



Specialeafhandling: Udelukkelse ved konkurrencefordrejning i offentlige udbud

Fagområde: Udbudsret	
Problemformulering: Hvornår kan eller skal en ordregiver udelukke en økonomisk aktør efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 (om plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning), udbudslovens § 136, nr. 4 (om alvorlige forsømmelser) og udbudslovens § 2 (om ligebehandling) med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning?	
Navn	KU-brugernavn
Camille Thiele Skjønaa	wzc379
Tilde Nielsen Weidinger	xnt720
Vejleder: Carina Risvig Hamer	Antal tegn: 181.935
Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	<input checked="" type="checkbox"/>
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	<input type="checkbox"/>
Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds).	<input type="checkbox"/>
Studerende på Cand. jur (sæt kryds).	<input checked="" type="checkbox"/>
Afleveringsdato: 30. maj 2024	Karakter:

Abstract

The rules on exclusion are a tool for contracting authorities to ensure that unreliable economic operators can be excluded from public tenders as well as a tool for the EU member states to ensure that public funds are used in a fair and efficient manner. During the past years there has been an increasing focus on distortion of competition within the EU. As a result, the possibility to exclude economic operators who have engaged in distortion of competition was established within Directive 2014/24/EU. Through a legal analysis, the thesis seeks to determine when a contracting authority under the Danish Procurement Act section 137(1)(3), section 136(4) and section 2 may or must exclude an economic operator due to distortion of competition. In order to do so, it must be determined which provisions apply in different situations by comparing the three provisions.

To answer the research question, case law from the Danish Complaint Board for Public Procurement as well as from the European Court of Justice is examined. The analysis shows that the discretionary ground for exclusion in section 137(1)(3) of the Danish Public Procurement Act applies in cases of distortion of competition within the scope of application of section 6 in the Danish Competition Act. In cases where a contracting authority has chosen not to apply section 137 (1)(3) the Danish Complaint Board for Public Procurement has determined, that if there are signs indicating a distortion of competition, the contracting authority is obligated to make further investigations. If an economic operator has violated section 6 of the Danish Competition Act the contracting authority can be under an obligation to exclude due to the principle of equal treatment, depending on the specific circumstances. By comparing the opinion of the Advocate-General with Danish and European judgments it is concluded that the scope of section 136(4) is wider and should be considered *lex generalis*. The provision was changed from discretionary to mandatory in 2022 which might change the way exclusion in cases of distortion of competition is treated under the Danish Procurement Act. However, the subject has yet to be tried by the court.

Lastly, reflections are made on the interaction between procurement law and competition law through the perspective of *Vejstribesagen*. The case initiated a debate on the view on consortiums in public tenders and whether the rules, as they are now, contribute to ensure and promote competition. Reflections on this topic show a lack of transparency and predictability for economic actors when forming a consortium for the purpose of bidding in a public tender.

Indholdsfortegnelse

1.	<i>Introduktion</i>	1
1.1.	Indledning	1
1.2.	Problemformulering	3
1.3.	Afgrænsning.....	3
2.	<i>Metode og retskilder</i>	6
2.1.	Metode	6
2.2.	Retskilder	8
2.2.1.	EU's traktater og EU-retlige principper.....	9
2.2.2.	Udbudsdirektivet og præambelbetragtninger.....	10
2.2.3.	Udbudsloven og forarbejderne hertil	11
2.2.4.	Praksis fra EU-Domstolen	12
2.2.4.1.	Generaladvokatens udtalelse	14
2.2.5.	Praksis fra Klagenævnet for Udbud og danske domstole	14
2.2.6.	Vejledninger og meddelelser	15
2.2.7.	Juridisk litteratur som fortolkningsbidrag.....	16
2.2.8.	De konkurrenceretlige retskilder.....	17
3.	<i>Formål og principper</i>	19
3.1.	Udbudsrettens formål.....	19
3.1.1.	Udbudsdirektivets formål.....	19
3.1.2.	Udbudslovens formål	20
3.2.	Konkurrenceretens formål	21
3.3.	De udbudsretlige principper.....	22
3.3.1.	Ligebehandlingsprincippet.....	22
3.3.2.	Proportionalitetsprincippet.....	24
3.3.3.	Gennemsigtighedsprincippet.....	26
3.3.4.	Konkurrence som selvstændigt princip.....	27
4.	<i>Udelukkelsesgrundene og konkurrencereglerne</i>	29
4.1.	Grundlæggende om udelukkelsesgrundene	29
4.1.1.	De obligatoriske udelukkelsesgrunde	30
4.1.2.	De frivillige udelukkelsesgrunde	31
4.2.	Varighed af udelukkelsen.....	32
4.3.	Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsning	34
4.3.1.	Forbud mod aftaler, som har til formål eller følge at fordreje konkurrencen	35
4.3.2.	Misbrug af dominerende stilling	36
5.	<i>Plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning</i>	36
5.1.	<i>“Tilstrækkelige plausible indikationer”</i>	39
5.1.1.	Når den samme økonomiske aktør deltager i flere konstellationer i et udbud.....	40
5.1.2.	Samarbejde mellem økonomiske aktører	41
5.1.3.	Karteller og andre former for tilbudskoordinering	45
5.2.	En aftale med henblik på konkurrencefordrejning.....	48

5.2.1. Aftalebegrebet.....	48
5.2.2. ”med henblik på”	52
5.2.3. Konkurrencefordrejning.....	53
5.3. Ordregivers undersøgelsespligt.....	56
5.4. Ordregivers skøn.....	57
5.5. Delkonklusion	58
6. <i>Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet</i>	60
6.1. Betingelserne for anvendelse af § 136, nr. 4.....	60
6.1.1. Forsømmelsen skal være begået som led i udøvelsen af erhvervet	61
6.1.2. En alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om integriteten.....	62
6.2. Er konkurrencefordrejning en alvorlig forsømmelse?	65
6.2.1. Hvilke typer af konkurrencefordrejning er omfattet af § 136, nr. 4?.....	66
6.3. Skøn og bevisbyrde.....	68
6.4. Proportionalitetsprincippet betydning for § 136, nr. 4	71
6.5. Delkonklusion	73
7. <i>Udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet efter udbudslovens § 2</i>	74
8. <i>Forholdet mellem udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, § 136, stk. 1, nr. 4 og § 2</i>	79
9. <i>Self-cleaning</i>	86
9.1. Betingelserne for self-cleaning	87
9.1.1. Erstatning	88
9.1.2. Samarbejde med undersøgelsesmyndighederne.....	89
9.1.3. Passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger....	89
9.2. Vurderingen af den fremlagte dokumentation for self-cleaning	91
10. <i>Konklusion</i>	92
11. <i>Tilbudskonsortier i offentlige udbud – perspektivering til Vejstribesagen</i>	96
11.1. Er det for risikabelt for økonomiske aktører at indgå konsortieaftaler?	99
<i>Litteraturliste</i>	102

1. Introduktion

1.1. Indledning

Hver dag foretager det offentlige indkøb, som spænder bredt fra kuglepenne og kampvogne til hospitaler og rengøringsydelser. Indenfor EU køber offentlige myndigheder ind for cirka 2 billioner euro om året.¹ Udbudsdirektivet er vedtaget som led i opretholdelse af det indre marked og sætter således rammerne for måden hvorpå offentlige myndigheder foretager deres indkøb. Udbudsreglerne har til hensigt at sikre en forsvarlig og effektiv brug af det offentliges midler, at offentlige indkøb bliver foretaget på gennemsigtig vis, og at økonomiske aktører behandles lige i konkurrencen om den offentlige kontrakt.²

Et af de primære formål med udbudsdirektivet er således at skabe ufordrejet konkurrence på tværs af medlemsstaterne som led i opretholdelsen af det indre marked.³ I den danske udbudslov, som er en implementering af udbudsdirektivet, har lovgiver endvidere indskrevet en særlig national formålsbestemmelse i § 1, hvorefter reglernes formål er at “(...) fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.”⁴ Konkurrence spiller således en afgørende rolle i offentlige indkøb, og derfor skal flest muligt økonomiske aktører have adgang til og mulighed for at deltage i offentlige udbud.⁵

Der er handlefrihed for private virksomheder, som kan indgå kontrakter med hvem de ønsker. Offentlige myndigheder har ikke på samme måde handlefrihed, og der er fra lovgivers side taget stilling til hvilke økonomiske aktører, en ordregiver kan indgå kontrakt med.⁶ Som led i at sikre, at ordregiver ikke indgår aftaler med upålidelige økonomiske aktører, er der skabt regler hvorefter upålidelige økonomiske aktører kan og skal udelukkes.⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beskriver udelukkelsesgrundene som et “(...) centralt værktøj i udbudsreglerne til at sikre, at offentlige kontrakter tildeles pålidelige tilbudsgivere. Anvendelsen af disse grunde, herunder

¹ Den Europæiske Revisionsret, *Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i de ti år frem til 2021*, (2023), s. 4.

² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021) s. 31.

³ C-454/06, *Pressetext*, pr. 31.

⁴ Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023. Herefter: ”Udbudsloven”.

⁵ C-213/07, *Michaniki*, pr. 39.

⁶ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 469.

⁷ C-267/18 *Delta*, pr. 26 og 38.

*muligheden for self-cleaning, skal samtidig have den rette balance, således at den effektive konkurrence ikke lider unødigt skade.*⁸. Udelukkelsen skal altid ske under hensyntagen til proportionalitetsprincippet, og en forudsætning for at ordregiver kan udelukke er, at ordregiver har undersøgt om den økonomiske aktør har foretaget self-cleaning.

Der har de seneste år været et øget fokus på at mindske antallet af konkurrenceretlige overtrædelser. Med indførelsen af udbudsdirektivet i 2014, blev der fra EU sat fokus på konkurrenceretlige overtrædelser, da udbudsdirektivet fik en selvstændig udelukkelsesgrund omhandlende udelukkelse på baggrund af konkurrencefordrejning. I juli 2022 trådte den seneste ændring af udbudsloven i kraft, hvorefter det blev obligatorisk for ordregiver at udelukke økonomiske aktører, der har begået "alvorlige forsømmelser", og som følge heraf, ikke er pålidelige. Dette giver anledning til overvejelser om, hvorvidt ordregivende myndigheder nu er forpligtede til at foretage en ressourcekrævende konkurrenceretlig vurdering, og hvordan § 136, nr. 4 i det hele taget finder anvendelse på tilfælde af konkurrencefordrejning overfor den frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 3, som er specifikt rettet mod konkurrencefordrejning.

De udelukkelsesgrunde, der efterlader et stort skøn til ordregiver, herunder § 136, nr. 4 om alvorlige forsømmelser og § 137, stk. 1, nr. 3 om plausible indikationer, vil som følge af skønnet, formentlig også indebære flere usikkerheder for begge parter og flere tvister som følge heraf. Der eksisterer indtil videre ingen dansk praksis, hvor § 136, nr. 4 er anvendt på tilfælde af konkurrencefordrejning. Der er dog flere EU-domme og klagesager, hvor fortolkningen af § 137, stk. 1, nr. 3, har været genstand for tvist.

Samspelet mellem konkurrenceretten og udbudsretten, eller mangel på samme, er genstand for meget debat og undersøgelse, navnlig i de sidste 10 år.⁹ Ikke mindst set i lyset af Højesterets afgørelse i *Vejstribesagen* i 2019, hvor retten fastslog, at to virksomheder havde overtrådt konkurrenceloven ved at byde som konsortium.¹⁰

⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evaluering af udbudsloven fra 2021, side 137.

⁹ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 1.

¹⁰ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 1

Formålet med udbudsdirektivet, og dermed også hensynet til konkurrencen om den offentlige kontrakt, er en balancegang og en svær afvejning. Der er mange vurderinger af emnet og utallige juridiske litterære værker, som bidrager med forskellige perspektiver.

I nærværende afhandling vil det analyseres fra en udbudsretlig vinkel, hvornår ordregivere kan og skal udelukke økonomiske aktører med henvisning til konkurrencefordrejning. Det primære fokus er således at undersøge, hvornår konkurrencefordrejning skabt af økonomiske aktører, skal føre til udelukkelse. Dette leder naturligt videre til overvejelser om ordregivernes brug af disse udelukkelsesgrunde, da en indsnævring af konkurrencefeltet om en given opgave, på grund af udelukkelse, også må anses for en begrænsning af konkurrencen. Det vanskelige sammenspil mellem konkurrence- og udbudsretten kan få konsekvenser for realiseringen af udbudslovens formål om effektiv konkurrence og bedst mulig udnyttelse af de offentlige midler.

1.2. Problemformulering

Hvornår kan eller skal en ordregiver udelukke en økonomisk aktør efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 (om plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning), udbudslovens § 136, nr. 4 (om alvorlige forsømmelser) og udbudslovens § 2 (om ligebehandling) med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning?

1.3. Afgrænsning

Udgangspunktet for afhandlingen er at fastsætte retsstillingen for udelukkelse med henvisning til, at der er tale om en konkurrencefordrejning i dansk udbudsret. Da udbudsloven er en implementering af udbudsdirektivet¹¹, vil afhandlingen inddrage udbudsdirektivet på lige fod med udbudsloven. Afhandlingen vil tage udgangspunkt i udbudsloven og det gældende udbudsdirektiv fra 2014, dog vil det tidligere udbudsdirektiv fra 2004¹² ligeledes blive inddraget, hvor det findes relevant for

¹¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF [2014] OJ L94/65. Herefter: ”direktiv 2014/24/EU” eller ”udbudsdirektivet”.

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Herefter ”direktiv 2004/18/EF”.

besvarelsen af problemformuleringen. Det er eksempelvis som fortolkningsbidrag og for historisk kontekst. I afhandlingen inddrages dansk ret og EU-ret, anden national ret inddrages ikke.

Afhandlingen er i medfør af problemformuleringen afgrænset til at omhandle udbudslovens bestemmelser om udelukkelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹³, koncessionsdirektivet¹⁴ og forsvars- og sikkerhedsdirektivet¹⁵, inddrages således ikke inddrages i afhandlingen, da disse direktiver ikke er relevante for besvarelsen af problemformuleringen. Dog vil der i begrænset omfang inddrages retspraksis fra EU-Domstolen omhandlende forsyningsvirksomhedsdirektivet, da der ikke er indholdsmæssig forskel på udelukkelsesgrundene i forsyningsvirksomhedsdirektivet og i udbudsdirektivet.

Da afhandlingen tager sigte på at afdække mulighederne for at udelukke med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning, vil de øvrige udelukkelsesgrunde således ikke blive behandlet i nærværende afhandling, da dette ikke vil være relevant for at besvare problemformuleringen. Udelukkelsesgrundene i udbudsloven finder anvendelse på alle former for udbudsprocedurer, hvorfor der i afhandlingen ikke sondres mellem de forskellige former for udbudsprocedurer i udbudslovens § 55.

Afhandlingen er udarbejdet ud fra et rent udbudsretligt synspunkt og konkurrenceretten inddrages derfor i begrænset omfang, hvor det er fundet nødvendigt for at kunne besvare problemformuleringen. Det understreges, at det er de udbudsretlige formål og hensyn, der tillægges vægt i forbindelse med den fremsatte kritik af retstilstanden i kapitel 11. Der er ikke foretaget en nærmere analyse af de konkurrenceretlige regler eller problemstillinger generelt i afhandlingen, eller i forbindelse med *Vejstribesagen*. Folketinget har vedtaget en ændring til konkurrenceloven den 21. maj 2024, som

¹³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF [2014] OJ L94/243. Herefter: ”forsyningsvirksomhedsdirektivet”.

¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter [2014] OJ L94/1.

¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF [2009] OJ L216/76.

træder i kraft den 1. juli 2024¹⁶. Da ændringsloven ikke medfører nogle ændringer, der er af betydning for de i afhandlingen anvendte bestemmelser, tages der ikke yderligere stilling til lovændringen. Det bemærkes, at spørgsmålet om kvalifikation af konkurrence som selvstændigt princip forudsætter en mere dybdegående analyse af retstilstanden, som er fravalgt grundet afhandlingens omfang. Der er således lagt vægt på udvalgte domme og litteratur i overvejelserne af konkurrencen som selvstændigt princip.

I afhandlingen vil begrebet *økonomiske aktører* anvendes som en samlet betegnelse for de virksomheder, der indtager rollen som ansøgere og tilbudsgivere i offentlige udbud. Økonomisk aktør dækker ligeledes over konsortier.

I konkurrenceretten anvendes begrebet *konkurrencebegrænsning* for både hindringer, begrænsninger og fordrejning af konkurrencen.¹⁷ Inden for udbudsretten anvendes sædvanligvis begrebet *konkurrencefordrejning*, som ligeledes er det begreb, der vil blive anvendt i afhandlingen, da denne er skrevet ud fra et udbudsretligt udgangspunkt. Det vil blive afklaret nærmere i afhandlingens afsnit 5.2.3., hvorvidt der er forskel på det udbudsretlige og det konkurrenceretlige begreb for konkurrencefordrejning.

Begrebet *konsortium* vil blive anvendt i afhandlingen. I udbudsretlig forstand er et konsortium et midlertidigt samarbejde mellem mindst to økonomiske aktører, indgået med henblik på at afgive tilbud på en offentlig kontrakt sammen.¹⁸

Før ændringen af udbudsloven i 2022¹⁹, fremgik bestemmelsen om plausible indikationer for konkurrencefordrejning af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Efter lovændringen har bestemmelsen skiftet nummer og findes nu i § 137, stk. 1, nr. 3. For overskuelighedens skyld vil udbudslovens §

¹⁶ Lovforslag L 121 ”Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven” af 28 februar 2024, FT 2023-24.

¹⁷ Lovforslag L 172, Forslag til konkurrencelov, FT samling 1996-97, tillæg A, s. 3659.

¹⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens: *Udbud med deltagelse af konsortier – Vejledning til ordregiver*, december 2022, s. 6.

¹⁹ Lovforslag L 199 ”Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren” af 10. maj 2022, FT 2021-22. Herefter: Lovforslag L 199, 2022.

137, stk. 1, nr. 3 blive refereret til som § 137, stk. 1, nr. 3, også når bestemmelsen omtales i forbindelse med praksis fra før lovændringen i 2022, hvor bestemmelsen var § 137, stk. 1, nr. 4.

2. Metode og retskilder

2.1. Metode

Afhandlingen søger at fastlægge hvad der er gældende ret, *de lege lata*, for udelukkelse af økonomiske aktører med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning. Gældende ret findes ved at beskrive, fortolke og systematisere retskilderne.²⁰ Fastlæggelse af gældende ret, vil oftest refereres til som retsdogmatisk metode.²¹ I den juridiske litteratur er det dog omdiskuteret, hvad der menes med begrebet retsdogmatik.²² Sten Schaumburg-Müller argumenterer for, at begrebet retsdogmatik anvendes uden at være præcist defineret, og derfor bør begrebet ”juridisk metode” anvendes i stedet for ”retsdogmatisk metode” til at beskrive gældende ret.²³

I dansk udbudsret anses udbudsloven, der implementerer udbudsdirektivet og de udbudsretlige principper, som det primære retsgrundlag.²⁴ Udbudsloven og udbudsdirektivet kan imidlertid ikke stå alene i fastlæggelsen af gældende ret og må suppleres af andre retskilder som f.eks. praksis fra EU-Domstolen, de danske domstole, samt af administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.²⁵ Da udbudsloven er den nationale implementering af udbudsdirektivet, skal den i medfør af EU-rettens forrang fortolkes EU-konformt.²⁶ Alle regler på

²⁰ Karsten Naundrup Olesen, ”Kapitel 2. Retsdogmatik – Kilder og argumentation”, i Louise Victoria Johansen & Cecilie Brito Cederstrøm (red.), *Ret på tværs*, (1. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 38.

²¹ Henrik Palmer Olsen, ”Kapitel 4. Videnskabsteori og Retsfilosofi”, i Thomas Riis & Jan Trzaskowski Skriftlig Jura: den juridiske fremstilling, (2. udg., Ex Tuto Publishing, 2020), s. 81.

²² Sten Schaumburg-Müller, ”Kapitel 1. Juridisk Metode”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 27.

²³ Ibid.

²⁴ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 49.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., s. 50. Se også Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 46.

EU-regulerede områder inden for dansk ret, skal fortolkes EU-konformt. Det vil sige, at de danske domstole og andre retsanvendende myndigheder skal fortolke den nationale lovgivning, så den ikke strider imod de EU-retlige regler og principper. EU-Domstolen har i sin praksis henvist til TEU art. 4, stk. 3 om pligten til at samarbejde loyalt, som hjemmel til princippet om EU-konform fortolkning.²⁷ EU-konform fortolkning efter TEU art. 4, stk. 3 finder anvendelse for alle typer af EU-retsakter, og det er efter omstændighederne alle dele af den nationale lovgivning, der skal fortolkes EU-konformt.²⁸ EU-Domstolen har fastslået, at de nationale domstole har pligt til at sikre, at de rettigheder virksomheder og borgere i medfør af EU-retten effektivt beskyttes. Det betyder, at håndhævelsen af nationale regler, der strider imod EU-retten, kan suspenderes til EU-Domstolen har afklaret spørgsmålet.²⁹ Udbudsdirektivets bestemmelser og præambelbetragtninger vil i overensstemmelse hermed blive anvendt som fortolkningsbidrag i fastlæggelsen af gældende ret. Ved anvendelse af EU-retlige kilder vil den juridiske metode ligeledes blive anvendt, da der ikke eksisterer en klar selvstændig juridisk metode for EU-retten.³⁰

Udgangspunktet i fortolkning af udbudsloven og udbudsdirektivet er en ordlydsfortolkning, hvor reglernes mening søges klarlagt ud fra hvad der står i loven. En ordlydsfortolkning kan dog ikke stå alene i klarlæggelsen af det nærmere indhold af de omhandlede udelukkelsesgrunde. I nærværende afhandling, er der søgt bidrag i forarbejderne til udbudsloven og udbudsdirektivet for at klarlægge meningen og formålet med bestemmelserne, hvilket betegnes som subjektiv fortolkning. Lovforarbejderne har navnlig relevans i dansk ret, selvom det er omdiskuteret hvorvidt de udgør en selvstændig retskilde og har i afhandlingen været et værktøj til at forstå hensigten med bestemmelsen som led i fortolkningen heraf. Præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet inddrages ligeledes, på trods af deres mindre fremtrædende rolle i EU-retten.³¹ Fortolkning kan også ske ud fra de centrale hensyn i udbudsretten og for udelukkelsesgrundene, herunder hensynet til åbning af det indre marked og konkurrence som led i effektiv ressourceanvendelse. Der vil her være tale om en

²⁷ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, (9. udg., Karnov Group, 2024), s. 228.

²⁸ *Ibid.*, s. 232.

²⁹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, (9. udg., Karnov Group, 2024), s. 230.

³⁰ Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 137.

³¹ Sten Schaumburg-Müller, ”Kapitel 1. Juridisk Metode”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 71.

formålsfortolkning, hvor det overordnede formål med reglen er normerende for fortolkningen heraf.³² Dog skal der ved formålsfortolkning være opmærksomhed på, hvorvidt formålet med bestemmelsen er klar, hvorfor der i afhandlingen er lagt vægt på formålet med udbudsdirektivet og det nationale formål med udbudsloven.

Konkurrenceretten og udbudsretten er to forskellige retsområder med hver deres overordnede formål og hensyn som påvirker regelanvendelsen, men samtidigt overlapper regelsættene, herunder på området for udelukkelse fra offentlige udbud grundet konkurrencefordrejning. *Vejstribesagen* illustrerer den konkurrenceretlige regulering af tilbudskonsortier, og i den forbindelse, vil forskellene i den udbudsretlige og konkurrenceretlige regulering blive diskuteret i afhandlingens kapitel 11. Der vil på denne baggrund blive reflekteret over hensigtsmæssigheden af den nugældende retsstilling, set i lyset af udbudsrettens formål og det grundlæggende hensyn til en konsistent retsanvendelse.³³ Da der fremsættes en kritik på baggrund af sagen, har afsnittet grundlæggende en retspolitisk karakter, som dog må betegnes som en mellemform mellem *de lege lata* og retspolitik.

2.2. Retskilder

Som led i besvarelsen af problemformuleringen inddrages forskellige retskilder, herunder udbudsdirektivet, udbudsloven samt forarbejder, praksis og litteratur. Ud fra en overvejelse af de enkelte kilders retskildemæssige værdi, må udbudsdirektivet og udbudsloven nødvendigvis suppleres af praksis fra både EU-Domstolen, Højesteret og Klagenævnet for Udbud, såvel som lovforarbejder og vejledninger fra relevante instanser. Idet udbudsretten bygger på en EU-retlig del og national del,³⁴ er retskilderne inddelt i henholdsvis EU-retskilder og nationale retskilder. De konkurrenceretlige retskilder behandles samlet i afsnit 2.2.8. På linje med afhandlingens fokus, på den udbudsretlige del af problemstillingen, vil den overvejende del af kilderne være af udbudsretlig karakter, og det vil blive specificeret hvilke retskilder, der relaterer sig til konkurrenceretten.

³² Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 300.

³³ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020) s. 294.

³⁴ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 32.

2.2.1. EU's traktater og EU-retlige principper

Indenfor EU-retten sondres der mellem den primære EU-ret og den sekundære EU-ret. Den primære EU-ret anvendes som udfyldning og fortolkning af den sekundære EU-ret. Den sekundære EU-ret opdeles i den bindende og ikke-bindende sekundærret og må ikke være i modstrid med den primære EU-ret.³⁵ De primære EU-retlige retskilder er Traktaten om Den Europæiske Union³⁶ og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde³⁷, samt de grundlæggende EU-retlige principper.³⁸

Traktaterne regulerer ikke direkte udbud af offentlige kontrakter, men har alligevel en betydning for udbudsretten. Ved indgåelsen af offentlige kontrakter skal de generelle bestemmelser i TEUF om fri bevægelighed³⁹ og forbuddet mod diskrimination iagttages.⁴⁰ Overholdelsen af bestemmelserne i TEUF er af central betydning ved offentlige anskaffelser med grænseoverskridende interesse⁴¹, da de understøtter formålet med udbudsreglerne.⁴² Konkurrenceretten er derimod direkte reguleret i TEUF art. 101 og 102. De konkurrenceretlige retskilder vil blive behandlet nærmere i afsnit 2.2.8.

Ud over traktaterne finder en række EU-retlige principper anvendelse indenfor udbudsretten.⁴³ De væsentligste EU-retlige principper indenfor udbudsretten er ifølge EU-Domstolen gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.⁴⁴ Det følger ligeledes af EU-Domstolens praksis, at gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet kan udledes af TEUF art. 18 om forbud mod diskrimination.⁴⁵ Proportionalitetsprincippet er indskrevet direkte i TEUF art. 5, stk. 4. Da principperne kan udledes, eller fremgår direkte, af

³⁵ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 274.

³⁶ Herefter TEU.

³⁷ Herefter TEUF.

³⁸ Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm, & Cecilie Fanøe Petersen, *EU udbudsregler- i dansk kontekst*, (3. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 43-44.

³⁹ TEUF art. 34 (fri bevægelighed for varer), TEUF art. 49 (den fri etableringsret) samt TEUF art. 57 (tjenesteydelsers frie bevægelighed).

⁴⁰ TEUF art. 18 og Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 39-40.

⁴¹ Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm, & Cecilie Fanøe Petersen, *EU udbudsregler- i dansk kontekst*, (3. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 43.

⁴² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 56.

⁴³ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 54.

⁴⁴ Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm, & Cecilie Fanøe Petersen, *EU udbudsregler- i dansk kontekst*, (3. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 44

⁴⁵ C-810/79, *Überschär*, pr. 15-16. C-87/94, *Kommissionen mod Belgien*, pr. 54. T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV*, pr. 57.

traktaten, vil principperne have status som primær EU-ret på linje med traktatbestemmelser.⁴⁶ Principperne er derudover indskrevet i udbudsdirektivets art. 18, udbudslovens § 2, og fremgår af præambelbetragtning 1 til udbudsdirektivet⁴⁷. Principperne anses for at have stor betydning for fortolkningen og udfyldning af udbudsloven og udbudsdirektivet, og skal overholdes under hele udbudsproceduren. Principperne er ligeledes grundlæggende for opfyldelsen af udbudsrettens formål.⁴⁸

Det følger af retskildehierarkiet, at den primære EU-ret har forrang for den bindende sekundærret. Til besvarelse af afhandlingens problemformulering vil de udbudsretlige principper blive inddraget løbende. Principperne vil desuden blive gennemgået nærmere i afsnit 3.2. Traktaterne vil blive inddraget i forhold til de konkurrenceretlige bestemmelser samt til at klarlægge formålet med udbudsreglerne i afsnit 3.1

2.2.2. Udbudsdirektivet og præambelbetragtninger

Den bindende sekundære EU-lovgivning består af afgørelser, direktiver og forordninger, jf. TEUF art. 288. Indenfor udbudsretten er den mest relevante bindende sekundære regulering udbudsdirektivet, som udgør grundstammen for udbudsretten. Udbudsreglerne består ligeledes af tre andre direktiver, men disse er ikke relevante for afhandlingen og vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

EU's medlemsstater skal implementere direktiver i overensstemmelse med direktivets overordnede formål, men er overladt en vis grad af frihed i den nærmere fastsættelse.⁴⁹ Det danske udvalg, der udarbejdede udkastet til udbudsloven, valgte at udforme store dele af lovforslaget enslydende med udbudsdirektivets tekst. For dele af loven, er der valgt en anden ordlyd for at bidrage til klarheden og undgå fortolkningstvivel.⁵⁰ Det følger af princippet om EU-konform fortolkning, at EU-retten har

⁴⁶ Carina Risvig Hansen (nu Hamer), *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, (1. udg., Djøf Forlag, 2012), side 26.

⁴⁷ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning nr. 1.

⁴⁸ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 56.

⁴⁹ Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, "Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil", i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 143.

⁵⁰ Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" af 7. oktober 2015, FT 2015-16, s. 37. Herefter: "Lovforslag L 19, 2015"

forrang fremfor national ret, hvorfor udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet.⁵¹ Da udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, § 136, nr. 4 og § 2 alle bygger på bestemmelser i udbudsdirektivet, skal de således fortolkes i overensstemmelse hermed ved tvivl, og praksis afsagt i henhold til direktivets bestemmelser vil anvendes som fortolkningsbidrag.

Udbudsdirektivet indeholder præambelbetragtninger, som ligeledes inddrages i afhandlingen til fortolkningsformål. Præambelbetragtninger findes ofte i den indledende del af traktater og den sekundære EU-lovgivning, herunder direktiver.⁵² Der er ikke stor tradition for at anvende af præambelbetragtninger som fortolkningsbidrag indenfor EU-retten, modsat den hyppige anvendelse af lovbemærkninger i dansk ret. Dog kan præambelbetragtningerne ifølge EU-Domstolen ” (...) være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.”⁵³ EU-domstolen har citeret præambelbetragtning 101 og 102 i sagen C-41/18 *Meca* og dermed bekræftet, at disse konkrete betragtninger udgør fortolkningsbidrag til forståelsen af udbudsdirektivets art. 57.⁵⁴

2.2.3. Udbudsloven og forarbejderne hertil

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016 og implementerer udbudsdirektivet. Den danske udbudslov skaber ifølge dens forarbejder en større klarhed om reglerne og bidrager desuden med lovbemærkninger som nyt værktøj til fortolkning af udbudsreglerne.⁵⁵ Hvorvidt udbudsloven rent faktisk bidrager til forenkling og klarhed, er ikke uanfægtet i den juridiske litteratur.⁵⁶ Lovgivning udgør den primære retskilde i dansk ret, men til forskel fra den tidligere opfattelse af, at den i alle henseender var den vigtigste kilde, betragtes andre retskilder nu som havende selvstændig betydning og ikke blot som supplement til fortolkning af loven.⁵⁷ Udbudsloven fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet i medfør af princippet om EU-konform fortolkning.

⁵¹ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 47.

⁵² Karsten Engsig Sørensen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten* (8. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 119.

⁵³ C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH mod BALM*, pr. 31.

⁵⁴ C-41/18, *Meca*, pr. 3.

⁵⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 37. Se også Carina Risvig Hamer, ”Er på lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?” (2020), U.2020B.114, UfR, s. 1.

⁵⁶ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 44.

⁵⁷ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 189.

Der er i Danmark tradition for at anvende lovforarbejder som fortolkningsværktøj.⁵⁸ Da en ordlydsfortolkning i henhold til udbudsdirektivet og udbudsloven, ikke kan stå alene i besvarelsen af problemformuleringen, anvendes lovforarbejderne i fortolkningen af de relevante lovbestemmelser. Lovforarbejder er de dokumenter, der bliver til i lovens forberedelsesfase og førhen refererede man til lovforarbejderne som ”*motiver*”⁵⁹. Den retskildemæssige værdi af lovforarbejder er genstand for diskussion. Der kan argumenteres for, at lovforarbejder udgør en selvstændig retskilde når de præciserer indholdet af loven og på den måde bidrager til forståelsen.⁶⁰ Det skal i denne forbindelse bemærkes, at retstilstanden skal fremgå af loven og ikke af dens forarbejder, dette følger af gennemsigtighedsprincippet.⁶¹ Lovforarbejder er en retskilde i den forstand, at de er del af lovgivningen,⁶² og det vil sige, at udbudslovens lovbemærkninger også udgør en retskilde af en vis værdi.⁶³ Lovbemærkningerne anvendes i afhandlingen, hvor det findes relevant for at klarlægge det nærmere indhold af lovbestemmelserne, dog med opmærksomhed på at Klagenævnet for Udbud flere gange er gået imod udbudslovens forarbejder. Dette medfører således en vis forsigtighed i anvendelsen forstået på den måde, at lovbemærkningerne ikke kan anvendes som det eneste fortolkningsbidrag.⁶⁴

2.2.4. Praksis fra EU-Domstolen

EU-Domstolens opgave er at sikre overholdelsen af EU-retten ved medlemsstaternes fortolkning og anvendelse af traktaterne.⁶⁵ Medlemsstaterne er forpligtet til at følge EU-Domstolens afgørelser,⁶⁶ og EU-Domstolen er således placeret højest i domstolshierarkiet når det kommer til fortolkning og anvendelse af EU-ret.⁶⁷ EU-Domstolen fortolker ikke national ret, men da udbudsloven er en implementering af udbudsdirektivet, er EU-Domstolens afgørelser af høj retskildemæssig værdi og

⁵⁸ Carina Risvig Hamer, ”*Er på lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*” (2020), U.2020B.114, UfR, s. 3.

⁵⁹ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 189.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Carina Risvig Hamer, ”*Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*” (2020), U.2020B.114, UfR, s. 3 og C-171/15, *Connexxtion Taxi Services*.

⁶² Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 190.

⁶³ Carina Risvig Hamer, ”*Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*” (2020), U.2020B.114, UfR, s. 8.

⁶⁴ Ibid., s. 1.

⁶⁵ TEU art. 19. Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 155.

⁶⁶ Ibid., 158.

⁶⁷ C-441/14, *Dansk Industri (DI)*.

vigtig i fortolkningen af udbudsretten og udbudsloven.⁶⁸ I relation til afhandlingens problemformulering, der centrerer sig om udbudslovens § 2, § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 3, er det navnlig EU-Domstolens behandling af præjudicielle forelæggelser, der anvendes.

Præjudicielle spørgsmål udspringer af målet om at skabe ensartet anvendelse af EU-retten⁶⁹ og indbringes af medlemsstaternes nationale domstole på grundlag af TEUF art. 267 med henblik på at klarlægge fortolkningen af bestemmelser i udbudsdirektivet.⁷⁰ Domstole, hvis afgørelse betragtes som endelig, er forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål i tvivlstilfælde, hvorimod en domstol, hvis afgørelse kan appelleres, selv skønner om det er nødvendigt. Også andre domstolslignende instanser kan være berettigede til at stille præjudicielle spørgsmål, herunder Klagenævnet for Udbud.⁷¹ Selvom et præjudicielt spørgsmål angår fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, vil spørgsmålet alligevel relatere sig til en konkret sag. Det er derfor ikke alle svar fra EU-Domstolen, der har lige generel karakter og anvendeligheden som fortolkningsbidrag varierer således. Praksis fra EU-Domstolen er et af de vigtigste fortolkningsbidrag til at fastlægge forholdet mellem EU- og national ret. EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål kan klarlægge, hvordan en given bestemmelse skal fortolkes når ordlydsfortolkning er utilstrækkelig. Præjudicielle spørgsmål er således en vigtig retskilde i udbudsretten.⁷² Vigtigheden understreges blandt andet af de danske domstoles, herunder Højesterets, direkte henvisning til EU-Domstolens tidligere afgørelser.⁷³ Det skal bemærkes, at en del af de i afhandlingen nævnte afgørelser fra EU-Domstolen er afsagt i henhold til direktiv 2004/18/EF, der blev afløst af direktiv 2014/24/EU (udbudsdirektivet), da disse fortsat udgør et relevant fortolkningsbidrag. Ligeledes er dommen C-465/11 *Forposta* afsagt i henhold til direktiv 2004/17/EF, som er det gamle forsyningsvirksomhedsdirektiv, hvilket dog ikke har betydning for dens anvendelighed som fortolkningsbidrag i forhold til art. 57, stk. 4, litra c i direktiv 2014/24.

⁶⁸ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 56.

⁶⁹ Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 159.

⁷⁰ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 57.

⁷¹ Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 160.

⁷² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 53.

⁷³ I U.2013.2551 H citerede Højesteret EU-domstolens udtalelse i C-465/11, *Forposta*.

2.2.4.1. Generaladvokatens udtalelse

EU-Domstolen har otte generaladvokater, som uafhængigt fremsætter begrundede forslag til afgørelser.⁷⁴ Generaladvokaternes udtalelser er ikke bindende for domstolen, hvilket begrænser deres retskildemæssige værdi. Generaladvokatudtalelser må dog anses for et vigtigt bidrag til EU-Domstolen i komplekse sager.⁷⁵ I nogle sager vælger EU-Domstolen at følge Generaladvokatens udtalelse helt eller delvist, som eksempelvis i sag C-14/18 *Meca*⁷⁶. Generaladvokatens udtalelse opnår således en større retskildemæssig værdi gennem EU-Domstolens direkte anvendelse af udtalelsen som argumentation. Det er ud fra denne betragtning fundet relevant at inddrage Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas udtalelse i forbindelse med ovennævnte sag, som fortolkningsbidrag.

2.2.5. Praksis fra Klagenævnet for Udbud og danske domstole

Klagenævnet for Udbud er etableret efter Klagenævnsløven⁷⁷ og er, som omtalt ovenfor, det primære organ til behandling af klager efter udbudsloven.⁷⁸ Klagenævnet er et administrativt organ, men EU-Domstolen har fastslået, at Klagenævnet for Udbud skal anses for at være en ”ret” efter TEUF art. 267, hvorfor Klagenævnet kan stille EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål.⁷⁹

Klagenævnets kendelser tillægges betydning i vurderingen af gældende ret, da Klagenævnets kendelser ofte er endelige, idet ganske få sager indbringes for domstolene efter Klagenævnets behandling.⁸⁰ Da Klagenævnet er den primære instans til retshåndhævelse af udbudsloven samt dets kendelser ofte er endelige, tillægges kendelserne betydelig værdi som retskilde.⁸¹ Klagenævnets kendelser kan i nogle sager omhandle konkrete forhold i en given sag. Disse kendelser vil ikke have en lige så høj retskildemæssig værdi som kendelser af mere generel karakter, der fastsætter gældende ret.⁸² I afhandlingen vil kendelser fra Klagenævnet blive anvendt som fortolkningsbidrag til at fastsætte gældende ret i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, § 136, nr. 4 og § 2. Praksis om

⁷⁴ TEUF art. 252.

⁷⁵ Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 155-156.

⁷⁶ Se også C-267/18, *Delta*.

⁷⁷ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud. Herefter: ”Klagenævnsløven”.

⁷⁸ Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, (5. udg., Karnov Group, 2024), s. 917.

⁷⁹ C-396/14, *MT Højgaard A/S*, pr. 32.

⁸⁰ Klagenævnet for Udbud, *Årsberetning 2022*, (2023), s. 50.

⁸¹ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 57.

⁸² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 55.

udbudslovens § 136, nr. 4 efter bestemmelsen er gjort obligatorisk, er sparsom, hvorfor der i afhandlingen anvendes kendelser fra da denne bestemmelse, var en frivillig udelukkelsesgrund, til at supplere analysen.

I afhandlingen vil praksis fra danske domstole i begrænset omfang blive inddraget. Praksis fra domstolene om udbudsretlige spørgsmål er sparsom, da størstedelen af sagerne indenfor det udbudsretlige område behandles ved Klagenævnet for Udbud. I 2022 blev kun fire af de 42 sager Klagenævnet afgjorde i realiteten, indbragt for domstolene.⁸³ Domstolspraksis anses generelt for at have en høj retskildemæssig værdi og en stor betydning for fastsættelsen af gældende ret, enten som argumentationsbærende eller grundet dommens præjudikatsværdi.⁸⁴ Den retskildemæssige værdi afhænger dog af flere faktorer. Domme afsagt af en højere instans vil have en større præjudikatsværdi end domme afsagt af en lavere instans.⁸⁵ I afhandlingen vil alene domme fra Højesteret blive anvendt.

2.2.6. Vejledninger og meddelelser

I afhandlingen inddrages EU-Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund (2021/C 91/01)⁸⁶. Det fremgår af TEUF art. 288, at henstillinger og udtalelser ikke er bindende for adressater.⁸⁷ Meddelelser er ikke direkte nævnt i bestemmelsen, men er på samme niveau som henstillinger og udtalelser og vil derfor også være ikke-bindende soft law.⁸⁸ EU-Kommissionens meddelelse er ikke bindende for adressaten, men må i et vist omfang anses at binde Kommissionen, således at man som adressat kan lægge til grund, at den fortolkning der fremgår i meddelelsen, er den der finder anvendelse i retshåndhævelsen.⁸⁹ Meddelelsen har til trods for den ikke-bindende karakter en fortolkningsmæssig værdi for forståelsen af udbudsreglerne.⁹⁰

⁸³ Klagenævnet for Udbud, *Årsberetning 2022*, (2023), s. 50.

⁸⁴ Heidi Sander Løjmand, *Tilbudskonsortier*, (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 61.

⁸⁵ Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, (6. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 168.

⁸⁶ EU-Kommissionen: *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund* (2021/C 91/01), 18. marts 2021. Herefter: ”EU-Kommissionens meddelelse”.

⁸⁷ Karsten Engsig Sørensen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten* (8. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 112.

⁸⁸ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 56.

⁸⁹ Karsten Engsig Sørensen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten* (8. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 112.

⁹⁰ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 55.

Derudover inddrages vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udsteder løbende generelle vejledninger og udtalelser i konkrete sager indenfor udbudsretten. Vejledningerne er ikke bindende for ordregiver og er et udtryk for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forståelse og fortolkning af udbudsreglerne.⁹¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger er heller ikke bindende for domstolene eller Klagenævnet for Udbud, men de bidrager til fortolkningen af udbudsreglerne.⁹² Styrelsens vejledninger vil blive anvendt i det omfang det findes relevant for analysen og fortolkningen af de i problemformuleringen omhandlede bestemmelser under hensyntagen til, at der er tale om ikke-bindende retsforskrifter.

2.2.7. Juridisk litteratur som fortolkningsbidrag

Det er ikke endeligt afklaret, hvorvidt den juridiske litteratur kan anses for en selvstændig retskilde. Tvivlen herom skyldes, at juridiske forfattere generelt ikke antages at have nogen særligt tillagt kompetence til at påvirke eller normere retsforholdene modsat eksempelvis lovgiver, domstolene eller andre domstolslignende organer.⁹³

Da juridisk metode netop er karakteriseret ved at bestå af beskrivelse, fortolkning og systematisering af retskilder,⁹⁴ er det alligevel relevant at inddrage anden juridisk litteratur som fortolkningsbidrag. Den anvendte litteratur er ligeledes udtryk for retsdogmatiske analyser og er således baseret på egentlige retskilder. Det bemærkes også, at det trods uklarheden om status som retskilde, er almindeligt accepteret at litteratur kan inddrages i juridiske argumentation.⁹⁵ Valget af juridisk litteratur er truffet i lyset af, at juridiske litterære fremstillinger der er forfattet af eksperter, naturligt kan tillægges en større værdi som potentiel retskilde.⁹⁶ Samtidigt ville inddragelsen af en enkelt forfatter medføre en risiko for en uhensigtsmæssig ensartethed i analysen, hvorfor det er forsøgt at inddrage flere relevante juridiske eksperters værker. Det følger helt naturligt med anvendelsen af juridiske metode at forholde sig kildekritisk og ikke forlade sig på juridisk litteratur eller anden

⁹¹ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 58.

⁹² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 56.

⁹³ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 192.

⁹⁴ Karsten Naundrup Olesen, "Kapitel 2. Retsdogmatik – Kilder og argumentation", i Louise Victoria Johansen & Cecilie Brito Cederstrøm (red.), *Ret på tværs*, (1. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 38.

⁹⁵ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 193.

⁹⁶ *Ibid.*, s. 192.

sekundær kilde alene.⁹⁷ Altså suppleres ordlyds- og formålsfortolkning af primærkilder af juridisk litteratur og ikke omvendt.

2.2.8. De konkurrenceretlige retskilder

Konkurrenceretten inddrages i mindre grad i afhandlingen. Det vil blive gennemgået, hvad der nærmere forstås ved en konkurrencefordrejning og aftalebegrebet i konkurrenceretten, samt om dette svarer til den udbudsretlige forståelse heraf, da det er relevant for besvarelsen af problemformuleringen.

Konkurrencereglerne udspringer direkte af TEUF art. 101 og 102 og disse finder direkte anvendelse i Danmark, hvis der er grænseoverskridende interesse. Der henvises til afsnit 2.2.1. for nærmere gennemgang af traktaten som retskilde. Danmark har desuden reguleret konkurrenceretten ved konkurrenceloven⁹⁸, som indeholder de tilsvarende forbud mod konkurrencefordrejende aftaler og misbrug af dominerende stilling i §§ 6 og 11. Da §§ 6 og 11 implementerer TEUF art. 101 og 102, skal disse fortolkes EU-konformt og er tilsigtet samme anvendelsesområde som TEUF art. 101 og 102, dog således, at de finder anvendelse uden grænseoverskridende interesse. I afhandlingen tages der udgangspunkt i konkurrenceloven. Det findes derfor ikke relevant for besvarelsen af problemformuleringen at behandle eventuelle nuancer mellem Traktatens bestemmelser og konkurrenceloven, idet det skal understreges, at EU-retten indtager forrang fremfor national ret og konkurrencelovens bestemmelser følgelig skal fortolkes EU-konformt i tvivlstilfælde.⁹⁹ Som fortolkningsbidrag vil der i begrænset omfang anvendes lovbemærkninger til konkurrenceloven. På samme måde som forarbejderne til udbudsloven, kan lovbemærkningerne til konkurrenceloven tjene som fortolkningsbidrag, dog med en vis forsigtighed idet loven skal fortolkes EU-konformt, og man ikke har den samme tradition for at anvende lovbemærkninger som fortolkningsbidrag i EU-retten, som i Danmark.¹⁰⁰

⁹⁷ Sten Schaumburg-Müller, ”Kapitel 1. Juridisk Metode”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 48.

⁹⁸ Lovbekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021. Herefter: ”Konkurrenceloven”.

⁹⁹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, (9. udg., Karnov Group, 2024), s. 228.

¹⁰⁰ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 31.

I forbindelse med perspektivering til *Vejstribesagen*¹⁰¹, er forholdet mellem Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og SØ- og Handelsretten relevant, da der vil blive inddraget praksis fra disse instanser, hvor sagen har været behandlet. Navnlig vil der lægges vægt på Højesterets begrundelse og afgørelse, som er af den højeste retskildemæssige værdi. Højesteret er den øverste domstol i Danmark og behandler sager af principiel karakter, hvorfor dens afgørelser er normerende for fortolkningen.¹⁰² *Vejstribesagen* startede hos Konkurrencerådet, som er den relevante klageinstans og blev anket til Konkurrenceankenævnet, som stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse. Sagen blev indbragt for SØ- og Handelsretten, som modsat fandt, at konsortiet var lovligt, hvorefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indbragte sagen for Højesteret.

Konkurrencerådet træffer afgørelser i sager af principiel karakter eller med særlig stor betydning, jf. konkurrencelovens § 15, stk. 3, 2. pkt. Der sondres mellem afgørelser vedrørende fortolkning af den materielle konkurrenceret og markedsafgrænsninger idet sidstnævnte som altovervejende udgangspunkt må foretages konkret.¹⁰³ Afgørelser kan således bruges som retskilde i fortolkning af den materielle konkurrenceret. Konkurrenceankenævnet er, sammen med de almindelige domstole, den relevante rekursmyndighed for Konkurrencerådets afgørelser. Sager vedrørende materiel konkurrenceret, kan dog indbringes direkte for domstolene, jf. KL § 20 modsætningsvis. Konkurrencerådet er bundet af afgørelser fra Konkurrenceankenævnet og domstolene, hvorfor disse er direkte normerende for retsanvendelsen og dermed tjener som retskilde i dansk konkurrenceret.¹⁰⁴ SØ- og Handelsretten betragtes ligeledes som en almindelig domstol idet dens afgørelse kan påklages til Højesteret. I relation til konkurrenceretten, har SØ- og Handelsretten særkompetence idet en sagsøger kan vælge at indbringe en afgørelse hertil i medfør af retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 5. Højesteret indtager positionen som den øverste domstol i Danmark og dens afgørelser er således endelige.¹⁰⁵ Højesteretsafgørelser vægtes højere som retskilde end afgørelser fra de øvrige instanser idet afgørelser vedrørende principielle spørgsmål, er bedre egnede til at danne præcedens.¹⁰⁶ Det

¹⁰¹ U 2020.524 H, *Vejstribesagen*.

¹⁰² Sten Schaumburg-Müller, "Kapitel 1. Juridisk Metode", i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 21-22.

¹⁰³ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 31.

¹⁰⁴ Christian Bergqvist, *Konkurrenceret*, s. 30.

¹⁰⁵ Peter Blume, *Retssystemet og juridiske metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 47.

¹⁰⁶ Sten Schaumburg-Müller, "Kapitel 1. Juridisk Metode", i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020), s. 32.

bemærkes, at Højesterets afgørelser ikke kan tillægges vægt over EU-Domstolens afgørelser.¹⁰⁷ Der vil dog ikke blive benyttet praksis fra EU-Domstolen vedrørende konkurrenceretlige forhold i denne afhandling.

3. Formål og principper

3.1. Udbudsrettens formål

Udbudsreglerne bygger, som beskrevet ovenfor, på en EU-retlig del og en national del. De udbudsretlige regler skal fortolkes i lyset af formålet med udbudsreglerne. Her sondres mellem de primære EU-retlige formål og de sekundære nationale formål. Formålene er ikke nødvendigvis ens for de to retskildetyper. Da de EU-retlige formål er de primære formål, vil de have størst betydning ved fortolkningen af udbudsreglerne.¹⁰⁸ I det følgende vil de EU-retlige og de nationale formål blive behandlet særskilt.

3.1.1. Udbudsdirektivets formål

EU har efter TEUF art. 26 mulighed for at vedtage ”... *foranstaltninger med henblik på oprettelse af det indre marked eller sikring af dets funktion...*”¹⁰⁹. Direktiv 2014/24/EU er vedtaget med formålet at sikre, at offentlige kontrakter tildeles på baggrund af de EU-retlige principper og i overensstemmelse med det indre marked og den fri bevægelighed¹¹⁰, samt at åbne offentlige indkøb for konkurrence på tværs af medlemsstater gennem samordning af de nationale udbudsprocedurer.¹¹¹ Udbudsdirektivet har ikke en formålsbestemmelse, men i præambelbetragtning 1 anføres det, at der skal fastsættes bestemmelser, så det sikres, at ”*offentlige indkøb åbnes for konkurrence*”.¹¹² Udbudsreglerne skal på den baggrund fortolkes i lyset af, at formålet med reglerne er at skabe og sikre et indre marked, hvor der er fri bevægelighed for tjenesteydelser og varer mv. samt at fremme konkurrencen.¹¹³ Sammenhængen mellem udbudsdirektivet og EU’s overordnede mål om et frit

¹⁰⁷ C-441/14, *Dansk Industri (DI)*.

¹⁰⁸ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 32.

¹⁰⁹ TEUF art. 26, stk. 1.

¹¹⁰ Udbudsdirektivet er vedtaget under henvisning til særligt TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 og art. 114. Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 32.

¹¹¹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 1. Se også Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 32-33.

¹¹² Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 1.

¹¹³ Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 77.

marked med fri bevægelighed og konkurrence medvirker til at skabe forståelse for de udbudsretlige afgørelser fra EU-Domstolen.¹¹⁴ EU-Domstolen har ved flere lejligheder taget stilling til formålet med udbudsdirektivet. I C-454/06 *Pressetext* har EU-Domstolen fastslået to formål med udbudsdirektivet: ”hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater...”¹¹⁵.

De to formål om at sikre fri bevægelighed og ufordrejet konkurrence er så tæt forbundne, at de skal ses som to led af det samme formål. Det dobbelte formål med udbudsdirektivet skal sikre et åbent marked for offentlige kontrakter med ufordrejet konkurrence.¹¹⁶ For at sikre det indre marked med fri bevægelighed samt adgang til ufordrejet konkurrence, indeholder udbudsdirektivet krav om ligebehandling og gennemsigtighed. Ved at sikre et åbent marked for offentlige kontrakter vil risikoen for korrupsion og svindel i den offentlige sektor mindskes.¹¹⁷ Der opnås således flere fordele ved at overholde udbudsreglerne.

3.1.2. Udbudslovens formål

De enkelte medlemsstater kan indenfor udbudsdirektivets rammer skabe selvstændige formål med udbudsreglerne, ved implementeringen af direktivet i national lovgivning.¹¹⁸ Den danske udbudslov indeholder i § 1 en selvstændig formålsbestemmelse. Formålsbestemmelsen er ikke en implementering af udbudsdirektivet, men indsat af de danske lovgivere.¹¹⁹ Det følger således af udbudslovens § 1, at: “*Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.*”¹²⁰

Baggrunden for indsættelsen af bestemmelsen var at tydeliggøre lovens formål og sætte en ramme for anvendelsen af reglerne.¹²¹ Formålsbestemmelsen i udbudsloven adskiller sig således fra formålet

¹¹⁴ Ibid., s. 78.

¹¹⁵ C-454/06, *Pressetext*, pr. 31.

¹¹⁶ Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 79.

¹¹⁷ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 34.

¹¹⁸ Ibid., s. 36.

¹¹⁹ Lovforslag L 19, 2015, s. 56.

¹²⁰ Udbudslovens § 1.

¹²¹ Lovforslag L 19, 2015, s. 56.

med udbudsdirektivet, som er at sikre den fri konkurrence og den fri bevægelighed på tværs af medlemsstater, ¹²² som gennemgået i afsnit 3.1.1. Den danske formålsbestemmelse udvider formålsbetragtningerne, der lægger til grund for udbudsdirektivet. Ordregiver får, på lige fod med effektiv konkurrence, mulighed for at tillægge omkostninger selvstændig betydning efter den danske formålsbestemmelse. Det er dog ikke muligt at støtte selvstændig ret på formålsbestemmelsen.¹²³ Det kan derfor diskuteres, hvor stor betydning bestemmelsen har i praksis,¹²⁴ og bestemmelsen kan antageligvis anses som en hensigtserklæring fra lovgivers side.

Selvom formålet med den danske udbudslov er forskelligt fra formålet med udbudsdirektivet, sikrer udbudslovens § 2, at formålet med udbudsdirektivet bliver varetaget ved at ordregiver følger de udbudsretlige principper, der er kodificeret i udbudslovens § 2.¹²⁵ Forskellen mellem formålet med den nationale og den EU-retlige udbudslovgivning, kan ses som et udtryk for, at de to udbudslovgivninger hver især varetager deres egne interesser. Den nationale lovgiver ønsker, at de offentlige midler udnyttes på den mest effektive måde, mens det vigtigste for EU er at sikre det frie marked og den effektive konkurrence.

3.2. Konkurrencerettens formål

Det følger af konkurrencelovens § 1, at: *”Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere”*¹²⁶. Ifølge lovens forarbejder betyder en ”effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse”, at produktion og distribution sker til lavest mulige omkostninger og på en måde til gavn for forbrugerne.¹²⁷ Dette svarer til de EU-retlige formål med konkurrencereglerne, som forfølger to overordnede formål, hvoraf det primære er markedsintegration og det andet er forbrugervelfærd.¹²⁸ Reglerne er, modsat udbudsreglerne, rettet mod virksomheder. Sanktionerne, der er knyttet til forbuddet, er ment til at

¹²² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 37.

¹²³ Lovforslag L 19, 2015, s. 56.

¹²⁴ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 38.

¹²⁵ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 38.

¹²⁶ Konkurrencelovens § 1.

¹²⁷ Lovforslag L 172, 1997, tillæg A s. 3652.

¹²⁸ Caroline Heide-Jørgensen, “The Relationship Between Article 101 (1) TEUF and Article 101 (3) TEUF, i Caroline Heide-Jørgensen, Christian Bergquist, Ulla Neergaard & Sune Troels Poulsen (red.), *Aims and Values of Competition Law*, (1. udg, Djøf Forlag, 2013), s. 99.

have en forebyggende effekt mod fordrejning af konkurrencen¹²⁹. Det er relevant at holde sig for øje, at der således er forskel på de hensyn, der vægtes ved formålsfortolkning i henholdsvis udbuds- og konkurrenceretten.

3.3. De udbudsretlige principper

De udbudsretlige principper er, som beskrevet ovenfor, grundlæggende for at kunne opfylde udbudsrettens formål. Principperne anvendes som fortolkningsbidrag, når bestemmelserne indenfor udbudsretten ikke er tilstrækkelig klare og danner derfor grundlag for hele udbudsretten. Det vil ofte være de udbudsretlige principper, der indgår i fortolkningen og er med til at ændre retsstillingen, da principperne skal fortolkes i lyset af EU-reglerne. De udbudsretlige principper har løbende ændret sig, og i litteraturen diskuteres det om særlige hensyn kan være et udbudsretligt princip.¹³⁰ I det følgende vil de tre principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed blive behandlet i henhold til konkurrencefordrejning og udelukkelse. Herefter vil det blive undersøgt, om der eksisterer et selvstændigt udbudsretligt princip om konkurrence.

3.3.1. Ligebehandlingsprincippet

EU-Domstolen har udviklet et udbudsretligt princip om ligebehandling på baggrund af TEUF's regler om fri bevægelighed.¹³¹ I C-810/79 *Überschär* har EU-Domstolen udtalt, at ligebehandlingsprincippet kan udledes af TEUF art. 18 om forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.¹³² Efter Storebæltssagen¹³³, blev princippet om ligebehandling indført i udbudsdirektiverne.¹³⁴ Ligebehandlingsprincippet er kodificeret i udbudsdirektivets art. 18, som er implementeret i dansk ret ved § 2 i udbudsloven. Princippet kommer til udtryk direkte i udbudslovens bestemmelser, men finder også indirekte anvendelse, eksempelvis i form af en række begrænsninger for hvad ordregiver og de økonomiske aktører må have en dialog om,¹³⁵ da dette kan medføre konkurrencefordele, der strider imod ligebehandlingsprincippet.

¹²⁹ C-416/21, *Landkreis*, pr. 46.

¹³⁰ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 56-57.

¹³¹ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 62.

¹³² C-810/79, *Überschär*, pr. 15-16.

¹³³ C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*, pr. 33.

¹³⁴ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 59.

¹³⁵ *Ibid.*

Formålet med ligebehandlingsprincippet er at sikre: "(...) at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud."¹³⁶ Ligebehandlingsprincippet understøtter således formålet med udbudsreglerne, som er at sikre den frie konkurrence samt effektiv brug af det offentlige midler, hvilket EU-Domstolen understregede i *Manova*: "Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger."¹³⁷ Hvis ordregiver ikke var underlagt ligebehandlingsprincippet, ville konkurrencen blive påvirket negativt.¹³⁸ Ordregiver er forpligtet til at sikre lighed i udbudsproceduren, samt at behandle alle økonomiske aktører ens.¹³⁹ Ved udelukkelse kan ordregiver således ikke vælge at udelukke en økonomisk aktør og ikke udelukke en anden, hvis de har foretaget den samme form for konkurrencefordrejning, da dette vil stride imod ligebehandlingsprincippet.

Ligebehandlingsprincippet skal iagttages i alle faser af udbuddet frem til det tidspunkt, hvor den udbudte kontrakt er opfyldt.¹⁴⁰ Det kan eksempelvis være i forbindelse med konkurrencefordele opnået før udbudsproceduren blev igangsat, hvis konkurrencefordelen har en effekt på det igangværende udbud.¹⁴¹ Under udbudsproceduren finder ligebehandlingsprincippet også anvendelse i alle dele af proceduren, herunder ved beslutningen om udelukkelse.¹⁴² Efter udbudsproceduren skal ligebehandlingsprincippet ligeledes iagttages i vurderingen af om en ændring eller en udvidelse af den indgåede kontrakt, er acceptabel. Hvis ændringen ikke kan have haft betydning for om en økonomisk aktør har afgivet tilbud, skal udbuddet ifølge ligebehandlingsprincippet gå om.¹⁴³

Ligebehandlingsprincippet stiller ikke krav om konkurrenceneutralitet for alle aktører på markedet. Det vil sige, at en ordregiver ikke er forpligtet til at sænke sine krav fordi enkelte leverandører ikke kan leve op til dem, når blot kravene er stillet på et sagligt grundlag.¹⁴⁴ Princippet medfører derimod, at et udbud ikke kunstigt må begrænse konkurrencen ved at være designet til fordel eller ulempe for

¹³⁶ C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, pr. 72.

¹³⁷ C-336/12, *Manova*, pr. 29.

¹³⁸ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 62.

¹³⁹ C-199/07, *Kommissionen mod Grækenland*, pr. 37.

¹⁴⁰ Lovforslag L 19, 2015, s. 56.

¹⁴¹ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 64.

¹⁴² Lovforslag L 19, 2015, s. 58. Se også Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 64.

¹⁴³ C-549/14, *Finn Frogne*, pr. 28.

¹⁴⁴ Lovforslag L 19, 2015, 57.

nogle økonomiske aktører på baggrund af usaglige og subjektive kriterier. Medmindre der er en objektiv begrundelse der tilsiger andet, skal ensartede forhold behandles ens, mens forskelligartede forhold ikke må behandles ens.¹⁴⁵ I henhold til udelukkelse spiller ligebehandlingsprincippet en rolle, da Klagenævnet for Udbud har fundet, at der i medfør af ligebehandlingsprincippet kan være pligt til at udelukke en økonomisk aktør, som er skyld i en konkurrencefordrejning.¹⁴⁶ Dette bekræftes desuden af EU-Domstolen.¹⁴⁷

3.3.2. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er et generelt EU-retligt princip med hjemmel i TEUF art. 5, stk. 4, hvorefter foranstaltninger skal stå i rimelighed til det formål, der søges opnået.¹⁴⁸ Princippet finder direkte anvendelse på udbud, hvor der er grænseoverskridende interesse¹⁴⁹, og er desuden kodificeret i udbudsdirektivets art. 18 og i udbudslovens § 2. De udbudsretlige principper, herunder proportionalitetsprincippet gælder i tilfælde, hvor der ikke er opstillet andre specifikke regler.¹⁵⁰ EU-Domstolen har flere gange behandlet proportionalitetsprincippet i relation til sager om udelukkelse med henvisning til en af de frivillige udelukkelsesgrunde.¹⁵¹ Proportionalitetsprincippet adskiller sig fra de øvrige udbudsretlige principper, der beskytter individet ved i stedet at fokusere på afvejning af forskellige hensyn. Princippet bliver brugt til at identificere balancen i en national restriktion af den frie bevægelighed, hvor der på den ene side er midlet der anvendes til at indskrænke den frie bevægelighed, og på den anden side de omstændigheder, der ligger til grund for behovet for indskrænkningen.¹⁵² Fortolkningen af proportionalitetsprincippet i udbudsretlig kontekst svarer til fortolkningen efter reglerne om fri bevægelighed i TEUF.

I en udbudsretlig kontekst sikrer proportionalitetsprincippet generelt, at ordregivere agerer proportionalt, og at der er konkurrence om den offentlige kontrakt, hvilket også harmonerer med

¹⁴⁵ Forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom*, pr 27.

¹⁴⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen* og Klagenævnet for Udbud, kendelse af 4. januar 2022, *HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune*.

¹⁴⁷ Se C-416/21, *Landkreis*.

¹⁴⁸ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 72.

¹⁴⁹ C-213/07, *Michaniki*, pr. 48, og Forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom*, pr. 34. Der henvises til afsnit 2.2.1. om EU's traktater og EU-retlige principper.

¹⁵⁰ Carina Risvig Hamer, "The Principle of Proportionality" (2022), 3|EPPPL, s. 200.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 197. Der kan nævnes følgende sager: C-41/18, *Meca*. C-267/18, *Delta*. C-395/18, *Tim SpA*.

¹⁵² Carina Risvig Hamer, "The Principle of Proportionality" (2022), 3|EPPPL, s. 190-193.

udbudsrettens hovedformål.¹⁵³ Proportionalitetsprincippet indebærer blandt andet, at der ikke kan vedtages strengere krav til de økonomiske aktører end hvad der er nødvendigt i henhold til den konkrete kontrakt. I relation til udelukkelsesreglerne spiller proportionalitetsprincippet endvidere en afgørende rolle. Overholdelsen af proportionalitetsprincippet sikrer, at udelukkelsen foregår på en måde, hvor økonomiske aktører ikke holdes ude af konkurrencen i videre omfang end hvad der er nødvendigt, og at ordregiveren gør sig overvejelser om de faktiske omstændigheder i det pågældende udbud inden udelukkelsen og ikke automatisk udelukker.¹⁵⁴ En unødvendig indsnævring af konkurrencefeltet strider imod formålet med udbudsreglerne og ligebehandlingsprincippet, og det er også på denne baggrund, at proportionalitetsprincippet medfører, at økonomiske aktører ikke kan udelukkes på baggrund af bagatelagtige overtrædelser.¹⁵⁵

Der er overordnet to situationer, hvor proportionalitetsprincippet anvendes i forbindelse med udelukkelsesreglerne.¹⁵⁶ Den første er som led i at sikre, at en medlemsstat ikke går videre end hvad der er nødvendigt når medlemsstaten vedtager en ny udelukkelsesgrund. Fra praksis kan eksempelvis nævnes C-41/18 *Meca*, hvor EU-Domstolen fandt, at en national bestemmelse fratog ordregiver muligheden for at foretage sit eget skøn i afgørelsen af om ophævelsen af en tidligere kontrakt udgjorde en alvorlig forsømmelse. EU-Domstolen fandt, at dette var i strid med proportionalitetsprincippet.¹⁵⁷ Endvidere kan det udledes af EU-Domstolens udtalelse i C-376/08 *Serrantoni*, at en national foranstaltning, der udgjorde en begrænsning, potentielt kan retfærdiggøres, hvis den forfølger et formål af almen interesse og samtidig ikke går videre end hvad der er nødvendigt.¹⁵⁸ Den anden udelukkelsessituation ved udelukkelse, hvor proportionalitetsprincippet anvendes, er ved vurderingen af om udelukkelsen i det konkrete udbud går ud over hvad der er nødvendigt for at sikre det overordnede formål med udbudsreglerne. Denne vurdering skal ordregiver foretage *før* denne udelukker en økonomisk aktør. Da udelukkelse er en indskrænkning af konkurrencefeltet, skal der kun udelukkes, hvis ligebehandlingsprincippet ikke kan beskyttes ved

¹⁵³ Ibid., s. 200.

¹⁵⁴ Ibid., s. 199-200.

¹⁵⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 59.

¹⁵⁶ Carina Risvig Hamer, "The Principle of Proportionality" (2022), 3|EPPPL, s. 191-192.

¹⁵⁷ C-41/18, *Meca*, pr. 37.

¹⁵⁸ C-376/08 *Serrantoni*, pr. 45.

mindre indgribende tiltag, og det er i den forbindelse, at proportionalitetsprincippet spiller en særligt stor rolle.¹⁵⁹

3.3.3. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er udviklet af EU-Domstolen på baggrund af ligebehandlingsprincippet og er ligeledes et generelt EU-retligt princip.¹⁶⁰ Princippet er nu kodificeret i udbudsdirektivets art. 18 og udbudslovens § 2. Gennemsigtighedsprincippet er relevant i alle faser af udbuddet og er blandt andet et vigtigt redskab til at sikre konkurrencen på tværs af medlemsstaterne og dermed opretholdelsen af det indre marked.¹⁶¹ Det følger blandt andet af gennemsigtighedsprincippet, at ordregivers tilvalg af frivillige udelukkelsesgrunde skal være gennemsigtigt forud for ansøgning eller afgivelse af tilbud, så de økonomiske aktører kan vurdere, om de skal bruge ressourcer på at deltage i det pågældende udbud.¹⁶² Gennemsigtighedsprincippet er således med til at sikre et mere forudsigeligt udbud, hvor der er klarhed over krav til egnethed og tildelingskriterier, såvel som frivilligt tilvalgte udelukkelsesgrunde. Gennemsigtighedsprincippet indeholder endvidere et element af kontrol,¹⁶³ hvorefter ordregiver skal kunne dokumentere sine handlinger. Et eksempel herpå er Klagenævnets kendelse *KN Rengøring mod Vejle Kommune*. I sagen skulle Vejle Kommune dokumentere, at kommunen havde foretaget sin egen vurdering af hvorvidt KN Rengøring var omfattet af en udelukkelsesgrund på baggrund af væsentlig misligholdelse af en tidligere kontrakt med en anden kommune. Dette til trods for, at den anden kommune allerede havde fået medhold i udelukkelse på samme grundlag.¹⁶⁴

Princippet er af relevans for afhandlingen, navnlig i relation til spørgsmålet om hvorvidt man kan udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet i § 2. Det vil i den forbindelse blive overvejet, om der knytter sig særlige problemstillinger til gennemsigtighedsprincippet.

¹⁵⁹ Carina Risvig Hamer, "The Principle of Proportionality" (2022), 3|EPPPL, s. 198.

¹⁶⁰ Karsten Engsig Sørensen, "Kapitel II. Introduktion til art. 101", i Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke & Karsten Engsig Sørensen, *EU-konkurrenceretten*, (5. udg., Djøf Forlag, 2024), s. 61.

¹⁶¹ Carina Risvig Hamer & Marta Andhov, "Commentary on Article 18 Public Procurement Principles", i Roberto Caranta and Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 192-193.

¹⁶² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 484.

¹⁶³ *Ibid.*, s. 62.

¹⁶⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. april 2023, *KN Rengøring mod Vejle Kommune*, s. 45.

3.3.4. Konkurrence som selvstændigt princip

Formålet med udbudsreglerne er ikke statisk. Nye hensyn og principper kan således udvikles i praksis.¹⁶⁵ Af samme årsag kan det heller ikke udelukkes, at der kan identificeres et selvstændigt princip om konkurrence i udbudsreglerne, selvom det ikke er eksplicit udtrykt i udbudsdirektivet. Årsagen til, at det er relevant at klassificere konkurrence som enten princip eller formål er, at dette har en indflydelse på, hvordan udbudsreglerne forstås og benyttes i praksis.¹⁶⁶ I den juridiske litteratur er det blandt andet anført, at hvis konkurrence ikke anerkendes som princip, sikrer man heller ikke, at udbudsreglerne fortolkes i et konkurrencefremmende lys¹⁶⁷.

De øvrige udbudsretlige principper er, som nævnt, udviklet og fastslået i praksis, om end de udspringer af Traktaten.¹⁶⁸ Udbudsdirektivet indeholder ingen formålsbestemmelse, men det kan udledes af præambelbetragtningerne, at det blandt andet har til formål at sikre ”*effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter*”¹⁶⁹. Konkurrence er derimod skrevet direkte ind i formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1, som dog er udtryk for en ren national regel med karakter af en hensigtserklæring, og der kan heller ikke støttes ret på den.¹⁷⁰ Det taler således imod eksistensen af et selvstændigt princip om konkurrence, at et sådant princip ikke findes beskrevet i udbudsdirektivet, modsat de øvrige udbudsretlige principper, som fremgår direkte af udbudsdirektivets art. 18, stk. 1. Omvendt kan det overvejes, om der alligevel kan udledes at princip om konkurrence fra praksis.

Der foreligger ingen afgørelse fra EU-Domstolen, som entydigt fastslår, at et princip om konkurrence eksisterer, dog kan der peges på flere eksempler i praksis, hvor EU-Domstolen synes at gå i den retning, eksempelvis i C-376/08 *Serrantoni*, hvor domstolen lagde vægt på fællesskabets interesse i at sikre flest muligt bydende i forbindelse med offentlige udbud.¹⁷¹ Klagenævnet har også lagt vægt på, at det er ulovligt at indsnævre konkurrencen uden en saglig begrundelse herfor. Dette følger dog

¹⁶⁵ Carina Risvig Hamer, ”*The Principle of Proportionality*” (2022), 3|EPPPL, s. 195.

¹⁶⁶ Albert Sánchez Graells, ”Kapitel 19. EU Competition Law and State Aid-Issues in Public Procurement”, I Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende Udbudsret*, (1. udg., Djøf Forlag, 2016), s. 68.

¹⁶⁷ Albert Sánchez Graells, ”Kapitel 4. The Role of Competition in Public Procurement Regulation” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 76.

¹⁶⁸ C-454/06, *Pressetext*, pr. 31-32. C-336/12, *Manova*, pr. 28. C-26/03, *Stadt Halle*, pr. 44.

¹⁶⁹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 2.

¹⁷⁰ Lovforslag L 19, 2015, s. 56.

¹⁷¹ C-376/08, *Serrantoni*, pr. 40.

direkte af forbuddet udbudsloven § 2, stk. 2, som implementerer udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, og kan ikke nødvendigvis anses for at medføre en generel forpligtelse for medlemsstaterne til positivt at fremme konkurrencen. Det kan af Klagenævnets kendelse af 12. marts 2021, *Assemble A/S mod Sorø Kommune* udledes, at hensynet til konkurrencen må vige, hvis der er en saglig begrundelse, hvilket tyder på, at konkurrence ikke er tillagt status af princip i Klagenævnets praksis. Dog kan flere hensyn og principper potentielt regulere den samme situation, og en ulovlig indsnævring af konkurrencen, kan derfor også i sig selv stride imod ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet.¹⁷² På trods af, at EU-Domstolen ikke er konsistent i måden, hvorpå den henviser til konkurrence¹⁷³, kan det med sikkerhed udledes af EU-Domstolens praksis, at der eksisterer et tungtvejende hensyn til konkurrencen. I C-513/99 *Concordia Bus*, udtalte EU-Domstolen at ligebehandlingsprincippet ”*tager sigte på at favorisere udviklingen af en effektiv konkurrence*”¹⁷⁴, hvilket understøtter, at effektiv konkurrence er hovedformålet med udbudsdirektivet. Også lovbemærkningerne til udbudsloven synes at lægge vægt på at øge konkurrence, som mål med loven.¹⁷⁵

Albert Sánchez Graells anfører, at der allerede kan identificeres et princip om konkurrence i udbudsretten.¹⁷⁶ Såfremt konkurrence skal anses for et selvstændigt princip, vil det medføre at foranstaltninger, som ikke sikrer fuld ligebehandling til økonomiske aktører, eksempelvis udelukkelse, ikke kun skal være proportionale, men også konkurrencefremmende.¹⁷⁷ På den anden side anfører Rasmus Horskjær Nielsen, at såfremt en sådan tilgang til udbudsretten anlægges, vil det udelukke indfortolkning af øvrige politiske hensyn i udbudsretten,¹⁷⁸ hvilket ikke synes at være tilfældet i dansk udbudsret. Der findes ikke i dansk praksis sikre holdepunkter for at konkludere, at der eksisterer et selvstændigt princip om konkurrence. Det kan dog ikke afvises, at der kan udledes et princip ved at undersøge EU-Domstolens praksis vedrørende konkurrencerelaterede spørgsmål i udbudsretten nærmere, men dette ligger uden for rammerne af nærværende afhandling. Således må

¹⁷² KfU 12. marts 2021 *Assemble A/S mod Sorø Kommune*.

¹⁷³ Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 80.

¹⁷⁴ C-513/99, *Concordia Bus*, pr. 81.

¹⁷⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 54. ”Øget konkurrence vil styrke strukturelt BNP gennem mindskede forvriddninger og øget produktivitet.”

¹⁷⁶ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 195.

¹⁷⁷ Albert Sánchez Graells, ”Kapitel 4. The Role of Competition in Public Procurement Regulation” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 76.

¹⁷⁸ Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 83.

det lægges til grund, at konkurrence i dansk udbudsret på nuværende tidspunkt alene kan kategoriseres som et formål med reglerne og et hensyn, der skal inddrages i regelanvendelsen på linje med andre hensyn. Hensynet til at sikre og fremme konkurrencen varetages formentlig ved at sikre, at så mange virksomheder som muligt deltager i et udbud gennem og under overholdelse af de øvrige udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet¹⁷⁹. Dette kan imidlertid også diskuteres, men vil ikke blive behandlet yderligere i afhandlingen.

4. Udelukkelsesgrundene og konkurrencereglerne

4.1. Grundlæggende om udelukkelsesgrundene

Udbudsloven indeholder regler for hvornår en ordregiver skal udelukke økonomiske aktører fra at deltage i et offentligt udbud, og der er således ikke fuldstændig handlefrihed for ordregiver i den offentlige sektor.¹⁸⁰ Reglerne om udelukkelse er med til at sikre formålet med udbudsreglerne ved at sørge for, at økonomiske aktører, der eksempelvis har begået alvorlige strafbare forhold, ikke tildeles en offentlig kontrakt. Reglerne er opdelt i henholdsvis obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Der er altså tilfælde, hvor en ordregiver skal udelukke den økonomiske aktør såfremt ordregiver selv har tilvalgt pågældende udelukkelsesgrund i forbindelse med udformningen af sit udbudsmateriale,¹⁸¹ og tilfælde hvor ordregiver skal udelukke den økonomiske aktør under alle omstændigheder. Udelukkelse af en økonomisk aktør kan ske på et hvilket som helst tidspunkt i løbet af udbudsprocessen.¹⁸² Bagatelovertrædelser er dog ikke omfattet af udelukkelsesgrundene.¹⁸³

Der gælder nogle få undtagelser og begrænsninger til udelukkelsesreglerne. Herunder hensynet til væsentlige samfundsinteresser i udbudslovens § 135, stk. 6, self-cleaning og regler for varighed af udelukkelsen. Væsentlige samfundsinteresser behandles ikke yderligere. Self-cleaning behandles selvstændigt i kapitel 9 og reglerne om varigheden af udelukkelse gennemgås nedenfor i afsnit 4.2.

¹⁷⁹ Albert Sánchez Graells, "Kapitel 4. The Role of Competition in Public Procurement Regulation" I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 76.

¹⁸⁰ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 469.

¹⁸¹ Udbudslovens § 137, stk. 1.

¹⁸² Udbudsdirektivet, art. 57, stk. 5.

¹⁸³ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

4.1.1. De obligatoriske udelukkelsesgrunde

De obligatoriske udelukkelsesgrunde findes i udbudslovens § 134 a, § 135 og § 136. Alle obligatoriske udelukkelsesgrunde er dog ikke relevante for nærværende afhandling, hvorfor de ikke vil blive gennemgået enkeltvist. Det kan nævnes sammenfattende, at de har karakter af alvorlige forsømmelser og flere udgør strafbare forhold,¹⁸⁴ hvorfor det også er naturligt, at disse skal føre til udelukkelse. I relation til konkurrencefordrejning er det navnlig udbudslovens § 136, nr. 4 om alvorlige forsømmelser, der er relevant. Bestemmelsen vil blive gennemgået i særskilt i kapitel 6.

Efter udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 1, skal en ordregiver udelukke en økonomisk aktør, der er dømt for ” (...) handlinger begået som led i en kriminel organisation, som defineret i artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008(...)”. Bestemmelsen kan ligeledes have relevans for tilfælde af konkurrencefordrejning idet bestemmelsen dog, modsat de øvrige muligheder for udelukkelse grundet konkurrencefordrejning, forudsætter tilstedeværelsen af en endelig dom. Anvendelse af bestemmelsen forudsætter ligeledes, at dommen efter en konkret vurdering omhandler deltagelse i kriminel organisation, som modsat i andre medlemsstater, ikke er selvstændigt kriminaliseret i Danmark¹⁸⁵.

Hvad der forstås ved handlinger, fremgår af artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008.¹⁸⁶ Art. 2 omfatter forsætlige handlinger eller handlinger begået med kendskab til den kriminelle organisation og dens virksomhed eller hensigt, herunder tilvejebringelse af oplysninger rekruttering af medlemmer og enhver form for finansiering, når dette er begået med viden om at det vil bidrage til udførelsen af organisationens kriminelle virksomhed.¹⁸⁷ Aftaler, der faciliterer kriminelle handlinger, selvom pågældende person ikke selv udfører handlingen omfattes også.¹⁸⁸ Kriminel organisation defineres i art. 1 i rammeafgørelsen og skal således forstås som en ikke-tilfældigt opstået struktureret sammenslutning af en vis varighed og på mere end to personer, der handler i forening med henblik på at begå handlinger, der kan straffes med frihedsstraf i minimum op til fire år, for at opnå en økonomisk eller anden materiel fordel.¹⁸⁹ Overtrædelse af konkurrencelovens

¹⁸⁴ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 470.

¹⁸⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 147.

¹⁸⁶ Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008. Herefter: ”Rådets rammeafgørelse”.

¹⁸⁷ Rådets rammeafgørelse, art. 2 litra a.

¹⁸⁸ Rådets rammeafgørelse, art. 2 litra b.

¹⁸⁹ Rådets rammeafgørelse, art. 1 (1) og (2). Se også Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, 2. udg., s. 474.

bestemmelser ved kartelvirksomhed, kan sanktioneres med fængselsstraf i op til 6 år for de fysiske personer, der er involverede. Det fremgår ligeledes af lovbemærkningerne til § 135, at økonomiske aktører, der er dømt for at have indgået en kartelaftale omfattet af straffelovens § 299 c, konkurrencelovens § 23, stk. 1 eller 3, skal udelukkes, hvis bestemmelsens øvrige betingelser for anvendelse er opfyldt.¹⁹⁰ Kartelvirksomhed er således omfattet af bestemmelsen idet det har karakter af kriminel organisation. Det skal dog bemærkes, at bestemmelsen ikke er set anvendt til dette formål i praksis, ligesom konkurrencefordrejning ikke eksplicit fremgår af rammeafgørelsens formål, modsat for eksempel bekæmpelse af terrorisme.¹⁹¹ Konkurrencefordrejning er derimod eksplicit reguleret i de frivillige udelukkelsesgrunde, hvorfor det ikke kan antages at de har været centrale i EU-lovgivers intention med bestemmelsen.¹⁹²

4.1.2. De frivillige udelukkelsesgrunde

Tidligere var det EU-Domstolens holdning, at medlemsstater kan undlade at implementere de frivillige udelukkelsesgrunde, eller implementere dem med varierende grader af stringens.¹⁹³ I C-66/22 *Infraestructuras de Portugal* fastslog EU-Domstolen, at medlemsstater ikke kan undlade at gennemføre de frivillige udelukkelsesgrunde.¹⁹⁴ Der er tale om en væsentlig ændring i forhold til EU-Domstolens hidtidige praksis, som giver anledning til visse betænkligheder vedrørende anvendelsen af direktiv som lovgivningsværktøj.¹⁹⁵ Dette ligger uden for området af problemformuleringen, hvorfor det ikke vil blive behandlet yderligere i afhandlingen.

EU-Domstolen beskrev i Forenede sager C-226/04 og C-228/04 *La Cascina and Others*, at de frivillige udelukkelsesgrunde omhandler ”*professional honesty, solvency and reliability*”.¹⁹⁶ Det følger ligeledes af senere praksis, at EU-Domstolen stadig anser det for hovedformålet med de frivillige udelukkelsesgrunde at gøre det muligt for ordregiver at undersøge og sikre økonomiske

¹⁹⁰ Lovforslag L 19, 2015, s. 148.

¹⁹¹ Rådets rammeafgørelse, præambelbetragtning 2.

¹⁹² Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 475.

¹⁹³ C-395/18, *Tim SpA*, pr. 34.

¹⁹⁴ C-66/22, *Infraestructuras de Portugal*.

¹⁹⁵ Albert Sanchez, “*Transposing Directives no longer so discretionary! The Court of Justice forces transposition of discretionary exclusion grounds and hints at ‘intra-State’ vertical direct effect (C-66/22)*” (How to Crack a Nut, 21. marts 2024): <https://www.howtocrackanut.com/blog/2024/3/21/transposing-directives-no-longer-so-discretionary?rq=infraestructuras>. (Senest besøgt den 28. maj 2024).

¹⁹⁶ Forenede sager C-226/04 og C-228/04 *La Cascina and Others* pr. 21.

aktørers integritet og pålidelighed.¹⁹⁷ De frivillige udelukkelsesgrunde forfølger dog samtidig andre formål.¹⁹⁸ Af præambelbetragtningerne fremgår det, at ordregiver ved anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde har et stort skøn og skal lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet.¹⁹⁹

EU-Domstolen har fastslået, at medlemsstater kan tilføje udelukkelsesgrunde, hvis det er nødvendigt for at sikre den ikke-diskriminerende og transparente karakter af medlemsstatens udbudsretlige regler, dog ikke hvis de nye udelukkelsesgrunde er relateret til de økonomiske aktørers professionelle ærlighed, solvens, og økonomiske eller finansielle kapacitet.²⁰⁰ Dette harmonerer med hvad Generaladvokat Campos Sánchez-Bordona anfører i C-41/18 *Meca*, om at medlemsstaterne ikke har en ubegrænset ret til at bestemme indholdet i udelukkelsesgrundene ved gennemførelsen af udbudsdirektivet, idet man fra EU-lovgivers side har anført, at det alene er specifikation af betingelserne under hvilke artiklen gennemføres.²⁰¹ Det vil altså sige, at udbudsdirektivets liste over udelukkelsesgrunde, som det klare udgangspunkt anses for udtømmende. I udbudsloven har man valgt at gøre udbudslovens § 136, nr. 4 om alvorlige forsømmelser obligatorisk.

4.2. Varighed af udelukkelsen

Hvis en virksomhed ikke har foretaget self-cleaning, er der i medfør af udbudsdirektivets art. 57, stk. 7 fastsat en maksimal længde for perioden for udelukkelsen. Bestemmelsen fastsætter den maksimale udelukkelsesperiode. Det er op til medlemsstaterne selv at fastsætte varigheden af udelukkelsen nationalt. Art. 57, stk. 7 er implementeret ved § 138, stk. 6 og 7 i udbudsloven. De danske lovgivere har som de fleste andre medlemsstater²⁰² valgt, at udelukkelsesperioden følger den maksimale længde for udelukkelse i udbudsdirektivet. For de obligatoriske udelukkelsesgrunde er udelukkelsesperioden

¹⁹⁷ C-267/18, *Delta*, pr. 26 og 38.

¹⁹⁸ Pascal Friton & Janis Zöll, "Commentary on Article 57 Exclusion Grounds", i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 607.

¹⁹⁹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 101.

²⁰⁰ C-94/99, *ARGE*, pr. 24, C-421/01, *Traunfellner*, pr. 29. C-213/07, *Michaniki*, pr. 44. C-199/07, *Kommissionen mod Grækenland*, pr. 53-64.

²⁰¹ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-41/18, *Meca*, pr. 35.

²⁰² Pascal Friton & Janis Zöll, "Commentary on Article 57 Exclusion Grounds", i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 631.

5 år²⁰³, mens den for de frivillige udelukkelsesgrunde er 3 år²⁰⁴. Da udbudslovens § 136, nr. 4 er en frivillig udelukkelsesgrund i henhold til udbudsdirektivet, vil udelukkelsesperioden for bestemmelsen være 3 år, jf. udbudslovens § 138, stk. 7.²⁰⁵

Med varigheden af udelukkelsen fastlagt i loven, skal det imidlertid fastlægges hvornår tidspunktet for udelukkelsesperioden begynder. For de obligatoriske udelukkelsesgrunde vil det være tidspunktet for afsigelse af dom, udelukkelsesperioden skal regnes fra.²⁰⁶ For de frivillige udelukkelsesgrunde skal ordregiver udelukke ”fra datoen for den relevante hændelse eller handling”²⁰⁷. For udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 136, nr. 4 § og 137, stk. 1, nr. 3 kan det være vanskeligt at fastsætte hvornår hændelsen præcist er sket, da flere handlinger kan udgøre den relevante hændelse. Af lovbemærkningerne til udbudsloven fremgår det, at den relevante hændelse for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 vil være tidspunktet, hvor den økonomiske aktør ”foretager en handling, der imødekommer indholdet af udelukkelsesgrunden”²⁰⁸. Denne handling kan imidlertid udgøres af flere forskellige handlinger, herunder indgåelse af aftalen om konkurrencefordrejning samt handlinger begået på baggrund af en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.²⁰⁹ Det ville ikke være hensigtsmæssigt, hvis tidspunktet for udelukkelsens begyndelse skulle regnes fra tidspunktet hvor et kartel er ophørt, da dette vil betyde, at udelukkelsen mister sin betydning grundet den ofte senere opdagelse af kartellets eksistens.²¹⁰ Det vil i den sammenhæng være rimeligt, hvis tidspunktet var det tidspunkt, hvor en almindeligt oplyst ordregiver, burde have fået kendskab til overtrædelsen.²¹¹ Tidspunktet for hvornår den relevante hændelse begynder, er ikke endeligt afklaret.²¹²

²⁰³ Jf. udbudslovens § 138, stk. 6.

²⁰⁴ Jf. udbudslovens § 138, stk. 7.

²⁰⁵ Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 631.

²⁰⁶ Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1.udg, Elgar European Law and Practice, 2020), s. 233.

²⁰⁷ Udbudslovens § 138, stk. 6.

²⁰⁸ Lovforslag L 19, 2015, side 158.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 503.

²¹¹ Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 634.

²¹² Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1.udg, Elgar European Law and Practice, 2020), s. 233-250.

Længden af udelukkelsesperioden skal være proportional og skal på den ene side sikre formålet med udbudsreglerne og på den anden side sikre, at udelukkelsen har en effekt. En meget lang udelukkelsesperiode vil have en negativ indflydelse på konkurrencen.²¹³ Hvis udelukkelsesperioden bliver for kort vil det potentielt medføre, at udelukkelsen mister den ønskede effekt. Ved at indføre en grænse for den maksimale længde af udelukkelsen på EU-niveau sikres det, at der er en *level playing field* for alle medlemsstaterne og dermed ligebehandling i forhold til udelukkelse på tværs af EU. Dette vil være med til at sikre konkurrencen på tværs af medlemsstaterne.²¹⁴

4.3. Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsning

Udelukkelse med henvisning til konkurrencefordrejning efter udbudsloven § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 3, er ikke betinget af en forudgående kendelse eller dom, men kan ske efter ordregivers eget skøn. Konkurrencefordrejninger er reguleret i konkurrencelovens § 6 og § 11. Det vil altså sige, at det ved tilvalg af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og muligvis også generelt, påhviler ordregiver at foretage en konkurrenceretlig vurdering, hvilket kan være en vanskelig opgave.²¹⁵

Den mest relevante form for konkurrencefordrejning i forbindelse med offentlige udbud er formentlig tilbudskoordinering.²¹⁶ Såfremt en eller flere af de deltagende virksomheder byder sammen, men havde kapacitet til at løfte opgaven selv, er der tale om en begrænsning af konkurrencen efter konkurrencelovens § 6 som potentielt kan være strafbar, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 4, nr. 4. Det er dog ikke kun konkurrencefordrejende aftaler i henhold til konkurrencelovens § 6, der er relevante i offentlige udbud, men også misbrug af dominerende stilling kan være konkurrencefordrejende på en måde, som kan være relevant i forhold til offentlige udbud.²¹⁷

²¹³ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 292.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 1.

²¹⁶ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 300.

²¹⁷ Ibid.

Som led forståelsen af kompleksiteten af vurderingen efter de omhandlede bestemmelser, er det således relevant med en kort gennemgang af hvad der i konkurrenceretten forstås ved begrænsning af konkurrencen og misbrug af dominerende stilling.

4.3.1. Forbud mod aftaler, som har til formål eller følge at fordreje konkurrencen

Konkurrencelovens § 6 indeholder et forbud mod aftaler, ”*aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen*”. Konkurrencelovens § 6 bygger på TEUF art. 101, som omfatter alle hindringer, begrænsninger og fordrejninger af konkurrencen. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det almindelige aftalebegreb og omfatter både aftaler, vedtagelser og samordnet praksis.²¹⁸ Der sondres mellem overtrædelser, som har til formål henholdsvis til følge at fordreje konkurrencen. Formålsovertrædelserne anses for at være særligt egnede til at begrænse konkurrencen, og konkurrencemyndighederne kan derfor fordømme denne type aftale uden at have foretaget en effektanalyse først.²¹⁹ Følgeovertrædelser karakteriseres ved, at aftalen forfølger legitime formål, hvorfor denne slags aftale kun kan fordømmes såfremt den rent faktisk resulterer i en negativ påvirkning af konkurrencen. Det er - modsat hvad man kunne ledes til at tro på baggrund af ordlyden - ikke parternes hensigt, der er afgørende for om der er tale om en formåls- eller følgeovertrædelse,²²⁰ men snarere risikoen for at konkurrencen fordrejes. Eksempler på formålsovertrædelser kan være informationsudveksling, pris- og markedsdelingsaftaler og tilbudskoordinerings, hvoraf de groveste overtrædelser betegnes som karteller. Karteller defineres i konkurrencelovens § 5 b, nr. 6 og kan efter konkurrencelovens § 23, stk. 4 sanktioneres med fængsel.²²¹

For konkurrencefordrejende aftaler omfattet af konkurrencelovens § 6, eksisterer der forskellige muligheder for at blive undtaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6. Der gælder, ligesom i udbudsretten, en bagatelregel i dansk konkurrenceret, hvorefter aftaler indgået mellem virksomheder med ringe markedsstyrke, ikke betragtes som konkurrencefordrejende.²²² I medfør af konkurrencelovens § 8 om individuel fritagelse, finder forbuddet i konkurrencelovens § 6 ikke

²¹⁸ Konkurrencelovens § 6, stk. 3.

²¹⁹ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 295.

²²⁰ Heidi Sander Løjmand, *Tilbudskonsortier*, (1. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 268.

²²¹ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 301.

²²² Konkurrencelovens § 7, stk. 1. Se også Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 277.

anvendelse hvis aftalen opfylder de fire betingelser, der er fastsat i konkurrencelovens § 8. Betingelserne kan sammenfattes til 1) krav om at aftalen styrker effektivitet eller fremmer teknisk eller økonomisk udvikling, samtidigt 2) indeholder et element af forbrugervelfærd, 3) ikke udelukker konkurrencen og 4) ikke går videre end hvad der er nødvendigt i begrænsningen heraf.²²³ Betingelserne gælder kumulativt, og såfremt de efter en konkret vurdering er opfyldt, kan aftalen individuelt fritages. Det bemærkes, at der i medfør af konkurrencelovens § 10 ligeledes gælder gruppefritagelser af visse former for aftaler, som ikke vil blive behandlet i denne afhandling.

4.3.2. Misbrug af dominerende stilling

Konkurrencelovens § 11, stk. 1 fastsætter et forbud mod misbrug af dominerende stilling. Konkurrencelovens § 11 bygger på TEUF art. 102. Eksempler på misbrug af dominerende stilling kan være påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser og diskrimination foretaget af den dominerende virksomhed, så andre derved stilles ringere i konkurrencen.²²⁴ Anvendelsen af forbuddet i konkurrencelovens § 11 forudsætter, at en virksomhed har en dominerende stilling i markedet, hvilket kan være svært at fastslå, da det forudsætter en markedsafgrænsning.²²⁵ Bestemmelsen vil ikke blive behandlet yderligere, da den er af begrænset relevans for afhandlingen. Dog vil det blive overvejet, hvorvidt der kan ske udelukkelse med henvisning hertil i forbindelse med udbudslovens § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 3.

5. Plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning

Blandt de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsloven, findes udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om udelukkelse på baggrund af plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Før lovændringen af udbudsloven i 2022²²⁶, fandtes bestemmelsen i

²²³ Konkurrencelovens § 7, stk. 1, nr. 1-4. Se også Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. s. 286.

²²⁴ Konkurrencelovens § 11, stk. 3.

²²⁵ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), kap. 3.

²²⁶ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Bestemmelsen er en implementering af udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d.

I direktiv 2004/18/EF fandtes der ikke en frivillig udelukkelsesgrund omhandlende aftaler om konkurrencefordrejning, idet denne blev tilføjet senere i direktiv 2014/24/EU. Det var dog ikke umuligt at udelukke med henvisning til, at der var tale om konkurrencefordrejning, da udelukkelsesgrundene i direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2 litra c og d efter omstændighederne kunne finde anvendelse på overtrædelser af konkurrencereglerne. Dette slog EU-Domstolen fast i en række afgørelser, hvor ordregiver var berettiget til at udelukke økonomiske aktører på baggrund af konkurrencefordrejende aftaler.²²⁷ Gennem vedtagelsen af en bestemmelse, som specifikt omhandler konkurrencefordrejning, satte EU fokus på konkurrencefordrejning indenfor udbudsretten. Dette skal ses i sammenhæng med OECD's anbefalinger til bekæmpelse af koordinerede tilbud i offentlige udbud²²⁸. Med indførelsen af art. 57, stk. 4, litra d i direktiv 2014/24/EU, er der ikke alene risiko for en konkurrenceretlig sanktion hvis en økonomisk aktør indgår en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, men samtidig en stor økonomisk risiko for den økonomiske aktør, da denne kan risikere at blive udelukket fra fremtidige offentlige udbud.²²⁹

I art. 57, stk. 4, litra d er der alene et krav om, at ordregiver skal have *plausible indikationer* for at der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Der er således intet krav om, at der foreligger bevis for en overtrædelse. Vedtagelsen af direktiv 2014/24/EU og art. 57, stk. 4, litra d medførte en lempeligere bevisbyrde for ordregiver i forhold til retstilstanden før indførelsen af direktivet, hvor der var krav om at ordregiver skulle påvise en alvorlig forsømmelse. Dette følger af en ordlydsfortolkning. Hvordan den lempeligere bevisbyrde skal konkret udformes, er op til medlemsstaterne at fastsætte, hvilket følger af C-531/16 *Specializuotas transportas*²³⁰ sammenholdt med EU-Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning.

²²⁷ C-465/11, *Forposta*, C-470/13, *Generali-Providencia* og C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi*.

²²⁸ OECD, *OECD Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, (2012).

²²⁹ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 296.

²³⁰ C-531/16, *Specializuotas transportas*, pr. 36-37.

Kommissionens meddelelse understreger, at medlemsstaternes implementering skal følge ånden og ordlyden i direktivet, og der må dermed ikke kræves bevis i form af domsfældelse.²³¹

Retsstillingen ændredes tilsvarende for den danske udbudslov, hvor det af lovbemærkningerne fremgår, at ordregiver har en lempeligere bevisbyrde efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 end ved de resterende udelukkelsesgrunde i § 136 og § 137, hvor ordregiver ligeledes skal påvise, at den økonomiske aktør er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund.²³² Til trods for, at bestemmelsen om plausible indikationer har en lempeligere bevisbyrde end de andre udelukkelsesgrunde, er der stadigvæk en bevisbyrde til stede. Hvis der ikke var et beviskrav i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, ville udelukkelsen ske vilkårligt, hvilket strider imod ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Ordlyden af udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3 er følgende: ”ordregiveren har tilstrækkelige **plausible indikationer** til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører **med henblik på konkurrencefordrejning**” (fremhævnning foretaget). Af bestemmelsen fremgår to kriterier for, at en økonomisk aktør er omfattet af udelukkelsesgrunden, såfremt denne er tilvalgt. De to betingelser er 1) at ordregiver skal have plausible indikationer til at konkludere 2) at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører henblik på konkurrencefordrejning.²³³ De to betingelser vil i det følgende blive behandlet særskilt.

Da der er tale om en frivillig udelukkelsesgrund, er der krav om, at ordregiver har tilvalgt udelukkelsesgrunden og at dette fremgår af udbudsbekendtgørelsen, for at der kan ske udelukkelse efter bestemmelsen.²³⁴ Hvis ordregiver ikke har valgt at benytte den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, vil vurderingen af om der alligevel skal ske udelukkelse skulle ske efter principperne i udbudslovens § 2.²³⁵

²³¹ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 15.

²³² Lovforslag L 19, 2015, s. 154.

²³³ Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3.

²³⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. maj 2020 *Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune*, s. 21, hvor det fremgår, at tilvalg af udelukkelsesgrunde skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Det er ikke nok at det alene fremgår af udbudsbetingelserne.

²³⁵ Jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*. Se også Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 494.

5.1. “Tilstrækkelige plausible indikationer”

Det følger af udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3, at ordregiver kan udelukke ved ”*tilstrækkelige plausible indikationer*”. Hvad tilstrækkelige plausible indikationer indebærer, beror på en konkret vurdering. Af lovbemærkningerne fremgår det, at det vil være en tilstrækkelig plausibel indikation, hvis der eksempelvis er rejst tiltale mod en økonomisk aktør, eller at denne har accepteret et bødeforlæg, samt hvis ordregiver har fået oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at den økonomiske aktør har indgået en konkurrencefordrejende aftale. Hvis ordregiver fremlægger dokumentation, som troværdigt indikerer, at den pågældende økonomiske aktør har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, vil det ifølge lovbemærkningerne være tilstrækkeligt.²³⁶ Eksemplerne er ikke udtryk for en udtømmende opstilling og ordregiver er tillagt en vid skønsbeføjelse i vurderingen af hvorvidt der foreligger plausible indikationer.²³⁷ Ordregiver kan inddrage alle forhold i sin vurdering af om der foreligger plausible indikationer for en konkurrencefordrejende aftale. Dette gælder både forhold knyttet til det konkrete udbud, men også forhold vedrørende tidligere processer kan inddrages i vurderingen.²³⁸ Vurderingen af, om der foreligger plausible indikationer, skal ske på baggrund af de oplysninger, der var tilgængelige for ordregiver på evaluerings- og tildelingstidspunktet.²³⁹

Klagenævnet for Udbud har ved flere lejligheder haft mulighed for at behandle sager omhandlende udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3. Når den frivillige udelukkelsesgrund er tilvalgt, vil Klagenævnets prøvelse angå, hvorvidt der er ”*tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning*”²⁴⁰. På baggrund af Klagenævnets kendelser, EU-Domstolens afgørelser, juridisk litteratur og lovbemærkninger kan det udledes, at der er forskellige momenter, som kan udgøre en plausibel indikation. Momenterne kan for overskuelighedens skyld inddeles i tre

²³⁶ Lovforslag L 19, 2015, s. 154.

²³⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 18. Se også Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, ”*Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*” (2022), U.2022B.151, UfR, s. 156.

²³⁸ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021), s. 15.

²³⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021 *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 19-20.

²⁴⁰ *Ibid.*, s. 18.

kategorier: 1) når den samme økonomiske aktør deltager i flere konstellationer i et udbud eksempelvis, afgiver tilbud og deltager som underleverandør for en anden økonomisk aktør 2) samarbejde mellem økonomiske aktører herunder konsortier og 3) karteller eller andre former for tilbudskoordinerings mellem aktørerne.²⁴¹

En nærmere forståelse af de momenter, ordregiver kan eller skal inddrage i sin vurdering af om der foreligger plausible indikationer, skal findes i praksis. Dette vil blive behandlet i det følgende.

5.1.1. Når den samme økonomiske aktør deltager i flere konstellationer i et udbud

I dette afsnit søges klarlagt, hvorvidt den omstændighed, at en økonomisk aktør deltager i flere konstellationer indenfor det samme udbud, kan udgøre en plausibel indikation, som kan lede til udelukkelse.

Ved tilfælde, hvor den samme økonomiske aktør deltager i flere konstellationer i et udbud, eksempelvis hvor en økonomisk aktør selv byder på en opgave, og samtidigt deltager som underleverandør for en anden økonomisk aktør i det samme udbud, var det ifølge Pascal Friton og Janis Zöll efter direktiv 2004/18/EF muligt for medlemsstaterne at udelukke den pågældende økonomiske aktør uden en konkret vurdering af hvorvidt konkurrencen var blevet fordrejet.²⁴² EU-Domstolen fastslog dog i C-376/08 *Serrantoni*, på baggrund af direktiv 2004/18/EF, at en automatisk udelukkelse vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.²⁴³ Efter EU-Domstolens opfattelse, er det således ikke muligt at fastsætte nationale regler om automatisk udelukkelse, da dette vil stride imod de EU-retlige principper. Det er således tvivlsomt om det nogensinde har været muligt at udelukke økonomiske aktører, der deltager i flere konstellationer i et udbud automatisk, men det kan udledes, at dette ikke vil være muligt efter art. 57, stk. 4, litra d i direktiv 2014/24/EU. En udelukkelse uden hensyntagen til hvorvidt konkurrencen er blevet fordrejet, og hvor der ikke er foretaget en reel vurdering, vil i dag stride imod proportionalitetsprincippet samt ligebehandlingsprincippet. EU-Domstolen har i C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi* fastslået, at

²⁴¹ Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm, & Cecilie Fanøe Petersen, *EU udbudsregler - i dansk kontekst*, (3. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 658.

²⁴² Pascal Friton & Janis Zöll, "Commentary on Article 57 Exclusion Grounds", i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 614.

²⁴³ C-376/08, *Serrantoni*, pr. 46.

der skal foretages en konkret vurdering af om der forelægger konkurrencefordrejning, og at en automatisk udelukkelses således vil være i strid med de EU-retlige principper. Dette gælder også selvom en konkurrencemyndighed har sagt, at der foreligger et brud på konkurrencereglerne.²⁴⁴ Det kan derfor udledes, at ordregiver uanset hvad er forpligtet til at foretage en vurdering af om der foreligger plausible indikationer. Det vil muligvis sammen med andre momenter efter en vurdering af det konkrete omstændigheder kunne udgøre en plausibel indikation, hvis det vurderes, at der er plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Klagenævnet for Udbud har ikke behandlet sager, der omhandlede deltagelse af samme økonomiske aktør i flere forskellige konstellationer i det samme udbud. Der har siden indførelsen af direktiv 2014/24/EU ikke været behandlet sager omhandlende økonomiske aktører med flere roller i samme udbud ved EU-Domstolen. På baggrund af ovenstående, sammenholdt med den manglende praksis, lægges det til grund, at situationen ikke længere udgør et selvstændigt problem i praksis.

Det forhold, at en økonomisk aktør deltager i flere konstellationer i et udbud, vil på baggrund af ovenstående ikke selvstændigt kunne udgøre en tilstrækkelig plausibel indikation på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

5.1.2. Samarbejde mellem økonomiske aktører

Ud fra Klagenævnet for Udbuds praksis, kan samarbejde mellem økonomiske aktører inddeles i tre kategorier: 1) økonomiske aktører, der ved et tidligere udbud har samarbejdet og byder hver for sig i et efterfølgende udbud, 2) konsortieaftaler, eller 3) den situation, hvor to økonomiske aktører, der deltager i et udbud, har den samme ejer. De tre situationer vil i det følgende blive behandlet.

Klagenævnet for Udbud behandlede i kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, spørgsmålet om hvorvidt forholdet mellem to økonomiske aktører og deres tidligere samarbejde kunne udgøre en plausibel indikation for konkurrencefordrejning. Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, var tilvalgt. Banedanmark havde modtaget tilbud fra Bayer A/S, G&G og Weedfree. Weedfree vandt udbuddet og Bayer indgav klage til Klagenævnet for Udbud. Bayer gjorde gældende, at Weedfree burde have været udelukket fra udbuddet i overensstemmelse

²⁴⁴ C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi*, pr. 34.

med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, da G&G og Weedfree havde været kommercielle partnere igennem en længere årrække. Bayer anførte ligeledes, at G&G var teknologileverandør til Weedfree, samt at Weedfree var G&G's forhandler i Belgien og Skandinavien.²⁴⁵ På den baggrund anførte Bayer, at der forelå plausible indikationer for at G&G og Weedfree havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning efter § 137, stk. 1, nr. 3.²⁴⁶ Banedanmark anførte omvendt, at det ikke i sig selv kan udgøre tilstrækkelige plausible indikationer, at to virksomheder, der deltager i samme udbud er samarbejdspartnere i andre sammenhænge.²⁴⁷ Banedanmark anførte ligeledes, at det har formodningen imod sig, at parterne skulle have lavet en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, blot fordi parterne har indsigt i visse dele af hinandens drift.²⁴⁸

Klagenævnet fastslog, at det forhold, at Weedfree og G&G havde samarbejdet i andre sammenhænge og begge deltaget i det omhandlede udbud, ikke kan føre til udelukkelse. Klagenævnet fastslog ligeledes, at: *"En indikation, en "mistanke" eller lignende, der ikke bevismæssigt er (tilstrækkeligt) underbygget for ordregiveren, giver hverken grundlag for at afvise et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4²⁴⁹ (...)."*²⁵⁰ Af kendelsen kan det udledes, at det forhold, at to virksomheder tidligere har samarbejdet, ikke i sig selv udgør en plausibel indikation for, at virksomhederne har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Klagenævnets udtalelse lægger vægt på, at det indbyrdes forhold mellem de to virksomheder i sig selv ikke er tilstrækkeligt grundlag for udelukkelsen. Klagenævnet fastslog endvidere, at en mistanke i sig selv, ikke er nok til at udgøre en plausibel indikation og dermed danne grundlag for udelukkelsen. Den mistanke Bayer havde, skulle således underbygges af beviser. De deltagende virksomheders indbyrdes forhold var ikke tilstrækkeligt bevis. Der skulle således have foreligget noget, der kunne indikere, at virksomhederne som en del af deres forhold, havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Forholdet mellem to virksomheder, der tidligere har samarbejdet kan således ikke alene lægges til grund og der skal her være yderligere beviser, som underbygger mistanken. Hvilke beviser der i givet fald skal være tale om, kommer Klagenævnet ikke med et svar på i denne kendelse.

²⁴⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, s. 9.

²⁴⁶ *Ibid.*, s. 10.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Svarende til den nugældende § 137, stk. 1, nr. 3 i udbudsloven.

²⁵⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, s. 15.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juli 2021, *SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. (herefter SSV) mod Aarhus Kommune*, tog Klagenævnet stilling til en lignende situation. Klager nedlagde påstand om udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 på baggrund af forholdet mellem to virksomheder i et udbud. Efter klagers opfattelse forelå der plausible indikationer for, at de to virksomheder havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Klager baserede sin påstand med personsammenfald i ledelsen blandt de to virksomheder, at virksomhed A frem til 2002 havde ejet 90% af virksomhed B og at begge virksomheder solgte virksomhed A's produkter.²⁵¹ Klager påstod, at de to virksomheder grundet forholdet mellem virksomhederne, koordinerede deres tilbud og på den baggrund indgik aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Klagenævnet afviste SSV's påstand. Klagenævnet fandt, at der indtil 2002 havde været et ejerforhold, men at virksomhed A på tidspunktet for tilbudsafgivelsen ikke havde ejet en del af virksomhed B, samt at der ikke længere forelå personsammenfald mellem de to virksomheder. Klagenævnet konkluderede på den baggrund, at et tidligere forhold mellem to virksomheder ikke var tilstrækkeligt til at udgøre plausible indikationer efter § 137, stk. 1, nr. 3.²⁵² Af kendelsen kan det udledes, at det indbyrdes forhold mellem to virksomheder *kan* udgøre en plausibel indikation, men at en formodning for, at der foreligger en aftale med henblik på konkurrence, alene på baggrund af forholdet mellem virksomhederne, ikke er en tilstrækkelig plausibel indikation efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. En formodning alene udgør således ikke en tilstrækkelig plausibel indikation.

På baggrund af de to kendelser fra Klagenævnet kan det derfor udledes, at forholdet mellem to virksomheder ikke i sig selv udgør en plausibel indikation. En mistanke eller formodning om en aftale med henblik på konkurrencefordrejning baseret på forholdet mellem to virksomheder alene er således ikke tilstrækkelig bevismæssigt underbygget til at kunne udgøre en plausibel indikation.

Klagenævnet har senere behandlet en sag, hvor to økonomiske aktører, med samme ejer, begge deltog i det samme udbud. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, *Urbaser mod Silkeborg Kommune* anførte Klagenævnet, at ordregiver har en undersøgelsespligt i tvivlstilfælde, og at dette er tilfældet så snart der modtages tilbud fra to koncernforbundne selskaber.²⁵³ Dog anførte Klagenævnet

²⁵¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. juli 2021, *SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune m.fl.*, s. 15.

²⁵² *Ibid.*, s. 21.

²⁵³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*.

for Udbud ligeledes, at udelukkelsen skal ske på baggrund af de oplysninger, ordregiver har tilgængelige på tidspunktet for tildelingen. Da ordregiver først senere fik kendskab til ejerforholdene i de to virksomheder, betød det ifølge Klagenævnet for Udbud, at der i den konkrete situation ikke forelå plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Det kan dog ligeledes udledes af kendelsen, at hvis ordregiver kender til ejerforholdet *inden* tildelingstidspunktet, vil det udløse en undersøgelsespligt for ordregiver og kan efter omstændighederne være en plausibel indikation. EU-Domstolen har dog fastslået i C-531/16 *Specializuotas transportas*, at en automatisk udelukkelse af økonomiske aktører alene på baggrund af fælles ejerforhold vil stride imod EU-reglerne,²⁵⁴ hvorfor der altid skal foretages en konkret vurdering.

En anden form for samarbejde mellem økonomiske aktører er når to eller flere virksomheder indgår en støtte- eller konsortieaftale til trods for, at de hver især kunne have afgivet tilbud alene. Spørgsmålet er, hvorvidt der i disse situationer vil være formodning for en plausibel indikation eller om det i det hele taget vil udgøre en plausibel indikation.²⁵⁵ I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019 *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, var et konsortium blandt de vindende tilbudsgivere. Klagenævnet anførte, at da udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 var tilvalgt, havde ordregiver pligt til at påse, om der var plausible indikationer for at en eller flere økonomiske aktører havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.²⁵⁶ Konsortiet bestred ikke, at de enkelte virksomheder i konsortiet kunne have budt på opgaven alene. Klagenævnet tilsidesatte i denne sag ikke ordregivers vurdering, som var, at konsortiet ikke skulle udelukkes henvisning til § 137, stk. 1, nr. 3, og udtalte ” (...) *der ikke er tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har haft til formål eller haft til følge at fordreje konkurrencen.*”²⁵⁷ Klagenævnet lagde vægt på, at virksomhederne, ved at byde som et konsortium, havde mulighed for at optimere det afgivne tilbud.²⁵⁸ Ved at danne et konsortium kunne virksomhederne optimere deres tilbud og tilbyde en bedre pris. Formålet med udbudsloven er netop at sikre en effektiv udnyttelse af det offentliges midler, hvorfor Klagenævnets afgørelse understøtter formålet. På den anden side taler det imod formålet med konkurrence, at deltagerne i konsortiet kunne

²⁵⁴ C-531/16, *Specializuotas transportas*, pr. 21.

²⁵⁵ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning” (2022), U.2022B.151, UfR, s. 6.

²⁵⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 5. december 2019 *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, s. 22.

²⁵⁷ *Ibid.* s. 23.

²⁵⁸ *Ibid.*

have budt på opgaven alene og der dermed kunne have været flere økonomiske aktører i det pågældende udbud.

Det faktum, at der står flere virksomheder bag et tilbud, vil ikke i sig selv kunne udgøre tilstrækkelige plausible indikationer.²⁵⁹ Dog vil der indtræde en undersøgelsespligt, hvis en økonomisk aktør, der tidligere har budt alene på lignende opgaver, i et senere udbud byder som en del af et konsortium. Det kan derfor udledes, at selvom et konsortium ikke i sig selv udgør en plausibel indikation, kan det konkret - afhængigt af de deltagende virksomheders budhistorik - alligevel medføre en undersøgelsespligt for ordregiver af om der foreligger plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Der er endnu ikke set en situation, hvor samarbejde mellem økonomiske aktører har ført til, at Klagenævnet for Udbud har tilsidesat ordregivers skøn og vurderet, at der forelå plausible indikationer. Det kan dog udledes af Klagenævnets praksis, at samarbejde mellem økonomiske aktører efter omstændighederne konkret kan udgøre en plausibel indikation.

5.1.3. Karteller og andre former for tilbudskoordinering

Den sidste kategori af momenter, der kan udgøre plausible indikationer, er sager, hvor der foreligger indikationer på at økonomiske aktører har koordineret deres tilbud i forbindelse med det igangværende udbud.

Klagenævnet tilsidesatte for første gang en ordregivers vurdering af om der forelå plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning mellem økonomiske aktører i kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*. Sagen omhandlede Region Hovedstadens udbud af nitrilhandsker i to delaftaler. Begge delaftaler kunne ikke vindes af den samme økonomiske aktør af hensyn til forsyningssikkerheden. Den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 var tilvalgt. De to aftaler blev vundet af de to virksomheder, Aktum og Abena, der begge tilbød den samme type handske, som blev produceret af Abena. Aktum købte handskerne af Abena og videresolgte dem.

²⁵⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

Ordregiver havde ”bevidnet en grad af samordning af tilbud”²⁶⁰, men havde ikke fundet anledning til at undersøge dette nærmere. Ordregiver vurderede således, at der ikke var plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Klagenævnet for Udbud vurderede derimod, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, samt at ordregiver burde have undersøgt forholdet nærmere.²⁶¹

Klagenævnet havde to primære argumenter for, at der forelå plausible indikationer. Det første var, at tilbuddene fra Abena og Aktum indeholdt flere beskrivelser med identiske trykfejl, både i de tekniske specifikationer og i de individuelle besvarelser. Klagenævnet tillagde dette betydning, da det kan være en indikation på, at der foreligger tilbudskoordinering når to ansøgninger fremstår ens med de samme tastefejl. Det andet argument var, at Abena og Aktum kunne levere et væsentligt højere antal handsker for samme pris end de andre økonomiske aktører kunne. Klagenævnet udtalte på den baggrund: ”Dette kan indikere, at Abenas og Aktums prissætning primært har været mulig som følge af, at en leverance på begge delaftaler – i strid med de udtalte intentioner (...) – vil give en volumenmæssig konkurrencefordel.”²⁶² På baggrund af de lave priser, der lå tæt på hinanden og den ens ordlyd af tilbuddene med ens stavefejl konkluderede Klagenævnet, at der var formodning for, at Abena og Aktum har samordnet deres praksis og dermed indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Klagenævnet pointerede, at ordregiver på baggrund af de forelæggende momenter burde have undersøgt forholdet nærmere, samt at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer på tildelingstidspunktet til, at ordregiver kunne have udelukket de økonomiske aktører, jf. udbudslovens § 138.²⁶³

Af kendelsen kan det udledes, at ens stave- og tastefejl i udbudsmaterialet som minimum udløser en undersøgelsespligt for ordregiver med henblik på at fastlægge om der foreligger en plausibel indikation. Det kan ligeledes udledes, at priser der ligger væsentligt under andre økonomiske aktørers og samtidig tæt på hinanden, kan udgøre en plausibel indikation. Økonomiske aktørers handlinger kan give anledning til, at ordregiver bør undersøge nærmere om der foreligger plausible indikationer. Som kendelsen ovenfor beskriver, kan det være vanskeligt for ordregiver at vurdere, hvornår der er

²⁶⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021 *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 19.

²⁶¹ *Ibid.*, s. 19-20.

²⁶² *Ibid.*, s. 19.

²⁶³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021 *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 20.

tilstrækkelige plausible indikationer til, at ordregiver kan eller skal udelukke en økonomisk aktør, hvilket gør bevisbyrden og håndhævelsen af bestemmelsen vanskelig.

Det følger af lovforarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, at en afsagt dom, et bødeforlæg, udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller afgørelser fra konkurrencenævnet vil være nok til at indikere en plausibel indikation.²⁶⁴ Af lovforslaget fremgår det ligeledes, at hvis ordregiver har fået oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at en økonomisk aktør har indgået en konkurrencefordrejende aftale, vil der være tale om plausible indikationer.²⁶⁵ Det er dog mere tvivlsomt om en igangsættelse af en kontrolundersøgelse vil kunne udgøre en tilstrækkelig plausibel indikation. I Klagenævnet for Udbud kendelse af 9. december 2021, *Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden*, der omhandler samme udbud som *OneMed*, havde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indledt en kontrolundersøgelse. Kontrolundersøgelsen var indledt i anledning af *OneMed*'s klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over tildelingsbeslutningen til *Abena*.²⁶⁶ Klagenævnet for Udbud lagde imidlertid ikke vægt på oplysningerne om igangsættelsen af kontrolundersøgelsen i deres kendelse, da Konkurrence og Forbrugerstyrelsen ikke havde truffet en endelig afgørelse i sagen. Klagenævnet for Udbud fastslog derudover, at Klagenævnet ikke har kompetence til at vurdere om der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.²⁶⁷ Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indledt en undersøgelse af en økonomisk aktør, vil det aktivere en undersøgelsespligt for ordregiver, der skal undersøge forholdet nærmere, men det vil altså ikke i sig selv være en plausibel indikation for at der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.²⁶⁸

I EU-Kommissions meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, oplistes en række forhold, som en ordregivende myndighed skal inddrage i vurderingen af om der foreligger en plausibel indikation. Ordregiver skal særligt være opmærksom på markedsadfærden hos de

²⁶⁴ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 6.

²⁶⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 154.

²⁶⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. december 2021 *Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden*, s. 13.

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 18.

²⁶⁸ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 6. Se også Michael Steinicke, "Kapitel 6. Exclusion – the Danish approach" I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 110.

økonomiske aktører. En indikation kan eksempelvis være, hvis en økonomisk aktør alene byder indenfor et bestemt geografisk område, eller økonomiske aktører skiftes til at deltage i udbudsprocedurer.²⁶⁹ Andre elementer, ordregiveren skal være opmærksom på er tilbuddenes ordlyd og pris. Klagenævnet lagde navnlig tilbuddenes ordlyd og pris til grund i *OneMed*. Klagenævnet følger således vejledningen fra EU-Kommissionen. På baggrund af Klagenævnets praksis og EU-Kommissionens kan det udledes, at der ved tegn på kartelvirksomhed eller tilbudskoordinering, udløses en undersøgelsespligt i henhold til at vurdere om der er tilstrækkelige plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

5.2. En aftale med henblik på konkurrencefordrejning

Bestemmelsens 2. led analyseres med følgende opdeling 1) det udbudsretlige aftalebegreb 2) ”med henblik på”, og 3) hvad der udgør en konkurrencefordrejning i udbudsretten. Bestemmelsen tager sigte på at udelukke økonomiske aktører, der har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning, hvorfor forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 vil blive inddraget.

5.2.1. Aftalebegrebet

For at kunne anvende udelukkelsesgrunden i udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3, skal der være indgået en aftale med andre økonomiske aktører. Bestemmelsen nævner altså alene aftaler. Efter konkurrencereglerne i TEUF art. 101 og konkurrencelovens § 6 er der ligeledes et krav om, at der er indgået en aftale for at bestemmelserne finder anvendelse. Spørgsmålet er herefter om aftalebegrebet i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er det samme som det konkurrenceretlige aftalebegreb.

Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter foruden aftaler i klassisk forstand også vedtagelser og samordnet praksis. Grænserne mellem de tre aftaleformer er flydende, og det er således ikke et krav, at en adfærd kan henvises entydigt til en af de tre typer. Det vil være tilstrækkeligt, hvis der kan bevises et ønske fra virksomhederne om at optræde koordineret.²⁷⁰ Forskellen i de tre former er primært om der kan bevises en viljemæssig tilpasning mellem virksomhederne, eller om der er beviser

²⁶⁹ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 14.

²⁷⁰ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 208.

for en egentlig aftale. Førstnævnte vil være samordnet praksis, som indenfor det konkurrenceretlige aftalebegreb, anses for at udgøre den nedre grænse for en aftale.²⁷¹

Der er i litteraturen uenighed om hvorvidt aftalebegrebet indenfor udbudsretten og konkurrenceretten er det samme. På den ene side argumenteres der for, at det udbudsretlige aftalebegreb er snævrere, da det ikke af ordlyden af udbudsdirektivet art. 57, stk. 4, litra d fremgår, at samordnet praksis og vedtagelser skulle være omfattet af begrebet ”aftale” indenfor udbudsretten.²⁷² Det fremgår altså ikke af udbudsdirektivets tekst, at bestemmelsen skulle være knyttet op på TEUF art. 101. Ved at fortolke aftalebegrebet bredere vil det være muligt at udelukke flere økonomiske aktører, og dermed vil der være færre økonomiske aktører i udbuddet, og det kan derfor diskuteres om en udvidelse af aftalebegrebet vil være i overensstemmelse med EU-retten.²⁷³ Fortalere for den indskrænkende fortolkning argumenterer således for, at dette vil være bedst for konkurrencen.²⁷⁴

På den anden side står synspunktet om, at det udbudsretlige aftalebegreb i art. 57, stk. 4, litra d skal fortolkes udvidende og i overensstemmelse med det konkurrenceretlige begreb. Albert Sánchez Graells argumenterer for, at en indskrænkende fortolkning af aftalebegrebet vil være inkonsistent og kan risikere at fjerne den effektive udnyttelse af udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d. Udelukkelsesgrunde skal generelt fortolkes restriktivt, men skal samtidig følge formålet med udbudsreglerne og overholde de udbudsretlige principper i udbudsdirektivets art. 18. Som følge heraf bør det udbudsretlige aftalebegreb fortolkes udvidende. Graells anfører ligeledes, at intentionen bag udelukkelsesgrunden ikke kan have været at indskrænke anvendelsesområdet af art. 57, stk. 4, litra d til at være mindre end anvendelsesområdet for TEUF art. 101, da dette vil stå i modsætning til traktatbestemmelsens forrang samt den loyale fortolkningspligt efter TEUF art. 3, stk. 4.²⁷⁵

²⁷¹ Ibid., s. 207.

²⁷² Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 613.

²⁷³ Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1. udg, Elgar European Law and Practice, 2020), s. 70.

²⁷⁴ For en uddybende diskussion, se: Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1. udg, Elgar European Law and Practice, 2020).

²⁷⁵ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 298.

De to synspunkter anfører således begge, at det modsatte synspunkt formentlig vil stride imod EU-reglerne. For at vurdere om aftalebegrebet er det samme, vil det derfor være relevant at se hvordan spørgsmålet er behandlet i praksis.

Efter dansk praksis, har Klagenævnet for Udbud fundet, at enslydende tekst med ens stavefejl kan udgøre en plausibel indikation.²⁷⁶ Klagenævnet har desuden fundet, at sammenfald i ejerkredsen vil kunne udgøre en plausibel indikation.²⁷⁷ Ingen af disse forhold vil udgøre en aftale i klassisk forstand, men vil kunne betragtes som samordnet praksis og dermed omfattes af det konkurrenceretlige aftalebegreb. Hvis det alene var aftaler og ikke vedtagelser og samordnet praksis, der var omfattet, ville udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3 ikke gælde overfor ikke egentlige aftaler.²⁷⁸ Udelukkelsesgrunden ville derfor miste noget af sin betydning. Det er heller ikke alle Klagenavnets sager, der vedrører konkurrencefordrejning, hvor der er tale om egentlige aftaler. Ovenstående peger på, at Klagenævnet for Udbud fortolker aftalebegrebet i § 137, stk. 1, nr. 3 i overensstemmelse med det konkurrenceretlige begreb.

Klagenævnet for Udbuds praksis er på linje med EU-Domstolens vurdering i *C-416/21 Landkreis*, hvor EU-Domstolen fandt, at det vil: "(...) være inkonsekvent at anlægge en snæver fortolkning af begrebet "aftale" (...)"²⁷⁹. I denne nyere dom lægger EU-Domstolen vægt på, at det er en samstemmende vilje mellem mindst to forskellige økonomiske aktører, der er styrende for om der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.²⁸⁰ Den samstemmende vilje kan ses i sammenhæng med ønsket om at optræde koordineret indenfor konkurrenceretten. Det kan således udledes af *C-416/21 Landkreis*, at EU-Domstolen fortolker aftalebegrebet i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d bredt, således at det finder anvendelse på de samme forhold, der er omfattet af TEUF art. 101. Selvom lovgiver ikke eksplicit har angivet, at aftalebegrebet indenfor udbudsretten skal forstås i overensstemmelse med aftalebegrebet fra konkurrenceretten, må det på baggrund af Klagenavnets praksis sammenholdt med praksis fra EU-Domstolen, konkluderes at aftalebegrebet i

²⁷⁶ Se Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*. Se også afsnit 5.1.3.

²⁷⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*. Se også afsnit 5.1.2.

²⁷⁸ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s.154.

²⁷⁹ C-416/21, *Landkreis*, pr. 46.

²⁸⁰ C-416/21, *Landkreis*, pr. 49.

§ 137, stk. 1, nr. 3 skal fortolkes udvidende og i overensstemmelse med det konkurrenceretlige aftalebegreb.

Det følger af udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3, at aftalen skal være indgået ”med andre økonomiske aktører”. Af præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet fremgår det, at begrebet økonomisk aktør skal fortolkes bredt, således, at ” (...) det omfatter alle personer og/eller enheder, som tilbyder udførelse af arbejder samt levering af varer eller tjenesteydelser på markedet, uanset hvilken retlig form de har valgt at arbejde under.”²⁸¹ Indenfor det udbudsretlige begreb økonomiske aktører er både fysiske og juridiske personer således omfattet. I konkurrencelovens § 6, stk. 1 rettes forbuddet mod ”virksomheder”. Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb omfatter ikke fysiske personer, men fysiske personer kan holdes til ansvar når juridiske personer fordrejer konkurrencen.²⁸² Aftalesubjektet er derfor som udgangspunkt det samme indenfor de to retsområder.

Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb omfatter ikke koncernforbundne virksomheder, da der skal være tale om to selvstændige virksomheder, for at det kan være indgået en aftale, jf. konkurrencelovens § 5, stk. 1. Indenfor udbudsretten gælder der ikke en lignende regel,²⁸³ hvorfor der godt kan ske udelukkelse af koncernforbundne økonomiske aktører, hvis disse har afgivet tilbud enkeltvis, og disse ikke er udarbejdet selvstændigt og uafhængigt af hinanden. Dette bekræftes i *C-416/21 Landkreis*, hvor EU-Domstolen anførte, at begrebet økonomisk aktør i art. 57, stk. 4, litra d ikke er det samme som virksomhedsbegrebet i TEUF art. 101. Med *C-416/21 Landkreis* fastslår EU-Domstolen således, at begrebet økonomiske aktører i direktiv 2014/24/EU art. 57, stk. 4, litra d, er bredere end virksomhedsbegrebet i TEUF art. 101, og den potentielle udelukkelse kan således ske direkte på baggrund af bestemmelsen.

På baggrund af ovenstående kan det således udledes, at det udbudsretlige aftalebegreb følger aftalebegrebet i TEUF art. 101 og konkurrencelovens § 6, hvorfor det udbudsretlige begreb foruden aftaler ligeledes omfatter vedtagelser og samordnet praksis. Det udbudsretlige aftalebegreb kan dog

²⁸¹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 14.

²⁸² Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning” (2022), U.2022B.151, UfR, s. 4.

²⁸³ Ibid.

siges at være endnu bredere, da det inkluderer aftaler indgået mellem koncernforbundne virksomheder, som ellers ikke vil være omfattet af det konkurrenceretlige aftalebegreb.

5.2.2. ”med henblik på”

For at kunne udelukke efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, skal aftalen være indgået ”med henblik på” konkurrencefordrejning. ”Med henblik på” indikerer, at hensigten bag handlingen er en bestemt handling eller et bestemt udfald. Aftalen skal således være indgået for at fordreje konkurrencen. På baggrund af en sproglig fortolkning af bestemmelsen og ordene ”med henblik på”, kan der fortolkes en vis subjektiv hensigt ind i bestemmelsen.²⁸⁴ Som beskrevet i afsnit 4.2.1 finder TEUF anvendelse både ved formåls- og følgeovertrædelser. I vurderingen af om en overtrædelse er omfattet af konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, vil en vurdering af den subjektive intention dog ikke være relevant, da det konkurrenceretlige formålsbegreb er objektivt.²⁸⁵ EU-Domstolen slog dette fast i sagen C-67/13 P, *Cartes Bancaires*. Her understregede EU-Domstolen, at når en aftale er egnet til at fordreje konkurrencen, er det uden betydning om der var en subjektiv hensigt bag.²⁸⁶

Begrebet ”med henblik på” i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 kan ud fra en sproglig fortolkning bedst sammenlignes med begrebet ”til formål” indenfor konkurrenceretten. Det er derfor nærliggende at antage, at det ligesom ved udbudslovens § 136, nr. 4 er adfærden snarere end virkningen, der tillægges vægt, og at bestemmelsen dermed tager sigte på formålsovertrædelser.²⁸⁷ Det kan derfor overvejes, hvorvidt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 alene gælder for formålsovertrædelser, eller om bestemmelsen også gælder for følgeovertrædelser.

En formålsovertrædelse er adfærd, der er særligt egnet til at skade konkurrencen.²⁸⁸ En følgeovertrædelse er adfærd, der ikke er en formålsovertrædelse, men som efter en kontrafaktisk analyse, må anses at skade konkurrencen.²⁸⁹ Sondringen mellem til formål og til følge overtrædelser

²⁸⁴ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning” (2022), U.2022B.151, UfR, s. 4.

²⁸⁵ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 298.

²⁸⁶ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, pr. 51-57.

²⁸⁷ Lovforslag L 19, 2015, s. 154.

²⁸⁸ Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023), s. 259.

²⁸⁹ *Ibid.*, s. 268.

indenfor den danske konkurrenceret er ikke altid skarp.²⁹⁰ Begge former for overtrædelser er konkurrencefordrejende, hvorfor det indenfor udbudsretten vil være mest logisk, at begge overtrædelser er omfattet. Dette er ligeledes Klagenævnet for Udbuds tilgang. I *Kailow Graphic* fandt Klagenævnet at: "(...) der ikke er tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har haft til formål eller haft til følge at fordreje konkurrencen"²⁹¹. Klagenævnet inddrog her både formåls- og følgeovertrædelser i vurderingen af om der forelå plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Begge typer adfærd er således omfattet af bestemmelsen. Hvis der alene kunne udelukkes på baggrund af formålsovertrædelser, ville udelukkelsesgrunden kunne miste noget af sin betydning fordi den ikke vil kunne fange alle typer af overtrædelser. "Med henblik på" i bestemmelsen skal således ikke forstås med en subjektiv hensigt og dækker over både formåls- og følge overtrædelser.

Følgeovertrædelser forfølges sjældent af konkurrencemyndighederne, da denne type overtrædelser er svære at bevise og dette derfor kræver mange ressourcer. For ordregiver vil det ligeledes være ressourcekrævende at undersøge, om der foreligger en følgeovertrædelse, da en kontrafaktisk analyse inden for konkurrenceretten indebærer en afgrænsning af det relevante marked²⁹². Det kan ikke forventes, at en ordregiver vil kunne finde tilstrækkelige plausible indikationer for, at der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning i form af en følgeovertrædelse.²⁹³

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 omfatter både formåls- og følgeovertrædelser. I praksis vil det dog oftest være formålsovertrædelser, der leder til udelukkelse, da følgeovertrædelser vil være uforholdsmæssigt ressourcekrævende for ordregivere at undersøge.

5.2.3. Konkurrencefordrejning

Det er nødvendigt at præcisere hvad der menes med *konkurrencefordrejning* efter bestemmelsens ordlyd, for at kunne fastlægge anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Hverken af

²⁹⁰ Ibid., s. 257.

²⁹¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 5. december 2019, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, s. 23.

²⁹² Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023) s. 77.

²⁹³ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 5.

bestemmelsens ordlyd eller i forarbejderne er der en direkte henvisning til konkurrencereglerne, hvilket også er tilfældet for ordlyden af art. 57, stk. 4, litra d i udbudsdirektivet og den tilhørende præambelbetragtning. Til trods for den manglende direkte henvisning, er det fastslået, at anvendelsen af § 137, stk. 1, nr. 3 og art. 57, stk. 4, litra d er tæt forbundet med konkurrencereglerne.²⁹⁴ I den forbindelse er det derfor relevant at identificere betydningen af konkurrencefordrejning set i forhold til de konkurrenceretlige regler.

Som beskrevet i afsnit 4.3. indeholder konkurrencereglerne forbud mod både konkurrencefordrejende aftaler og misbrug af dominerende stilling. På baggrund af ordlyden af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan det udledes, at der er krav om indgåelse af en aftale mellem to eller flere økonomiske aktører, for at der kan ske udelukkelse på baggrund af bestemmelsen. Misbrug af dominerende stilling efter konkurrencelovens § 11, er en handling begået ensidigt af en virksomhed, og vil på baggrund af ordlyden ikke være omfattet. Denne betragtning stemmer overens med praksis fra Klagenævnet for Udbud, der alene har behandlet sager, hvor den potentielle overtrædelse omhandlede forbuddet mod konkurrencefordrejende aftaler.²⁹⁵

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er, som nævnt i afsnit 5, en implementering af udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d. Af ordlyden af art. 57, stk. 4, litra d og udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3 fremgår det, at bestemmelsen omfatter aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Efter ordlyden af TEUF art. 101, stk. 1 omfatter artiklen alle aftaler ”*der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked*”²⁹⁶ (fremhævelse foretaget). Dette gælder tilsvarende for konkurrencelovens § 6 ifølge forarbejderne.²⁹⁷ Forskellen har givet anledning til tvivl om hvorvidt aftaler, der hindrer eller begrænser konkurrencen, ligeledes kan lede til udelukkelse efter art. 57, stk. 4, litra d og udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.²⁹⁸

²⁹⁴ Michael Steinicke, “Kapitel 6. Exclusion – the Danish approach” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 107.

²⁹⁵ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, ”Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning” (2022), U.2022B.151, UfR, s. 3-4.

²⁹⁶ TEUF art. 101.

²⁹⁷ Lovforslag L 172, 1997, tillæg A, s. 3659.

²⁹⁸ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 12.

Indenfor konkurrenceretten er ”*konkurrencefordrejning*” opfattet som den nedre grænse for ulovlig påvirkning af konkurrencen.²⁹⁹ Hindring af konkurrencen betyder, at størstedelen af de økonomiske aktører på et marked bliver hindret i at deltage i konkurrencen. Konkurrencebegrænsning gælder ikke en lige så stor andel af markedet.³⁰⁰ Handlinger, der begås som en konkurrencefordrejning er andre handlinger, som påvirker konkurrencen negativt.³⁰¹ Det kan derfor siges, at den mest vidtgående form for negativ påvirkning af konkurrencen er hindring, mens den mildeste form er konkurrencefordrejning. Grænsen mellem en konkurrencehindring, konkurrencefordrejning og konkurrencebegrænsning er dog flydende, og det er hverken af retspraksis eller bestemmelsen fastslået, hvornår hver af de tre typer forelægger.³⁰² Klagenævnet har i sin praksis henvist til, at ”*konkurrencefordrejning*” i bestemmelsen relaterer sig til, hvorvidt den pågældende disposition er ”*i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen*”³⁰³. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen* understregede Klagenævnet, at i sager om de udbudsretlige principper, skal ordregiver udelukke, hvis en aftale er ”*konkurrenceretlig ugyldig*”.³⁰⁴ Det kan udledes af Klagenavnets praksis, at begrebet ”*konkurrencefordrejning*” med relation til udelukkelse indenfor det udbudsretlige område, omhandler enhver adfærd, der strider imod konkurrencereglerne.

Det må på ovenstående baggrund konkluderes, at det udbudsretlige konkurrencefordrejningsbegreb dækker over hindring, begrænsning og fordrejning af konkurrencen, da det ville savne mening, at de groveste former for negativ påvirkning af konkurrencen ikke var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

²⁹⁹ Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1.udg, Elgar European Law and Practice, 2020), s. 66.

³⁰⁰ *Ibid.*, s. 65.

³⁰¹ *Ibid.*, 66

³⁰² Karsten Engsig Sørensen, ”Kapitel II. Introduktion til art. 101”, i Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke & Karsten Engsig Sørensen, *EU-konkurrenceretten*, (5. udg., Djøf Forlag, 2024), s. 58.

³⁰³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen*, s. 53.

³⁰⁴ *Ibid.*, s. 54.

5.3. Ordregivers undersøgelsespligt

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 fremgår det, at ordregiver ikke har en generel undersøgelsespligt, men at undersøgelsespligten alene finder anvendelse i tvivlstilfælde.³⁰⁵ I tvivlstilfælde vil ordregiver have en pligt til at undersøge og føre effektiv kontrol med hvorvidt der er tilstrækkelige plausible indikationer for, at den økonomiske aktør er omfattet af udelukkelsesgrunden, jf. udbudslovens § 159, stk. 3.³⁰⁶ I forbindelse med undersøgelsespligten findes ligeledes en pligt til at indsamle information, som følger af udbudslovens § 152, stk. 1. Det betyder, at ordregiver har pligt til at undersøge det nærmere, hvis der forelægger indikationer på, at økonomiske aktører i et udbud har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Særligt i situationer, hvor den økonomiske aktør kan opnå en fordel ved at fordreje konkurrencen, skal ordregiver være opmærksom.

Det forhold, at der for § 137, stk. 1, nr. 3 alene er en undersøgelsespligt ved tvivlstilfælde, kan hænge sammen med formålet med udbudsreglerne, som er at sikre den frie konkurrence samt effektiv brug af det offentlige midler. De konkurrenceretlige undersøgelser er omfattende og kræver mange ressourcer samt ekspertviden. Hvis ordregiver altid havde pligt til at undersøge den vindende økonomiske aktør, som det er tilfældet med udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135, stk. 1 eller 3, og §§ 137, stk. 1, nr. 2 eller nr. 7, ville det være en bekostelig affære for ordregiver og dermed stride imod formålet med reglerne. Det vil samtidig stride imod proportionalitetsprincippet, da det vil gå videre end hvad der er nødvendigt, hvis ordregivere også i tilfælde uden tvivl skulle undersøge den økonomiske aktørs forhold.

Et eksempel på et tvivlstilfælde kan være ved konsortieaftaler. En konsortieaftale vil som udgangspunkt ikke i sig selv udgøre en plausibel indikation.³⁰⁷ Dog kan andre momenter i sammenhæng med et konsortium skabe tvivl og medføre en undersøgelsespligt for ordregiver. I *Peak Consulting* fandt Klagenævnet, at ordregiver havde en undersøgelsespligt, når en økonomisk aktør tidligere havde budt alene og senere budt sammen med andre i et konsortium.³⁰⁸ Tvivlen om hvorvidt

³⁰⁵ Lovforslag L 19, 2015, s. 153.

³⁰⁶ *Ibid.*, s. 159.

³⁰⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet ved Udviklings og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

³⁰⁸ *Ibid.*

der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, aktiverer undersøgelsespligten for ordregiver. Hvis den økonomiske aktør ikke i tilstrækkelig grad kan redegøre for, hvorfor der er blevet budt som et konsortium, vil ordregiver endvidere have pligt til at udelukke den økonomiske aktør fra udbuddet, forudsat at § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt.

Det konkluderes, at ordregiver i tvivlstilfælde, har en undersøgelsespligt i forhold til at undersøge hvorvidt der forelægger plausible indikationer.

5.4. Ordregivers skøn

Ordregiver er med art. 57, stk. 4 tillagt en skønsbeføjelse i vurderingen af om der skal ske udelukkelse på baggrund af tilstrækkelige plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.³⁰⁹ Hensigten fra EU-lovgiver er at lade ordregiveren vurdere konkret fra sag til sag, om betingelserne for udelukkelse er opfyldt. Vurderingen er således alene op til ordregiver og ikke en anden national instans.³¹⁰ Klagenævnet for Udbud har ved flere lejligheder anført, at ordregiver er tillagt et vist skøn i vurderingen af om der foreligger plausible indikationer.³¹¹ Skønnet skal foretages på baggrund af de oplysninger ordregiver havde tilgængelig på tidspunktet for tildelingen.³¹² Oplysninger, som ordregiver har fået senere, vil derfor ikke indgå i skønnet af hvorvidt der skal ske udelukkelse. Automatisk udelukkelse af en økonomisk aktør, uden at der er foretaget et skøn, er ikke tilladt efter praksis fra EU-Domstolen.³¹³ Det følger blandt andet af C-465/11 *Forposta*, hvor EU-Domstolen fastslog, at der skal ske en konkret vurderingen af overtrædelsen som begrundet udelukkelsen.³¹⁴

I udelukkelsesprocessen skal ordregiver lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet, da der er tale om en frivillig udelukkelsesgrund. Det betyder, at mindre overtrædelser ikke nødvendigvis skal

³⁰⁹ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund* (2021/C 91/01), s. 13.

³¹⁰ C-267/18, *Delta*, pr. 25.

³¹¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 54-55. Se også Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 18.

³¹² Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 18.

³¹³ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 293.

³¹⁴ C-465/11, *Forposta*, pr. 34-35.

føre til udelukkelse. Dog bør ordregiver alligevel overveje udelukkelse, hvis der gentagne gange sker mindre overtrædelser, da det skaber tvivl om den økonomiske aktørs troværdighed.³¹⁵ I proportionalitetsvurderingen skal ordregiver inddrage hensynet til konkurrencen overfor den handling, der fører til udelukkelsen.³¹⁶ Ordregiver skal således vægte formålet med udbudsreglerne overfor formålet med konkurrencereglerne i sin vurdering, sammenholdt med de forelæggende beviser for plausible indikationer.

Ordregivers skøn vil ikke være frit eller ubegrænset, til trods for at Klagenævnet for Udbud er tilbageholdende med at tilsidesætte skønnet.³¹⁷ Klagenævnet har blot en enkelt gang tilsidesat ordregivers skøn af hvorvidt der forelå plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Dette var i *OneMed*, hvor Klagenævnet angav, at da ordregiver havde ”bevidner en grad af samordning af tilbud”³¹⁸, burde ordregiver have undersøgt forholdet nærmere, da der forelå plausible indikationer. Klagenævnet tilsidesatte således ordregivers skøn, da det var åbenlyst, at de to vindende økonomiske aktører havde koordineret deres tilbud. Det kan derfor udledes, at der skal meget til før Klagenævnet tilsidesætter en ordregivers skøn, men at dette kan ske i tilfælde hvor ordregiver åbenlyst har foretaget et forkert skøn.

5.5. Delkonklusion

På baggrund af analysen foretaget i kapitel 5, kan det konkluderes, at der ikke er en endelig definition af en plausibel indikation. Af analysen kan det udledes, at det forhold at en økonomisk aktør deltager i forskellige konstellationer i et udbud ikke i sig selv udgør en plausibel indikation, og at automatisk udelukkelse på baggrund af dette, vil stride imod de udbudsretlige principper. Klagenævnet for Udbud har i deres kendelser udledt forskellige momenter, der alle kan udgøre plausible indikationer, men som i de konkrete tilfælde ikke gjorde det, da det ikke var tilstrækkeligt bevist. I analysen var disse momenter opdelt i to kategorier.

³¹⁵ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

³¹⁶ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 293.

³¹⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, s. 53.

³¹⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 19.

Den første kategori omhandlede samarbejde mellem økonomiske aktører i et udbud, herunder forholdet mellem to virksomheder, der tidligere har samarbejdet, fælles ejerforhold og deltagelse i et konsortium. De to første kan udgøre plausible indikationer, mens et konsortium i sig selv ikke kan udgøre en plausibel indikation. Et konsortium kan dog godt, alt efter hvilke andre omstændigheder der foreligger, medvirke til at der foreligger plausible indikationer. Fælles for disse eksempler er, at der endnu ikke er set en situation, hvor samarbejde mellem økonomiske aktører har ført til, at Klagenævnet for Udbud har tilsidesat ordregivers skøn og vurderet, at der forelå plausible indikationer. Det vil dog altid bero på en konkret vurdering af de foreliggende omstændigheder om der er tilstrækkelige plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning til at ordregiver skal udelukke.

Den anden kategori omfattede tilbudskoordinering. Her tilsidesatte Klagenævnet for Udbud for første gang ordregivers skøn i *OneMed*, hvor to økonomiske aktører havde afgivet tilbud med identiske beskrivelser og stavefejl. Det kan på baggrund af analysen konstateres, at ordregiver har et vist skøn, som Klagenævnet er tilbageholdende med at tilsidesætte, medmindre skønnet er åbenlyst forkert. Ordregiver har ikke efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 en generel undersøgelsespligt, men vil have en undersøgelsespligt i tvivlstilfælde.

Det kan konkluderes, at anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 følger konkurrencelovens § 6. Begrebet aftaler i § 137, stk. 1, nr. 3 følger det konkurrenceretlige aftalebegreb, der foruden aftaler inkluderer samordnet praksis og vedtagelser. Det konkluderes dog, at det udbudsretlige aftalebegreb ligeledes omfatter aftaler mellem koncernforbudne virksomheder, da begrebet økonomisk aktør indenfor udbudsretten er bredere end virksomhedsbegrebet i konkurrenceretten. Det kan ligeledes konkluderes, at begrebet konkurrenceforvriddning i udbudsretten såvel som i konkurrenceretten omfatter konkurrencebegrænsninger og konkurrencehindringer. Både formåls- og følgeovertrædelser er omfattet af bestemmelsen.

Afslutningsvis kan det konkluderes, at der ikke findes en fast definition på hvad der kan udgøre en plausibel indikation på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, men at det er en vurdering på baggrund af de konkrete forhold i det givne udbud.

6. Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet

6.1. Betingelserne for anvendelse af § 136, nr. 4

Det følger af udbudslovens § 136, nr. 4, at:

”En ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet”.

Udbudslovens § 136, nr. 4 gennemfører artikel 57, stk. 4, litra c i direktiv 2014/24/EU. I Danmark har man dog gjort udelukkelsesgrunden obligatorisk ved lovændring nr. 884, 2022³¹⁹ som led i regeringens ønske om at ”stramme op på reglerne for udelukkelse”³²⁰ for at sikre lige behandling af økonomiske aktører. Udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra c bygger på to bestemmelser fra det nu historiske direktiv 2004/18/EF, hvorefter der kunne ske udelukkelse efter en retskraftig dom for en ”strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed”³²¹, og hvis en økonomisk aktør i ”forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret”³²². Derfor kan det også være relevant at se på praksis afsagt i henhold til direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2, litra c eller litra d, som fortolkningsbidrag i analysen af udbudslovens § 136, nr. 4.³²³

Udbudslovens § 136, nr. 4 er ifølge lovforarbejderne tilsigtet et bredt anvendelsesområde,³²⁴ hvilket EU-Domstolen har bekræftet.³²⁵ Det følger af præambelbetragtning 101, at ordregivende myndigheder bør have muligheden for at udelukke økonomiske aktører, der er upålidelige af

³¹⁹ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

³²⁰ Lovforslag L 199, 2022, s. 6.

³²¹ Direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2, litra c.

³²² Direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2, litra d.

³²³ Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 612.

³²⁴ Lovforslag L 199, 2022, s. 26.

³²⁵ Sag C-425/18 *Conorzio Nazionale Servizi*, pr. 30.

forskellige årsager, herunder overtrædelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, *konkurrenceregler* m.fl.³²⁶ Hvis en økonomisk aktørs integritet er tvivlsom, er den økonomiske aktør ikke pålidelig³²⁷, og som følge heraf heller ikke egnet til at blive tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den pågældende økonomiske aktør ellers har teknisk og økonomisk kapacitet til at udføre den udbudte opgave³²⁸.³²⁹ Bestemmelsen tager sigte på, at økonomiske aktører kan udelukkes på grund af tvivlsom integritet og manglende pålidelighed, og er således ikke afgrænset til bestemte situationer. På trods af bestemmelsens brede anvendelsesområde, kan ordregivere ikke udelukke uden at foretage en konkret vurdering af, hvorvidt adfærden kan karakteriseres som en alvorlig forsømmelse.

Anvendelsen af bestemmelsen forudsætter tilstedeværelsen af 1) ”*alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet*”³³⁰, og 2) at forsømmelsen er begået i forbindelse med den pågældende økonomiske aktørs udøvelse af sit erhverv. Ud fra bestemmelsens ordlyd og forarbejderne, er det ikke helt klart, hvad der nærmere skal forstås ved en ”*alvorlig forsømmelse*” eller ”*som led i udøvelsen af erhvervet*”. Det skal dog bemærkes, at der fra lovgivers side er åbnet op for, at bestemmelsen finder anvendelse på overtrædelser af konkurrencelovgivning.³³¹ Hvad der imidlertid konkret skal til for at kunne betragte konkurrencefordrejning som en alvorlig forsømmelse, og hvornår en sådan sår tvivl om integriteten, bliver analyseret i det følgende. Det vil ligeledes blive undersøgt, hvad der ligger i betingelsen om at forsømmelsen skal være begået som led i udøvelsen af erhvervet.

6.1.1. Forsømmelsen skal være begået som led i udøvelsen af erhvervet

Det er en betingelse for udelukkelse, at forsømmelsen er begået i forbindelse med den økonomiske aktørs udøvelse af sit erhverv.³³² Erhverv skal i den forbindelse forstås bredt og indebærer således ikke et krav om at en forsømmelse er knyttet direkte til opgaveudførelsen,³³³ men kan formentlig også

³²⁶ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101. Se tilsvarende i lovforslag L 199, 2022, s. 26.

³²⁷ C 41/18, *Meca*, pr. 29.

³²⁸ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

³²⁹ Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 610.

³³⁰ Udbudslovens § 136, nr. 4.

³³¹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101. Se tilsvarende i lovforslag L 199, 2022, s. 26.

³³² Lovforslag L 199, 2022, s. 26.

³³³ *Ibid.*

angå den mere generelle drift af virksomheden. EU-Domstolen har fastslået, at fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet:

*”omfatter enhver culpøs adfærd, der har **indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed**, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig dom”.*³³⁴
(Fremhævning foretaget).

Betingelsen om forbindelse til udøvelsen af erhvervet er opfyldt dersom forsømmelsen har indvirkning på den økonomiske aktørs troværdighed. Dette gælder uagtet om forsømmelsen er begået som led i udførelse af erhvervet, der er relevant specifikt for den udbudte kontrakt, eller som led i den generelle drift, hvilket bekræftes i det ovenfor anførte. I den forbindelse kan sag C-41/18 *Meca* nævnes, hvor Generaladvokaten udtalte, at forsømmelser under art. 57, stk. 4, litra c oftest er af ikke-kontraktlig karakter, herunder overtrædelse af konkurrencereglerne, men at litra c også kan omhandle kontraktlige forsømmelser, som fx misligholdelse.³³⁵ Proportionalitetsprincippet begrænser dog under alle omstændigheder hvor vidt erhvervsbegrebet kan strækkes, idet en forsømmelse skal så tvivl om integriteten på en måde, som er relevant for den udbudte kontrakt førend der kan udelukkes.³³⁶

6.1.2. En alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om integriteten

Som nævnt i afsnit 6.1. er formålet med udbudslovens § 136, nr. 4 at sikre, at ordregivende myndigheder ikke indgår kontrakt med upålidelige økonomiske aktører. Det følger ligeledes af proportionalitetsprincippet, at forsømmelsen må være af en vis grovhed og af relevans for den udbudte opgave, førend den kan føre til udelukkelse. Flere mindre forseelser kan også til sammen danne grundlag for udelukkelse med henvisning til alvorlig forsømmelse.³³⁷ Det afgørende er, at forsømmelsen sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet.

³³⁴ C-465/11, *Forposta*, pr. 27.

³³⁵ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-41/18, *Meca*, pr. 39-40.

³³⁶ Carina Risvig Hamer, “*The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot Be Trusted*” (2020) 1|EPPPL, s. 52.

³³⁷ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

Ordregivere er efterladt et vidt skøn i vurderingen af hvorvidt der er begået en alvorlig forsømmelse. Det vide skøn skyldes, at ordregiver har standpunktsrisikoen, hvis vurderingen er forkert.³³⁸ Skønnet er imidlertid ikke fuldstændig frit, og EU-Domstolen har da også taget stilling til hvad der nærmere udgør eller karakteriserer en alvorlig forsømmelse i sag C-465/11 *Forposta*, hvor EU-Domstolen præciserede begrebet ”*alvorlig fejl*” efter den dagældende art. 45, stk. 2, litra d. Dommen er fortsat central for forståelsen af begrebet ”*alvorlig forsømmelse*”, hvortil den finder analog anvendelse idet art. 57, stk. 4, litra c viderefører den del af den dagældende art. 45, stk. 2, litra d, der relaterer sig til alvorlig fejl. EU-Domstolen bekræftede i sagen, at ”»*fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv*« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed”³³⁹ og uddybede herefter at: ”*Begrebet »alvorlig fejl« skal imidlertid i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne (...)*”³⁴⁰. Det kan udledes af EU-Domstolens fortolkning af begrebet ”*alvorlig fejl*”, at der som minimum må foreligge mere end simpel uagtsomhed eller en grad af subjektiv hensigt i forbindelse med forsømmelsen.

I U.2013.2551 H, udgjorde en uretmæssig ophævelse af en tidligere kontrakt ikke konkret en alvorlig forsømmelse. Dette illustrerer, at domstolens praksis stemmer overens med hvad der er anført i lovbemærkningerne om, at det er adfærden og ikke virkningen heraf, der kan danne grundlag for udelukkelse.³⁴¹ Det er således ikke tilstrækkeligt for en ordregivende myndighed at konstatere, at en økonomisk aktør har væsentlig misligholdt en kontrakt, indgået en aftale i strid med konkurrencereglerne, eller er skyldig i andre af de i lovbemærkningerne oplyste eksempler på alvorlige forsømmelser, for at kunne udelukke med henvisning til udbudslovens § 136, nr. 4. Ordregiver skal foretage en konkret vurdering af adfærden med henblik på at fastslå, at der som minimum er tale om uagtsomhed af en vis alvor.³⁴² Kravet om en konkret og individuel vurdering betyder også, at der ikke kan ske automatisk udelukkelse, hvilket også flere gange er bekræftet af EU-

³³⁸ Ibid.

³³⁹ C-465/11, *Forposta*, pr. 27.

³⁴⁰ C-465/11, *Forposta*, pr. 30.

³⁴¹ Lovforslag L19, 2015, s. 154.

³⁴² C-465/11, *Forposta*, pr 31.

Domstolen³⁴³, og at en ordregivende myndighed ikke er bundet af tidligere ordregiveres eller domstoles vurdering.³⁴⁴

Det følger af proportionalitetsprincippet, at der skal foretages en vurdering af de samlede omstændigheder ved det pågældende udbud, for at kunne konstatere, at der er tale om en alvorlig forsømmelse, der skal føre til udelukkelse. Højesterets afgørelse i U 2013.2551 H *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport* byggede på en proportionalitetsvurdering. Højesteret fandt, at en uretmæssig ophævelse af en tidligere kontrakt ikke konkret udgjorde en alvorlig fejl på trods af at EU-Domstolen udtrykkeligt havde fastslået, at ”*En økonomisk operatørs manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan derfor i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv.*”³⁴⁵.³⁴⁶ Højesteret fastslog, at vurderingen ikke alene kan baseres på, om der er tale om en væsentlig misligholdelse, men også skal ses i lyset af sagens konkrete omstændigheder. I den pågældende sag, lagde Højesteret vægt på, at der havde været en reel tvist om ophævelsen. Højesteret lagde desuden vægt på, at DSV Transport allerede havde betalt den erstatning, de var blevet idømt i voldgiftssagen vedrørende den tidligere uberettigede ophævelse.

Højesteret lagde formentlig også vægt på, at der ud fra de samlede omstændigheder ikke forelå en alvorlig culpøs adfærd, der kunne kvalificeres som en alvorlig forsømmelse. Dette er dog ikke er udtrykt eksplicit, og det kan derfor ikke afvises, at Højesteret har anset DSV Transport for at have bevist sin pålidelighed som kontraktpartner ved at handle loyalt efter ophævelsen. Højesterets afgørelse i sagen mellem *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport* er under alle omstændigheder ikke overraskende, eftersom det ville være uhensigtsmæssigt hvis økonomiske aktører kunne risikere at blive udelukket fra offentlige udbud, hvis de som led i en reel tvist ophæver en kontrakt. Ud fra denne betragtning kan der argumenteres for, at den økonomiske aktørs hensigt med handlingerne tillægges vægt i vurderingen af, om der er tale om en alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om integriteten.

³⁴³ C-465/11, *Forposta*. Se også C- 425/18, *Consorzio Nazionale Servizi*, og C-376/08, *Serrantoni*.

³⁴⁴ Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021), s. 609.

³⁴⁵ C-465/11, *Forposta*, pr. 29.

³⁴⁶ U.2013.2551.H *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*.

6.2. Er konkurrencefordrejning en alvorlig forsømmelse?

Som nævnt ovenfor, kan eksempler på alvorlige forsømmelser ifølge lovforarbejderne være, hvis de økonomiske aktører ikke overholder forpligtelser af miljømæssig eller social karakter, samt brud på anden lovgivning, herunder skatteregler og konkurrenceregler. Andre eksempler er brug af illegal arbejdskraft eller forhold, omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, hvor betingelsen om endelig dom ikke er opfyldt.³⁴⁷ Eksemplerne i lovbemærkningerne er ikke udtryk for en udtømmende opstilling. Det er fastslået flere gange af EU-Domstolen, at en konkurrencefordrejning kan udgøre en alvorlig forsømmelse omfattet af art. 57, stk. 4, litra c, hvorimod der endnu ikke findes eksempler i dansk praksis herpå. I C-425/18 *Conzorzio Nazionale Servizi* bekræftede EU-Domstolen, at en overtrædelse af konkurrencereglerne kan udgøre grundlag for udelukkelse efter art. 45, stk. 2, litra d, "(...) navnlig hvor der er blevet pålagt sanktion for denne overtrædelse i form af en bøde (...)"³⁴⁸, hvilket også tidligere var blevet fastslået, herunder i C-470/13 *Generali-Providencia*. Dette betyder dog ikke, at kravet om en konkret og individuel vurdering ikke gælder, såfremt der foreligger en dom eller lignende afgørelse, der fastslår at konkurrencereglerne er overtrådt. I C-470/13 *Generali-Providencia*, fastslog EU-Domstolen, at en overtrædelse af konkurrencelovgivningen ikke per automatik kan lede til udelukkelse med henvisning til udbudslovens § 136, nr. 4.

Kravet om en grad af subjektiv hensigt eller uagtsomhed af en vis alvor, for at en forsømmelse kan betragtes som alvorlig i en grad så den skal føre til udelukkelse, gælder også i tilfælde hvor forsømmelsen har karakter af konkurrencefordrejning.³⁴⁹ Derfor er det heller ikke enhver overtrædelse af konkurrencereglerne, der skal føre til udelukkelse, selvom overtrædelsen er fastslået ved domstol eller domstolslignende nævn. Det fastslog EU-Domstolen i C-425/18 *Conzorzio Nazionale Servizi*, hvor EU-Domstolen med henvisning til sin egen faste praksis klargjorde, at: "*I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet kræver konstateringen af en alvorlig fejl således i princippet, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske aktørs holdning*"^{350 351}.

³⁴⁷ Lovforslag L199, s. 26.

³⁴⁸ C-425/18 *Conzorzio Nazionale Servizi*, pr. 18.

³⁴⁹ C-465/11, *Forposta*, pr. 30. Se også C-425/18, *Conzorzio Nazionale Servizi*, pr. 31.

³⁵⁰ C-425/18, *Conzorzio Nazionale Servizi*, pr. 34.

³⁵¹ U 2013.2551 H, I/S *Vestforbrænding mod DSV Transport*.

6.2.1. Hvilke typer af konkurrencefordrejning er omfattet af § 136, nr. 4?

Som anført i afsnit 4.3. om konkurrencefordrejning, er der flere former for konkurrencefordrejning, der kan være relevant i offentlige udbud. Der er ikke enighed i den juridiske teori om hvorvidt art. 57, stk. 4, litra c omfatter alle former for konkurrencefordrejning. H.J. Priess anfører, at udelukkelsesgrundene fra EU-lovgivers side er reguleret udtømmende, og at det derfor alene er aftaler indgået med henblik på konkurrencefordrejning, der kan begrunde udelukkelse.³⁵² Dette synspunkt synes dog ikke holdbart, da bestemmelsen ifølge forarbejderne er tilsigtet et bredt anvendelsesområde, hvilket ikke eksplicit er afgrænset til aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Derudover har EU-Domstolen ved flere lejligheder forholdt sig til hvorvidt art. 45, stk. 2, litra d i direktiv 2004/18/EF om alvorlige fejl, kunne omfatte konkurrencefordrejning, hvilket er blevet bekræftet uden en negativ afgrænsning af anvendelsesområdet i relation til konkurrencefordrejning.³⁵³ Udelukkelsesgrundene er alene udtømmende i forhold til udelukkelse baseret på de økonomiske aktørers tekniske og økonomiske kapacitet, og medlemsstater kan godt fastsætte strengere regler for udelukkelse, når det sker for at sikre gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.³⁵⁴

Udelukkelsesgrunden i udbudsloven § 136, nr. 4 kan formentlig anses for en udvidelse af muligheden for at udelukke økonomiske aktører, der har indgået en aftale med henblik på en konkurrencefordrejning.³⁵⁵ Ovenstående synspunkt kan støttes op af Generaladvokat Sanchez-Bordonas udtalelse i sag C-41/18, *Meca*, hvor Generaladvokaten fastslår at art. 57, stk. 4, litra c har *lex generalis* karakter.³⁵⁶ Art. 57, stk. 4, litra c og dermed udbudslovens § 136, nr. 4 kan således formentlig finde anvendelse på konkurrencefordrejning som omfattet af både konkurrencelovens § 6 og § 11³⁵⁷. Bestemmelsen går videre end art. 57, stk. 4, litra d om plausible indikationer, idet art. 57, stk. 4, litra c har karakter af *lex generalis* og får dermed karakter af opsamlingsbestemmelser for de

³⁵² Hans-Joachim Priess, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, (2014) 3|PPLR, s.7

³⁵³ C-470/13 *Generali-Providencia*, pr. 35. Se også C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi*, pr. 33.

³⁵⁴ Carina Risvig Hamer, “The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot Be Trusted” (2020) 1|EPPPL, s. 44

³⁵⁵ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015), s. 299.

³⁵⁶ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-41/18, *Meca*, pr. 41.

³⁵⁷ TEUF art. 101 og 102.

tilfælde af konkurrencefordrejning, der ikke omfattes af art. 57, stk. 4, litra d. Det samme gælder således for § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 3.

På baggrund af Generaladvokatens udtalelse i C-41/18 *Meca* sammenholdt med lovforarbejderne til udbudslovens § 136, nr. 4, som nævner overtrædelser af konkurrencelovgivning uden nogen afgrænsning heraf,³⁵⁸ må det konkluderes, at § 136, nr. 4 omfatter konkurrencefordrejning både i form af misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11, såvel som andre former for konkurrencefordrejende aftaler reguleret under konkurrencelovens § 6.

Det må endvidere antages, at § 136, nr. 4 finder anvendelse på konkurrencefordrejning både i forhold til igangværende udbud og tidligere. Bestemmelsen finder både anvendelse i anledning af tidligere begåede alvorlige forsømmelser og alvorlige forsømmelser begået i forbindelse med det aktuelle udbud, og er således ikke afgrænset til hverken det ene eller det andet.

En del af forklaringen på den manglende praksis angående udbudslovens § 136, nr. 4 i anledning af konkurrenceovertrædelser skyldes ikke, at § 136, nr. 4 ikke finder anvendelse i tilfælde af konkurrencefordrejning, men formentlig, at ordregivere ikke tidligere har haft pligt til at anvende bestemmelsen. Det er ikke utænkeligt, at der fremadrettet vil være tilfælde, hvor § 136, nr. 4 fanger tilfælde af konkurrencefordrejning når § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt. Det vil derfor ikke i alle tilfælde være nødvendigt at ty til ligebehandlingsprincippet for at statuere en eventuel pligt til udelukkelse. Dette vil dog ikke behandles yderligere i nærværende kapitel. Der henvises til kap. 11 for uddybning.

Af EU-Domstolens praksis kan det udledes, at begrebet ”alvorlig forsømmelse” kan finde anvendelse på konkurrencefordrejning i det omfang den pågældende adfærd opfylder betingelserne i C-465/11 *Forposta*, hvorefter en alvorlig forsømmelse ”(...)omfatter enhver *culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed (...)*”³⁵⁹, dog således at medlemsstaterne har friheden til at præcisere og tydeliggøre bestemmelsen under overholdelse af EU-retten. Tidligere var

³⁵⁸ Lovforslag L 199, 2022, s. 26-27. Se også præambelbetragtning 101.

³⁵⁹ C-465/11, *Forposta*, pr. 27.

det antaget, at medlemsstaterne også helt kunne undlade at gennemføre de frivillige udelukkelsesgrunde, hvilket EU-Domstolen dog har fastslået ikke er tilfældet i en nyere dom.³⁶⁰

6.3. Skøn og bevisbyrde

Ordregiver har ifølge udbudslovens § 136, nr. 4 bevisbyrden for, at en økonomisk aktør er omfattet af en udelukkelsesgrund. Efter ordlyden i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra c kan udelukkelse ske *”hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise”*, at en økonomisk aktør har begået en alvorlig forsømmelse. Ordlyden i udbudslovens § 136, nr. 4, hvorefter ordregiver skal udelukke *”når ordregiver kan påvise”*³⁶¹, kan fremstå misvisende idet man kunne ledes til at tro, at bevisbyrden er strengere end efter udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra c, hvilket ikke er tilfældet. Tilstrækkeligt bevis kan ifølge lovbemærkningerne bestå af en dom for overtrædelse af de pågældende regler eller forpligtelser, der har givet anledning til udelukkelsen.³⁶² Der gælder dog, modsat udelukkelsesgrundene i § 135, intet krav om endelig dom. Bevisbyrden kan efter omstændighederne også løftes ved hjælp af voldgiftskendelse, kendelser fra andre domstolslignende organer, syn og skøn eller dokumentation, der bygger på egne eller andres erfaringer. Der er ikke tale om en udtømmende opstilling i lovbemærkningerne, hvorfor der ikke gælder nogen formel begrænsning for, hvad bevis kan bestå af. Dette harmonerer med formuleringen af beviskravet i udbudsdirektivet.³⁶³ Der kan således ikke på det foreliggende grundlag, identificeres en årsag til valget af en ændret ordlyd i den nationale implementering af art. 57, stk. 4, litra c vedrørende beviskravet. Det vil i det følgende blive undersøgt nærmere, hvad der i praksis er tilstrækkeligt til at en ordregiver har *”påvist”* en alvorlig forsømmelse.

EU-Domstolen har udtalt, at formålet med EU-reglerne om udelukkelse er at pålægge ordregiveren *alene* en pligt til at undersøge hvorvidt en økonomisk aktør skal udelukkes fra et udbud.³⁶⁴ Det er altså ordregiver alene, der træffer beslutningen om, at en økonomisk aktør skal udelukkes som følge af en alvorlig fejl eller forsømmelse. Førhen var det frivilligt for ordregivere at tilvælge udelukkelsesgrunden, men efter den seneste ændring af udbudsloven er der nu pligt for ordregivere til at udelukke en økonomisk aktør, der er omfattet af udbudslovens § 136, nr. 4.

³⁶⁰ C-66/22, *Infraestruturas de Portugal*, pr. 50.

³⁶¹ Udbudslovens § 136, nr. 4.

³⁶² Lovforslag L 199, 2022, s. 27.

³⁶³ Lovforslag L 19, 2015, s. 153.

³⁶⁴ C-41/18, *Meca*, pr. 34. C-267/18, *Delta*, pr. 25.

I præambelbetragtning 101 til udbudsdirektivet er det anført, at da ordregiver har ansvaret for konsekvenserne i tilfælde af fejl i vurderingen, bør denne også *”frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser,”*³⁶⁵ (Fremhævning foretaget). Klagenævnet har i praksis gengivet dette citat³⁶⁶, hvilket bekræfter, at ordregiver er tillagt et vidt skøn i sin vurdering af om en bestemt adfærd udgør en alvorlig forsømmelse efter § 136, nr. 4.

Ordregiver skal iagttage proportionalitetsprincippet i sin vurdering og skal kunne fremlægge tilstrækkelig dokumentation til støtte for sin vurdering. Dette hænger sammen med formålet med udelukkelsesreglerne, som er at sikre ordregivende myndigheder pålidelige kontraktpartnere, ikke at disciplinere økonomiske aktører, der har begået en alvorlig forsømmelse. Dette henhører derimod under konkurrencereglerne.³⁶⁷ Det vil formentlig også være i ordregivers interesse at beholde så mange økonomiske aktører som muligt i konkurrencen om den pågældende kontrakt, for at kunne opnå det bedst mulige tilbud. Domstolene er traditionelt tilbageholdende med at tilsidesætte et af lovgivningen tillagt skøn, hvilket understreges af Klagenævnets gengivelse af ovennævnte citat. Skønnet er dog ikke ubegrænset eller frit. I U 2013.2551 H, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*, tilsidesatte Højesteret ordregivers vurdering af, at en tidligere uretmæssig ophævelse af en kontrakt udgjorde en alvorlig forsømmelse, der skulle føre til udelukkelse. Det forekommer herefter usandsynligt, at vurderingen skulle være tilsidesat grundet bevisets karakter, idet der forelå en voldgiftsafgørelse som fastslog, at ophævelsen *havde* været uberettiget. Ordregivers skøn blev formentlig tilsidesat på baggrund af en proportionalitetsbetragtning

Klagenævnet for Udbud anfører i kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*, at *”Vejdirektoratets egen erfaring og valide oplysninger fra samarbejdspartnere kan udgøre tilstrækkelig begrundelse for udelukkelse”*³⁶⁸. I den pågældende sag, havde Vejdirektoratet udelukket

³⁶⁵ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

³⁶⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*. Se også Klagenævnet for Udbud, kendelse af 13. juli 2016, *B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen*.

³⁶⁷ C-416/21, *Landkreis*, pr. 42-43.

³⁶⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*, s. 16.

virksomhed A og i den forbindelse fremlagt dokumentation for, at den nu fratradte ejer og administrerende direktør, C, havde begået en alvorlig forsømmelse ved angiveligt at forfalske fakturaer med henblik på at opnå en uberettiget økonomisk gevinst. Virksomhed A havde ligeledes anvendt køretøjer i sit arbejde, hvor der var uoverensstemmelse mellem stel- og registreringsnummer. Endvidere var der af As søsterselskab, hvori A også var ejer, blevet benyttet køretøjer i kontraktudførelsen, der ikke var behørigt synet.³⁶⁹ Som dokumentation for sine påstande, fremlagde Vejdirektoratet en politianmeldelse, som Vejdirektoratet havde indgivet på baggrund af de forhold A angiveligt var skyldig i. Vejdirektoratet havde indhentet dokumentation fra deres eksterne værkstedsleverandør, som havde registreret nogle af forholdene. Derudover havde Vejdirektoratet fremlagt sine anmodninger om dokumentation for pålidelighed, som var fremsat til A. Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger og *”karakteren af den dokumentation, som ligger til grund herfor”*,³⁷⁰ fandt Klagenævnet, at Vejdirektoratet havde påvist, at A havde begået en alvorlig forsømmelse omfattet af udbudslovens § 136, nr. 4. Det fremgår ikke af Klagenævnets begrundelse, hvorvidt der er lagt særlig vægt på bestemte dele af den fremlagte dokumentation, hvorfor det må lægges til grund, at det er det samlede materiale, der udgør tilstrækkelig dokumentation. Den fremlagte dokumentation består af en politianmeldelse, som har givet anledning til politiets efterforskning af sagen³⁷¹ og af materiale tilvejebragt af en tredjepart. Kendelsen illustrerer, på linje med lovbemærkningerne, at dokumentation hidrørende fra egne erfaringer efter omstændighederne kan være et passende middel til at påvise, at der er begået en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om den pågældendes integritet.³⁷²

Samlet set har ordregiver altså et bredt skøn og beviset kan bestå i såvel dom, som dokumentation for andres eller egne erfaringer,³⁷³ hvilket umiddelbart giver ordregiver god mulighed for at udelukke, såfremt der foreligger en alvorlig forsømmelse. Som angivet ovenfor, begrænses ordregivers skøn dog af proportionalitetsprincippet idet udelukkelsen må være proportional med den pågældende forsømmelse, jf. også U 2013.2551 H, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*. Proportionalitetsprincippet spiller således en central rolle i vurderingen af, om den pågældende

³⁶⁹ Ibid., s. 4.

³⁷⁰ Ibid., s. 17.

³⁷¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*, s. 4.

³⁷² Lovforslag nr. 19, 2015, lovbemærkninger til § 137, s. 154.

³⁷³ Lovforslag L 199, 2022, s. 27.

forsømmelse skal føre til udelukkelse, idet der er tale om en indsnævring af konkurrencefeltet når en økonomisk aktør udelukkes, hvilket som udgangspunkt er i strid med formålet med udbudsloven, jf. udbudslovens § 2, stk. 2. Det er understreget i præambelbetragtningerne, at proportionalitetsprincippet skal overholdes, navnlig i forbindelse med iagttagelse af de frivillige udelukkelsesgrunde. Dette gælder ligeledes for § 136, nr. 4, idet den gennemfører art. 57, stk. 4, litra c, som er frivillig efter udbudsdirektivet.

6.4. Proportionalitetsprincippets betydning for § 136, nr. 4

I sagen C-171/15 *Connexion Taxi Services* vandt en virksomhedssammenslutning et udbud, hvorefter en forbigået økonomisk aktør indbragte sagen for den nationale domstol med påstand om, at sammenslutningen skulle have været udelukket. To af sammenslutningens deltagende virksomheder var af konkurrencemyndighederne blevet idømt bøde for overtrædelse af de nationale konkurrenceregler, hvilket den ordregivende myndighed havde fundet var en alvorlig forsømmelse. Den ordregivende myndighed havde dog vurderet, at sammenslutningen alligevel ikke skulle udelukkes, da dette ikke ville være proportionalt. EU-Domstolen fandt, at en national regel om at vurdere proportionaliteten i udelukkelsen, udgjorde en opblødning i forhold til direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2, litra c³⁷⁴. Dette var dog ikke i sig selv i strid med EU-retten. Den ordregivende myndighed havde dog i udbudsmaterialet angivet, at det ville føre til udelukkelse uden yderligere vurdering, såfremt en økonomisk aktør var omfattet af en udelukkelsesgrund, hvilket ordregiveren havde fundet, at den pågældende var.³⁷⁵ Spørgsmålet EU-Domstolen tog stilling til var derfor, hvorvidt proportionalitetsprincippet finder anvendelse, når det vil medføre en afvigelse fra udbudsmaterialet. EU-Domstolen fandt at afvigelse fra udbuddets betingelser under henvisning til proportionalitetsprincippet, ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og derfor måtte proportionalitetsprincippet vige. Det kan udledes, at EU-Domstolen i den pågældende sag, tillægger proportionalitetsprincippet mindre vægt end ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

³⁷⁴ Bestemmelsen svarer til art. 57, stk. 4, litra c i direktiv 2014/24.

³⁷⁵ C-171/15, *Connexion Taxi Services*, pr. 13.

Selvom EU-Domstolen for nylig har ændret praksis og eksplicit angivet, at medlemsstater ikke har frihed til at undlade at implementere de frivillige udelukkelsesgrunde udbudsdirektivet, må det fortsat gælde, at medlemsstaterne kan gennemføre disse i strengere eller lempeligere grad, så længe de lever op til direktivets formål.³⁷⁶ Det forekommer imidlertid besynderligt, at EU-Domstolen vurderer, at brugen af proportionalitetsprincippet udgør en opblødning i forhold til direktivets regler, da proportionalitetsprincippet er et generelt princip i udbudsretten, der gælder både nationalt efter udbudslovens § 2 og på EU-niveau efter udbudsdirektivets art. 18. Proportionalitetsprincippet må antageligt gælde i alle udbudsretlige sammenhænge og burde derfor ikke kunne fraviges ved udbudsbetingelserne.³⁷⁷ Generaladvokatens udtalelse i sagen lagde da også op til, at proportionalitetsprincippet *ikke* kunne forkastes som følge af at det ikke fremgik af udbudsmaterialet.³⁷⁸

EU-Domstolens resultat fremstår kontraintuitiv i forhold til EU-Domstolens praksis om at en automatisk udelukkelse går videre end den frihed, som medlemsstater har til at fastsætte deres egne udelukkelsesgrunde.³⁷⁹ Ligeledes fremgår det af præambelbetragtningerne, at proportionalitetsprincippet skal tillægges særlig vægt i anvendelsen af de i udbudsdirektivet frivillige udelukkelsesgrunde.³⁸⁰ Det må forstås sådan, at proportionalitetsprincippet er et integreret element i ordregivers vurdering af hvorvidt en økonomisk aktør skal udelukkes fra et udbud, og at det derfor ville stride imod EU-retten, at undlade at foretage en vurdering af proportionaliteten. Det kan ligeledes udledes af dommen, at der gælder et krav om at ordregiver henholder sig til udbudsbetingelserne som led i overholdelse af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet. Det lægges på ovenstående baggrund til grund, at proportionalitetsprincippet skal overholdes i alle udbuddets faser, herunder i forbindelse med vurderingen af, om en alvorlig forsømmelse konkret skal føre til udelukkelse,³⁸¹ men at EU-Domstolen givetvis vægter ligebehandling- og gennemsigtighed højere end proportionalitet og konkurrence ved en eventuel konflikt mellem principperne.

³⁷⁶ C-171/15, *Connexion Taxi Services*, pr. 29. Se også C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, pr. 36.

³⁷⁷ Carina Risvig Hamer, "The Principle of Proportionality" (2022), 3|EPPPL, s. 199.

³⁷⁸ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

³⁷⁹ C-465/11, *Forposta* og Albert Sanchez Graells, *Public Procurement and EU Competition Rules*, s. 293.

³⁸⁰ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

³⁸¹ C-171/15, *Connexion Taxi Services*, pr. 10.

6.5. Delkonklusion

Analysen af hvordan og hvornår § 136, nr. 4 finder anvendelse ved konkurrencefordrejning kan sammenfattes til, at erhvervsbegrebet fortolkes bredt, jf. Generaladvokatens udtalelse i *Meca* og oftest omfatter forhold af ikke-kontraktlig karakter, som fx brud på konkurrencelovgivning. Bestemmelsen omfatter ”*enhver culpøs adfærd med indvirkning på den faglige troværdighed*”³⁸² og kan derfor relatere sig til mere generelle forhold ved driften af erhvervet. Dog medfører betingelsen, at der ikke kan ske udelukkelse under henvisning til § 136, nr. 4 for vilkårlige forsømmelser uden relation til erhvervet. Det er adfærden, der er afgørende for, om der er tale om en forsømmelse,³⁸³ og der skal som minimum foreligge en alvorlig grad af uagtsomhed, for at der kan være tale om en alvorlig forsømmelse. Konkurrencefordrejning kan ifølge EU-domstolspraksis og udbudslovens forarbejder være omfattet af § 136, nr. 4, uanset om der er tale om konkurrencefordrejning i henhold til konkurrencelovens § 6 eller § 11.

Vurderingen af, hvad der konkret udgør en alvorlig forsømmelse, er op til ordregiveren. Ordregiver har et vidt skøn, som formentlig alene tilsidesættes, hvis det er åbenlyst forkert eller usagligt. Det afgørende er ikke virkningen eller formen, men adfærden. Proportionalitetsprincippet er et vigtigt element i anvendelsen af de udelukkelsesgrunde, som i henhold til udbudsdirektivet er frivillige. Proportionalitetsprincippet sikrer, at der skabes balance mellem de hensyn der taler imod en restriktion og på den anden side de faktiske omstændigheder, der retfærdiggør en restriktion.³⁸⁴ Således skal proportionalitetsprincippet overholdes i alle faser af udbuddet, herunder ved vurderingen af om en adfærd udgør en alvorlig forsømmelse, og om dette skal føre til udelukkelse.

§ 136, nr. 4 er gjort obligatorisk ved lovændring i 2022, hvorfor der er pligt for ordregiver til at anvende den. Der er dog som det klare udgangspunkt ikke nogen undersøgelsespligt knyttet hertil. Ordregiver er således ikke forpligtet til at indhente flere oplysninger end hvad der følger af udbudsloven.³⁸⁵ Omvendt kan ordregiver ikke undlade at udelukke, hvis det står klart, at en økonomisk aktør er omfattet af udelukkelsesgrunden. § 136, nr. 4 har karakter af *lex generalis* og har et bredere anvendelsesområde end § 137, stk. 1, nr. 3, idet den ikke er afgrænset til

³⁸² C-465/11, *Forposta*, pr. 27.

³⁸³ U 2013.2551 H, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*.

³⁸⁴ Carina Risvig Hamer, ”*The Principle of Proportionality*” (2022), 3|EPPPL, s. 201.

³⁸⁵ Lovforslag L 199, 2022, s. 26.

konkurrencefordrejning som omfattet af konkurrencelovens § 6. Dette betyder, at hvis § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt, skal denne anvendes fremfor § 136, nr. 4, hvis den finder anvendelse. Der findes endnu ikke dansk praksis for anvendelse af § 136, nr. 4 i forbindelse med konkurrencefordrejning, men dette kan ændre sig efter bestemmelsen nu er gjort obligatorisk.

7. Udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet efter udbudslovens § 2

Ligebehandlingsprincippet er et centralt udbudsretligt princip, som er kodificeret i dansk ret i udbudslovens § 2. Klagenævnet for Udbud har fundet, at hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt, kan der alligevel være en pligt til at udelukke økonomiske aktører fra et udbud med henvisning til ligebehandlingsprincippet, hvis den økonomiske aktør har begået konkurrenceretlige overtrædelser.

Tidligere var Klagenævnet for Udbud af den opfattelse, at det ikke var muligt at udelukke en økonomisk aktør, hvor der var plausible indikationer for at denne havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke var tilvalgt. Dette skyldtes, at Klagenævnet ikke har kompetence til at behandle konkurrenceretlige spørgsmål.³⁸⁶ Klagenavnets kendelse af 22. december 2017 *Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed* omhandlede netop spørgsmålet om hvorvidt der skulle ske udelukkelse, da der forelå tilstrækkelige plausible indikationer for at der var indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, men udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke var tilvalgt. Klagenævnet udtalte i kendelsen, at det ikke har kompetence til at vurdere om konkurrencelovgivningen er overholdt og alene kan vurdere om et konsortium overholder konkurrencelovgivningen, hvis det er som led i vurderingen af om der skal ske udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.³⁸⁷ Klagenævnet mente således ikke i 2017 at have et grundlag for at vurdere sager om konkurrenceretlige overtrædelser, hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke var tilvalgt.

³⁸⁶ Klagenavnenslovens § 1 modsætningsvis og § 10, stk. 1.

³⁸⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed*, s. 12.

Denne retsstilling ændrede sig med Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. januar 2021 *Peak Consulting Group mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, hvor Klagenævnet fastslog, at der på baggrund af ligebehandlingsprincippet kan være en pligt for ordregiver til at udelukke en økonomisk aktør, der har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Årsagen til muligheden for - eller pligten til - at udelukke en økonomisk aktør på baggrund af ligebehandlingsprincippet er, at det vil stride imod samme princip, hvis en økonomisk aktør får tildelt en kontrakt på baggrund af en ulovligt opnået konkurrencefordel.³⁸⁸ Klagenævnet udtalte, at en ordregiver på baggrund af de givne omstændigheder i den konkrete sag, kan eller skal udelukke en økonomisk aktør i de tilfælde, hvor det står klart, at den økonomiske aktør er uegnet.

Ordregiveren skal ved oplysninger, der giver anledning til tvivl, nærmere verificere, at den økonomiske aktør opfylder kravene til at kunne opfylde kontrakten, jf. udbudslovens § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2. Klagenævnet anførte, at en sådan pligt til at undersøge forholdene nærmere og eventuelt udelukke en økonomisk aktør, følger af ligebehandlingsprincippet.³⁸⁹ I situationer hvor et konsortium, der strider imod konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 afgiver et tilbud, vil den konsortieaftale der afgives tilbud på baggrund af, være ugyldig. Hvis aftalen er ugyldig, pålægges det ordregiver at udelukke den økonomiske aktør i medfør af ligebehandlingsprincippet, da en ugyldig aftale ikke er egnet til at opfylde kontrakten.³⁹⁰ Det vil stride imod ligebehandlingsprincippet at tildele kontrakten til en uegnet økonomisk aktør frem for en anden egnet økonomisk aktør. Samme konklusion kom Klagenævnet for Udbud frem til i kendelse af 4. januar 2022, *HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune*, hvor Klagenævnet ligeledes statuerede en undersøgelsespligt for ordregiver samt en mulighed for udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet. I *HB-Care* anførte Klagenævnet igen, at det ikke kan tage stilling til det konkurrenceretlige spørgsmål, men at det dog godt kan vurdere hvorvidt ordregiver burde have igangsat undersøgelser.

Klagenævnet for Udbuds tilgang stemmer overens med EU-Domstolens tilgang i *C-213/07 Michaniki*³⁹¹ fra før direktiv 2014/24/EU og senest i *C-416/21 Landkreis*. I sidstnævnte fandt EU-

³⁸⁸ Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, "Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning" (2022), U.2022B.151, UfR, s. 1.

³⁸⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 53-54.

³⁹⁰ *Ibid.*, s. 54.

³⁹¹ *C-213/07, Michaniki*, pr. 44. Se også *C-531/16, Specializuotas transportas*.

Domstolen, at den udtømmende opregning af de frivillige udelukkelsesgrunde i direktiv 2014/24 art. 57, stk. 4, ikke er til hinder for, at: ”(...) *ligebehandlingsprincippet (...) kan være til hinder for, at den omhandlede kontrakt tildeles økonomiske aktører, som danner en økonomisk enhed, og hvis tilbud, selv om de er afgivet særskilt, hverken er selvstændige eller uafhængige.*”.³⁹² Af dommen kan det udledes, at EU-Domstolen anerkender muligheden for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet. Muligheden for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet er således ikke alene en dansk fortolkning, men har ligeledes hjemmel i EU-retten. I den konkrete sag, fandt forsyningsvirksomhedsdirektivet anvendelse, hvorfor der henvises til art. 36, stk. 1, hvor ligebehandlingsprincippet er kodificeret i det pågældende direktiv. Det må dog formodes, at EU-Domstolen var kommet frem til samme resultat, hvis sagen alene havde omfattet udbudsdirektivet. Da der var tale om en præjudiciel forelæggelse, tog EU-Domstolen ikke stilling til hvorvidt der rent faktisk skulle ske udelukkelse af de pågældende økonomiske aktører, men fastslog blot, at der kan være en pligt hertil. Den konkrete vurdering er op til den nationale domstol at foretage. I medfør af ligebehandlingsprincippet vil det således, på baggrund af praksis fra Klagenævnet og EU-Domstolen, være muligt at udelukke en økonomisk aktør. Vi har dog til gode både i henhold til EU-retten, de danske domstole og Klagenævnet for Udbud at se, at der sker udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet.

Af praksis kan det udledes, at ordregiver har en pligt til at undersøge hvorvidt forholdene strider imod ligebehandlingsprincippet, hvis der er indikationer for konkurrencefordrejning. Undersøgelsespligten kan efter omstændighederne lede til en pligt for ordregiver til at udelukke den økonomiske aktør med henvisning til ligebehandlingsprincippet. I C-531/16 *Specializuotas transportas* fastslog EU-Domstolen, at ordregiver i tilfælde, hvor der er en strukturel forbindelse mellem flere ordregivere, har en pligt til at undersøge når ”*objektive forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt et bud er selvstændigt og uafhængigt*”³⁹³. Ordregiver er således underlagt en undersøgelsespligt i forbindelse med vurderingen af om tilbuddet er afgivet selvstændigt og uafhængigt eller om der er sket konkurrencefordrejning. Undersøgelsespligten svarer formentlig til undersøgelsespligten efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og § 136, nr. 4, som aktiveres i tvivlstilfælde.

³⁹² C-416/21, *Landkreis*, pr. 57.

³⁹³ C-531/16, *Specializuotas transportas*, pr. 33.

Bestemmelserne om udelukkelse understøtter formålet om effektiv konkurrence sammen med princippet om ligebehandling.³⁹⁴ Ved at åbne op for muligheden for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet, sikres den lige konkurrence til trods for at ordregiver ikke har tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Det vil altså stadigvæk være muligt at udelukke økonomiske aktører, der har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning eller hvor en konkurrencefordrejning allerede har fundet sted.³⁹⁵ Økonomiske aktører undgår dermed ikke udelukkelse, selvom udelukkelsesgrunden ikke er tilvalgt, hvilket er med til at sikre reglernes effektive anvendelse.

Da muligheden for at udelukke på baggrund af ligebehandling ikke er direkte lovfæstet, men er opstået i praksis, kan der ikke søges hjælp i lovforarbejderne til at fastlægge hvordan der kan udelukkes på baggrund af ligebehandlingsprincippet. Dette må i stedet søges afklaret ved hjælp af praksis. Klagenævnet for Udbud har i *Peak Consulting* fastslået, at:

”Hvis ordregiveren ikke har tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4³⁹⁶, og prøvelsen derfor alene sker efter lovens § 2, må der kræves et mere sikkert grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er indgået i strid med konkurrencereglerne”³⁹⁷

Det kan heraf udledes, at bevisbyrden for at udelukke på baggrund af udbudslovens § 2 er strengere end den er ved § 137, stk. 1, nr. 3. Da der er tale om en ikke-lovfæstet udelukkelsesgrund, vil hensynet til gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet kunne begrunde den strengere bevisbyrde. En strengere bevisbyrde vil, som Klagenævnet ligeledes udtaler, gøre grundlaget for ordregivers udelukkelse mere sikkert, hvorfor risikoen for en uberettiget udelukkelse formindskes. Klagenævnet for Udbud slår samtidigt fast, at ved vurderingen af om der forligger det fornødne sikre grundlag for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet, er ordregiver tillagt et vist

³⁹⁴ Lovforslag L 19, s. 36 og udbudsdirektivet, præambelbetragtning 1.

³⁹⁵ Michael Steinicke, “Kapitel 6. Exclusion – the Danish approach” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022), s. 106.

³⁹⁶ Bestemmelsen er rykket til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

³⁹⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

skøn.³⁹⁸ Klagenævnet er generelt tilbageholdende med at tilsidesætte ordregivers skøn³⁹⁹ og det er således på baggrund af ordregivers konkurrenceretlige vurdering, at der skal ske udelukkelse. EU-Domstolen har i *C-416/21 Landkreis* hverken vurderet skøn eller bevisbyrde, da der er tale om en præjudiciel forelæggelse. Det vil således være op til medlemsstaterne at vurdere, under hensyntagen til de udbudsretlige principper samt reglernes formål.

Ligebehandlingsprincippet skal iagttages under hele udbudsproceduren.⁴⁰⁰ Dette gælder både i forhold til udelukkelsen, men også alle andre dele af proceduren. Formålet med ligebehandlingsprincippet er at sikre den frie konkurrence gennem en lige behandling af alle økonomiske aktører i udbuddet.⁴⁰¹ Hjemlen til at udelukke med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning efter ligebehandlingsprincippet i § 2, følger af at en konkurrencefordrejende aftale, der er forbudt efter konkurrencelovens § 6 er ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5. En ugyldig aftale vil ikke være egnet til at opfylde kontrakten. Det vil stride imod ligebehandlingsprincippet, hvis en kontrakt blev tildelt en uegnet økonomisk aktør, frem for de andre økonomiske aktører, der er egnede til at opfylde kontrakten. Udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet forudsætter derfor, at der er sket overtrædelse af reglerne i konkurrencelovens § 6, således at aftalen er ugyldig. Anvendelsesområdet for udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet vil derfor, ligesom for udelukkelse på baggrund af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, være overlappende med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101. Dette stemmer overens med de typer af sager, som er behandlet af Klagenævnet for Udbud og EU-Domstolen, der i alle tilfælde har omhandlet tilbudskonsortier. Det kan på den baggrund udledes, at muligheden for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet, er en mulighed for at udelukke tilfælde af konkurrencefordrejning hvor udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke var tilvalgt. Det er derimod usikkert, om der kan ske udelukkelse med henvisning til § 2, hvis konkurrencefordrejningen består i misbrug af dominerende stilling, som er forbudt efter konkurrencelovens § 11 og TEUF art. 102.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, s. 53.

⁴⁰⁰ Carina Risvig Hamer, "Chapter 15. To exclude, or not to exclude economic operators: That is the question" i Carina Risvig Hamer, Magdalena Socha & Kirsi-Maria Halonen (red.), *PUBLIC PROCUREMENT – Centralisation and new trends*, (1. udg., Djøf Forlag, 2024), s. 312.

⁴⁰¹ Sune Troels Poulsen m.fl., *EU Udbudsretten*, (4. udg., Djøf Forlag, 2022), s. 62.

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at der af praksis kan udledes mulighed for at udelukke på baggrund af ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet har endvidere statueret, at der påhviler ordregiver en undersøgelsespligt for at sikre, at kontrakter ikke tildeles til en økonomisk aktør, som har fået en uretmæssig fordel grundet konkurrencefordrejning. Anvendelsesområdet for bestemmelsen svarer til de situationer der vil falde under anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

8. Forholdet mellem udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, § 136, stk. 1, nr. 4 og § 2

På baggrund af analysen, er der mellem de forskellige bestemmelser identificeret forskelle i anvendelsesområdet, ordregivers skøn og bevisbyrden. Det kan også konstateres, at både § 136, nr. 4, § 137, stk. 1, nr. 3 og § 2 kan føre til udelukkelse af en økonomisk aktør med henvisning til, at der er tale om konkurrencefordrejning. I det følgende vil bestemmelserne blive sammenholdt med hinanden med henblik på at fastlægge, hvornår de hver især skal anvendes. Derudover vil det blive undersøgt om ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 har mistet sit selvstændige indhold i som udelukkelsesgrund efter at § 136, nr. 4 om alvorlige forsømmelser er gjort obligatorisk.

Som konkluderet i afsnit 5.5., finder udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om plausible indikationer, anvendelse på konkurrencefordrejning omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, dog med et bredere virksomhedsbegreb end i konkurrenceretten, således at koncernforbundne virksomheder anses for selvstændige virksomheder⁴⁰². Udelukkelse efter ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, kan ske i situationer hvor en konkurrencefordrejning medfører aftalens ugyldighed, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5. Dette skyldes, at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet at tildele en aftale til en uegnet økonomisk aktør. Anvendelsesområdet for § 2 svarer således umiddelbart til anvendelsesområdet for § 137, stk. 1, nr. 3. Udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 adskiller sig fra de to øvrige bestemmelser, idet bestemmelsen både finder anvendelse på aftaler om konkurrencefordrejning som omfattet af konkurrencelovens § 6 og misbrug af dominerende stilling efter konkurrencelovens § 11, ligesom den forudsætter tilstedeværelse af en adfærd med en vis tilstedeværelse af uagtsomhed. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 har karakter af *lex specialis* over for

⁴⁰² C-416/21, *Landkreis*, pr. 22.

§ 136, nr. 4, og finder begge bestemmelser anvendelse, skal § 137, stk. 1, nr. 3 således benyttes først, såfremt denne er tilvalgt. Dette efterlader således spørgsmålet om hvorvidt § 2 har mistet sit selvstændige indhold som udelukkelsesgrund efter at § 136, nr. 4 er blevet gjort obligatorisk.

Ifølge præambelbetragtning 101 bør ordregiver frit kunne afgøre, hvorvidt der er tale om en alvorlig forsømmelse efter udbudslovens § 136, nr. 4. Det savner dog mening, at ordregiver skulle have et fuldstændigt frit skøn, hvilket heller ikke synes at stemme overens med praksis.⁴⁰³ For udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, gælder der ligeledes et vidt skøn.⁴⁰⁴ Det må på denne baggrund antages, at skønnet for begge bestemmelser alene vil blive tilsidesat, hvis det er åbenbart forkert eller usagligt. Efter Klagenævnets praksis har ordregiver tillige et vidt skøn ved udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet efter udbudslovens § 2.⁴⁰⁵ Der gælder således for anvendelsen af alle tre bestemmelser, et vidt skøn for ordregiver i vurderingen af, hvorvidt der skal ske udelukkelse.

Efter udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra c om alvorlige forsømmelser, skal ordregiver kunne "påvise" forsømmelsen med "ethvert passende middel", hvilket ligeledes gælder for § 136, nr. 4. Der gælder ingen formel afgrænsning af, hvad beviset kan bestå i, men lovbemærkningerne opstiller nogle eksempler, heriblandt voldgiftskendelser eller afgørelser fra et domstolslignende organ.⁴⁰⁶ Dokumentation for egne eller andres erfaringer udgør formentlig den nedre grænse for, hvad der udgør tilstrækkeligt bevis. Klagenævnet har i *A mod Vejdirektoratet* godtaget ordregivers vurdering af, at der forelå alvorlige forsømmelser, der skulle føre til udelukkelse. Der var fremlagt dokumentation i form af en politianmeldelse for de påståede forhold, fakturaer af mistænkelig karakter og registreringer foretaget af en ekstern samarbejdspartner,⁴⁰⁷ og bevisbyrden var således løftet ved dokumentation for egne og andres erfaringer.

Efter § 137, stk. 1, nr. 3, kræves der blot "tilstrækkelige plausible indikationer" for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning for at kunne udelukke en økonomisk aktør. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at bevisbyrden er lempeligere end ved andre

⁴⁰³ U 2013.251 H, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*.

⁴⁰⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 18.

⁴⁰⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

⁴⁰⁶ Lovforslag L 199, 2022, s. 26-27. Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 101.

⁴⁰⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*.

udelukkelsesgrunde.⁴⁰⁸ Den lempeligere bevisbyrde fremgår ligeledes af Kommissionens meddelelse.⁴⁰⁹ På baggrund af Klagenævnets praksis, kan det udledes, at forhold mellem økonomiske aktører i sig selv ikke er nok til at udgøre plausible indikationer, men at adfærd, eksempelvis i form af ens beskrivelser og stavfejl, kan være nok til at udgøre en plausibel indikation. Klagenævnet har i *OneMed* tilsidesat ordregivers skøn, idet Klagenævnet fandt det bevist, at der forelå plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, da to økonomiske aktører afgav helt enslydende tilbud med en lille prismæssig forskel.

I udbudsretligt øjemed er et konsortium heller ikke i sig selv nok til at udgøre en plausibel indikation efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, men der skal efter Klagenævnets praksis mere til at udgøre en plausibel indikation.⁴¹⁰ En mistanke om en aftale med henblik på konkurrencefordrejning vil efter Klagenævnets opfattelse ligeledes ikke være tilstrækkeligt til at ordregiver skal udelukke en given økonomisk aktør. Der er således forskel på bevisbyrden i udbudslovens § 136, nr. 4 og § 137, stk. 1, nr. 3 i praksis, hvilket ligeledes harmonerer med Kommissionens meddelelse, hvoraf det fremgår, at den største forskel på bestemmelserne netop er bevisbyrden.⁴¹¹

For bevisbyrden i henhold til udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet efter udbudslovens § 2, har Klagenævnet udtalt, at det kræver "*et mere sikkert grundlag*", før der kan udelukkes på baggrund af ligebehandling. Den skærpede bevisbyrde hænger sammen med, at der udelukkes på baggrund af ligebehandling og ikke en lovfæstet udelukkelsesgrund. Ordregiver skal derfor have et mere sikkert grundlag for at udelukke, således at der ikke sker uretmæssig udelukkelse, da dette vil stride imod ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet. Det vil ligeledes være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis økonomiske aktører risikerer udelukkelse for de samme

⁴⁰⁸ Lovforslag L 19, 2015, s. 154.

⁴⁰⁹ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 15.

⁴¹⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

⁴¹¹ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 12.

forhold, som omfattes af § 137, stk. 1, nr. 3, selvom denne udelukkelsesgrund, som kræver aktivt tilvalg, ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet.⁴¹²

Ordregiver kan udelukke på baggrund af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning i forhold til det konkrete udbud, men også i forhold til tidligere eller andre igangværende udbud.⁴¹³ Ifølge ordlyden af udbudslovens § 136, nr. 4, kan der udelukkes når “*ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser*” (fremhævning foretaget), hvorfor den adfærd eller begivenhed, der udgør den alvorlige forsømmelse altså allerede skal være indtrådt, modsat udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvor der blot skal foreligge en aftale “*med henblik på*”. Dette kan indikere, at udbudslovens § 136, nr. 4 er rettet bagud således, at den finder anvendelse på tidligere alvorlige forsømmelser. Omvendt er der ingen holdepunkter hverken i praksis eller i litteraturen for at konkludere, at § 136, nr. 4 ikke kan finde anvendelse på en konkurrencefordrejning, der har karakter af en alvorlig forsømmelse og som er begået i forbindelse med et igangværende udbud. Dette scenarie ville kræve, at ordregiver kan påvise, at der allerede er begået en alvorlig forsømmelse. § 136, nr. 4 finder således ikke alene anvendelse på alvorlige forsømmelser begået i forbindelse med tidligere udbud, men gælder ligeledes for igangværende udbud, så længe den alvorlige forsømmelse er begået. Det bemærkes i den forbindelse, at der lægges vægt på adfærden og ikke virkningen heraf, idet der skal foreligge en culpøs adfærd hos den økonomiske aktør førend § 136, nr. 4 finder anvendelse.

Klagenævnet åbnede op for muligheden for at udelukke med henvisning til ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2 i *Peak Consulting*, hvor Klagenævnet dog fandt, at der ikke konkret skulle ske udelukkelse. Udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3 var ikke tilvalgt. Klagenævnet anførte, at ordregiver i medfør af § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2 havde pligt til at undersøge forholdene i de konkrete udbud nærmere, og hvis der fremkom oplysninger, som indikerede konkurrencefordrejning på et “*mere sikkert grundlag*” end ved prøvelsen i § 137, stk. 1, nr. 3, skulle der ske udelukkelse med henvisning til ligebehandlingsprincippet. Såfremt Klagenævnet havde

⁴¹² Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. maj 2020 *Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune*, s. 21, hvor en udelukkelse ikke kunne gennemføres, da udelukkelsesgrunden alene fremgik af udbudsmaterialet men ikke af udbudsbekendtgørelsen.

⁴¹³ EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, (2021/C 91/01), 18. marts 2021, s. 15.

fundet, at konsortierne havde været i strid med konkurrencelovens § 6, havde de økonomiske aktører været uegnede til at få tildelt kontrakten, da en aftale i strid med KL § 6, er ugyldig. Udelukkelsen sker dermed for at sikre ligebehandling af de tilbud, der er egnede i til at få tildelt opgaven.

Som anført ovenfor, skal udelukkelse efter ligebehandlingsprincippet ske på “*et mere sikkert grundlag*” end udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.⁴¹⁴ Hvad der præcist menes med dette, er dog ikke afklaret i praksis. Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at udelukkelse skal ske efter fastsatte regler og at det skal være gennemskueligt for den økonomiske aktør, hvornår der kan ske udelukkelse. Ligeledes er et forudsigeligt retssystem og regelanvendelse et grundlæggende hensyn.⁴¹⁵ Da udelukkelsen sker på baggrund af ligebehandlingsprincippet og ikke en lovfæstet udelukkelsesgrund, må det formodes at der påhviler ordregiver en skærpet bevisbyrde, så der ikke risikeres udelukkelse uden beviser herfor. Det kan overvejes hvorvidt bevisbyrden svarer til den efter udbudslovens § 136, nr. 4. Klagenævnet har ikke siden udbudslovens § 136, nr. 4 er blevet gjort obligatorisk, taget stilling til spørgsmålet, og det er dermed uafklaret hvorvidt bevisbyrden for udelukkelse efter ligebehandlingsprincippet er sværere at løfte end for udbudslovens § 136, nr. 4.

I C-416/21 *Landkreis* bekræftede EU-Domstolen, at det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet ikke at udelukke, hvor en økonomisk aktør har begået konkurrencefordrejning og dermed har opnået en ulovlig konkurrencefordel. EU-Domstolen udtalte, at såfremt en strukturel forbindelse mellem to virksomheder medfører, at deres tilbud ikke er selvstændigt udformet, vil det medføre en pligt for ordregiver til at undersøge, om ligebehandlingsprincippet er til hinder for prækvalifikation eller tildeling.⁴¹⁶ Muligheden for - eller pligten til - at udelukke i medfør af ligebehandlingsprincippet, er således relevant i tilfælde, hvor der muligvis foreligger et ulovligt konsortium⁴¹⁷, eller ved tilbudskoordinering,⁴¹⁸ i forbindelse med det aktuelle udbud. I medfør af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet må det

⁴¹⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55. Se også: Klagenævnet for Udbud, kendelse af 4. januar 2022, *HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune*, s. 15.

⁴¹⁵ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 61.

⁴¹⁶ C-416/21, *Landkreis*, pr. 60. Se også C-531/16, *Specializuotas Transportas*, pr. 29.

⁴¹⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*. Se også: Klagenævnet for Udbud, kendelse af 4. januar 2022, *HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune*.

⁴¹⁸ C-416/21, *Landkreis*, pr. 61-63.

formodes, at en eventuel udelukkelse på baggrund af § 2 alene kan ske på baggrund af konkurrencefordrejning i det konkrete udbud, da det vil stride imod begge principper at lægge forhold, der har fundet sted forud for udbuddet, til grund for udelukkelsen. Til gengæld må det afgørende være, at der foreligger en konkurrencefordrejning i strid med konkurrencelovens § 6 og ikke, at den pågældende økonomiske aktør har handlet culpøst i den forbindelse.

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er en frivillig udelukkelsesgrund. Bestemmelsen finder derfor kun anvendelse, hvis ordregiver har tilvalgt den og dette fremgår af udbudsbekendtgørelsen.⁴¹⁹ Hvis en ordregiver har tilvalgt § 137, stk. 1, nr. 3, er ordregiver forpligtet til at udelukke på baggrund af bestemmelsen såfremt ordregiver skønner, at der foreligger plausible indikationer for en aftale medhenblik på konkurrencefordrejning. Ordregiver har i medfør af udbudslovens § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2 en pligt til at undersøge om der foreligger plausible indikationer, hvis der fremkommer informationer, som kan antyde dette. Ordregiver skal foretage vurderingen på baggrund af de oplysninger, som ordregiver havde på tidspunktet for tildelingen,⁴²⁰ selvom ordregiver kan udelukke en økonomisk aktør i enhver fase af udbuddet, jf. udbudsdirektivets art. 57, stk. 5.

Ifølge lovbemærkningerne er det klare udgangspunkt også for § 136, nr. 4, at der ikke gælder en undersøgelsespligt. Det vil altså sige, at ordregiver ikke har pligt til at foretage yderligere end hvad udbudslovens § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2 foreskriver i forbindelse med indhentning af dokumentation for at de økonomiske aktører ikke befinder sig i en udelukkelsesgrund. Hvis der foreligger klare indikationer for konkurrencefordrejning, som giver anledning til tvivl hos ordregiver, må denne alligevel være pålagt at undersøge dette nærmere. Undersøgelsespligten svarer altså til den, som gælder for § 137, stk. 1, nr. 3, idet den udspringer af samme bestemmelse i § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2.

Klagenævnet for Udbud har i *Peak Consulting* fastslået, at der gælder en undersøgelsespligt efter § 2 i tilfælde, hvor der er tvivl om hvorvidt et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencefordrejning

⁴¹⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. maj 2020, *Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune*.

⁴²⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, s. 18.

aftale.⁴²¹ Ordregiver har således en undersøgelsespligt i tvivlstilfælde, ved udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet. Det harmonerer med EU-Domstolens praksis, at der alligevel gælder en undersøgelsespligt i medfør af ligebehandlingsprincippet, hvis en ordregiver får ”kendskab til objektive forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt et bud er selvstændigt og uafhængigt”⁴²². Det bemærkes, at C-531/16 *Specializuotas transportas* omhandlede en situation, hvor der forelå en strukturel forbindelse mellem de to økonomiske aktører, der havde afgivet tilbud. Det kan altså udledes, at ligebehandlingsprincippet har den effekt, at ordregiver i tvivlstilfælde skal undersøge om der foreligger en konkurrencefordrejning.

Åbningen for brugen af ligebehandlingsprincippet som hjemmel til udelukkelse skaber en uvis retsstilling for økonomiske aktører, som ikke kan vide med sikkerhed, hvornår de kan risikere udelukkelse. Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at både materielle og processuelle betingelser for udbuddet, skal være fastsat på forhånd, hvilket ligeledes må gælde for udelukkelsesgrunde.⁴²³ For ordregiver komplicerer det ligeledes situationen, da ordregiver skal tage stilling til de konkurrenceretlige spørgsmål i vurderingen af om der skal udelukkes på baggrund af § 2, hvilket ellers var muligt at undgå ved ikke at tilvælge § 137, stk. 1, nr. 3. Vurderingen af konkurrencefordrejninger er dog indirekte blevet obligatorisk med ændringen af § 136, nr. 4.⁴²⁴ Da udelukkelse med henvisning til ligebehandlingsprincippet i § 2 alene kan ske for konkurrencefordrejning omfattet af konkurrencelovens § 6 og med beviser på et ”mere sikkert grundlag”⁴²⁵, er det tvivlsomt om § 2 fremadrettet vil have selvstændigt indhold som udelukkelsesgrund, idet § 136, nr. 4 skal anvendes i stedet, som følge af proportionalitetsprincippet. Omvendt knytter der sig ikke nogen betingelse om culpøs adfærd hos den økonomiske aktør ved brugen af § 2 som udelukkelsesgrund, hvormed den alligevel kan omfatte nogle tilfælde, som ikke er omfattet af § 137, stk. 1, nr. 3.

⁴²¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 54.

⁴²² C-531/16, *Specializuotas transportas*, pr. 33.

⁴²³ C-531/16, *Specializuotas transportas*, pr. 23.

⁴²⁴ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

⁴²⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

9. Self-cleaning

En økonomisk aktør kan ikke udelukkes før ordregiver har givet den økonomiske aktør mulighed for at dokumentere sin pålidelighed, jf. udbudslovens § 138.⁴²⁶ Denne proces kaldes for self-cleaning og er en integreret del af vurderingen af om der kan ske udelukkelse. Formålet er at afhjælpe konsekvenserne af de handlinger, der har ført til udelukkelse og for at økonomiske aktører kan vise at de er pålidelige som kontraktpartnere, men også at forebygge lignende adfærd i fremtiden.⁴²⁷ Muligheden for self-cleaning blev først formelt indført i direktiv 2014/24/EU. Der var før kodificering af reglerne om self-cleaning i udbudsdirektivet dog mulighed for at foretage self-cleaning i praksis. Førhen kunne self-cleaning ske under henvisning til proportionalitetsprincippet, og visse medlemsstater havde også national lovgivning herom, hvilket antageligt har inspireret til det nuværende regelsæt i udbudsdirektivet.⁴²⁸ Således må det antages, at reglerne om self-cleaning finder anvendelse i tilfælde af udelukkelse med henvisning til ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og at økonomiske aktører i medfør heraf, skal have muligheden for at demonstrere, at deres tilbud er udarbejdet selvstændigt og uafhængigt.⁴²⁹

Det ville være i strid med proportionalitetsprincippet at udelukke økonomiske aktører, der er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde uden først at undersøge, om udelukkelse står i rimeligt forhold til den overtrædelse, der har ført til udelukkelse. Dette følger ligeledes af EU-Domstolens praksis⁴³⁰ samt udbudsdirektivets præambelbetragtning 102, hvorefter der bør tages hensyn til at økonomiske aktører kan iværksætte foranstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne eller undgå gentagelse af, handlinger denne har begået.⁴³¹ Omvendt skal ordregiver ikke anmode en økonomisk aktør om at fremlægge dokumentation for pålideligheden, hvis den økonomiske aktør ingen udsigt har til at kunne prækvalificeres eller tildeles kontrakten.⁴³² Der ligger således også et centralt element af proportionalitet i reglerne om self-cleaning og vurderingen heraf.

⁴²⁶ Udbudsdirektivet art. 57, stk. 6 og 7.

⁴²⁷ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 102. C-267/18, *Delta*.

⁴²⁸ Carina Risvig Hamer, "The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot Be Trusted" (2020) 1|EPPPL, s. 51.

⁴²⁹ Carina Risvig Hamer, "Chapter 15. To exclude, or not to exclude economic operators: That is the question" i Carina Risvig Hamer, Magdalena Socha & Kirsi-Maria Halonen (red.), *PUBLIC PROCUREMENT – Centralisation and new trends*, (1. udg., Djøf Forlag, 2024), s. 312.

⁴³⁰ Dorthe Kristensen Balshøj, "Muligheden for self-cleaning i offentlige udbud", (2024), U.2024B.35, UfR.

⁴³¹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 102.

⁴³² Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 16.

Som fastslået ovenfor i afsnit 6.4., er ordregiver i medfør af proportionalitetsprincippet forpligtet til at foretage en vurdering af om udelukkelse er proportional henset til adfærden. Fordi der allerede er sket en proportionalitetsvurdering, hvor ordregiver har fundet det proportionalt at udelukke en økonomisk aktør på baggrund af dennes adfærd, efterlader det ikke et stort ”rum” til vurderingen af self-cleaning for hændelser, der er sket i forbindelse med det igangværende udbud.⁴³³ Det skal dog under alle omstændigheder vurderes konkret, om betingelserne for dokumentation for at den pågældende økonomiske har self-cleanet, er opfyldt.⁴³⁴

9.1. Betingelserne for self-cleaning

Har ordregiver vurderet, at en økonomisk aktør er omfattet af en udelukkelsesgrund, skal ordregiveren meddele den økonomiske aktør dette, og fastsætte en passende frist for dokumentation af self-cleaning.⁴³⁵ Desuden skal der, som noget nyt, indhentes en vejledende udtalelse om pålideligheden fra Konkurrence- og forbrugerstyrelsen,⁴³⁶ med undtagelse af hvis der ikke er udsigt til at den pågældende økonomiske aktør kan prækvalificeres eller tildeles kontrakten.⁴³⁷ Den økonomiske aktør skal opfylde de tre betingelser i § 138, stk. 3, nr. 1-3 og kunne fremlægge dokumentation herfor, for at dokumentere sin pålidelighed. Proportionalitetsprincippet indebærer, i relation til udelukkelsesvurderingen, at de krav, der stilles i anledning heraf, skal være egnede, nødvendige og rimelige.⁴³⁸ De kumulative betingelser for self-cleaning er, at den økonomiske aktør skal 1) betale erstatning, 2) samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og 3) træffe ”*passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser*”⁴³⁹.

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed* fremgår det, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inddrager følgende tre momenter i vurderingen af om den

⁴³³ Carina Risvig Hamer, ”*The Principle of Proportionality*” (2022), 3|EPPPL, s. 200.

⁴³⁴ Lovforslag L 199, 2022, s. 27. Se også Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*.

⁴³⁵ Udbudsloven § 138, stk. 2.

⁴³⁶ Udbudsloven § 138, stk. 1, 2. pkt. Pligten er indsat ved L 2022, nr. 884 § 1, nr. 25 og trådte i kraft den 1. januar 2023.

⁴³⁷ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 16.

⁴³⁸ Dorthe Kristensen Balshøj, ”*Muligheden for self-cleaning i offentlige udbud*”, (2024), U.2024B.35, UfR, s. 38.

⁴³⁹ Udbudsloven § 138, stk. 3, nr. 3.

økonomiske aktør er pålidelig 1) hvorvidt foranstaltningerne er relaterede til udelukkelsen, 2) hvorvidt foranstaltningerne er tilstrækkelige i forhold til udelukkelsen og 3) hvorvidt foranstaltningerne i tilstrækkelig grad er implementeret og dokumenteret.⁴⁴⁰ På denne baggrund kan det konkluderes, at de foranstaltninger, den økonomiske aktør gennemfører, skal være relateret til og proportionale med den omstændighed, der førte til udelukkelse, hvilket forudsætter en individuel og konkret vurdering. De gennemførte tiltag skal endvidere være implementeret og gennemført.⁴⁴¹ Hvad der nærmere ligger i de enkelte betingelser, vil blive gennemgået nærmere nedenfor.

9.1.1. Erstatning

Den første betingelse, der skal opfyldes som led i tilstrækkelig self-cleaning er, at den økonomiske aktør har påtaget sig at yde erstatning for tab, som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene. Denne betingelse giver dog anledning til tvivl for så vidt angår tilfælde, hvor den økonomiske aktør ikke er enig i udelukkelsen og erstatningskravet. Dette var tilfældet i Klagenævnet for Udbud kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*. KN Rengøring bestred at betale en erstatning, idet de også bestred, at de tidligere havde misligholdt en kontrakt væsentligt, hvilket var grundlaget for udelukkelsen. Her forholdt Klagenævnet sig ikke eksplicit til hvorvidt der skulle betales erstatning. Da der ikke kan udledes et svar af Klagenævnets praksis, kan der i stedet henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, som angiver, at betingelsen alene er relevant i tilfælde, hvor der er pålagt en erstatning i forbindelse med overtrædelsen.⁴⁴² Dette må modsætningsvis medføre, at det ikke er en betingelse, at der skal være betalt erstatning, hvis der er uenighed om kravet og dette ikke er pålagt ved dom. I den forbindelse må det være tilstrækkeligt, at den økonomiske aktør har påtaget sig at betale såfremt denne idømmes erstatning. Såfremt der skulle være betalt erstatning som led i self-cleaning, ville det ikke være muligt for den økonomiske aktør at bestride erstatningskravet eller at være omfattet af en udelukkelsesgrund. Dette ville være uhensigtsmæssigt idet self-cleaning således ville være umuligt uden samtidig indrømmelse af erstatningskrav og det forhold, der ligger til grund herfor.

⁴⁴⁰ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 23.

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 24.

9.1.2. Samarbejde med undersøgelsesmyndighederne

Betingelsen om samarbejde med undersøgelsesmyndighederne er af begrænset praktisk relevans idet betingelsen alene skal opfyldes i tilfælde, hvor de handlinger, der har ledt til udelukkelse, har været genstand for undersøgelse foretaget af en myndighed. Det er navnlig i forbindelse med udelukkelse på baggrund af en endelig dom, som efter § 135, stk. 1, men kan også være ved en påstået overtrædelse af konkurrencereglerne, hvor udelukkelse sker efter § 137, stk. 1, nr. 3. Et aktivt samarbejde betyder, at den pågældende økonomiske aktør skal redegøre for forholdene der undersøges, og bidrage med relevant dokumentation. Det medfører derimod ikke en pligt til at udlevere fortrolige dokumenter eller selvinkriminerende information, da dette ville være til skade for retssikkerheden.⁴⁴³

9.1.3. Passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger

I praksis ses den største usikkerhed at relatere sig til betingelsen om ”*passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger*”⁴⁴⁴. Denne betingelse medfører en pligt for økonomiske aktører til selv at vurdere, hvilke afhjælpende og forebyggende foranstaltninger, der er proportionale og relaterede til den hændelse, der har ført til udelukkelse. Det betyder, at foranstaltningerne skal tilpasses konkret til den eller de hændelser, der har ført til udelukkelsen.⁴⁴⁵

Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, skal det vurderes, om det er tilstrækkeligt med personalemæssige foranstaltninger alene. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen refererer til en sag fra det norske klagenævn som eksempel på, at rent personalemæssige tiltag uden supplerende organisatoriske foranstaltninger, kan være utilstrækkelige fordi sådanne ikke i sig selv er tilstrækkelige til at forebygge lignende hændelser. Det kan på denne baggrund udledes, at det ikke er nok at gennemføre afhjælpende tiltag, men at sådanne må suppleres af fremadskuende foranstaltninger, som er egnede til at forebygge lignende hændelser.⁴⁴⁶ Dette synspunkt kan ligeledes finde støtte i Klagenævnet for Udbuds begrundelse og resultat i *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, hvor Klagenævnet ikke fandt grundlag for at tilsidesætte ordregivers skøn. Den udelukkede økonomiske aktør havde ikke beskrevet hvordan de gennemførte foranstaltninger var

⁴⁴³ Ibid., 25-26

⁴⁴⁴ Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3.

⁴⁴⁵ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 26.

⁴⁴⁶ Ibid., s. 27.

egnede til at *forebygge* lignende hændelser i fremtiden, idet man ikke havde redegjort for hvordan foranstaltningerne adskilte sig fra hidtidig praksis i virksomheden.

Ligeledes lagde Klagenævnet vægt på, at man ikke havde afbrudt forbindelser til de medarbejdere, som havde været involveret i den adfærd, der havde ført til udelukkelsen. Klagenævnets begrundelse sammenholdt med vejledningen illustrerer, at det ikke er nok at forevise dokumentation, der beskriver sunde arbejdsgange, men at dokumentationen skal centrere sig om forebyggelse. Som led i dette ligger et krav om beskrivelse eller dokumentation af hvordan den økonomiske aktør konkret vil sørge for, at lignende hændelser ikke gentager sig. Det blev i *A mod Vejdirektoratet* heller ikke anset for tilstrækkeligt, at en person, der var involveret i handlinger, der førte til udelukkelse, afstod sine ejerandele og sin direktørpost. Personen var fortsat ansat i virksomheden og dennes ægtefælle havde overtaget direktørposten.

I lovbemærkningerne fremhæves ”*afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den problematiske adfærd*”⁴⁴⁷, som eksempel på tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning og i *A mod Vejdirektoratet* var pålideligheden formentlig ikke tilstrækkeligt dokumenteret, når vedkommende fortsat var ansat i virksomheden og dennes ægtefælles direktør. Man havde således ikke afbrudt alle forbindelserne med den person, der var central i udelukkelsessagen. Klagenævnets praksis er på linje med EU-Domstolens udtalelse i, *C-124/17 Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH* hvor den økonomiske aktør måtte fremlægge

*”(...)beviser med hensyn til de faktiske omstændigheder, som kan godtgøre, at de foranstaltninger, som denne påberåber sig, reelt er egnede til at forebygge yderligere forekomster af en sådan adfærd, henset til de særlige omstændigheder, hvorunder de nævnte overtrædelser er blevet begået(...)”*⁴⁴⁸

Samlet set må det konkluderes, at self-cleaning skal dokumenteres konkret og på en måde, som muliggør det for ordregiver, at vurdere foranstaltningens egnethed til at forebygge lignende hændelser

⁴⁴⁷ Lovforslag L 199, 2015, s. 27.

⁴⁴⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. april 2023, *KN Rengøring mod Vejle Kommune*, s. 38.

for at opfylde den tredje betingelse om passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger.

9.2. Vurderingen af den fremlagte dokumentation for self-cleaning

På trods af forpligtelsen til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende vurderingen af pålideligheden, er grundprincippet i udbudslovens § 138, at det er ordregivers egen vurdering og eget ansvar at beslutte, om den pågældende økonomiske aktør har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed.⁴⁴⁹ Som nævnt ovenfor, er ordregiver forpligtet til at foretage en konkret vurdering og kan ikke forlade sig på tidligere ordregivers vurdering, som denne således heller ikke er bundet af.⁴⁵⁰

Dette illustreres også af praksis fra Klagenævnet for Udbud vedrørende KN Rengøring⁴⁵¹, som havde misligholdt en tidligere kontrakt med Herlev Kommune, hvilket førte til, at Herlev Kommune ophævede kontrakten og senere hen, at KN Rengøring blev udelukket fra to forskellige udbud afholdt af henholdsvis Frederiksberg Kommune og Vejle Kommune som ordregivere. Både Frederiksberg Kommune og Vejle Kommune måtte foretage deres egen konkrete vurdering af om KN Rengøring var omfattet af en udelukkelsesgrund, og herefter om KN Rengøring havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning.⁴⁵² Det var også i sagen med Frederiksberg Kommune, at Klagenævnet udtalte, at Frederiksberg Kommune *”(...)har et betydeligt skøn, som alene kan tilsidesættes, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering eller hvis kommunen har skønnet åbenbart forkert.”*⁴⁵³. Klagenævnet fandt således ikke grundlag for at tilsidesætte skønnet, hverken i sagen med Frederiksberg Kommune eller Vejle Kommune. Klagenævnet har for nyligt forholdt sig til spørgsmålet om self-cleaning i forbindelse med sagen mellem A og Vejdirektoratet, hvor Klagenævnet opretholdt tidligere praksis og igen udtalte, at Vejdirektoratet har et betydeligt skøn, som alene kan tilsidesættes ved åbenbart forkert vurdering, fejl eller usaglighed.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 13. Se også Lovforslag L 199, 2022, s. 27.

⁴⁵⁰ C-267/18, *Delta*, pr. 29.

⁴⁵¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune* og Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. april 2023, *KN Rengøring mod Vejle Kommune*.

⁴⁵² Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. april 2023, *KN Rengøring mod Vejle Kommune*, s. 45.

⁴⁵³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, s. 53.

⁴⁵⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, *A mod Vejdirektoratet*.

Afslutningsvis kan det overvejes, hvilken rolle self-cleaning konkret spiller i forhold til konkurrencefordrejning. Skønnet er mere snævert ved vurderingen af self-cleaning når ordregiver allerede har vurderet, at det er proportionalt at udelukke med henvisning til, at der er tale om en konkurrencefordrejning eller at der foreligger plausible indikationer for, at der er indgået aftale herom.⁴⁵⁵ Særligt når konkurrencefordrejningen er sket som led i det pågældende udbud. Der er omvendt set et eksempel på, at der formentlig godt kan self-cleanes for grove forhold, såsom bestikkelse⁴⁵⁶, hvorfor det ikke er usandsynligt, at en økonomisk aktør, der er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 eller § 136, nr. 4 grundet tidligere hændelser, kan foretage self-cleaning i forbindelse med nye udbud og dermed undgå udelukkelse fra disse.

Det er svært at udlede af praksis, hvad der konkret kan kvalificeres som passende tiltag i relation til udelukkelse, da Klagenævnet for Udbud ikke foretager en fuldstændig prøvelse af ordregivers skøn. Således må Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning formentlig anses som det vigtigste redskab for økonomiske aktører og ordregivere på nuværende tidspunkt, til vurdering af pålideligheden hos økonomiske aktører. Det er da også lovgivers forventning, at ordregiverne vil rette sig efter de vejledende udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, selvom de ikke er forpligtet hertil.⁴⁵⁷

10. Konklusion

Afhandlingen har haft til formål at undersøge hvornår det offentlige, som ordregiver, kan udelukke en økonomisk aktør med henvisning til, at denne har forårsaget en konkurrencefordrejning. I den forbindelse er det foretaget en analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, som er særligt udformet med henblik på at kunne udelukke økonomiske aktører, der har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Endvidere blev det analyseret, hvordan § 136, nr. 4 om alvorlige forsømmelser, finder anvendelse på konkurrencefordrejning. Afslutningsvis blev det analyseret om

⁴⁵⁵ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023, s. 52.

⁴⁵⁶ Kammeradvokaten, *Opdateret vurdering af Ateas pålidelighed efter udbudslovens § 138*, af 16. september 2022, s. 27. Tilgængelig på: [opdateret-vurdering-af-ateas-paalidelighed-efter-udbudsloven-2022-final-ekstraheret.pdf \(ski.dk\)](#) (Senest besøgt den 28. maj 2024).

⁴⁵⁷ Lovforslag L 199, 2022, s. 28: ”Det er samtidig forventningen, at ordregiverne i høj grad vil gøre brug af denne viden og erfaring ved at lægge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse til grund ved vurderingen af, om en virksomheds dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig eller ej.”

og hvordan der kan udelukkes efter ligebehandlingsprincippet i § 2 i forbindelse med konkurrencefordrejning.

Udgangspunktet for at udelukke med henvisning til, at der er tale om en konkurrencefordrejning, er udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, som er udformet specifikt med henblik på dette. Bestemmelsen er frivillig for ordregiver at anvende, men hvis bestemmelsen er tilvalgt, medfører den en pligt for ordregiver til at udelukke økonomiske aktører, hvor der er plausible indikationer for at disse har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Det kan konkluderes, at aftalebegrebet, samt definitionen af konkurrencefordrejning inden for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 følger de konkurrenceretlige definitioner. Således omfatter § 137, stk. 1, nr. 3 aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er indgået med henblik på at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. På baggrund af EU-domstolens dom i C-416/21 *Landkreis* kan det endvidere konkluderes, at begrebet “*andre økonomiske aktører*” dog er bredere end det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, og at koncernforbundne virksomheder i udbudsretlig kontekst betragtes som individuelle økonomiske aktører, når de afgiver tilbud hver for sig. Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 følger således anvendelsesområdet i konkurrencelovens § 6, dog med mulighed for at udelukke koncernforbundne virksomheder.

På baggrund af EU-domstolens afgørelse i C-531/16 *Specializuoetas transportas* sammenholdt med lovbemærkningerne til § 137, stk. 1, nr. 3 og EU-Kommissionens meddelelse, kan det konkluderes, at bestemmelsen adskiller sig fra de øvrige ved at have en lempeligere bevisbyrde. Bevisbyrden følger af bestemmelsens ordlyd, hvorefter der skal foreligge plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Det har ikke på baggrund af Klagenævnets praksis været muligt at fastlægge, hvad det præcist udgør en plausibel indikation. En mistanke vil ikke i sig selv kunne udgøre en plausibel indikation, men skal ledsages af en konkret indikation, som eksempelvis identiske stavfejl, som det var tilfældet i *OneMed*, som er det eneste eksempel på, at Klagenævnet har tilsidesat ordregivers skøn. Det må på den baggrund konkluderes, at ordregiver har et vidt skøn i vurderingen af, om der foreligger plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Efter § 136, nr. 4 skal en ordregiver udelukke økonomiske aktører, der i forbindelse med udøvelsen af *erhvervet*, har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integriteten. På baggrund af EU-domstolens praksis kan det konkluderes, at bestemmelsen kan omfatte enhver overtrædelse af

konkurrencelovgivningen. EU-domstolens fastslog i C-465/11 *Forposta*, hvad der skulle forstås ved en alvorlig fejl begået i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, i henhold til direktiv 2004/18/EF art. 45, stk. 2 litra d. Denne dom er fortsat central i fortolkningen af, hvad der er omfattet af § 136, nr. 4. På baggrund af C-465/11 *Forposta* kan det således konkluderes, at begrebet “*erhverv*” skal forstås bredt og generelt omfatter adfærd, der har en negativ indvirkning på den økonomiske aktørs faglige integritet og pålidelighed. Det er den økonomiske aktørs adfærd, der er afgørende for, om der foreligger en alvorlig forsømmelse. Der skal foreligge et element af subjektiv hensigt, eller som minimum alvorlig uagtsomhed hos den økonomiske aktør, for at der kan være tale om en alvorlig forsømmelse i henhold til § 136, nr. 4. Det konkluderes, at bestemmelsen med sin generelle udformning ikke er begrænset til at finde anvendelse på aftaler om konkurrencefordrejning, som omfattet af konkurrencelovens § 6 men også på misbrug af dominerende stilling efter konkurrencelovens § 11. Udbudslovens § 136, nr. 4 har således et bredere område end de øvrige gennemgåede bestemmelser, og ordregiver er tillagt et vidt skøn, men skal iagttage de udbudsretlige principper i anvendelsen heraf.

På baggrund af EU-Domstolens praksis kan det konkluderes, at ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 medfører en pligt til at udelukke økonomiske aktører, der har fået en ulovlig konkurrencefordel i medfør af en konkurrencefordrejning. Klagenævnet for Udbud har ikke kompetence til at vurdere konkurrenceretlige spørgsmål, og det har tidligere været antaget, at der derfor ikke kunne ske udelukkelse på baggrund af konkurrencefordrejning hvis § 137, stk. 1, nr. 3 ikke var tilvalgt. Klagenævnet har i *Peak Consulting* dog fastslået, at der alligevel kan være pligt for ordregiver til at udelukke, selvom § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt. Klagenævnet har dermed fundet en hjemmel til at udelukke i tilfælde af konkurrencefordrejning, på trods af at § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt. Det konkluderes, at såfremt en økonomisk aktør har overtrådt konkurrencelovens § 6, vil aftalen ikke være egnet til at opfylde kontrakten, da en ulovlig aftale efter konkurrencelovens § 6 vil være ugyldig. Det vil således stride imod ligebehandlingsprincippet at tildele en kontrakt til en økonomisk aktør, der har foretaget konkurrencefordrejning.

Reglerne om self-cleaning medfører, at alle økonomiske aktører, der udelukkes fra et udbud, skal have mulighed for at fremlægge dokumentation for deres pålidelighed, før der kan ske udelukkelse. Det gælder uanset om udelukkelsen er sket på baggrund af en frivillig eller en obligatorisk udelukkelsesgrund. Der er mulighed for at foretage self-cleaning uagtet om den

konkurrencefordrejning, der ligger til grund for udelukkelsen, er begået i forbindelse med det aktuelle udbud eller et tidligere udbud. Det er dog konkluderet, at det findes usandsynligt, at en økonomisk aktør kan nå at foretage self-cleaning for en konkurrencefordrejning, denne har begået i forbindelse med et igangværende udbud. Det konkluderes, at en økonomisk aktør skal kunne dokumentere, at denne har implementeret og iværksat både afhjælpende og forebyggende foranstaltninger. Selvom ordregiver har pligt til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, er det alene ordregivers vurdering, hvorvidt der er foretaget tilstrækkelig self-cleaning. Denne vurdering skal foretages under iagttagelse af proportionalitetsprincippet. Det konkluderes, at reglerne om self-cleaning er med til at sørge for realisering af formålet med udelukkelsesreglerne, som er at udelukke upålidelige økonomiske aktører under samtidig beskyttelse af de overordnede formål med udbudsloven om fri og lige konkurrence og bedst mulig udnyttelse af de offentlige midler.

Sammenfattende konkluderes det, at der skal ske udelukkelse af en økonomisk aktør, der har begået konkurrencefordrejning, medmindre denne har foretaget tilstrækkelig self-cleaning. Hvis udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt, har ordregiver pligt til at udelukke såfremt der foreligger plausible indikationer for at den økonomiske aktør har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Udbudslovens § 136, nr. 4 skal betragtes som *lex generalis* overfor § 137, stk. 1, nr. 3. Udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4 finder derfor anvendelse i tilfælde, hvor § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt eller hvor konkurrencefordrejningen ikke er omfattet, fordi den ligger uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6.

Udelukkelse på baggrund af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, deler anvendelsesområde med § 137, stk. 1, nr. 3 og har dermed også et snævrere anvendelsesområde end § 136, nr. 4. Dog kan § 2 dog fortsat have selvstændig relevans som udelukkelsesgrund efter at § 136, nr. 4 er blevet obligatorisk, idet dens anvendelse ikke forudsætter tilstedeværelse af subjektiv hensigt eller culpøs adfærd, modsat § 136, nr. 4. Såfremt udbudslovens § 136, nr. 4 kan finde anvendelse, vil denne dog - i medfør af gennemsigtighedsprincippet - skulle anvendes frem for at der udelukkes på baggrund af ligebehandlingsprincippet i § 2. I dansk praksis er der endnu ikke set eksempler på, at § 136, nr. 4 er anvendt i forbindelse med konkurrencefordrejning. Hvorvidt Klagenævnet vil ændre sin praksis, vil tiden vise.

11. Tilbudskonsortier i offentlige udbud – perspektivering til Vejstribesagen

Som konkluderet ovenfor, finder udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, § 136, nr. 4 og § 2 anvendelse i forskellige situationer, hvor der er sket en fordrejning af konkurrencen eller der er plausible indikationer for en aftale herom. Bestemmelserne overlapper dog hinanden delvist. Vurderingen af hvornår der kan og skal ske udelukkelse, er således særdeles vanskelig. Ordregiver har et bredt skøn både i sin vurdering af om der foreligger plausible indikationer for en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, om den økonomiske aktør har begået en konkurrencefordrejning med karakter af en alvorlig forsømmelse og om den økonomiske aktør har fordrejet konkurrencen og dermed baserer sig på en ugyldig aftale i strid med ligebehandlingsprincippet. Det er tidligere konkluderet, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 omfatter konkurrencefordrejning, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, og at udbudslovens § 136, nr. 4 omfatter konkurrencefordrejning som er omfattet af både konkurrencelovens §§ 6 og § 11. Udbudslovens § 2 omfatter konkurrencefordrejning omfattet af konkurrencelovens § 6, da det er en forudsætning for at kunne udelukke med henvisning til ligebehandlingsprincippet i § 2, at den pågældende økonomiske aktør ikke er egnet til prækvalifikation eller tildeling som følge af en ugyldig aftale, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5.

Anvendelsen af ovennævnte bestemmelser forudsætter således indirekte en vurdering af, hvorvidt konkurrencereglerne er overtrådt. Den konkurrenceretlige vurdering er kompleks og vil ikke være lige til for en ordregiver at foretage. Komplexiteten er blandt andet tydelig i *Vejstribesagen*, som også har givet anledning til debat vedrørende virksomheders mulighed for at byde på offentlige kontrakter som konsortium. *Vejstribesagen* illustrerer, at retsstillingen for den økonomiske aktør er usikker i henhold til konsortiedannelse, og at den økonomiske aktør bl.a. kan risikere strafansvar på trods af, at ordregiver har skønnet, at der ikke var grund til at udelukke. Dette vil i det følgende blive diskuteret.

I *Vejstribesagen* havde ordregiver udbudt vejmarkering i tre delaftaler, hvor der kunne bydes på en eller flere af aftalerne. Ved tilbud på flere delaftaler, havde de økonomiske aktører mulighed for at give rabat på den samlede pris for delaftalerne. Tildeling skulle ske til den samlet set bedste pris. De

to største aktører i markedet dannede et konsortium og vandt opgaven med en pris, der var 20% lavere end de øvrige tilbud.⁴⁵⁸

Både Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og Højesteret fandt, at konsortiet udgjorde en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, blandt andet fordi de to deltagende virksomheder kunne have budt på mindst én delaftale alene. På den baggrund kan det udledes, at når en økonomisk aktør har kapacitet til at udføre en delaftale selv, er denne som udgangspunkt afskåret fra at deltage i et konsortium, medmindre der kan ske individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8. Det blev tilsyneladende ikke tillagt vægt af Højesteret, at den samlede pris var 20% lavere end de andre tilbud, og at der formentlig ligeledes er store besparelser at hente, når det samlede udbud tildeles et konsortium frem for flere af hinanden uafhængige virksomheder.⁴⁵⁹

Kravet om opdeling i delkontrakter følger af udbudslovens § 49, og skal sikre, at små og mellemstore virksomheder, får mulighed for at deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter.⁴⁶⁰ Det var denne opdeling, der blev afgørende i *Vejstribesagen*. Højesteret lagde i deres afgørelse vægt på, at de to konsortiedeltagere i *Vejstribesagen* kunne have budt på mindst én delkontrakt hver og dermed var deres konsortium ulovligt. Klagenævnet for Udbud har i kendelsen *Kailow Graphic* derimod vurderet, at der ikke skulle ske udelukkelse af et konsortium, hvor mindst en af deltagerne kunne byde på hele opgaven alene. Klagenævnet fandt, at det gav mulighed for at optimere det samlede tilbud, at lade de økonomiske aktører byde som et konsortium.⁴⁶¹ De to afgørelser viser, at der er forskel på, hvordan de udbudsretlige regler om konsortier tolkes overfor de konkurrenceretlige regler, hvilket er med til at skabe en usikker retstilstand for den økonomiske aktør. Sø- og Handelsrettens afgørelse i *Vejstribesagen*, som blev omgjort af Højesteret, illustrerer endvidere, at der ikke blot er diskrepans mellem udbuds- og konkurrenceretten, men at den konkurrenceretlige vurdering også i sig selv er vanskelig.⁴⁶² Sø- og Handelsretten fandt, på linje med Klagenævnet i *Kailow Graphic*, at den omstændighed, at en virksomhed potentielt kunne have budt alene på en delaftale, ikke kunne afskære

⁴⁵⁸ *Vejstribesagen*, sagsnr. U-2-16, U-3-16, Sø- og Handelsretten den 27. august, 2018. Tilgængelig på: www.domstol.dk/soehandelsretten.

⁴⁵⁹ U 2020.524 H, *Vejstribesagen*, s. 272.

⁴⁶⁰ Lovforslag L 19, 2015, s. 253.

⁴⁶¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 5. december 2019, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, s. 23.

⁴⁶² *Vejstribesagen*, sagsnr. U-2-16, U-3-16, Sø- og Handelsretten den 27. august, 2018. Tilgængelig på: www.domstol.dk/soehandelsretten.

virksomheden fra at indgå i et konsortium og herefter afgive bud på det samlede udbud, da dette ikke i sig selv medfører en begrænsning af konkurrencen.

Da udbuds- og konkurrencereglerne skal fortolkes i lyset af formålet og hensynet bag reglerne, er disse væsentlige at kende til.⁴⁶³ Det kan som følge heraf overvejes, hvorvidt konkurrence- og udbudsreglerne udgør komplementære regelsæt i forbindelse med udelukkelse, eller om de grundlæggende formål og hensyn med reglerne medfører modstridende fortolkninger af samme forhold.

Konkurrenceretten består af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i § 11 samt reglerne om fusionskontroller.⁴⁶⁴ I den danske konkurrencelov, er der indsat en formålsbestemmelse: *“Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere”*⁴⁶⁵. På trods af ordlyden, er det alene hensynet til forbrugerne, der er bærende i konkurrenceretten.⁴⁶⁶ Det fremgår desuden af lovforarbejderne, at en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse er den primære målsætning, og at virksom konkurrence er det mest effektive middel til at sikre dette.⁴⁶⁷

Formålet med den danske udbudslov er, udover at implementere udbudsdirektivet, at fastlægge procedurer for indkøb, hvor der *“gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”*⁴⁶⁸. I udbudsdirektivet er der ingen formålsbestemmelse, men reglerne er skabt til at sikre opretholdelsen af det indre marked og reglerne om fri bevægelighed samt at fremme konkurrencen.⁴⁶⁹ De EU-retlige formål er primære ved fortolkning af reglerne, hvis der er modstrid.⁴⁷⁰

Hvor konkurrencereglerne tager sigte på at fordømme og forebygge forurening af konkurrencen, er udbudsreglerne rammeskabende for en lige og gennemsigtig udbudsprocedure.⁴⁷¹ Udbudsreglerne

⁴⁶³ Heidi Sander Løjmand, *Tilbudskonsortier*, (1.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 83.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, s. 40.

⁴⁶⁵ Konkurrencelovens § 1.

⁴⁶⁶ Heidi Sander Løjmand, *Tilbudskonsortier*, (1.udg., Djøf Forlag, 2022), s. 86.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, s. 85.

⁴⁶⁸ Udbudslovens § 1.

⁴⁶⁹ Udbudsdirektivet, præambelbetragtning 1.

⁴⁷⁰ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 32.

⁴⁷¹ C-416/21, *Landkreis*, pr. 42-43.

er ikke designet til at regulere konkurrenceretten og omvendt, og af denne årsag, kan det medføre uoverensstemmelser ved hensynsafvejning, når de to regelsæt sammenblandes. Dette illustreres af Højesterets tilgang til konsortiet i *Vejstribesagen* sammenholdt med Klagenævnets lempeligere tilgang til konsortier.

11.1. Er det for risikabelt for økonomiske aktører at indgå konsortieaftaler?

De nuværende regler skaber en vanskelig situation både for økonomiske aktører og ordregivere. Klagenævnet lægger i sin praksis op til, at det er ordregiver, der skal foretage den konkurrenceretlige vurdering, da Klagenævnet ikke kan tage stilling til spørgsmål, der ikke omhandler udbudsretten, jf. Lov om Klagenævnet for udbud § 10, stk. 1, hvilket ligeledes blev pointeret i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark*⁴⁷². Når Klagenævnet ikke kan tage stilling til det konkurrenceretlige spørgsmål, og samtidig tildeler ordregiver et vidt skøn for hvornår der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse, vil ordregiver få pålagt ansvaret for at foretage den komplekse konkurrenceretlige vurdering. En vurdering af om konkurrenceloven er overtrådt kræver endvidere store mængder af ressourcer at udarbejde. Det er meget ansvar at pålægge ordregiveren, som ikke nødvendigvis har de rette kompetencer til at foretage den komplicerede konkurrenceretlige vurdering. Det kan overvejes, om det er et uforholdsmæssigt stort ansvar og økonomisk byrde at pålægge en ordregiver, samt om det harmonerer med effektiv udnyttelse af det offentliges midler. Det kan ligeledes give anledning til overvejelse om samspillet mellem reglerne reelt sikrer realiseringen af reglernes formål om at sikre den frie bevægelighed og fremme konkurrencen.

Ved at lade ordregiver stå med ansvaret for den konkurrenceretlige vurdering, skabes der usikkerhed for økonomiske aktører, da det er uigennemsigtigt, hvornår den økonomiske aktør kan risikere udelukkelse. Det kan overvejes, om virksomhedernes retssikkerhed er behørigt beskyttet, når en ordregiver kan udelukke efter sin egen konkurrenceretlige vurdering, som Klagenævnet for Udbud ikke har mulighed for at prøve, jf. også *Tolkdanmark*. Hvis ordregiver vælger ikke at udelukke en økonomisk aktør på baggrund af deres konkurrenceretlige vurdering og skønnet er forkert, vil konsekvenserne for ordregiver være, at sagen muligvis bliver indbragt for Klagenævnet for Udbud, domstolene eller konkurrencemyndighederne, hvilket er en ressourcekrævende proces. Konsekvensen kan desuden være, at udbuddet må gå om med et uundgåeligt ressourcepild til følge.

⁴⁷² Klagenævnet for Udbud, kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed*.

Dog er Klagenævnet tilbageholdende med at tillægge klager opsættende virkning, hvorfor den vindende økonomiske aktør i mange tilfælde vil have påbegyndt og måske endda færdiggjort kontrakten inden en annullation af tildelingsbeslutningen bliver fastsat.

Klagenævnet har udtalt, at et konsortium i sig selv ikke udgør en plausibel indikation, hvorfor der ikke alene kan ske udelukkelse på baggrund af det forhold, at flere virksomheder byder sammen som konsortium.⁴⁷³ I *Vejstribesagen* havde de to virksomheder i konsortiet indhentet en udtalelse fra en advokat vedrørende lovligheden af konsortiet, inden de afgav tilbud. Ordregiver udelukkede ikke konsortiet fra udbuddet. Til trods for dette, endte sagen i Højesteret. Der blev ligeledes anlagt et strafferetligt søgsmål, hvor de to virksomheder og tre hertil tilknyttede personer, blev dømt for overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 3. Østre Landsret valgte dog at lade straffen bortfalde, da de fandt, at de tiltalte havde befundet sig i en undskyldelig retsvildfarelse.⁴⁷⁴ Sagen understreger den usikre retsstilling en økonomisk aktør har i en situation, hvor ordregiver har vurderet at der ikke skal ske udelukkelse, men hvor domstol eller anden administrativ klagemyndighed bagefter finder, at konkurrencereglerne er overtrådt.

I tilfælde, hvor en økonomiske aktør er udelukket med henvisning til konkurrencefordrejning, kan det overvejes om det savner mening for økonomiske aktør at indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud, da det på baggrund af tidligere praksis er usandsynligt at klagen vil blive tillagt opsættende virkning, og at kontrakten derfor muligvis ville være blevet igangsat eller udført inden sagen ville være afgjort. Endvidere findes det usandsynligt, at Klagenævnet tilsidesætter ordregivers skøn, medmindre det er åbenbart forkert eller usagligt. Klagenævnet har alene kompetence til at tage stilling til udbudsretlige spørgsmål og vil ikke foretage en grundig prøvelse af den konkurrenceretlige vurdering. Som en anden mulighed, kan økonomiske aktører indbringe sagen direkte for domstolene,⁴⁷⁵ men dette er ressourcekrævende og kan være en langvarig proces. Den sidste mulighed den økonomiske aktør har, vil være at gå til konkurrencemyndighederne med henblik på en prøvelse af den af ordregiver foretagne konkurrenceretlige vurdering. Dog kan det overvejes om økonomiske aktører i praksis vil gøre det, da der er risiko for selvinkriminering, hvis ordregivers

⁴⁷³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, s. 55.

⁴⁷⁴ Østre Landsrets dom afsagt 2. februar 2024, j.nr. S-532-22. Landsrettens begrundelse og resultat er tilgængeligt her: <https://domstol.dk/oestrelandsret/>.

⁴⁷⁵ Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021), s. 774.

konkurrenceretlige vurdering og deraf følgende udelukkelse har været berettiget. Det vil således være vanskeligt for en økonomisk aktør at ændre på ordregivers skøn i vurderingen af, om der kan ske udelukkelse.⁴⁷⁶

På baggrund af ovenstående overvejelser, fremstår retsstillingen på området uklar i en sådan grad, at økonomiske aktører givetvis vil afstå fra at danne konsortier i forbindelse med offentlige udbud. Ved det manglende incitament til at byde som konsortium risikeres det, at ordregivende myndigheder ikke opnår den bedst mulige udnyttelse af det offentliges midler. Hensynet til at få flere økonomiske aktører til at deltage i et udbud vægter således højere end lavere priser og reducerede koordineringsforpligtigelser. Lidt karikeret kan det siges, at der ud fra den nuværende retsstilling vægtes kvantitet i form af flere indgivne tilbud over kvalitet i form af lavere priser, når det kommer til deltagelsen af økonomiske aktører i udbudsproceduren.

⁴⁷⁶ Jf. dog U 2013.2551 H, *I/S Vestforbrænding mod DSV Transport*.

Litteraturliste

Lovgivning

Lovgivning fra EU

Traktaten om Den Europæiske Union (TEU)

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

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

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF [2009] OJ L216/76.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter [2014] OJ L94/1.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF [2014] OJ L94/65.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF [2014] OJ L94/243.

Dansk lovgivning

Lov nr. 384 af 10. juni 1997 (Konkurrenceloven). Senest ændret Lov nr. 2601 af 28. december 2021. (Lovbekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021.)

Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne. Senest ændret Lov nr. 884 af 21. juni 2022. (Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016.)

Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (Udbudsloven). Senest ændret ved Lov nr. 884 af 21. juni 2022. (Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023.)

Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Lovforslag L 172 ”Forslag til konkurrencelov” af 20 februar 1997, FT 1996-97

Lovforslag L 63 ”Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven” af 27. oktober 2004, FT 2004-05 (1. samling)

Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” af 7. oktober 2015, FT 2015-16

Lovforslag L 199 ”Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren” af 10. maj 2022, FT 2021-22

Lovforslag L 121 ”Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven” af 28 februar 2024, FT 2023-24

Meddelelser, vejledninger og rammeafgørelser

Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA om bekæmpelse af organiseret kriminalitet, 24. oktober 2008

EU-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund* (2021/C 91/01), 18. marts 2021

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udgivelse, *Udbud med deltagelse af konsortier – Vejledning til ordregiver*, december 2022

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen udgivelse, *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, februar 2023

Praksis

Praksis fra EU

Forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA mod Belgien, EU:C:2005:127.

C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5.

C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli, EU:C:2019:507

C-66/22, Infraestruturas de Portugal og Futrifer Indústrias Ferroviárias, EU:C:2023:1016.

C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) mod Kommissionen, EU:C:2014:2204.

C-87/94, Kommissionen mod Belgien, EU:C:1996:161.

C-94/99, ARGE Gewässerschutz mod Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, EU:C:2000:677.

C-124/17, Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH, EU:C:2018:855

C-171/15, Connexion Taxi Services BV mod Staat der Nederlanden, EU:C:2016:948.

C-199/07, Kommissionen mod Grækenland, EU:C:2009:693.

C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Simvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, EU:C:2008:731.

C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM), EU:C:1989:331.

C-243/89, Kommissionen mod Danmark, EU:C:1993:257.

C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA mod Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, EU:C:2019:869.

C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, EU:C:2013:647.

C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici mod Comune di Milano, EU:C:2014:2063.

C-376/08, Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano, EU:C:2009:808.

C-395/18, Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA mod Consip SpA og Ministero dell'Economia e delle Finanze, EU:C:2020:58.

C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, EU:C:2016:347.

C-416/21, Landkreis Aichach-Friedberg mod J.Sch. Omnibusunternehmen, EU:C:2022:689.

C-421/01, Traunfellner GmbH mod Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), EU:C:2003:549.

C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) mod Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA, EU:C:2019:476.

C-441/14, Dansk Industri (DI) mod Sucession Karsten Eigil Rasmussen, EU:C:2016:278.

C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich, EU:C:2008:351.

C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA, EU:C:2012:801.

C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, EU:C:2014:2469.

C-496/99 P, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236

C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne, EU:C:2002:495.

C-531/16, Specializuotas transportas, EU:C:2018:324.

C-549/14, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634.

C-810/79, Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, EU:C:1980:228.

T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, EU:T:2009:491

Generaladvokatsudtalelser

Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-41/18, Meca, EU:C:2019:183.

Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-171/15, Connexion Taxi Services, EU:C:2016:506.

Praksis fra Højesteret

U 2013.2551 H, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport.

U 2020.524 H, Vejstribesagen.

Praksis fra Østre Landsret

Østre Landsrets dom afsagt 2. februar 2024, j.nr. S-532-22. Tilgængelig på:

<https://domstol.dk/oestrelandsret/>.

Praksis fra Sø- og Handelsretten

Vejstribesagen, sagsnr. U-2-16, U-3-16, Sø- og Handelsretten den 27. august, 2018. Tilgængelig på:

www.domstol.dk/soehandelsretten

Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. maj 2020, Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. juli 2021, SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune m.fl..

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. april 2023 KN, Rengøring mod Vejle Kommune.

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2024, A mod Vejdirektoratet.

Bøger

Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2. udg., Hart Publishing Ltd, 2015)

Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, (2. udg., Djøf Forlag, 2021)

Carina Risvig Hansen (nu Hamer), *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, (1. udg., Djøf Forlag, 2012)

Christian Bergqvist, *Konkurrenceretten*, (2. udg., Djøf Forlag, 2023)

Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, (6. udg., Djøf Forlag, 2021)

Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm, & Cecilie Fanø Petersen, *EU udbudsregler - i dansk kontekst*, (3. udg., Djøf Forlag, 2022)

Heidi Sander Løjmand, *Tilbudskonsortier*, (1. udg., Djøf Forlag, 2022)

Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, (5. udg., Karnov Group, 2024)

Karsten Engsig Sørensen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten* (8. udg., Djøf Forlag, 2022)

Katarzyna Kuzma & Wojciech Hartung, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, (1. udg., Elgar European Law and Practice, 2020)

Peter Blume, *Retssystemet og Juridisk Metode*, (4. udg., Djøf Forlag, 2020)

Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udg., Djøf Forlag, 2022)

Sune Troels Poulsen, Michael Steinicke, Anders Birkelund Nielsen, & Anne Bergholt Sommer, *EU Udbudsretten*, (4. udg., Djøf Forlag, 2022)

Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, (9. udg., Karnov Group, 2024)

Kapitler fra bøger

Albert Sánchez Graells, ”Kapitel 19. EU Competition Law and State Aid-Issues in Public Procurement”, i Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende Udbudsret*, (1. udg., Djøf Forlag, 2016).

Albert Sánchez Graells, “Kapitel 4. The Role of Competition in Public Procurement Regulation” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022).

Carina Risvig Hamer & Bugge Thorbjørn Daniel, ”Kapitel 5. Juridisk metode når EU-retten er i spil”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020).

Carina Risvig Hamer, "Chapter 15. To exclude, or not to exclude economic operators: That is the question" i Carina Risvig Hamer, Magdalena Socha & Kirsi-Maria Halonen (red.), *PUBLIC PROCUREMENT – Centralisation and new trends*, (1. udg., Djøf Forlag, 2024).

Carina Risvig Hamer & Marta Andhov, “Commentary on Article 18 Public Procurement Principles”, i Roberto Caranta and Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021).

Caroline Heide-Jørgensen, “The Relationship Between Article 101 (1) TEUF and Article 101 (3) TEUF, i Caroline Heide-Jørgensen, Christian Bergquist, Ulla Neergaard & Sune Troels Poulsen (red.), *Aims and Values of Competition Law*, (1. udg, Djøf Forlag, 2013).

Henrik Palmer Olsen, ”Kapitel 4. Videnskabsteori og Retsfilosofi”, i Thomas Riis & Jan Trzaskowski *Skriftlig Jura: den juridiske fremstilling*, (2. udg., Ex Tuto Publishing, 2020).

Karsten Engsig Sørensen, "Kapitel II. Introduktion til art. 101", i Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke & Karsten Engsig Sørensen, *EU-konkurrenceretten*, (5. udg., Djøf Forlag, 2024).

Karsten Naundrup Olesen, "Kapitel 2. Retsdogmatik – Kilder og argumentation", i Louise Victoria Johansen & Cecilie Brito Cederstrøm (red.), *Ret på tværs*, (1. udg., Djøf Forlag, 2023).

Michael Steinicke, “Kapitel 6. Exclusion – the Danish approach” I Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (red.), *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, (Ex Tuto Publishing, 2022).

Pascal Friton & Janis Zöll, “Commentary on Article 57 Exclusion Grounds”, i Roberto Caranta & Albert Sánchez Graells (red.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, (Edward Elgar, 2021).

Sten Schaumburg-Müller, ”Kapitel 1. Juridisk Metode”, i Carina Risvig Hamer & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens Verden*, (1. udg., Djøf Forlag, 2020).

Artikler

Carina Risvig Hamer, ”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?” (2020), U.2020B.114, UfR

Carina Risvig Hamer, “The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot Be Trusted” (2020) 1|EPPPL

Carina Risvig Hamer, ”The Principle of Proportionality” (2022), 3|EPPPL

Dorthe Kristensen Balshøj, “Muligheden for self- cleaning I offentlige udbud”, (2024), U.2024B.35, UfR

Hans-Joachim Priess, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, (2014) 3|PPLR

Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand og Carina Risvig Hamer, Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning” (2022), U.2022B.151, UfR

Andre kilder

OECD, *OECD Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, (2012)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af Udbudsloven*, (2021).

Kammeradvokaten, *Opdateret vurdering af Ateas pålidelighed efter udbudslovens § 138*, af 16. september 2022. Tilgængelig på: <https://www.ski.dk/media/bvgpbzei/opdateret-vurdering-af-ateas-p%C3%A5lidelighed-efter-udbudsloven-2022-final-ekstraheret.pdf>

Den Europæiske Revisionsret, *Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i de ti år frem til 2021*, (2023)

Klagenævnet for Udbud, *Årsberetning 2022*, (2023)

Albert Sanchez, “Transposing Directives no longer so discretionary! The Court of Justice forces transposition of discretionary exclusion grounds and hints at ‘intra-State’ vertical direct effect (C-66/22)” (How to Crack a Nut, 21. marts 2024): <https://www.howtocrackanut.com/blog/2024/3/21/transposing-directives-no-longer-so-discretionary?rq=infraestructuras> (Senest besøgt den 28. maj 2024.)