende aktør ikke brydes, er hele formålet med art. 57.<sup>168</sup>

Som en sidste del af ratio decidendi i *Meca* må også nævnes EU-Domstolens udtalelse om, at en regel som den italienske kan være i strid med UD art. 57, stk. 6<sup>169</sup> vedr. at en virksomhed, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, alligevel kan dokumentere sin pålidelighed (self-cleaning). Dette giver også god mening, da ordregivere aldrig ville skulle forholde sig til en aktørs self-cleaning, såfremt denne blot anlægger en civil sag ang. udelukkelsen, hvilket således udhuler hele pointen med at skulle dokumentere sin pålidelighed på trods af at være omfattet af en udelukkelsesgrund.

Alt i alt kan der ikke være tvivl om, at *Meca* besidder en høj præjudikatværdi. Dette skyldes ikke mindst dens ratio decidendi, som består af nogle generelle betragtninger om, hvordan udelukkelsesgrunden(e) skal forstås, hvilket dels er første gang domstolen kommer med denne fortolkning, og dels henvises der som nævnt også til *Meca* i efterfølgende praksis, hvorved dommen har dannet præcedens. Endvidere kommer dommen med nogle væsentlige bidrag til den konkrete problemformulering, herunder ift. hvordan udelukkelsesgrunden skal anvendes. Således fastslår domstolen i *Meca* vigtigheden af pålidelighed og et tillidsforhold mellem ordregiver og virksomhed, når det kommer til udelukkelse, hvilket ligner en udvikling fra 2004-UD og dertilhørende praksis, herunder VF mod DSV. Selvom *Forposta* (hvor EU-Domstolen omtalte ”faglige troværdighed”,<sup>170</sup> dvs. noget der minder meget om pålidelighed) var afsagt ved Højesterets behandling af U.2013.2551, kom selvsamme tillidsaspektet hvert fald ikke eksplicit til udtryk i Højesterets begrundelse. Dette til trods for, at VF gjorde det tydeligt, at de ikke længere fandt DSV pålidelig.<sup>171</sup> Som nævnt i domsanalysen, henviste EU-Domstolen også direkte til generaladvokatens forslag til afgørelse, hvilket tyder på en konkret højere retskildemæssig værdi end ellers hvad angår disse udtalelser, hvorfor det også vurderes at være værdifuldt at analysere forslaget selvstændigt.

---

<sup>168</sup> *Rad Service m.fl.*, pr. 35

<sup>169</sup> *Meca*, pr. 39

<sup>170</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>171</sup> Se Kendelse d. 19. oktober 2009, s. 12 og 14, samt U.2013.2551, s. 2558 og 2564 f



### 4.3 Generaladvokatens forslag til afgørelse i *Meca*

For de retskildemæssige overvejelser om udtalelser fra generaladvokaten overordnet set, henvises til kapitel 1, afsnit 3.2.1.4. Generaladvokaten udtaler sig i sit forslag til afgørelse i *Meca* om udelukkelsesgrundene generelt, hvilket kan være et fortolkningsbidrag ift. at forstå anvendelsesområdet for UD art. 57, stk. 4, litra c) herunder dennes forhold til UD art. 57, stk. 4, litra g). Ift. hvordan udelukkelsesgrunden kan bruges, pointerer generaladvokaten et fokusskifte fra art. 45, stk. 2 i 2004-UD, som havde fokus på tilbudsgiverens udelukkelse, til art. 57 i UD, der i stedet fremhæver, hvordan *ordregiveren* kan udelukke virksomheder, der opfylder udelukkelsesgrundene.<sup>172</sup> Måske kan det virke lidt teoretisk, hvorvidt det er det ene eller andet, hvis udfaldet alligevel er, at en virksomhed bliver udelukket, men i et større billede kan der måske alligevel ses en forskel i den praktiske anvendelse fra det ene til det andet direktiv. Hvor Højesterets argumentation i U.2013.2551 bar præg af mere objektivt konstaterbare forhold, er et større ordregiverfokus i UD i tråd med det større skøn som Rådet ønskede at tilføje ordregiverne, idet spørgsmålet om tillid og pålidelighed i høj grad er udtryk for et skøn og en subjektiv holdning. Pålidelighedsaspektets betydning blev da også af EU-Domstolen citeret ordret fra generaladvokatens forslag,<sup>173</sup> hvorved denne fortolkningen fra generaladvokaten er blevet ophøjet på et retskildemæssigt højt niveau. Omvendt forholder domstolen sig ikke nærmere til forholdet mellem litra c) og g), hvilket generaladvokaten ellers behandler i sit forslag til afgørelse og som har stor relevans for specialets problemformulering. Med henvisning til de i præambelbetragtning 101 angivne eksempler på, hvad der kan være omfattet af litra c), anser generaladvokaten litra c) som værende af ”*overvejende ikke-kontraktlig karakter, dvs. at der er tale om uregelmæssigheder, der generelt finder sted uden for kontraktforholdet*”.<sup>174</sup> At generaladvokaten omvendt anser den adfærd, der efter litra g) kan medføre udelukkelse, som havende typisk karakter af *kontraktlig* misligholdelse,<sup>175</sup> giver sig selv og er helt oplagt at acceptere i modsætning til udlægning af litra c), som forekommer mindre plausibel i lyset af *Forposta*.<sup>176</sup> Dog skynder generaladvokaten sig også allerede i den næste præmis at erkende, at der kan være overlap mellem de to, således at

---

<sup>172</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 31. EU-Domstolen tilslutter sig i et vist omfang, jf. *Meca*, pr. 28

<sup>173</sup> *Meca*, pr. 30 og 41

<sup>174</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 39

<sup>175</sup> *Ibid*

<sup>176</sup> *Forposta*, pr. 29

visse kontraktlige misligholdelser, altså litra g), samtidig kan omhandle en form for alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, dvs. litra c).<sup>177</sup> På den måde harmonerer udtalelsen alligevel med pr. 29 i *Forposta*. Dette leder generaladvokaten frem til den for problemformuleringen centrale præmis: ”*Ud fra dette synspunkt svarer forholdet mellem de to litra til forholdet mellem en lex generalis [litra c)] og en lex specialis [litra g)]*”.<sup>178</sup> Campos Sánchez Bordona gentog senere dette i sit forslag til afgørelse i *Delta*.<sup>179</sup> Dermed bekræftes det også af generaladvokatens forslag i *Meca*, at der er overlap mellem de to udelukkelsesgrunde i hvad der i dansk ret er § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 4. Generaladvokat Campos Sánchez-Bordona, der som nævnt i det ovenstående har fået støtte af EU-Domstolen fsva. forslaget i bl.a. *Meca*,<sup>180</sup> kommer dermed med et vigtigt bidrag til retsstillingen, som godt nok ikke er udtryk for gældende ret, men stadig er et stærkt argument for, hvordan forholdet mellem de to bestemmelser skal forstås. Dog kommer generaladvokaten ikke i sit forslag nærmere ind på, hvorvidt det også betyder, at art. 57, stk. 4, litra c) kun kan favne de kontraktlige misligholdelser, som i øvrigt ikke kan gøres gældende under litra g). Dette spørgsmål samt de andre i lovforklaringen og i domsanalysen stadig uafklarede forhold vil jeg i vurderingen i næste kapitel give mit bedste bud på.

## Kapitel 5. Vurdering

### 1. Indledning

Lovfortolkningen i kapitel 3 bidrog med en forståelse af udelukkelsesgrundens anvendelsesområde, men fælles for både den og domsanalysen i kapitel 4 er, at der stadig er forhold, der ikke kan udledes af lovgivning eller retspraksis. Henset til denne mangel på helt klar viden om hvordan § 136, nr. 4 kan bruges som udelukkelsesgrund, herunder forholdet til udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, vil dette afsnit være udtryk for min vurdering baseret primært på ovenstående lovforklaring og domsanalyse. For at strukturere vurderingsafsnittet er der blevet stillet nogle konkrete underspørgsmål, hvis besvarelse dels fungerer som svar på den overordnede problemformulering, og dels er med til at tematisere hvilken del af problemformuleringen, der bliver vurderet.

---

<sup>177</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 40

<sup>178</sup> *Ibid*, pr. 41

<sup>179</sup> Generaladvokatens forslag i *Delta*, pr. 23-26

<sup>180</sup> *Meca*, pr. 30.

## 2. Bestemmelsens karakter: en generalklausul?

Som lovforklningen viste, har udelukkelsesgrunden et bredt anvendelsesområde qua det faktum, at ”*erhverv*” og ”*alvorlig forsømmelse*” er formuleret bredt og således favner med stor udstrækning, ligesom de i præambelen angivne eksempler blev vurderet til at være ikke-udtømmende. Pga. indikationerne med især bestemmelsens brede ordlyd, kan det give mening at overveje, hvorvidt udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 er en ”retlig standard”, herunder en generalklausul,<sup>181</sup> hvilket vil blive vurderet i det følgende.

Generalklausuler vil i almindelighed også være retlige standarder, og en generalklausul kan defineres som en ”*generelt anvendelig regel*”.<sup>182</sup> I kraft af den bredt formulerede bestemmelse i § 136, nr. 4, herunder forarbejdernes forklaring om, at den ”*kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser*”,<sup>183</sup> synes udelukkelsesgrunden at passe på ovenstående definition. Mere overordnet kan en retlig standard også karakteriseres som indeholdende en generelt formuleret regulering, hvor det ikke er muligt at læse eller ordfortolke sig til ”løsningen”.<sup>184</sup> Dette er også på mange måder tilfældet med § 136, nr. 4, da lovforklningen ikke kunne give noget konkret svar på, hvad anvendelsesområdet for bestemmelsen er, udover, at det er bredt. Præciseringen af sådanne reglers nærmere indhold kommer derfor først med retspraksis, hvor domstolene gennem et retligt skøn må fastlægge indholdet,<sup>185</sup> hvilket domsanalyserne også demonstrerede med *Forposta* og *Meca*. Generalklausul-begrebet er da også benyttet om opsamlingsbestemmelser såsom markedsføringslovens § 3,<sup>186</sup> offentlighedslovens § 33, nr. 5, ligesom også aftalelovens § 36 rolle kan bruges til sammenligning, idet den fungerer som en generalklausul<sup>187</sup> og et ’sidste sikkerhedsnet’ ift. de andre ugyldighedsgrunde i aftaleloven. Generalklausuler er altså generelt anvendelige, sådan som urimelige aftaler generelt kan tilsidesættes efter aftalelovens § 36,<sup>188</sup> og spørgsmålet er, om analogien fra disse bestemmelser rolle i deres respektive love kan overføres til den situation, som §

---

<sup>181</sup> I litteraturen er generalklausuler defineret som en form for retlige standarder, se bl.a. Blume (2016), s. 161 samt Kronborg og Mortensen (2020), s. 105.

<sup>182</sup> Munk-Hansen, (2022), s. 274

<sup>183</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>184</sup> Munk-Hansen, (2022), s. 271 ff

<sup>185</sup> Ibid

<sup>186</sup> Mortensen og Steinicke (2018), s. 288

<sup>187</sup> Kronborg og Mortensen (2020), s. 105

<sup>188</sup> Gomard m.fl. (2015), s. 157

136, nr. 4 er placeret i.<sup>189</sup> Jeg har allerede i kapitel 3, afsnit 3, vurderet, at udelukkelsesgrunden kan betegnes som en opsamlingsbestemmelse, i den forstand, at den vil kunne samle forhold op, som de andre udelukkelsesgrunde ikke kan. Ud fra ovenstående er der hvert fald også flere forhold, der peger i retning af, at denne udelukkelsesgrund har karakter af en retlig standard, nærmere bestemt en generalklausul. Hvor urimelige aftaler er det styrende element for, hvad § 36 i aftalelovens skal dække, og god markedsføringsskik er det for § 3 i markedsføringsloven, kan udelukkelse af upålidelige aktører, jf. præambelbetragtning 101, siges at være det for § 136, nr. 4.

Modsat kan der argumenteres for, om ikke lovgiver i kraft af indførelsen af flere specifikke udelukkelsesgrunde har haft til hensigt udtømmende at regulere de scenarier, der kan føre til noget så indgribende som udelukkelse, hvorfor der ikke er behov for en generalklausul og dette sidste sikkerhedsnet.<sup>190</sup> Ud fra denne tankegang ville § 136, nr. 4 dog være begrænset til kun at kunne omfatte nogle få tilfælde og dermed ikke være generelt anvendelig i mange forskellige situationer, hvilket imidlertid ikke harmonerer med, hvad jeg kom frem til ang. § 136, nr. 4's brede anvendelsesområde, som var hvad eksemplerne i forarbejderne indikerede. Som det nævnes i *Forposta*, er enhver culpøs adfærd med indvirken på den faglige troværdighed omfattet af udelukkelsesgrunden, ”og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævrere forstand.”<sup>191</sup> Som H. J. Preiss også pointerer, er potentialet for hvad der kan omfattes af udelukkelsesgrundene langt større end, hvad de faktisk dækker over, hvorfor der stadig er en væsentlig interesse i at have en generel bestemmelse som denne.<sup>192</sup> Med EU-Domstolens praksis i form af bl.a. *Forposta* blev det bekræftet, at udelukkelsesgrunden også i 2004-UD var bredt funderet, selvom hverken 2004-UD's bestemmelser eller præambel gav nogen holdepunkter herfor. Med præambelbetragtning 101's eksempler på alvorlige forsømmelser, herunder f.eks. overlappet med ”overtrædelser af konkurrenceregler” til den med UD indførte udelukkelsesgrund i art. 57, stk. 4, litra d) om aftaler mhp. konkurrencefordrejning, blev dette brede anvendelsesområde blot direkte skrevet ind i direktivet. At overtrædelser af konkurrencereglerne kunne falde ind

---

<sup>189</sup> For overvejelser ang. sammenligningen af udbudsretten med andre retlige discipliner, henvises til afgrænsningsafsnittet i kapitel 1

<sup>190</sup> Preiss, s. 118

<sup>191</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>192</sup> Preiss, s. 118

under udelukkelsesgrunden, dengang den var i art. 45, stk. 2, litra d) i 2004-UD, bekræftede EU-Domstolen også med C-470/13, *Generali*, pr. 35. Noget af dens brede indhold er altså blevet ført direkte over i en ny, speciel bestemmelse uden dog at tage overtrædelser af konkurrencereglerne fra anvendelsesområdet for litra c), jf. præambelbetragtning 101. Dette illustrerer igen dens generelle anvendelighed på samme måde som generaladvokatens klassificering af den som *lex generalis* ift. en anden frivillig udelukkelsesgrund, nemlig art. 57, stk. 4, litra g), gør. I dansk ret er det interessante også, at udelukkelsesgrunden er gjort obligatorisk, og dette trækker ligeledes i retning af en funktion som generalklausul, da dens anvendelse og dermed sammenspil med de andre, hvis den stadig var frivillig, ellers ville afhænge af ordregivers konkrete tilvalg i udbudsbekendtgørelsen. Det styrker på den måde bestemmelsens rolle som sikkerhedsnet og generalklausul, at den altid kan opfange alvorlige forsømmelser, fordi den nu er obligatorisk, og ikke kun som tidligere, når man havde tilvalgt den.

En endegyldig klassificering af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 som generalklausul ville kræve, at lovgiver el. EU-Domstolen havde tilkendegivet, at bestemmelsen har en sådan karakter, hvilket der dog ikke er fundet belæg for i hverken de EU-retlige eller danske kilder. Pga. bestemmelsens brede anvendelsesområde, udviklingen både lovgivningsmæssigt, herunder fra dansk side om at gøre den obligatorisk, samt i retspraksis, bl.a. med klassificering af den som *lex generalis* af generaladvokaten, vurderer jeg dog, at udbudslovens § 136, nr. 4 *reelt set* har karakter af, hvad der kan sammenlignes med en generalklausul. Om end det som nævnt er vurderet med forbehold for, at hverken lovgiver eller domstol tydeligt har givet udtryk for, at den faktisk skal anses som en generalklausul, er jeg er den opfattelse, at denne klassificering kan bidrage til forståelsen af, hvordan § 136, nr. 4 kan bruges som udelukkelsesgrund. Ved at forstå hvilken regeltype en bestemt lovbestemmelse er, må det nemlig også være nemmere at bringe den i anvendelse.

### 3. Forståelse af lovbemærkningerne og sammenhængen til U.2013.2551

Nok er der tale om et bredt anvendelsesområde forstået på den måde, at mange tilfælde kan have potentialet til at være omfattet, men om de faktisk har en sådan alvorlighed til, at de også sår tvivl om aktørens integritet, er anden sag. Hvis man som ordregiver skal vurdere, om en given ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes efter § 136, nr. 4, og man læser højesteretsdommen U.2013.2551, kan man få et indtryk af, at der også skal rimelig

meget til, før der kan ske udelukkelse. Selvom dommen vedrører det tidligere direktiv, er der stadig den samme tærskel med ”alvorlig” forsømmelse, der nu er suppleret med at skulle så tvivl om den pågældende tilbudsgivers eller ansøgers integritet. Slår selvsamme ordregiver op i lovbemærkningerne for at få en yderligere forklaring herom, kan man læse, at hvad der begrundet udelukkelse er ”den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse”. Passagen er som nævnt ikke nem at forstå, og i lovforklaringen opstillede jeg en tese til forklaring heraf, hvilken nu vil blive efterprøvet ud fra især analysen af U.2013.2551, som gav nogle indikationer på forståelsen af formuleringen. Domsanalysen viste nemlig, at Vestforbrænding, inden udbudsloven trådte i kraft, havde haft en nærmest identisk forståelse, hvilket tyder på, at forarbejderne har hentet stor inspiration i Vestforbrændings argumentation og forståelse af 2004-UD, art. 45, stk. 2, litra d).<sup>193</sup> Da Vestforbrænding ikke angav en kilde til deres forståelse, men tilsyneladende selv formulerede passagen ud fra deres egen fortolkning af det daværende 2004-UD, lægges det til grund, at Vestforbrænding er den oprindelige kilde til en sådan fortolkning, og at lovgiver lod sig inspirere herefter. Dermed er det min vurdering, at forståelsen af formuleringen skal ses i lyset af Vestforbrændings situation i sagen mod DSV. Vestforbrænding forsøgte med denne fortolkning efter min vurdering at overbevise domstolen om, at selvom DSV fortsatte med at være midlertidig kontraktpartner efter den alvorlige forsømmelse, var det ikke en omstændighed, der efter direktivet skulle tillægges betydning. For omverdenen kunne denne fortsættelse af kontraktforholdet pga. interimaftalen ellers objektivt tyde på, at der reelt ikke var sket nogen virkninger af DSV’s uberettigede ophævelse, idet genbrugsstationen f.eks. ikke var nødsaget til at lukke en eneste dag efter ophævelsen. Klagenævnet er i den forbindelse i en nylig afgørelse kommet frem til, at en kommune godt kunne have krævet, at en leverandør, der blev omfattet af en udelukkelsesgrund, fortsatte med at levere midlertidigt indtil behovet kunne opfyldes på anden vis.<sup>194</sup> Selvom en sådan aktørs motivation for at fortsætte med at yde kontraktmæssigt kan være lav,<sup>195</sup> og selvom ordregiver ikke længere har tillid til den udelukkede virksomhed, ville en interimaftale altså af Klagenævnet være en løsning, der ikke påvirker spørgsmålet om udelukkelsesgrunden. Ud fra ovenstående er det min opfattelse, at passagen i bemærkningerne skal forstås sådan, at spørgsmålet om udelukkelse er altså adskilt

---

<sup>193</sup> U.2013.2551, s. 2563 og 2571

<sup>194</sup> Kendelse d. 25. april 2023, s. 24

<sup>195</sup> Ibid

fra spørgsmålet om de *efterfølgende* konkrete virkninger, som følger i kølvandet på forømmelsen, f.eks. en uberettiget ophævelse af kontrakt, som DSV lavede. Hermed bekræftes tesen fra lovforklaringen også: en tilbudsgiver vil i så fald ikke kunne argumentere imod udelukkelse ved at sige, at 'der jo ikke skete noget', idet opgaven blev ved med at blive løst for ordregiveren. Når først ordregiver har vurderet, at man er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan de konkrete virkninger herefter altså ikke øve indflydelse på begrundelsen for udelukkelse. Proportionalitetsprincippet, som landsretten eksplicit henviser til,<sup>196</sup> skal ganske vist iagttages. Der er dog efter min vurdering en tidsmæssig sondring mellem, når udelukkelsesgrundens "gerningsindhold" er opfyldt, og der således kan ske udelukkelse, og de *efterfølgende virkninger*, som i den forbindelse potentielt først kan indtræde længe efter, at ordregiver har besluttet at udelukke. De efterfølgende virkninger påvirker derfor efter min opfattelse ikke udelukkelsesgrunden og skal derfor heller ikke indgå i den vurdering, der foretages heraf, men proportionalitetsprincippet indgår selvfølgelig ifm. selve beslutningen om udelukke i første instans. Hvis denne forståelse lægges til grund, ser jeg heller ikke, at der kan være et problem med lovbemærkningernes konformitet med EU-retten, og så længe lovbemærkningerne til udbudsloven ikke strider imod EU-retten, må det antages, at Klagenævnet vil tillægge disse betydning i fortolkningen af udbudsloven.<sup>197</sup> Derimod kan man argumentere for, især på baggrund af den nærmest identiske formulering hos Vestforbrænding i U.2013.2551 som i lovbemærkningerne,<sup>198</sup> at passagen blev sat ind som lovgivers signal om, at domstolen havde lagt vægt på de forkerte forhold. Højesteret tillagde det navnlig vægt, at DSV fortsatte med at udføre opgaven efter ophævelsen, dvs. der indtrådte ikke efterfølgende virkninger i kølvandet på den adfærd, som egentlig berettiger udelukkelse, nemlig DSV's uberettigede ophævelse. Følger man den forståelse, som jeg har af passagen, ville det i dag være forkert at lægge vægt på forhold, der er udtryk for efterfølgende virkninger. Desuden lagde Højesteret i sin begrundelse, navnlig vægt på objektivt konstaterbare forhold, frem for de mere subjektive forhold i form af troværdighed, pålidelighed og tillid (som VF ellers påpegede), der i det nuværende udbudsdirektiv spiller en større rolle, jf. i øvrigt domsanalysen af *Meca*.

---

<sup>196</sup> U.2013.2551, s. 2568

<sup>197</sup> Hamer og Horskjær Nielsen (2020), s. 123

<sup>198</sup> U.2013.2551, s. 2563 og s. 2571 sml. L 199, 10. maj 2022, s. 26

Jeg anerkender selvfølgelig usikkerheden omkring ovenstående, herunder, at der i forarbejderne ikke eksplicit står ”*efterfølgende*”, samt, at den endegyldige forståelse af passagen nok kræver, at man sad med, da lovbemærkningerne blev skrevet. Hvis det dog lægges til grund, som værende rigtig forstået, er det blot endnu et argument for, at Højesterets begrundelse i sagen, uagtet at den er maskeret i en samlet vurdering, ikke er særlig brugbar ift. gældende ret, jf. i øvrigt domsanalysen i kapitel 4, afsnit 3. Populært sagt er en højesteretsdom rigtig, selv når den er forkert, hvilket dog kun gælder i en rent dansk kontekst, da der skal fortolkes EU-konformt, hvorfor EU-Domstolen vil være den endelige instans i udbudsretlig sammenhæng. Desuden er en højesteretsdom naturligvis *generelt set* af langt større retskildemæssig værdi end lovbemærkninger. Med både tilføjelsen af integritetselementet til den selvsamme udelukkelsesgrunds ordlyd, og udbudsdirektivets ordregiverfokus,<sup>199</sup> hvor ordregivers tillid til aktøren spiller en stor rolle,<sup>200</sup> i modsætning til i U.2013.2551, hvor dette ikke eksplicit blev adresseret, vurderer jeg dog, at udviklingen har indhentet denne højesteretsdom.

#### 4. Hvordan skal ”integritet” forstås, og hvilket skøn har ordregiver i den forbindelse?

Hvis den tidligere omtalte ordregiver efter at have været igennem forarbejder og domme, nu står over for faktisk at skulle foretage vurderingen af, om udelukkelsesgrunden kan bruges i den konkrete situation, vil ordregiveren nok stadig spørge: Hvad ligger der så i, at noget skal have sået tvivl om en aktørs integritet? Ud fra de EU-retlige kilder, herunder ikke mindst domsanalysen af *Meca*, især pr. 29-30, og de efterfølgende domme, der henviser til *Meca*, bl.a. *Rad Service*,<sup>201</sup> er det min vurdering, at integritet skal ses i sammenhæng med pålidelighed og tillid til ansøgeren el. tilbudsgiveren. Herunder må det især pointeres, at modsat 2004-UD (og Kommissionens forslag til UD) står det direkte i præambelbetragtning 101 til UD vedr. udelukkelsesgrunden, at ordregivere bør have mulighed for, ”at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige” (min understregning). Modargumentet hertil kunne dog være, som generaladvokat Campos Sánchez-Bordona anfører i sit forslag til afgørelse i *Meca*, at pålidelighedselementet, selvom det

---

<sup>199</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 31. EU-Domstolen tilslutter sig i et vist omfang, jf. *Meca*, pr. 28

<sup>200</sup> *Meca*, pr. 29-30

<sup>201</sup> *Rad Service m.fl.*, pr. 35



ikke fremgik af 2004-UD, blev indført via EU-Domstolens retspraksis.<sup>202</sup> Dette viste domsanalysen af *Forposta* da også, hvor fejl i forbindelse med udøvelsen erhverv ifølge domstolen omfatter ”*enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed*” (min understregning).<sup>203</sup> Selvom *Forposta* ikke var en af de domme, som generaladvokaten henviste til i sin argumentation i pr. 42, bekræfter det, at pålidelighed/troværdighed fyldte i et eller andet omfang også under det tidligere direktiv, og derfor ud fra dette perspektiv ikke er nogen nyskabelse ift. udelukkelsesgrundene. Uanset i hvor stor eller lille grad pålidelighed var en del af det tidligere direktiv, er det min vurdering, at det nu, som bekræftet i præambelbetragtning 101,<sup>204</sup> er en fundamental del af litra c), således, at den fortsatte tiltro, efter den alvorlige fejl er sket, bliver afgørende for vurderingen af virksomhedens integritet. Som Campos Sánchez-Bordona anfører i sit forslag til afgørelse i *Delta*, har UD i forholdet mellem tilbudsgiver og ordregiver opstillet pålidelighed som en vigtig bestanddel.<sup>205</sup> Forbindelsen mellem integritet og faglig troværdighed blev også skrevet ind i forarbejderne til udbudsloven,<sup>206</sup> givetvis som følge af *Forposta*, og som nævnt i lovfortolkningen af de danske kilder, sætter lovbemærkningerne til § 136, nr. 4 tilsyneladende lighedstegn mellem integritet og troværdighed. Pålidelighed og troværdighed må rent sprogligt anses som synonyme, og en sammenligning af sprogversionerne viser også, at de to ord bruges i flæng i de danske oversættelser.<sup>207</sup> I *Meca* lader EU-Domstolen dog til at sondre mellem pålidelighed og integritet som begreber ved formuleringen om, at muligheden for udelukkelse navnlig er bestemt til, at ordregiver har mulighed for at ”*vurdere hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed*”.<sup>208</sup> Omvendt kan det også læses som, at domstolen anser integritet og pålidelighed som så tæt knyttede sammen, at de skal nævnes sammen på den måde. I den forbindelse erindres det også fra lovfortolkningen, hvordan ”*reliability*” var forsøgt som kompromis, før det blev erstattet med ”*integrity*”,<sup>209</sup> hvilket ligeledes viser ordenes tætte forbindelse. Diskussionen om

---

<sup>202</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 42

<sup>203</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>204</sup> Henvisningen til præambelbetragtning 101 foretages i øvrigt også af EU-Domstolen i *Meca*, pr. 29.

<sup>205</sup> Generaladvokatens forslag i *Delta*, pr. 28

<sup>206</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>207</sup> EU-Domstolen sonderer mellem ”*professional credibility*”/”*crédibilité professionnelle*”, som bruges i *Forposta*, pr. 27 (oversat i den danske version til ”*faglig troværdighed*”), og ”*reliability*”/”*fiabilité*” i *Meca*, f.eks. pr. 29 (oversat i den danske version til ”*pålidelighed*”, men til ”*troværdighed*” i *Connexion Taxi Services (C-171/15)*, pr. 24, 28 og 36).

<sup>208</sup> *Meca*, pr. 29. Senere gentaget i *Delta*, pr. 26

<sup>209</sup> Fire-kolonne-papir 5927/13, s. 383

integritet er et selvstændigt begreb over for pålidelighed/troværdighed eller om alle disse i virkeligheden er mere eller mindre synonyme, bidrager efter min opfattelse ikke til andet end en kamp om ord. Selvom vi stadig ikke har en eksakt definition af ”integritet” i § 136, nr. 4-forstand, er pålidelighed/troværdighed, jf. ovenstående argumentation, en så vigtig del af integritetselementet, at det efter min vurdering skal ses som udtryk for grundlæggende det samme. Dvs. når en ordregiver skal vurdere, om en fejl har sået tvivl ved en ansøgers eller tilbudsgivers integritet, skal det altså ses i lyset af, om ordregiver stadig finder aktøren pålidelig – mere om målestokken herfor længere nede i afsnit 4.1.

Omvendt kunne endnu et modargument være, at domstolen i *Meca*, pr. 29-30, omtaler vigtigheden af pålidelighed både fsva. litra c) og litra g), hvorfor pålidelighed ud fra det perspektiv vel ikke er noget særligt forbeholdt til at forklare lige netop ”integritet”? Min opfattelse er dog, at man må holde sig for øje, at udelukkelsesgrunden, som vurderet oven for, er en bred bestemmelse og fungerer som generalklausul samt lex generalis ift. de specielle udelukkelsesgrunde, herunder bl.a. litra g). Som EU-Domstolen ligeledes pointerer i C-395/18, *Tim*, er vurdering af hver tilbudsgivers integritet og pålidelighed det underliggende formål med art. 57, stk. 4, ligesom også pålidelighed er vigtigt fsva. en tredje frivillig udelukkelsesgrund, nemlig litra a). Derfor er det klart, at litra c), der som konstateret har et bredt og ikke særlig definerbart anvendelsesområde med mange overlap, og som det blev vurderet, reelt har karakter af en generalklausul, bygger på samme overordnede hensyn som de specielle udelukkelsesgrunde, som den skal fungere som sikkerhedsnet for. Begreber som ”integritet” og ”pålidelighed” er vage, men det er også en sådan fleksibilitet, der gør, at bestemmelsen i litra c) reelt har egenskab af generalklausul og er generelt anvendelig til at udelukke upålidelige aktører, sådan som præambelbetragtning 101 til UD beskriver det. Med andre ord vurderer jeg ud fra ovenstående, at pålidelighedsaspektet overordnet set er alfa og omega for udelukkelsesgrundene i det nuværende udbudsdirektiv. Præciseringen og den de facto opprioritering af dette element ift. 2004-UD illustreres især ved ovenstående domsanalyser af U.2013.2551 sml. med analysen af *Meca* og den ændring i strømmingen, der længere oppe blev påpeget i form af et større ordregiverfokus.<sup>210</sup> Herunder ligger også en større vægtning af ordregivers subjektive holdning i kraft af, at det er et spørgsmål om tillid og pålidelighed, frem for det mere objektivt konstaterbare, som domstolene lagde vægt på i 2013.2551. Gennem self-cleaning, herunder ikke mindst de

---

<sup>210</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 31

afhjælpende foranstaltninger, som EU-Domstolen også fremhæver i *Meca*, pr. 40-41, har økonomiske aktører dog mulighed for at dokumentere netop deres pålidelighed på trods af en udelukkelsesgrund, og dermed fuldendes cirklen ang. vigtigheden af pålidelighed.

#### 4.1 Ordregivers skøn ifm. vurderingen

En ting er, at ”integritet” er tæt knyttet til ordregiverens egen vurdering af pålidelighed, men hvilket skøn har ordregiveren ifm. at udelukke en aktør for en alvorlig fejl, der sår tvivl om integriteten? Allerede med *Forposta*<sup>211</sup> og *Consorzio Nazionale Servizi*<sup>212</sup> lagde EU-Domstolen vægt på, at ordregiver selv foretager en individuel og konkret vurdering af, om der er tale om en ”alvorlig fejl”, og dermed om der skal ske udelukkelse. Med *Meca*<sup>213</sup> og *Delta*<sup>214</sup> blev dette endnu en gang bekræftet fsva. også det nuværende UD, herunder vigtigheden af at lægge vægt på proportionalitetsprincippet ved udelukkelse, således, at ordregiver ikke automatisk er bundet af tredjemands vurdering. Dokumentation fra andres erfaringer kan løfte ordregivers bevisbyrde,<sup>215</sup> hvilket i praksis, selvom der ikke har været nogen klagesager ved Klagenævnet herom endnu, må formodes også i praksis vil være et oplagt middel hertil. Andres erfaringer nævnes også som middel til at påvise, at en aktør skal udelukkes, efter udelukkelsesgrunden i bl.a. § 137, stk. 1, nr. 4.<sup>216</sup> Netop denne er der klagenævnspraksis om, og denne praksis kan pga. ligheden i bedømmelsen om der er sket ”væsentlig misligholdelse” hhv. ”alvorlig fejl” tjene som en analog betragtning ifm. vurderingen af ordregivers skøn. Dette understøttes endvidere af, at KFST selv beskriver, at der ved at gøre udelukkelsesgrunden obligatorisk ikke er sket en indholdsmæssig ændring, hvorfor ordregiver skal foretage det samme skøn fsva. § 136, nr. 4, som hidtil har været gældende.<sup>217</sup> Udover 2013.2551, herunder Klagenævnets afgørelse i den sag,<sup>218</sup> der som nævnt i domsanalysen ikke længere vurderes at være retvisende ift. gældende ret, er der ikke dansk praksis fsva. denne udelukkelsesgrund, hvor især klagenævnspraksis havde været gavnligt for forståelse af skønnet. Henset dog til de

---

<sup>211</sup> *Forposta*, pr. 31

<sup>212</sup> *Consorzio Nazionale Servizi*, pr. 34-35

<sup>213</sup> *Meca*, bl.a. pr. 31-32

<sup>214</sup> *Delta*, pr. 28-29

<sup>215</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 27

<sup>216</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 155

<sup>217</sup> KFST: Spørgsmål og svar om udbudsloven 2

<sup>218</sup> Kendelse d. 19. oktober 2009

mange sammenfald ift. § 137, stk. 1, nr. 4, dels ift. hvad der kan løfte bevisbyrden,<sup>219</sup> og dels ift., at der ordlydsmæssigt skal foretages en lignende (skønsmæssig) vurdering, vil retspraksis ang. § 137, stk. 1, nr. 4 inddrages analogt ift. vurderingen af, hvilket skøn ordregiver har. I den forbindelse kan bl.a. nævnes nyere praksis<sup>220</sup> såsom Klagenævnets kendelse d. 27. oktober 2022 i sagen mellem KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune, hvor Frederiksberg Kommune på baggrund af erfaringer fra Herlev Kommune havde udelukket KN Rengøring. Klagenævnet udtalte i tråd med ovenstående, at Frederiksberg Kommune selv skal foretage en selvstændig vurdering, om kontraktforholdet mellem Herlev og aktøren berettigede udelukkelse, hvorfor beslutningsgrundlaget også skal være tilstrækkeligt, hvilket bl.a. blev sikret ved aktindsigt. Klagenævnet fandt, at Frederiksberg Kommune på et oplyst grundlag havde foretaget en selvstændig, kritisk gennemgang og vurdering af Herlevs udelukkelse og tilstrækkeligt dokumenteret, at der også efter Frederiksberg skøn, skulle ske udelukkelse, hvorfor klagenævnet ikke tilsidesatte Frederiksbergs vurdering.<sup>221</sup> Efter min opfattelse er praksis som denne kendelse illustrativ for, hvad ordregiver konkret skal gøre også ved § 136, nr. 4, nemlig, hver gang foretage sin egen selvstændige vurdering, i hvilken forbindelse ordregiver har en vis skønsmargin, der skal udøves sagligt og på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. Det er derfor i vidt omfang ordregivers eget konkrete skøn, som bliver afgørende, men fsva. kravet om en ”alvorlig” fejl er der sat en vis tærskel, der skal være overtrådt,<sup>222</sup> og som ordregiver i forbindelse med sit skøn må tage hensyn til. Således vil det jf. præambelbetragtning 101, in fine, til UD kun være i ekstraordinære tilfælde, at mindre uregelmæssigheder kan føre til udelukkelse, hvilket igen er udtryk for proportionalitetsprincippet, idet foranstaltningen skal være egnet, nødvendigt og stå i rimeligt forhold til målet.<sup>223</sup>

Fsva. integritetselementet og skønnet i den forbindelse vurderede jeg ganske vist, at ordregivers subjektive holdning var væsentligt, ikke mindst fordi det efter min opfattelse har en så tæt sammenhæng med pålidelighed, der jo netop er et subjektive anliggende. Imidlertid betyder dette ikke, at der er tale om et helt frit skønt, hvor en ordregiver blot vil kunne sige til en aktør: ”Vi finder jer ikke længere pålidelige, hvorfor I udelukkes”.

---

<sup>219</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 27 sml. L 19, 7. oktober 2015, s. 155

<sup>220</sup> Se også bl.a. Kendelse d. 28. april 2023, s. 45-46

<sup>221</sup> Kendelse d. 27. oktober 2022, s. 49-51

<sup>222</sup> Se bl.a. *Forposta*, pr. 30 og *Delta*, pr. 27

<sup>223</sup> Fabricius (2019), s. 40

Som H.J. Priess også argumenterer for, skal kravet om, at forsømmelsen sår tvivl om integriteten fortolkes objektivt, dvs. om en "reasonable" ordregiver ligeledes ville sætte spørgsmålstejn ved den pågældende aktørs integritet,<sup>224</sup> hvilket jeg tilslutter mig. Således vurderes målestokken for skønsudøvelsen ifm. integritet at være i lighed med om den "rimeligt oplyste og normalt påpasselige ordregiver", der også bruges som målestok i andre udbudslovssammenhænge,<sup>225</sup> ligeledes ville kom frem til, at den konkrete forsømmelse sår tvivl om integritet.

#### 5. Et gennemsigtighedsproblem? Hvis § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er tilvalgt af ordregiver, kan de samme forhold da gøres gældende fsva. § 136, nr. 4?

Den allerede omtalte ordregiver har måske allerede nu truffet sin afgørelse om udelukkelse, jf. § 136, nr. 4 og meddelt det til den pågældende økonomiske aktør, der (tænk scenarie) protesterer imod udelukkelsen. Aktøren mener eksempelvis, at udelukkelse snarere burde være sket efter § 137, stk. 1, nr. 4, som ikke er tilvalgt, hvorfor det er i strid med gennemsigtighedsprincippet at udelukke for samme forhold, jf. § 136, nr. 4. Hvor stiller dette en dansk ordregiver, hvor udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 er obligatorisk, mens de frivillige skal tilvælges i udbudsbekendtgørelsen pga. gennemsigtighedsprincippet?<sup>226</sup> Dette er centralt for problemformuleringen og den praktiske anvendelse af § 136, nr. 4, hvorfor det skal vurderes, i hvilket omfang de samme forhold, som falder under § 137, stk. 1, nr. 4, når den ikke er valgt, kan omfattes af vurderingen under § 136, nr. 4. Altså hvis man som ordregiver ikke aktivt har tilvalgt den frivillige, og dermed accepteret, at dette er retstilstanden for det konkrete udbud, vil § 136, nr. 4 da kunne samle denne, og sådan set også evt. andre frivillige og ikke-tilvalgte udelukkelsesgrunde, op? Eller hvorvidt dette i stedet ville være i strid med gennemsigtighedsprincippet. Forudsætningen for det følgende er naturligvis, at der både kan ske udelukkelse efter §§ 136, nr. 4 og 137, stk. 1, nr. 4, altså på en måde som U.2013.2551, hvis sagen havde kørt i dag, men hvor § 137, stk. 1, nr. 4 ikke konkret er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen.

På den ene side kan der argumenteres for, at hver udelukkelsesgrund har sit eget anvendelsesområde og i kraft af at være frivillige, har lovgiver gjort det muligt for ordregiver

---

<sup>224</sup> Priess, s. 119

<sup>225</sup> Se bl.a. L 19, 7. oktober 2015, s. 88, 92, og 179

<sup>226</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 152

konkret i sit eget udbud at tilvælge hvilke, der skal gælde ift. det pågældende udbud. Nogle ville måske sige, at det nemmeste vel er at tilvælge dem alle for at være på den sikre side, hvilket visse ordregivere sikkert også gør, men dette er dog ikke altid i ordregivers interesse, da det som nævnt tidligere, både medfører en mulighed og en forpligtelse til at håndhæve i overensstemmelse med det tilvalgte. Afgørende for de frivillige var, at tilkendegivelsen af de tilvalgte skete i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 137, stk. 1, hvorved ansøgere eller tilbudsgivere allerede fra start kan danne sig et billede af, om de overhovedet må deltage i udbuddet, eller om der er risiko for, at de udelukkes. Bestemmelsen fordrer således aktiv stillingtagen til hvilke udelukkelsesgrunde, der skal gælde i udbuddet, og omvendt kan manglende tilvalg anses som et aktivt fravalg, der gør ansøgere eller tilbudsgivere trygge om, at de ikke kan blive udelukket efter noget, der ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Som det erindres fra kapitel 2 var det gennemsigtighedsprincippet som Udbudslovsudvalget tog hensyn til i deres forslag til implementering af UD<sup>227</sup> ved at foreslå denne tilvalgsmodel, hvorved aktørerne hvert fald ikke pga. udelukkelsesgrundene kommer til at spille ressourcer – om de vinder udbuddet er en anden sag. Således kan der argumenteres for, at hvis hver af de frivillige udelukkelsesgrunde har deres eget anvendelsesområde, og man som ordregiver aktivt har valgt ikke at anvende en af de specielle udelukkelsesgrunde, f.eks. § 137, stk. 1, nr. 4, vil det heller ikke være i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet at udelukke for de samme forhold efter § 136, nr. 4. I den forbindelse kan der henvises til bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 6. maj 2020 i sagen Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune, hvor ordregiver i udbudsbetingelserne havde anført, at de frivillige udelukkelsesgrunde i UBL § 137, stk. 1 fandt anvendelse, hvilket dog ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Ganske vist er det et eksplicit krav efter § 137, stk. 1, at oplysningen om hvilke frivillige udelukkelsesgrunde, der vil finde anvendelse på udbuddet, fremgår af udbudsbekendtgørelsen, men Klagenævnet udtalte også, at Næstved Kommune herved tilsidesatte gennemsigtighedsprincippet.<sup>228</sup> Ud fra dette perspektiv kan der derfor argumenteres for, at en udelukkelse i henhold til § 136, nr. 4 efter samme forhold, som ville kunne medføre udelukkelse efter f.eks. § 137, stk. 1, nr. 4, hvor denne dog

---

<sup>227</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

<sup>228</sup> Kendelse d. 6. maj 2020, s. 21. Se i samme retning f.eks. Kendelse d. 24. april 2023, s. 21, hvor ordregiver heller ikke havde anført udelukkelsesgrundene i udbudsbekendtgørelsen, hvilket klagenævnet også fandt var i strid med gennemsigtighedsprincippet.

ikke er aktivt tilvalgt, medfører en de facto tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet. Ud fra et sådant perspektiv ville det altså være et krav, at kun forhold, der ellers ikke ville kunne henføres under en af de specielle udelukkelsesgrunde, kan gøres gældende under § 136, nr. 4.

Omvendt må det endnu en gang fremhæves, at præambelbetragtning 101 til UD nævner bl.a. ”overtrædelser af konkurrencereglerne” som et eksempel på en alvorlig forsømmelse ifm. udøvelse af erhverv, hvorved der er overlap til den frivillige udelukkelsesgrund i art. 57, stk. 4, litra d), altså UBL § 137, stk. 1, nr. 3. Derudover har EU-Domstolen i *Forposta*<sup>229</sup> fundet, at manglende overholdelse af kontraktmæssige forpligtelser i princippet også kan betragtes som en fejl ifm. udøvelsen af erhverv, hvorved der igen er overlap til en anden frivillig udelukkelsesgrund, nemlig litra g), altså UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Ved at der er overlap mellem § 136, nr. 4 og flere af disse frivillige udelukkelsesgrunde, ligger der heri ligeledes, at de samme forhold som kan gøres gældende fsva. §§ 137, stk. 1, nr. 3 og 4, om end ikke 100 % i alle tilfælde, men generelt set også kan gøre sig gældende under § 136, nr. 4’s brede anvendelsesområde. Der er med andre ord tale om overlappende anvendelsesområder. At § 136, nr. 4 er gjort obligatorisk i dansk ret, ændrer ikke på, hvad der står i præambelen og EU-Domstolens retspraksis, nemlig, at der er overlap, og at de samme forhold derfor også vil kunne gøres gældende under § 136, nr. 4, uanset om den frivillige udelukkelsesgrund er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen eller ej. Ultimativt vil det også, under forudsætning af, at betingelserne for udelukkelse efter § 136, nr. 4 er opfyldt, kunne betyde, at der kan udelukkes for forhold, der opfylder ”gerningsindholdet” i f.eks. § 137, stk. 1, nr. 4, selvom ordregiver ellers fravalgte den i udbudsbekendtgørelsen. Et nyligt forslag til afgørelse fra generaladvokat Campos Sánchez-Bordona fremsat d. 11. maj 2023 understøtter også dette, idet generaladvokaten finder, at ordregiver, som alternativ til art. 57, stk. 4, litra d) kan anvende udelukkelsesgrunden i litra c).<sup>230</sup> Begrebet ”alvorlige forsømmelser” omfatter nemlig også, som jeg allerede har konstateret ovenfor, konkurrencebegrænsende adfærd, ”selv om der med henblik på sidstnævnte findes en specifik udelukkelsesgrund”.<sup>231</sup> Dette indebærer ”et vist overlap” mellem de to udelukkelsesgrunde, som generaladvokaten selv påpeger,<sup>232</sup> ligesom overlappet giver anledning til en

---

<sup>229</sup> *Forposta*, pr. 29

<sup>230</sup> Generaladvokatens forslag i *Infraestructuras*, pr. 78

<sup>231</sup> *Ibid*, pr. 79

<sup>232</sup> *Ibid*, pr. 80

regelkonflikt.<sup>233</sup> Uanset at Campos Sánchez-Bordona ikke nævner det eksplicit, er det min vurdering, i øvrigt i tråd med hans forslag, pr. 81-82, samt hans forslag til afgørelse i *Meca*, pr. 41, at regelkonflikten løses via *lex specialis*-prioriteringsprincippet. I en dansk kontekst vil det altså betyde, at hvis en af de frivillige udelukkelsesgrunde, herunder § 137, stk. 1, nr. 4, er tilvalgt, og der *kan* ske udelukkelse efter denne, er det også efter denne, at der *skal* ske udelukkelse frem for den generelle i § 136, nr. 4.

Men hvad med gennemsigtighedsprincippet? En økonomisk aktør der eksempelvis væsentligt har misligholdt en tidligere offentligt kontrakt, men i et givent udbud kan læse i udbudsbekendtgørelsen, at § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er aktiveret, har vel fået en falsk tryghed om ikke at ville blive udelukket for f.eks. en uberettiget kontraktophævelse denne foretog? Derved er der vel ikke meget gennemsigtighed? Ja, det er sådan set korrekt, men denne gennemsigtighedsforpligtelse med løsningsmodellen, hvor ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal tilvælge, og modsætningsvist fravælge de enkelte frivillige udelukkelsesgrunde, er en rent national implementeringsløsning. Som nævnt i kapitel 2, afsnit 2. gælder dette krav ikke efter UD,<sup>234</sup> hvor de alle i art. 57, stk. 4 er frivillige, og man ”*kan*” udelukke efter dem, hvis man kan løfte bevisbyrden, eller man kan lade vær, dvs. intet gennemsigtighedsproblem. Art. 57, stk. 4, litra c)’s brede anvendelsesområde og overlap til de frivillige udelukkelsesgrunde ændres ikke ved, at vi i Danmark har valgt som en del af implementeringen at skabe en gennemsigtighedsforpligtelse i vores udbudslovgivning. Medlemsstaterne skal som også fastslået af EU-Domstolen respektere de grundlæggende træk ved de frivillige udelukkelsesgrunde ved anvendelsen af dem,<sup>235</sup> og det er EU-retten, der sætter rammen om udbudslovgivning i Danmark. Derfor kan vi ikke med henvisning til selvindførte gennemsigtighedsforpligtelser nu bestemme, at der under § 136, nr. 4 kun falder forhold ind, som ellers ikke kan gøre sig gældende under de frivillige, der måske/måske ikke er tilvalgt i udbuddet, idet dansk udbudslovgivning skal fortolkes EU-konformt. Skabelsen af denne gennemsigtighed i implementeringen kan med andre ord kun skabes inden for rammerne af UD, ligesom udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet, sådan som det til enhver tid fortolkes af EU-Domstolen.<sup>236</sup> Ganske vist fandtes de selvsamme overlap og regelkonflikter også inden lovændringen i juli 2022, men

---

<sup>233</sup> Ibid, pr. 82

<sup>234</sup> Horskjær Nielsen (2019), s. 222

<sup>235</sup> *Meca*, pr. 33

<sup>236</sup> L 19, 7. oktober 2015, s. 38



ved at den tidligere § 137, stk. 1, nr. 3 (nu § 136, nr. 4) aktivt skulle tilvælges i udbudsbe-  
kendtgørelsen, fik tilbudsgivere trods alt et vist konkret signal fra den enkelte ordregiver.  
Jf. art. 57, stk. 4 er det naturligtvis helt legitimt for medlemsstaterne at gøre de frivillige  
udelukkelsesgrunde obligatoriske, og ift. hensynene bag er det klart, at ordregivere får  
mere fleksibilitet samt et mere effektivt og varigt sikkerhedsnet, om de vil det eller ej, til  
at undgå at handle med virksomheder, ”som ikke opfører sig som det må forventes af  
dem”,<sup>237</sup> som var et af hensynene bag. Tilbudsgivere har dog samtidig mistet en del af den  
tidligere forudberegnelighed, hvorved lovgiver efter min vurdering selv har udhulet noget  
af den gennemsigtighed, der blev indført ved implementeringen af udbudsdirektivet i  
dansk ret. Derfor har jeg også svært ved helt at se den gode balance mellem disse hensyn,  
herunder, at der skulle være opnået ”gennemsigtighed for alle parter”.<sup>238</sup>

Som fastslået i lovfortolkningen er udformningen af udelukkelsesgrunden i sig selv  
upræcis og bred. I den forbindelse som generaladvokat Campos Sánchez-Bordona også  
påpeger i sit forslag til afgørelse i C-387/19, *Norré-Behaegel*, kan det være svært ud fra  
rækkevidden af ”alvorlig forsømmelse”-begrebet for en aktør vide, om de vil blive ude-  
lukket efter denne udelukkelsesgrund.<sup>239</sup> Med andre ord er den brede ordlyd og ordregivers  
skøn ved bedømmelsen noget, der i sig selv som et indbygget element altid har medført,  
og nok også altid vil medføre en vis manglende forudberegnelighed for tilbudsgiverne ift.  
at vide, om en konkret adfærd vil blive omfattet. Den rimeligt oplyste og påpasselige til-  
budsgiver må antages at kende til udbudslovens bestemmelser og dermed kende til den  
konstante risiko for blive udelukket jf. § 136, nr. 4, men om tilbudsgiveren også har sat  
sig ind i bestemmelsens brede anvendelsesområde og EU-Domstolens fortolkning, er en  
anden sag. Retssikkerheden er dermed ikke helt forsvundet, ligesom det ikke er sådan, at  
fordi noget opfylder betingelserne for udelukkelse i f.eks. § 137, stk. 1, nr. 4, at det også  
automatisk vil medføre udelukkelse efter § 136, nr. 4, idet der efter denne foreligger en  
langt højere tærskel med ”alvorlige fejl der sår tvivl om integriteten”.

---

<sup>237</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, s. 30

<sup>238</sup> Ibid

<sup>239</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse i *Norré-Behaegel*, pr. 90

## Konklusion

For at besvare problemformuleringen ang. hvordan udbudslovens § 136, nr. 4 kan bruges som udelukkelsesgrund, herunder dens forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, når denne ikke er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen, er der først foretaget en lovfortolkning af art. 57, stk. 4, litra c) samt implementeringen af den i dansk ret, nemlig § 136, nr. 4. Ud fra denne lovfortolkning kan det konkluderes, at udelukkelsesgrunden har et bredt anvendelsesområde i kraft af en bred ordlyd og angivelse af ikke-udtømmende eksempler i forarbejderne. Som følge heraf blev det også vurderet, at udelukkelsesgrunden er en opsamlingsbestemmelse på den måde, at den kan samle de tilfælde op, som de andre udelukkelsesgrunde ikke regulerer. I forbindelse med karakteriseringen af regeltypen blev det endvidere konkluderet, at § 136, nr. 4 reelt i dansk ret har karakter af hvad der kan sammenlignes med en generalklausul, hvor det faktum, at den er blevet gjort obligatorisk, er et element, der styrker dens rolle som 'sikkerhedsnet' ift. de andre udelukkelsesgrunde. Det er efter min opfattelse i det lys, man skal se udelukkelsesgrunden, hvis man vil forstå dens funktion og dermed kunne anvende den i praksis.

Både lovfortolkningen og domsanalyserne viste, at udelukkelsesgrunden ang. alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integritet, har overlap til de andre frivillige udelukkelsesgrunde. Dette ses eksempelvis med "*overtrædelser af konkurrenceregler*" nævnt i præambelbetragtning 101 til udbudsdirektivet og i lovbemærkningerne til § 136, nr. 4<sup>240</sup>, der angår de samme forhold, som specifikt er nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Derudover viste *Forposta*<sup>241</sup>, at der i et vist omfang også er overlap mellem, hvad der nu er § 136, nr. 4, og kontraktlige misligholdelser, der er omdrejningspunktet i § 137, stk. 1, nr. 4. Såfremt ordregiver både kan udelukke efter den generelle § 136, nr. 4 og en af de specielle, frivillige udelukkelsesgrund, skal der af hensyn til lex specialis-princippet udelukkes efter den specielle.

At den alvorlige forsømmelse skal sår tvivl om integriteten hos den pågældende ansøger eller tilbudsgiver er med til at nedtone bestemmelsens faktiske udelukkelsespotentiale, idet der hermed er sat en vis tærskel, hvilket i øvrigt er helt i tråd med proportionalitetsprincippet, der skal iagttages i den forbindelse. Dertil blev det konkluderet, at

---

<sup>240</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>241</sup> *Forposta*, pr. 29

ordregiver har en vis skønsmargin, der skal udøves sagligt og på et tilstrækkeligt oplyst grundlag, hvilket bygger på en analogi ift. klagenævnspraksis vedr. § 137, stk. 1, nr. 4.<sup>242</sup> Målestokken er vurderet til at være objektivt,<sup>243</sup> således skal ordregiver vurderer, om den rimeligt oplyste og normalt påpasselige ordregiver også ville finde, at der var sået tvivl om integriteten.

Netop forståelsen af integritetselementet er ikke nemt, men det er min konklusion, at det skal ses i tæt sammenhæng med, om ordregiveren stadig finder den pågældende aktør pålidelig og troværdig, således, at der stadig kan være et tillidsforhold mellem parterne. Dette er især begrundet med *Meca*-dommen.<sup>244</sup> I den forbindelse argumenterede jeg også for, at hele spørgsmålet om ordregivers tillid til ansøger/tilbudsgiver er blevet dels præciseret, idet det i et vist omfang også var en del af det tidligere direktiv,<sup>245</sup> men også opprioriteret direkte i såvel ordlyd med tilføjelsen af ”integritet” og med den 1. sætning i præambelbetragtning 101. Derved er der med udbudsdirektivet kommet et større ordregiverfokus,<sup>246</sup> og pålidelighedsaspektet er helt centralt for, om der skal ske udelukkelse. I lovbemærkningerne til § 136, nr. 4 er integritetselementet forklaret med, at det adfærden og ikke virkningerne, der begrundet udelukkelse.<sup>247</sup> Min endelige vurdering ift. passagen er, at der hermed sigtes til, at en ordregiver ikke kan påstå, at der ikke skal ske udelukkelse, fordi der ikke skete nogen konkrete skadevirkninger. Hvorvidt der eksempelvis efter forsømmelsen fortsættes med leverancer i en periode, hvorved der ikke sker leveringssvigt, har ikke betydning for spørgsmålet om udelukkelse.<sup>248</sup> Forudsætningen for denne forståelse er i høj grad den tolkning af situationen, som Vestforbrænding stod i, eftersom passagen i lovbemærkningerne er nærmest identisk det, som Vestforbrænding anførte i U.2013.2551.<sup>249</sup> Denne dom blev i øvrigt vurderet til, at den ikke besidder nogen stor retskildemæssig værdi, henset både til den ændrede lovgivning, nyere retspraksis såsom *Meca*, samt det faktum, at dommen mangler en tilstrækkelig generel ratio decidendi.

Endelig har et afgørende spørgsmålet været, hvorvidt de samme forhold kan gøres gældende under § 136, nr. 4 som under § 137, stk. 1, nr. 4, når sidstnævnte ikke er tilvalgt

---

<sup>242</sup> Se bl.a. Kendelse d. 27. oktober 2022, s. 49-51

<sup>243</sup> Priess, s. 119

<sup>244</sup> Se bl.a. *Meca*, pr. 29-30

<sup>245</sup> *Forposta*, pr. 27

<sup>246</sup> Generaladvokatens forslag i *Meca*, pr. 31

<sup>247</sup> L 199, 10. maj 2022, s. 26

<sup>248</sup> Se i den forbindelse Kendelse d. 25. april 2023, s. 24

<sup>249</sup> U.2013.2551, s. 2563 og s. 2571 sml. L 199, 10. maj 2022, s. 26

i udbudsbekendtgørelsen. Som konkluderet er der overlap mellem bestemmelserne, hvorfor de samme forhold også kan gøres gældende under begge, hvilket i dansk ret reelt betyder, fordi § 136, nr. 4 nu er obligatorisk, at der er mistet noget af den tidligere forudgående gennemsigtighed for virksomheder til at vurdere, om de kan deltage i udbud. Dette står i kontrast til formålet med den implementeringsmodel i dansk ret, hvor de frivillige udelukkelsesgrunde netop pga. gennemsigtighed skulle angives i udbudsbekendtgørelsen.<sup>250</sup> Denne gennemsigtighedsforpligtelse kan dog kun skabes inden for rammerne af EU-retten, hvorfor den må vige for de overlap, der fremgår af udbudsdirektivet og af EU-Domstolens praksis. Ved at gøre bestemmelsen obligatorisk formår man i tråd med hensynet bag beslutningen at fange relevante situationer og sikre, at det offentlige ikke handler med virksomheder, der ikke opfører sig, ”som det må forventes af dem”.<sup>251</sup> Imidlertid er det også min konklusion på baggrund af det netop anførte, at det er svært samtidig at se den gode balance der i den forbindelse angiveligt opnås fsva. ”gennemsigtighed for alle parter”.<sup>252</sup> Sammenlignet med tidligere hvor den skulle angives i udbudsbekendtgørelsen, hvorved der skete en tilkendegivelse fra ordregiveren vedr. de aktiverede udelukkelsesgrunde i det konkrete udbud, er der i et vist omfang nemlig gået noget af forudberegneligheden tabt. Imidlertid betyder dette ikke, at der ved at gøre udelukkelsesgrunden obligatorisk er sket en større retssikkerhedsmæssigt svækkelse, ikke mindst for den rimeligt oplyste og påpasselige tilbudsgiver, der kender til bestemmelserne i udbudsloven.

---

<sup>250</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 718. Efterfølgende skrevet ind i lovbemærkningerne til udbudsloven, jf. L 19, 7. oktober 2015, s. 152

<sup>251</sup> Atea-arbejdsgruppens rapport, 30

<sup>252</sup> Ibid

## Kildefortegnelse

### EU-retlige kilder

#### *Traktater (alfabetisk)*

##### Kort henvisning:

EU's Charter om grundlæggende rettigheder

TEU

TEUF

##### Lang henvisning:

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

Traktaten om Den Europæiske Union

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde

#### *Direktiver (alfabetisk)*

##### Kort henvisning:

Det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv

Udbudsdirektivet ("UD")

2004-UD

##### Lang henvisning:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

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

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

#### *Andre EU-retlige kilder (alfabetisk)*

##### Kort henvisning:

Bilag til Cluster 3

##### Lang henvisning:

Bilag til Cluster 3: Reducing documentation requirements, 27. januar 2012

	(5736/12). Link (tilgået marts 2023): <a href="https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5736-2012-INIT/en/pdf">https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5736-2012-INIT/en/pdf</a>
EP Rapport	Europa-Parlamentets Rapport til forslaget om nyt udbudsdirektiv d. 11. januar 2013, (nr. A7-0007/2013), amendment 172. Link til onlineversion tilgået april 2023: <a href="https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007_EN.html">https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007_EN.html</a>
Fire-kolonne-papir 10904/1/13 REV 1	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, 2011/0438 (COD), 10904/1/13 REV 1 ANNEX. Link tilgået april 2023: <a href="https://www.europarl.europa.eu/cms-data/59499/att_20130904ATT70766-5431427348517802017.pdf">https://www.europarl.europa.eu/cms-data/59499/att_20130904ATT70766-5431427348517802017.pdf</a>
Fire-kolonne-papir 5927/13	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Examination of compromise proposals. 2011/0438 (COD), 5927/13, 24.April 2013
Grønbog, 2011	Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, d. 27.1.2011, KOM (2011), 15 endelig
KOM-forslag til UD	Kommissionens forslag til Europa Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb (omarbejdet udgave) af 20.12.2011 KOM(2011) 896 endelig
<i>EU-Domstolens afgørelser (alfabetisk)</i>	
<u>Kort henvisning:</u>	<u>Lang henvisning:</u>

*Baltic Insurance Company (C-769/21),*

EU-Domstolens dom d. 8. December 2022 i sag C-769/21, AAS »BTA Baltic Insurance Company« mod Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija

*Casa Fleischhandels-GmbH*

Domstolens dom d. 13. juli 1989 i sag C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung

*Connexion Taxi Services*

EU-Domstolens dom d. 14. december 2016 i sag C-171/15, Connexion Taxi Services BV mod Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV

*Consorzio Nazionale Servizi*

EU-Domstolens kendelse d. 4. juni 2019 i sag C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) mod Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA

*Delta*

EU-Domstolens dom d. 3. oktober 2019 i sag C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA mod Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

*Finnair Oy*

EU-Domstolens dom d. 4. oktober 2012 i sag C-22/11, Finnair Oyj mod Timy Lassooy

*Forposta*

EU-Domstolens dom d. 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA.

*Generali*

EU-Domstolens dom d. 18. december 2014 i sag C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

<i>Meca</i>	EU-Domstolens dom d. 19. juni 2019 i sag C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli
<i>Michaniki</i>	EU-Domstolens dom d. 16. december 2008 i sag C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikratias,
<i>Rad Service m.fl.</i>	EU-Domstolens dom d. 3. juni 2021 i sag C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl og Cosmo Scavi Srl mod Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. og Daf Costruzioni Stradali Srl
<i>Tim</i>	EU-Domstolens dom d. 30. januar 2020 i sag C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA mod Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze
<i>Tyson Parketthandel</i>	EU-Domstolens dom d. 2. april 2009 i sag C-134/08, Hauptzollamt Bremen mod J.E. Tyson Parketthandel GmbH hanse j.
<i>Überschär</i>	Dom afsagt d. 8. oktober 1980 i sag 810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt Für Angestellte

*Generaladvokatens forslag til afgørelser (kronologisk)*

Kort henvisning:

Generaladvokatens forslag i *Meca*

Generaladvokatens forslag i *Delta*

Lang henvisning:

Generaladvokat M. Campos Sánchez Bordonas forslag til afgørelse fremsat d. 7. marts 2019 i sag C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli

Generaladvokat M. Campos Sánchez Bordonas forslag til afgørelse fremsat d. 8. maj 2019 i sag C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA mod Compania Națională de



Administrare a Infrastructurii Rutiere  
SA

Generaladvokatens forslag i *Norré-Behaegel*

Generaladvokat M. Campos Sánchez Bordonas forslag til afgørelse fremsat d. 17. september 2020 i sag C-387/19, RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel mod Vlaams Gewest

Generaladvokatens forslag i *Infraestruturas*

Generaladvokat M. Campos Sánchez Bordonas forslag til afgørelse fremsat d. 11. maj 2023 i sag C-66/22, Infraestruturas de Portugal, S.A., Futrifer Indústrias Ferroviárias, S.A. mod Toscca – Equipamentos em Madeira Ld

## Danske kilder

*Lovgivning (alfabetisk)*

### Kort henvisning:

Aftaleloven

Forvaltningsloven

Markedsføringsloven

Offentlighedsloven

Udbudsloven (forkortet ”UBL”)

*Lovforslag (kronologisk)*

### Kort henvisning:

### Lang henvisning:

Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016, senest ændret ved Lov nr. 2158 af 27. november 2021

Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014, senest ændret ved Lov nr. 503 af 23. maj 2018

Lovbekendtgørelse nr. 866 af 15. juni 2022

Lovbekendtgørelse nr. 145 af 24. februar 2020

Lov nr. 1564 af 15. december 2015 – Udbudsloven, med de ændringer, der følger af lov nr. 204 af 5. marts 2019, lov nr. 1251 af 30. november 2019 og § 1 i lov nr. 884 af 21. juni 2022

### Lang henvisning:

L 204, 29. april 2011

Lovforslag nr. L 204: ”*Forslag til lov om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter*” fremsat 29. april 2011

L 19, 7. oktober 2015

Lovforslag nr. L 19: ”*Forslag til udbudsloven*” fremsat d. 7. oktober 2015

L 199, 10. maj 2022

Lovforslag nr. L 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*” fremsat d. 10. maj 2022

### *Domme*

#### Kort henvisning:

U.2013.2551

#### Lang henvisning:

Højesteret, 4. juni 2013, sagsnr. 103/2011, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

### *Kendelser fra Klagenævnet for Udbud (kronologisk)*

#### Kort henvisning:

Kendelse d. 19. oktober 2009

#### Lang henvisning:

Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 19. oktober 2009 i sagen mellem DSV Transport A/S og I/S Vestforbrænding

Kendelse d. 11. december 2011

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. december 2011, Konica Minolta mod Erhvervsskolen Nordsjælland

Kendelse d. 19. juni 2017

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve mod Region Midtjylland

Kendelse d. 6. maj 2020

Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 6. maj 2020 i Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune

Kendelse d. 27. oktober 2022

Klagenævnet for Udbuds kendelse d.

	27. oktober 2022 i sagen mellem KN Rengøring og Frederiksberg Kommune
Kendelse d. 24. april 2023	Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 24. april 2023 i sagen Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S
Kendelse d. 25. april 2023	Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 25. april 2023 i sagen mellem KN Rengøring og Herlev Kommune
Kendelse d. 28. april 2023	Klagenævnet for Udbuds kendelse d. 28. april 2023 i sagen mellem KN Rengøring og Vejle Kommune
<i>Andre danske kilder (alfabetisk)</i>	
<u>Kort henvisning:</u>	<u>Lang henvisning:</u>
Atea-arbejdsgruppens rapport	Arbejdsgruppens afrapportering for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen, Erhvervsudvalget 2020-21, ERU Alm. del - Bilag 428
Danmark kan mere I: Faktaark	Danmark kan mere I: Faktaark –Styrket samfundskontrakt gennem offentlige udbud, d. 10. september 2021
KFST: Konkurrenceeffekter i udbud	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens artikelserie: Velfungerende markeder, nr. 66, maj 2023: ”Konkurrenceeffekter i udbud”. Link (besøgt maj 2023): <a href="https://www.kfst.dk/media/igndn-hoz/konkurrenceeffekter-i-udbud.pdf">https://www.kfst.dk/media/igndn-hoz/konkurrenceeffekter-i-udbud.pdf</a>
KFST: Spørgsmål og svar om udbudsloven 1	KFST.dk: Spørgsmål og svar om udbudsloven pr. 1. juli 2022 – Udelukkelse. Nr. 2.7. ”Kan man ophæve en kontrakt med hjemmel i udbudslovens § 185, hvis leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesgrund i aftaleperioden, eller kræver det en særskilt bestemmelse i kontrakten?” Link (tilgået maj 2023):

<https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/spoergsmaal-og-svar-til-aendringer-af-udbudsloven-pr-1-juli-2022/2-udelukkelse/>

KFST: Spørgsmål og svar om udbudsloven 2

KFST.dk: Spørgsmål og svar om udbudsloven pr. 1. juli 2022 – Udelukkelse. Nr. 2.3. ”Er indholdet af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 vedrørende alvorlige forsømmelser og integritet ændret?” Link (tilgået maj 2023): <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/spoergsmaal-og-svar-til-aendringer-af-udbudsloven-pr-1-juli-2022/2-udelukkelse/>

Naturerhvervsstyrelsens habilitetsvejledning

Naturerhvervsstyrelsen, d. 23. januar 2017: Generel vejledning om regler for habilitet/inhabilitet til brug for promille- og produktionsafgiftsfondene (J.nr. 16-0171-000067). Link (sidst besøgt maj 2023): [https://lbst.dk/fileadmin/user\\_upload/NaturErhverv/Habilitetsvejledning.Fonde.pdf](https://lbst.dk/fileadmin/user_upload/NaturErhverv/Habilitetsvejledning.Fonde.pdf)

Ordnet.dk: ”pålidelig”

Ordnet.dk: Den danske ordbog, ”pålidelig”. Link (sidst besøgt maj 2023): <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=p%C3%A5lidelig>

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014. Link (tilgået maj 2023): <https://www.kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf>

Økonomistyrelsen: ”Om Atea-sagen”

Økonomistyrelsen.dk: ”Om Atea-sagen”. Link (tilgået maj 2023): <https://oes.dk/indkoeb/offentlig-indkoerber/atea-sagen/om-atea-sagen/>

## Litteraturfortegnelse

### *Alfabetisk*

#### Kort henvisning:

Arrowsmith m.fl. (2009)

Blume (2016)

Daniel og Hamer (2020)

De Mars (2016)

Fabricius (2017)

Fabricius (2019)

Fenger (2014a)

#### Lang henvisning:

Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton (2009): *Self Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, Public Procurement Law Review, 2009 (18)

Blume, Peter (2016): *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag

Daniel, Bugge T. og Carina R. Hamer (2020): *Juridisk metode når EU-retten er i spil*, i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.): *Jura-ens verden*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 137-163

De Mars, Sylvia (2016): *Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?*, i Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells (red.): *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing Limited, s. 253-273

Fabricius, Jesper (2017): *Offentlige indkøb*, 4. udgave, Karnov Group

Fabricius, Jesper (2019): *Udbudsretlige principper*, i Steen Treumer (red.): *Udbudsretten*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, s. 39-61

Fenger, Niels (2014): *Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*, U.2014B.293

- Fenger (2014b) Fenger, Niels (2014): *EU-Domstolens generaladvokat*, Juristen, nr. 2, s. 56-64
- Gomard m.fl. (2015) Gomard, Bernard, Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard (2015): *Almindelige kontraktsret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Hamer (2021) Hamer, Carina Risvig (2021): *Udbudsret*, 2. udgave, Djøf Forlag
- Hamer og Horskjær Nielsen (2020) Hamer, Carina Risvig og Rasmus Horskjær Nielsen (2020): *Er lovbestemmelserne til udbudsloven til at stole på?*, U.2020B.114
- Horskjær Nielsen (2019) Horskjær Nielsen, Rasmus (2019): *Udelukkelse, egnethed og udvælgelse*, i Steen Treumer (red.): *Udbudsretten*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, s. 217-245
- Kronborg og Mortensen (2020) Annette Kronborg og Bent Ole Gram Mortensen, (2020): *Forskellige typer af lovbestemmelser*, i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.): *Juraens verden*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 93-108
- Mortensen og Steinicke (2018) Mortensen, Bent Ole Gram og Michael Steinicke (2018): *"Dansk markedsret"*, 5. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag
- Munk-Hansen (2022) Munk-Hansen, Carsten (2022): *Retsvidenskabsteori*, 3. udgave, Djøf Forlag
- Olesen og Lilja (2016) Olesen, Karsten Naundrup og Troels Micheal Lilja (2016): *Domsanalyse*, 2. udgave, Samfundslitteratur
- Poulsen m.fl. (2022) Poulsen, Sune Troels, Michael Steinicke, Anders Birkelund Nielsen og Anne Bergholt Sommer (2022): *EU Udbudsretten*, 4. udgave, Djøf Forlag

- Priess (2014) Priess, Hans-Joachim (2014): *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*, Public Procurement Law Review 2014 (3), s. 112-123
- Revsbech (2019) Revsbech, Karsten, Carl Aage Nørgaard, Jens Garde og Søren Højgaard Mørup (2019): *Foraltningsret – sagsbehandling*, 8. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Rosenmeiers kommentar til U.2013.2551 Rosenmeier, H.P. 2013: *Kommentar til Højesterets dom af 4. juni 2013 i sag 103/2011, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S*. Link (tilgået april 2023): <http://hpros.eu/Pdf/enkeltresdadomme/2013/reshrdomdsv.pdf>
- Schaumburg-Müller (2020) Schaumburg-Müller, Sten (2020): *Juridisk metode*, i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.): *Juraens verden*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 19-92
- Schaumburg-Müller og Viskum (2020) Schaumburg-Müller, Sten og Bjarke Viskum (2020): *Retspolitik og metode*, i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.): *Juraens verden*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 325-342
- Schoenmaekers (2016) Schoenmaekers, Sarah (2016): *The EU debarment rules: legal and economic rationale*, Public Procurement Law Review 2016, s. 91-104
- Tvarnø og Nielsen (2021) Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, 6. udgave, Djøf Forlag
- Treumer (2014) Steen Treumer (2014): *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement*

**Forfatter:** Denis Vukovic  
Syddansk Universitet  
Juridisk Institut

**Afleveringsdato:** 1. juni 2023  
**Antal anslag:** 139.827

*Directive*, i Francois Lichère, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.): *Modernising Public Procurement: The New Directive*, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 9-29