

Indhold

Arbejdsgruppens afrapportering for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen	2
1. Baggrund	2
1.1 Sammenfatning og anbefalinger.....	3
1.2 Arbejdsgruppens formål, opgaver, proces og sammensætning.....	10
2. Mulige initiativer vedr. udelukkelse og pålidelighedsvurdering	11
2.1 Domstolsfastsat udelukkelsesperiode (initiativ 1a).....	11
2.1. Forlængelse af udelukkelsesperioden (initiativ 1b)	17
2.2. Administrativ forenkling mv. (initiativ 1c).....	19
2.3. Reglerne om ophør af kontrakter (initiativ 2a).....	24
2.4. Øvrige initiativer	27
2.5. Initiativer til en kommende revision af EU-udbudsdirektivet	32
Kommissorium for afrapportering for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen	34
Baggrund.....	34
Arbejdsgruppens formål.....	35
Arbejdsgruppens opgaver	35
Spor 1	35
Spor 2	36
Øvrige initiativer	36
Organisering og proces	36
Spørgsmål til og svar fra EU-Kommissionen	37

1. Baggrund

Atea A/S (Atea) blev ved en dom i juni 2018 fundet skyldig i bl.a. aktiv bestikkelse, jf. straffelovens § 122., og idømt en bøde på 10 mio. kr. Dommen blev endelig d. 11. juli 2018. Den 12. juli 2018 vedtog Atea et bødeforlæg på 3 mio. kr., der også omfattede bestikkelse.

Atea var på den baggrund som udgangspunkt udelukket fra at deltage i offentlige udbudsprocedurer i fire år fra hhv. tidspunktet for endelig dom og tidspunktet for vedtagelsen af bødeforlægget. Atea er dermed som udgangspunkt udelukket fra offentlige udbudsprocedurer til og med den 11. juli 2022, jf. udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2, jf. § 138, stk. 6.

Ifølge udbudslovens § 138 har ansøgere og tilbudsgivere (herefter tilbudsgivere), der er omfattet af udelukkelsesbestemmelserne i udbudslovens §§ 135-137, krav på at fremlægge dokumentation for deres pålidelighed, og de kan ikke udelukkes fra en udbudsprocedure, hvis dokumentationen vurderes tilstrækkelig. Det er den enkelte ordregiver, der i forbindelse med de konkrete udbudsprocedurer skal vurdere, om dette er tilfældet. Denne proces kaldes i daglig tale ”selfcleaning”

Økonomistyrelsen og Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) havde begge på tidspunktet for dommen og bødeforlægget indgået en række fællesoffentlige rammeaftaler med Atea.

Økonomistyrelsen og SKI iværksatte umiddelbart efter dommen og bødeforlægget overvejelser om, hvorvidt Atea efter deres opfattelse kunne anses for pålidelig, jf. udbudslovens § 138, og om hvorvidt deres allerede indgåede aftaler med Atea kunne ophæves.

Baggrunden for Økonomistyrelsen og SKI’s initiativ var dels et hensyn til styrelsens og SKI’s egne fremtidige aftaleindgåelser, dels et ønske om at lette de pålidelighedsvurderinger, som i den fireårige udelukkelsesperiode skal gennemføres af bl.a. kunderne på Økonomistyrelsens og SKI’s fællesoffentlige rammeaftaler.

Økonomistyrelsen og SKI meddelte den 7. september 2018 i fællesskab, at Atea efter deres opfattelse på det pågældende tidspunkt opfyldte betingelserne efter udbudslovens § 138 for at kunne deltage i udbudsprocedurer, og at Atea derfor efter deres opfattelse fortsat kunne være leverandør, selvom Atea var omfattet af udelukkelsesbestemmelsen i § 135, stk. 1, nr. 2. Økonomistyrelsen og SKI meddelte samtidig, at de ville revurdere spørgsmålet mindst én gang årligt i den fireårige udelukkelsesperiode.

Økonomistyrelsen og SKI meddelte samme dag hver især, at de ikke fandt, at der var grundlag for at bringe allerede gældende aftaler med Atea til ophør.

Den første revurdering af Ateas pålidelighed blev foretaget i juni 2019 og opdateret i september 2019.

Revurderingerne med tilhørende materiale blev offentliggjort på Økonomistyrelsens og SKI's hjemmesider, således at der i udelukkelsesperioden altid vil være et forholdsvist aktuelt materiale til rådighed for bl.a. pålidelighedsvurderinger, der skal foretages af kunderne på de fællesoffentlige rammeaftaler.

Der var så vidt vides tale om de første vurderinger af sådanne spørgsmål efter ikrafttrædelsen af udbudsloven i forbindelse med sager af denne karakter.

I forlængelse af bl.a. Atea-sagen har der været offentlig og politisk debat om konsekvenserne, herunder straffen, for tilbudsgivere, der overtræder lovgivningen og omfattes af udelukkelsesbestemmelserne, og om tilliden til offentlige myndigheder.

Dette er baggrunden for nedsættelsen af arbejdsgruppen om eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen.

1.1 Sammenfatning og anbefalinger

Arbejdsgruppen bemærker indledningsvis, at Atea-sagen er en usædvanlig sag. Der er tale om en sag af meget alvorlig karakter, og det må samtidig antages, at der er en meget lille sandsynlighed for, at en tilsvarende sag vil opstå i fremtiden i Danmark.

Arbejdsgruppen finder, at dette skal tages i betragtning i forbindelse med arbejdsgruppens vurderinger af behovet for regelændringer.

Uanset Atea-sagens særlige karakter finder arbejdsgruppen, at der på baggrund af de indhøstede erfaringer kan være grundlag for at ændre gældende ret på visse punkter.

Arbejdsgruppen har drøftet følgende forslag:

1) Domstolsfastsat udelukkelsesperiode (initiativ 1a)

2) Forlængelse af udelukkelsesperiode (initiativ 1b)

3) Administrativ forenkling (initiativ 1c)

4) Ophør af kontrakt (initiativ 2a)

5) Øvrige initiativer

Forslag 1: Forudgående pålidelighedsvurdering betales af tilbudsgiverne

Forslag 2: Alle frivillige udelukkelsesgrunde gøres obligatoriske

Forslag 3: Klare retningslinjer for pålidelighedsvurdering

6) EU-initiativer

A) At fjerne kravet om pålidelighedsvurderinger i udbudsdirektivet.

B) At give medlemslandene kompetence til selv at afgøre, om der ønskes pålidelighedsvurderinger.

- C) At skærpe af kravene fx ved at der i udbudsdirektivet indføres en karenperiode på fx 6-12 måneder, hvori tilbudsgivere i praksis skal dokumentere deres pålidelighed for derefter at opnå adgang til at afgive tilbud. I karenperioden skal det fx kunne dokumenteres, at de trufne pålidelighedsforanstaltninger er implementeret og overholdes i praksis.

Arbejdsgruppen anbefaler sammenfattende følgende:

Enhed for pålidelighedsvurdering

Det anbefales at oprette en enhed, der får til opgave at vurdere virksomheders pålidelighed i forbindelse med gennemførelsen af offentlige udbudsprocedurer, jf. initiativ 1c.

En tilbudsgiver, som er omfattet af en udelukkelsesgrund (såvel obligatorisk som frivillig), kan forelægge dokumentation for de foranstaltninger, som tilbudsgiveren har truffet, med henblik på ordregiverens vurdering af, om disse foranstaltninger er tilstrækkelige til, at tilbudsgiveren kan anses for pålidelig til trods for de forhold, der begrundet udelukkelse.

Det er overladt til medlemsstaterne at fastlægge de nærmere proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der skal finde anvendelse for tilbudsgivernes muligheder for at dokumentere deres pålidelighed. Det er navnlig muligt at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger af tilbudsgivernes dokumentation af pålidelighed eller overdrage denne opgave til andre myndigheder. I Danmark er det (indtil videre) valgt, at vurderingen skal foretages af de enkelte ordregivende myndigheder.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der oprettes en enhed, der får til opgave at vurdere virksomheders pålidelighed i forbindelse med gennemførelsen af offentlige udbudsprocedurer, således at vurderingen af pålidelighed kan ske uafhængigt af ordregivernes interesser, og så vurderingen sker så ens som muligt på tværs af den offentlige sektor. Endvidere vil oprettelsen af enheden sikre, at de ressourcer, der anvendes på at vurdere pålidelighed, reduceres gennem realisering af stordriftsfordele, da det fremover kun er enheden, der vurderer pålideligheden, hvor det i dag er hver enkelt ordregiver, der konkret skal vurdere i hvert enkelt udbud, som den pågældende virksomhed deltager i.

Der vil i forbindelse med vurderingen være fokus på, at virksomheder reelt kan dokumentere, at de har foretaget en række relevante foranstaltninger, hvis de vil vurderes pålidelige. Det foreslås bl.a. understøttet af nogle klare retningslinjer for pålidelighedsvurderinger, jf. nedenstående forslag.

Arbejdsgruppen anbefaler, at den enkelte ordregivende myndighed skal være forpligtet til at lægge enhedens vurdering til grund, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave. Det vurderes, at det vil være mere effektivt for de enkelte ordregivende myndigheder og tilbudsgiver i forhold til både tid, økonomi og ressourcer. Samtidig vil det blive sikret, at de, der foretager en pålidelighedsvurdering, altid vil have den fornødne viden, erfaring og resourceadgang.

Arbejdsgruppen vurderer, at opgaven mest hensigtsmæssigt kan placeres under Erhvervsministeriet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den udbudsfaglige indsigt og derudover har volumen til at prioritere ressourcer og dermed opnå fleksibilitet til pålidelighedsvurderinger efter behov.

Det bemærkes i den forbindelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede på nuværende tidspunkt varetager opgaver, der har varierende ressourcebehov. Desuden har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede erfaring med funktionsadskillelse mellem styrelsens myndighedsopgaver og rådgivning ifm. Rådgivningsenheden – Statens indkøb, der rådgiver og hjælper statslige institutioner med udbud og kontrakter. Enheden drives i samarbejde mellem Økonomistyrelsen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Arbejdsgruppen anser, at det også for enheden for pålidelighedsvurdering vil være væsentlig for at sikre en saglig og forsvarlig administration, at der er en funktionsadskillelse.

Af hensyn til retssikkerheden og vurderingernes sammenhæng med det øvrige udbudsretlige område vurderer arbejdsgruppen, at enhedens vurderinger skal kunne indbringes for Klagenævnet for Udbud.

Endelig er det arbejdsgruppens vurdering med udgangspunkt i det i kommissoriet stillede spørgsmål, at indkøbscentraler og andre udbydere af rammeaftaler ikke bør have kompetencen til at foretage en pålidelighedsvurdering på alle tilsluttede brugeres vegne. Det skyldes bl.a., at en sådan løsning kun vil dække en begrænset andel af alle udbudte kontrakter i Danmark, hvorfor ressource-, tid- og kompetenceproblemet derved ikke synes at blive løst, og at indkøbscentraler ikke nødvendigvis er offentlige myndigheder, og dermed ikke er underlagt de forvaltnings- og offentlighedsretlige forpligtelser, som efter arbejdsgruppens vurdering er hensigtsmæssig for varetagelse af opgaven med at foretage generelt gældende pålidelighedsvurderinger.

Klare retningslinjer for vurderingen af pålidelighed

Det anbefales, at der udarbejdes klare retningslinjer for vurderingen af pålidelighed, hvori det understreges, at udelukkelse må betragtes som hovedreglen, når en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, således at det kun er helt undtagelsesvist, at en sådan tilbudsgiver kan tildeles en kontrakt, idet sådanne klare retningslinjer kan øge retssikkerheden og gøre det lettere og mindre byrdefuldt for den, der foretager vurderingen af pålidelighed, *jf. de øvrige initiativer 3.*

Arbejdsgruppen anbefaler, at der udarbejdes klare retningslinjer for den pålidelighedsvurdering, der skal foretages af enheden. De klare retningslinjer skal bl.a. understrege, at udelukkelse må betragtes som hovedreglen, når en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, og at det kun er helt undtagelsesvist, at en sådan tilbudsgiver kan tildeles en kontrakt. Klare retningslinjer kan øge retssikkerheden og gøre det lettere og mindre byrdefuldt for den, der foretager vurderingen af pålidelighed.

De klare retningslinjer kan fastsættes som egentlige regler i en bekendtgørelse eller i en vejledning eller et administrationsgrundlag for den enhed, der skal foretage vurderingerne. Dette vil der blive taget stilling til i forbindelse med en eventuel udarbejdelse af et lovforslag om etablering af en sådan enhed.

Af de klare retningslinjer kan det fx fremgå, hvilken form for dokumentation for gennemførte foranstaltninger, som enheden kan lægge vægt på, og hvad der bl.a. kan udgøre dokumentation for de forskellige foranstaltninger.

Derudover kan det af retningslinjerne fremgå, hvordan enheden skal forholde sig til foranstaltninger fra tilbudsgiverens side, som først kan få effekt på et senere tidspunkt.

Af retningslinjerne skal det endvidere fremgå, hvorledes der skal tages hensyn til oplysninger, der fremkommer, efter at enheden har foretaget en vurdering af en tilbudsgivers pålidelighed, og om en tilbudsgivers mulighed for at få genoptaget en sag om pålidelighedsvurdering.

Sådanne retningslinjer bør efter arbejdsgruppens vurdering ikke være så detaljerede, at de fratager enheden skønsmulighed. Det skyldes, at om end meget specifikke retningslinjer vil kunne øge retssikkerheden hos de udelukkede virksomheder, så vil de også kunne have den negative effekt, da det i højere grad bliver muligt for tilbudsgiverne at spekulere i at opnå en positiv pålidelighedsvurdering med et minimum af foranstaltninger ved at tilpasse ansøgningen og dokumentationen nøjagtigt til kravene i retningslinjerne – og ikke nødvendigvis efter, hvad der skønnes nødvendigt for at skabe pålidelighed i den konkrete virksomhed.

Forlængelse af udelukkelsesperiode

Det anbefales at forlænge udelukkelsesperioden i forbindelse med de såkaldt obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde fra henholdsvis to og fire år til det maksimum på henholdsvis tre og fem år, der følger af udbudsdirektivet, *jf. initiativ 1b*.

En forlængelse kan potentielt have en forebyggende, præventiv effekt og i hvert fald sende et politisk signal om, at det ikke er ønskeligt, at offentlige myndigheder handler med virksomheder, som agerer i strid med loven.

Derudover vil en længere udelukkelsesperiode indebære, at udelukkede tilbudsgivere i længere tid skal overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger er tilstrækkelige, hvilket kan bidrage positivt til at undgå, at virksomheder bringer sig i en udelukkelsesposition.

Det bemærkes, at en forlængelse af udelukkelsesperioden vil kunne begrænse konkurrencen i det forlængede tidsrum, idet den udelukkede virksomhed ikke vil have mulighed for at byde på offentlige kontrakter i dette tidsrum, medmindre virksomheden anses for pålidelig.

Regler om ophør af indgået kontrakt

Det anbefales, at der fastsættes regler om mulighed for, at ordregiver kan anvende kontraktbestemmelser, hvorefter ordregiver har mulighed for at kræve kontraktophør, hvis en leverandør i en kontrakts løbetid bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller en frivillig udelukkelsesgrund, der er anvendt i den pågældende udbudte kontrakt, med henblik på at skabe parallelitet mellem forholdene før og efter kontraktindgåelsen, *jf. initiativ 2a*.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der i udbudsloven udtrykkeligt åbnes mulighed for, at ordregiver kan indsætte en klausul, hvorefter ordregiver kan kræve kontraktophør, hvis en leverandør i en kontrakts løbetid bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller en frivillig udelukkelsesgrund, som fandt anvendelse i forbindelse med det pågældende udbud. Et eventuelt konkret kontraktophør skal ske i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og de øvrige EU-udbudsretlige principper.

En sådan bestemmelse skal ledsages af en bestemmelse om pligt for leverandører til det offentlige til at underrette den offentlige kontraktpart, hvis de omfattes af en relevant udelukkelsesgrund i udelukkelsesperioden.

Arbejdsgruppen finder, at hensynet til parallelitet mellem forholdene før og efter kontraktindgåelsen taler for, at offentlige ordregivere har mulighed for at bringe indgåede kontrakter til ophør, hvis leverandøren bliver omfattet af en relevant udelukkelsesbestemmelse i kontraktens løbetid.

Arbejdsgruppens finder, at hensynet til parallelitet endvidere taler for, at en beslutning om kontraktophør forudsætter, at der forinden gennemføres en pålidelighedsvurdering svarende til den, der skal gennemføres efter udbudslovens § 138.

Frivillig udelukkelsesgrund gøres obligatorisk

Det anbefales, at udbudslovens nuværende frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 3, gøres obligatorisk. Det vil betyde, at ordregivere som udgangspunkt skal udelukke enhver ansøger eller tilbudsgiver, hvis 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.

Arbejdsgruppen anbefaler, at udbudslovens frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 3, gøres obligatorisk. Det vil betyde, at ordregivere som udgangspunkt skal udelukke enhver ansøger eller tilbudsgiver, hvis 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.

Den pågældende udelukkelsesgrund er udformet som en opsamlingsbestemmelse i udbudsdirektivet og kan derfor omfatte en lang række situationer, som påvirker tilbudsgiveres integritet.

Arbejdsgruppen finder på baggrund af en indgående undersøgelse, at det er u hensigtsmæssigt at gøre de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske, selvom der ikke er noget juridisk til hinder for dette.

Det skyldes, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, formentlig vil "fange" en række relevante situationer, samtidig med, at der bevares en vis fleksibilitet for ordregiver til selv at vurdere, om der er grundlag for at "aktivere" de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde. Derved opnås en god balance mellem, at det offentlige undgår at handle med virksomheder, som ikke opfører sig som det må forventes af dem, gennemsigtighed for alle parter og minimering af yderligere administrative omkostninger.

I lyset heraf vil det efter arbejdsgruppens vurdering medføre et uforholdsmæssigt stort ressourcebehov og for høje transaktionsomkostninger også at gøre de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske.

Arbejdsgruppen anbefaler på den baggrund, at de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde forbliver frivillige og således kan vælges til af ordregiver, hvis det findes hensigtsmæssigt i det konkrete udbud.

Forudgående pålidelighedsvurdering, der betales af tilbudsgiver

Det anbefales, at der om 1-2 år – når enheden for pålidelighedsvurdering forventeligt har fungeret et stykke tid – mod betaling tilbydes forudgående pålidelighedsvurderinger, som ordregiver ellers ikke er forpligtet til at foretage, såfremt virksomhederne vurderes at efterspørge dette, jf. de øvrige initiativers forslag 1.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der til en start etableres en enhed for pålidelighedsvurdering, som alene skal foretage aktuelle pålidelighedsvurderinger, jf. initiativ 1c ovenfor.

Arbejdsgruppen finder, at når enheden forventeligt er etableret og i drift, bør enheden også – mod betaling – tilbyde forudgående pålidelighedsvurderinger, som ordregiver ellers ikke er forpligtet til at foretage, såfremt virksomhederne vurderes at efterspørge dette.

Følgende anbefales ikke:

Domstolsbestemt udelukkelse

Det anbefales, at der ikke indføres en særregel om, at domstolene i forbindelse med visse strafbare forhold kan udelukke tilbudsgivere fra deltagelse i udbudsforretninger i en af retten fastsat periode, da det med den gældende lovgivning allerede er muligt, dog kan retstilstanden på andre punkter strammes op, fx gennem initiativer vedrørende udelukkelse og pålidelighedsvurdering, jf. *initiativ 1a*.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at straffelovens § 79 allerede i dag giver domstolene mulighed for under en straffesag at bestemme, at den dømte ikke må deltage i offentlige udbudsprocedurer i en i dommen fastsat periode. En frakendelse af retten til at deltage offentlige udbudsprocedurer indebærer, at den dømte ikke gives mulighed for at dokumentere sin pålidelighed i denne periode, ligesom en offentlig ordregiver ikke vil kunne lade den dømte deltage.

Arbejdsgruppen finder, at den gældende retstilstand vedrørende domstolsbestemt frakendelse af retten til fortsat at udøve virksomhed må anses for tilstrækkelig, dog kan retstilstanden på andre punkter strammes op, jf. arbejdsgruppens øvrige anbefalinger.

Fx anbefales det at oprette en enhed for pålidelighedsvurdering, der på baggrund af nogle klare retningslinjer foretager pålidelighedsvurderinger af de virksomheder, som måtte være omfattet af en udelukkelsesgrund. Der vil i forbindelse med vurderingen – i henhold til retningslinjerne – være fokus på, at virksomheder reelt kan dokumentere, at de har foretaget en række relevante foranstaltninger, hvis de vil vurderes pålidelige.

Det tillægges vægt, at en særregel om rettighedsfrakendelse efter arbejdsgruppens opfattelse vil være problematisk ud fra et proportionalitetsmæssigt synspunkt, idet reglen vil kunne have alvorlige og uforholdsmæssige konsekvenser for den offentlige opgaveløsning, for de offentlige udgifter, den enkelte virksomhed og for konkurrencen på markedet.

EU-initiativer

Arbejdsgruppen har desuden drøftet følgende forslag, som arbejdsgruppen dog ikke anbefaler at bringe videre på EU-niveau:

Fjerne kravet om pålidelighedsvurderinger i udbudsdirektivet.

Arbejdsgruppen anbefaler ikke at gå videre med dette forslag på EU-niveau, da det vil være meget vidtgående og en klar forringelse af virksomhedernes rettigheder.

Argumenterne for er, at virksomhederne er blevet udelukket, fordi de har handlet i strid med de gældende regler, herunder eksempelvis bestikkelse eller hvidvaskning, og derfor bør sanktioneres efter udbudsreglerne som følge heraf. Virksomhederne vil ikke få en reel udbudsretlig sanktion, hvis de straks derefter bliver vurderet pålidelige. Desuden vil det nedbringe offentlige ordregiveres ressourceforbrug, idet der ikke vil skulle afsættes ressourcer til pålidelighedsvurderinger.

Argumenterne imod er, at virksomhederne ved at fjerne kravet om pålidelighedsvurdering i udbudsdirektivet ikke har nogen mulighed for at deltage i offentlige udbud – uanset hvad de foretager sig - i den periode, de er udelukket. Det vil kunne begrænse konkurrencen set i forhold til den nuværende retstilstand. Desuden vil det ikke give virksomhederne ligeså meget incitament til at forbedre sig i den periode, de er udelukket, som hvis de havde mulighed for at blive pålidelighedsvurderet.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der ikke gås videre med dette forslag på EU-niveau, da det vil være meget vidtgående og en klar forringelse af virksomhedernes rettigheder.

Give medlemslandene kompetence til selv at afgøre, om der ønskes pålidelighedsvurderinger.

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da det vil medføre en uens praksis i EU og dermed usikkerhed blandt EU-medlemslandenes virksomheder.

Argumenterne for er, at medlemslandene får mest mulig fleksibilitet ved selv at kunne vælge, om de ønsker at give mulighed for pålidelighedsvurdering eller ej. Derved kan de enkelte medlemslande selv bestemme, om de vil sanktionere virksomhederne hårdt rent udbudsretligt ved fuldstændig at udelukke dem i en given periode, hvis de overtræder en række regler, eller om virksomhederne skal kunne have adgang til at dokumentere deres pålidelighed.

Argumentet imod er, at der derved vil kunne opstå en uens retstilstand EU-medlemslandene imellem i forhold til pålidelighedsvurderinger. Dette vil medføre tvivl og usikkerhed blandt virksomhederne, hvilket er i strid med hele formålet bag EU-udbudsretten (og EU-retten generelt).

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da det vil medføre en uens praksis i EU og dermed usikkerhed blandt EU-medlemslandenes virksomheder.

Skærpelse af kravene fx ved at der i udbudsdirektivet indføres en karenperiode på fx 6-12 måneder, hvori tilbudsgivere i praksis skal dokumentere deres pålidelighed.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der ikke gås videre med dette forslag på EU-niveau, da udbudsretten derved bliver en form for ekstra sanktion ud over straffereglerne, hvilket indebærer, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med virkning med det samme, ikke kan blive anset for pålidelige før efter et halvt år. I stedet foreslås det at lave nogle klare retningslinjer for, hvordan pålidelighedsvurderingen skal foretages, jf. initiativet herom ovenfor.

Argumenterne for er, at virksomhederne derved – uanset hvad – vil opnå en vis sanktion ved at blive udelukket for en (kortere) periode fra offentlige udbud. Dette kan også tilgodese retsfølelsen hos ordregivere og andre eksterne aktører. Desuden vil en karenperiode – i modsætning til helt at fjerne

pålidelighedsvurderinger – fortsat give virksomheder et incitament til at forbedre sig og dermed undgå at overtræde regler fremover.

Argumenterne imod er dog, at tilbudsgivernes retsstilling forringes i forhold til den nuværende, hvor en virksomhed kan blive pålidelighedsvurderet straks efter de er udelukket fra offentlige udbud. Endelig vil det bevirke, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med det samme, ikke kan anses for pålidelige.

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da tilbudsgivernes retsstilling forringes i forhold til den nuværende, og idet forslaget vil bevirke, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med det samme, ikke kan anses for pålidelige.

1.2 Arbejdsgruppens formål, opgaver, proces og sammensætning

Arbejdsgruppen om eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen blev nedsat i februar 2019.

Kommissoriet er i forbindelse med regeringsskiftet i juni 2019 blevet revideret og udvidet således, at det nu også omfatter overvejelser om initiativer, der bør inddrages i forbindelse med en eventuel fremtidig revision af EU's udbudsdirektiv.

1.2.1. Arbejdsgruppens formål

Arbejdsgruppens formål er at beskrive de erfaringer, som er opnået i forbindelse med den første reelle anvendelse af reglerne om udelukkelse og pålidelighedsvurdering i sager af den nævnte karakter, og de erfaringer, som er opnået i forbindelse med overvejelserne om at bringe allerede indgåede kontrakter til ophør.

På den baggrund skal arbejdsgruppen generelt vurdere, om det er muligt og hensigtsmæssigt at foretage ændringer af de gældende regler og/eller gennemføre øvrige initiativer i relation til udelukkelse og pålidelighedsvurdering og i relation til at bringe allerede indgåede kontrakter til ophør.

1.2.2. Arbejdsgruppens opgaver

Arbejdsgruppen skal på baggrund af Atea-sagen beskæftige sig med to hovedspor og beskrive:

1. Reglerne om udelukkelse og pålidelighedsvurdering
2. Reglerne om ophør af kontrakter

Arbejdsgruppen skal i relation til *spor 1* se på følgende emner:

- Initiativ 1a: Domstolsfastsat udelukkelsesperiode
- Initiativ 1b: Forlængelse af udelukkelsesperioden
- Initiativ 1c: Administrativ forenkling mv.

Arbejdsgruppen skal i relation til *spor 2* se på følgende:

- Initiativ 2a: Fastsættelse af betingelser for kontraktens gennemførelse

Arbejdsgruppen skal derudover overveje, om der er behov for at gennemføre øvrige initiativer. Arbejdsgruppen skal også overveje, om der er initiativer, der bør inddrages i forbindelse med en

kommende revision af EU's udbudsdirektiv, fx initiativer, som begrænser muligheden for at anse udelukkede tilbudsgivere for pålidelige.

Det fulde kommissorium er vedlagt som *bilag 3* til denne rapport.

1.2.3. *Arbejdsgruppens organisation og proces*

Arbejdsgruppen består af repræsentanter fra Erhvervsministeriet (formand), Finansministeriet og Justitsministeriet. Derudover inddrages relevante myndigheder efter behov.

Arbejdsgruppen skal afrapportere, således at eventuelle forslag til ændringer af udbudsloven eller anden relevant lovgivning kan indgå i et eventuelt lovforslag, der følger op på den igangsatte evaluering af udbudsloven.

1.2.4. *Arbejdsgruppens sammensætning*

Arbejdsgruppen havde ved afrapporteringen følgende sammensætning:

- Kontorchef Katrine Bagge Thorball, Erhvervsministeriet (formand)
- Specialkonsulent Sofie Fischermann, Erhvervsministeriet
- Specialkonsulent Anja Gade Andersen, Erhvervsministeriet
- Souschef Mads Møller Langtved, Justitsministeriet
- Kontorchef Kenneth Skov Jensen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
- Chefkonsulent Jesper Halvorsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
- Kontorchef Thomas Gloy, Økonomistyrelsen

Derudover har følgende personer deltaget i arbejdsgruppen tidligere i forløbet:

- Kontorchef Sigrid Dahlerup, Erhvervsministeriet
- Julia Castro Christiansen, tidligere specialkonsulent i Erhvervsministeriet
- Specialkonsulent Malene Lynggaard, Justitsministeriet
- Anders Peter Tuxen, tidligere kontorchef i Økonomistyrelsen
- Chefkonsulent Hans Christian Holdt, Økonomistyrelsen

Det bemærkes, at Økonomistyrelsen undervejs i arbejdet med Atea-rapporten har skiftet navn fra Moderniseringsstyrelsen til sit nuværende navn.

2. Mulige initiativer vedr. udelukkelse og pålidelighedsvurdering

Som nævnt ovenfor skal Atea-arbejdsgruppen beskæftige sig med en række initiativer i relation til udelukkelse og pålidelighedsvurdering.

I det følgende behandles de konkrete initiativer enkeltvis.

2.1 Domstolsfastsat udelukkelsesperiode (initiativ 1a)

2.1.1 Indledning

Ifølge straffelovens § 79 kan den, som udøver visse former for virksomhed, ved dom for et strafbart forhold, fratages retten til fortsat at udøve den pågældende virksomhed. Bestemmelsen blev ikke anvendt i Atea-sagen.

Arbejdsgruppen skal vurdere rækkevidden af denne bestemmelse i udbudsretlig sammenhæng og på den baggrund overveje, om der kan være grundlag for at indføre en særlig hjemmel til, at domstolene i forbindelse med visse strafbare forhold kan udelukke tilbudsgivere fra deltagelse i udbudsforretninger i en af retten fastsat periode.

En sådan domstolsbestemt udelukkelse vil betyde, at der ikke vil kunne gennemføres en vurdering af den pågældendes pålidelighed i den i dommen fastsatte udelukkelsesperiode. Udelukkelsen vil med andre ord være ubetinget.

2.1.1 Relevante regler

Udbudsdirektivet og udbudsloven

De obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, som fastslår, hvornår en ansøger eller tilbudsgiver skal eller kan udelukkes fra en udbudsforretning, følger af EU's udbudsdirektiv¹ (herefter udbudsdirektivet). Udbudsdirektivet er implementeret i dansk ret ved udbudsloven.

Direktivets art. 57 indeholder de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, som fastslår, hvornår og hvor længe en tilbudsgiver skal eller kan udelukkes fra deltagelse i udbudsprocedurer.

Direktivets udelukkelsesgrunde er implementeret ved udbudslovens §§ 135-137.

Udelukkelsesgrundene i §§ 135 og 136 er obligatoriske og finder derfor anvendelse i forbindelse med alle udbud af offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II. Udelukkelsesgrundene i § 137 er frivillige og finder kun anvendelse, i det omfang ordregiveren i udbudsmaterialet har fastsat dette i udbudsmaterialet.

I udelukkelsesperioden har en udelukket tilbudsgiver efter udbudslovens § 138, stk. 1-4, krav på i forbindelse med konkrete udbudsprocedurer at få adgang til at fremlægge dokumentation for, at tilbudsgiveren er pålidelig. Vurderer ordregiveren, at dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig, kan ordregiveren ikke udelukke tilbudsgiveren fra den konkrete udbudsprocedure.

Reglerne om pålidelighedsvurdering gennemgås nærmere i afsnit 2.3.2. nedenfor.

Efter udbudslovens § 135, stk. 1, er offentlige ordregivere forpligtede til at udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis tilbudsgiveren ved endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for en række nærmere angivne strafbare handlinger, herunder bestikkelse (stk. 1, nr. 2) og hvidvask (stk. 1, nr. 5). Efter bestemmelsens stk. 2 er der også pligt til at udelukke en tilbudsgiver, hvis en person, der er medlem af tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd mv., er endeligt dømt eller har vedtaget bødeforlæg for de pågældende forhold.

Efter udbudslovens § 136 er offentlige ordregivere, når nærmere fastsatte betingelser er opfyldt, forpligtede til at udelukke en tilbudsgiver i forbindelse med interessekonflikter, konkurrencefordrejning og afgivelse af urigtige oplysninger mv.

Efter udbudslovens § 137 kan en ordregiver anføre i udbudsmaterialet, at en tilbudsgiver vil blive udelukket, hvis én eller flere af de i bestemmelsen nævnte frivillige udelukkelsesgrunde er til stede.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Udelukkelsesgrundene omfatter blandt andet tilsidesættelse af gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område (nr. 1), alvorlige forsømmelser, som tilbudsgiveren har begået i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, og som sår tvivl om tilbudsgiverens integritet (nr. 3), og indgåelse af en aftale med andre tilbudsgivere med henblik på konkurrencefordrejning (nr. 4).

Udelukkelse efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde i §§ 135 og 136 gælder i fire år fra datoen for endelig dom eller datoen for vedtagelsen af et bødeforlæg, mens udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137 gælder i op til to år fra den pågældende hændelse eller handling, jf. § 138, stk. 6 og 7.

Det er i udbudslovens § 138, stk. 4, 6 og 7, forudsat at en tilbudsgiver ved dom kan være udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer i en i dommen fastsat periode. En tilbudsgiver, der er udelukket ved dom, har ikke krav på, at der gennemføres en pålidelighedsvurdering i den i dommen fastsatte udelukkelsesperiode, jf. § 138, stk. 4, og en offentlig ordregiver vil i øvrigt ikke være berettiget til at tilsidesætte en domstolsfastsat udelukkelse. Efter udløbet af den domstolsfastsatte udelukkelsesperiode gælder udbudslovens almindelige regler om udelukkelse og pålidelighedsvurdering.

Straffeloven

Strafbare forhold medfører som udgangspunkt ikke tab af borgerlige rettigheder, jf. straffelovens § 78, stk. 1.

En undtagelse fra dette princip følger af straffelovens § 79.

Efter straffelovens § 79, stk. 1, kan den, som udøver en af § 78, stk. 2, omhandlet virksomhed – dvs. virksomhed, som kræver særlig offentlig autorisation eller godkendelse – frakendes retten til fortsat at udøve den pågældende virksomhed eller til at udøve den under visse former, såfremt det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet ved dom for strafbart forhold.

Udtrykket ”særlig offentlig autorisation” er meget omfattende, men det kræves, at der er tale om forhold af mere betroet karakter. Således er bl.a. autoriserede revisorer, læger, tandlæger, apotekere, jordemødre og sygeplejersker omfattet af bestemmelsen. Uden for bestemmelsen falder visse fagligt-tekniske ”autorisationer”, f.eks. ”autorisationer” til gas- og vandmestre og el-installatører. Det kræver ikke særlig offentlig autorisation at deltage i offentlige udbudsprocedurer.

Efter straffelovens § 79, stk. 2, kan der også ved dom ske frakendelse af retten til fortsat at udøve virksomhed, som ikke kræver særlig offentlig autorisation eller godkendelse, når betingelsen om nærliggende fare for misbrug i stk. 1 er opfyldt, og når særlige omstændigheder taler derfor.

Rettighedsfrakendelse efter straffelovens § 79 kan ske på tid fra 1 til 5 år eller indtil videre, jf. stk. 3.

Ofte vil det strafbare forhold, som påberåbes som grundlag for frakendelse af en stilling, være begået i forbindelse med varetagelse af stillingen, men det er ikke en betingelse.

Højesteret har ved dommen refereret i U 2014.1540 H fastslået, at straffelovens bestemmelser om rettighedsfrakendelse også finder anvendelse på juridiske personer. Der skal således også i straffesager mod juridiske personer nedlægges påstand om rettighedsfrakendelse, når betingelserne herfor er opfyldt.

Hvilke strafbare forhold, som begrunder en nærliggende fare for misbrug af stilling eller hverv, afhænger af stillingens eller hvervets karakter, herunder hvilke særlige interesser, der søges beskyttet mod kriminelt misbrug. Ved vurderingen af, om faren er "nærliggende", må der tages hensyn til den begåede kriminalitets art og forhold til netop den pågældende virksomhed, til kriminalitetens grovhed, herunder gentagelse, og den tid, der er forløbet, siden kriminaliteten blev begået.

Domstolsfastsat rettighedsfrakendelse forudsætter, at anklagemyndigheden under straffesagen nedlægger påstand herom.

Det er Justitsministeriets umiddelbare vurdering, at straffelovens § 79, forudsat at betingelserne er opfyldt, vil kunne anvendes til at udelukke potentielle tilbudsgivere fra at deltage i udbudsprocedurer. I den forbindelse bemærkes, at der skal meget til, før kravet om nærliggende fare for misbrug kan anses for at være opfyldt.

Eksempel på særlovsbestemmelse

Der findes i særlovgivningen eksempler på særlige bestemmelser om rettighedsfrakendelse.

Efter miljøbeskyttelseslovens § 110 b kan retten til at udøve virksomhed omfattet af lovens kapitel 5 bl.a. frakendes ved dom for strafbart forhold, hvis den tiltalte er dømt for overtrædelse af straffelovens § 196, eller den pågældende gentagne gange eller under i øvrigt skærpende omstændigheder har overtrådt bestemmelser i miljøbeskyttelsesloven eller forskrifter udstedt i medfør denne lov eller bestemmelser i lov om miljøgodkendelse mv. af husdyrbrug eller forskrifter udstedt i medfør heraf.

Betingelserne for rettighedsfrakendelse efter miljøbeskyttelseslovens § 110 b er forskellige fra betingelserne efter straffelovens § 79, idet der ikke stilles krav om "en nærliggende fare for misbrug af stillingen", og at der i øvrigt "er særlige omstændigheder, der taler for" frakendelsen.

Bedømmelsen af, om der skal ske rettighedsfrakendelse, skal i stedet for ske efter en "miljøforsvarlighedsvurdering". Den eller de ansvarlige personer, der har drevet en forurenende virksomhed uforsvarligt og derved overtrådt miljølovgivningen gentagne gange eller i øvrigt under så skærpende omstændigheder, at den/de pågældende må anses for uden vilje eller evne til at drive forurenende virksomhed på forsvarlig vis, kan herefter frakendes retten til at fortsætte eller genoptage sådan virksomhed.

Er der grundlag for at nedlægge påstand om rettighedsfrakendelse, skal det vurderes, hvilken rækkevidde rettighedsfrakendelsen skal have. Der kan således være grundlag for kun at nedlægge påstand om frakendelse af retten til at drive den konkrete type virksomhed, som lovovertræderen hidtil har drevet, f.eks. frakendelse af retten til at drive dambrugsvirksomhed. En konkret vurdering af overtrædelsernes karakter kan imidlertid føre til, at der tillige skal nedlægges påstand om frakendelse af retten til at drive andre lignende typer miljøbelastende virksomhed.

2.1.1 Erfaringerne fra Atea-sagen

Bestemmelsen om rettighedsfrakendelse i straffelovens § 79 blev ikke søgt anvendt i Atea-sagen om bestikkelse af medarbejdere hos en lang række offentlige myndigheder.

Der foreligger så vidt vides heller ikke i øvrigt i retspraksis om frakendelse af retten til at deltage i offentlige udbudsprocedurer i medfør af straffelovens § 79.

2.1.2 Overvejelser

Som det fremgår ovenfor, er det arbejdsgruppens umiddelbare vurdering, at straffelovens § 79, forudsat at betingelserne er opfyldt, allerede i dag giver domstolene mulighed for under en straffesag at bestemme, at den dømte ikke må deltage i offentlige udbudsprocedurer i en i dommen fastsat periode. Dette vil indebære, at den dømte ikke skal gives mulighed for at dokumentere sin pålidelighed i denne periode, ligesom en offentlig ordregiver ikke vil kunne lade den dømte deltage.

Bestemmelsen i straffelovens § 79 har et snævert anvendelsesområde, og der skal meget til, før kravet om nærliggende fare for misbrug kan anses for opfyldt, jf. nærmere herom i afsnit 2.1.2. Dette gælder i særlig grad i de tilfælde, hvor den begåede kriminalitet ikke har nogen direkte sammenhæng med virksomhedens deltagelse i offentlige udbudsforretninger, men selv i de tilfælde, hvor der er en sammenhæng, vil kravet om nærliggende fare for misbrug kunne være vanskeligt at bevise.

Hvis der på den baggrund ønskes gennemført en lempeligere regel om rettighedsfrakendelse – fx en bestemmelse, der er specifikt målrettet retten til at deltage i offentlige udbudsprocesser – bør det efter Justitsministeriets opfattelse ske i særlovgivningen, fx i udbudsloven.

En eventuel særregel om rettighedsfrakendelse ville eksempelvis kunne afgrænses til at vedrøre kriminalitet, der konkret har fundet sted i forbindelse med offentlige indkøb eller har tilknytning til eller i øvrigt har betydning for konkurrencen, fx ydelse af bestikkelse til offentligt ansatte med en indkøbsfunktion.

Det kan også overvejes, om visse strafbare lovovertrædelser generelt skulle kunne medføre frakendelse af retten til at deltage i offentlige udbudsprocesser, ud fra det synspunkt, at tilliden til den, som dømmes for så alvorlig kriminalitet, generelt må anses for afgørende skadet, selv om det forhold, som dommen vedrører, ikke har nogen forbindelse til offentlige indkøb mv.

De kriminalitetsformer, der kan tænkes omfattet af en sådan bestemmelse, kunne eksempelvis være strafbare forhold af mere alvorlig karakter eller af særlig udbudsretlig relevans, fx de strafbare forhold, der er omfattet af bestemmelserne om obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 omfatter:

- Visse handlinger begået som led i en kriminel organisation.
- Bestikkelse.
- Svig.
- Terrorhandlinger eller strafbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet.
- Hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme.
- Strafbare forhold vedrørende børnearbejde mv.

Det bemærkes, at bestemmelsen i § 135 vedrørende ubetalt forfalden gæld til det offentlige ikke er relevant, idet den ikke vedrører strafbare forhold.

Udbudsdirektivet er ikke til hinder for, at der fastsættes en særregel om domstolsbestemt rettighedsfrakendelser i dansk ret.

Arbejdsgruppen finder, at der generelt bør udvises stor tilbageholdenhed med at indføre sådanne særregler om rettighedsfrakendelse, der fraviger straffelovens regler herom.

Det er – som ovenfor anført - således et grundlæggende princip i strafferetten, at strafbare forhold ikke medfører tab af borgerlige rettigheder jf. straffelovens § 78, stk. 1. Bestemmelserne i straffelovens §§ 78 og 79 er udtryk for, at dømte personer og tilbudsgiver som udgangspunkt skal have adgang til at vende tilbage til ”det normale liv” i samfundet efter udstået straf. Dette er også baggrunden for, at udgangspunktet efter straffelovens § 79, stk. 1, alene kan fraviges, hvis der er nærliggende grund til at antage, at den dømte vil misbruge rettigheden.

Undtagelser til kravet om nærliggende misbrugsrisiko findes f.eks. på miljøbeskyttelsesområdet, hvor bedømmelsen af, om der skal ske rettighedsfrakendelse, i stedet er knyttet til en forsvarlighedsvurdering. Det bemærkes, at der som anført også efter miljøforsvarlighedsvurderingen skal ganske meget til, før der kan ske rettighedsfrakendelse.

Hertil kommer, at det i overvejelserne om indførelse af særregel om rettighedsfrakendelse, som ikke forudsætter, at der er ”nærliggende fare for misbrug” af rettigheden, skal indgå, at en sådan regel i praksis vil kunne have alvorlige og uforholdsmæssige konsekvenser for den enkelte virksomhed, for konkurrencen på markedet, for den offentlige opgaveløsning og for de offentlige udgifter på det pågældende område.

Herudover skal det på baggrund af det under pkt. 2.1.2. anførte bemærkes, at der efter de gældende regler i straffeloven allerede i dag vil kunne ske frakendelse af retten til at deltage i offentlige udbudsprocesser, såfremt den begåede kriminalitet begrundes nærliggende fare for misbrug af denne ret.

Endelig skal det indgå i overvejelserne, at de forhold, der kan tænkes omfattet af en særregel, allerede i dag vil begrunde udelukkelse efter udbudslovens regler. Det afgørende for, om en tilbudsgiver, der er udelukket efter disse regler, til trods herfor tildes en kontrakt er, at tilbudsgiveren kan anses for at have dokumenteret sin pålidelighed.

Justitsministeriet finder, at der generelt bør udvises stor tilbageholdenhed med at indføre sådanne særregler om rettighedsfrakendelse, der fraviger straffelovens regler herom. Det er således et grundlæggende princip i strafferetten, at strafbare forhold ikke medfører tab af borgerlige rettigheder jf. straffelovens § 78, stk. 1.

Skulle en sådan regel indføres, ville de relevante straffelovsovertrædelser være dem, der allerede medfører udelukkelse efter udbudsloven. Retsvirkningerne af en sådan særregel vil dermed være, at den omfattede tilbudsgiver ikke vil have retskrav på at få foretaget en pålidelighedsvurdering i den i dommen fastsatte udelukkelsesperiode.

Arbejdsgruppens anbefaling

Det er arbejdsgruppens vurdering, at straffelovens § 79 allerede i dag giver domstolene mulighed for under en straffesag at bestemme, at den dømte ikke må deltage i offentlige udbudsprocedurer i en i dommen fastsat periode. En frakendelse af retten til at deltage offentlige udbudsprocedurer indebærer, at den dømte ikke gives mulighed for at dokumentere sin pålidelighed i denne periode, ligesom en offentlig ordregiver ikke vil kunne lade den dømte deltage.

Arbejdsgruppen finder, at den gældende retstilstand vedrørende domstolsbestemt frakendelse af retten til fortsat at udøve virksomhed må anses for tilstrækkelig, dog kan retstilstanden på andre punkter strammes op, jf. arbejdsgruppens øvrige anbefalinger.

Fx anbefales det at oprette en enhed for pålidelighedsvurdering, der på baggrund af nogle klare retningslinjer foretager pålidelighedsvurderinger af de virksomheder, som måtte være omfattet af en udelukkelsesgrund.

Det tillægges vægt, at en særregel om rettighedsfrakendelse efter arbejdsgruppens opfattelse vil være problematisk ud fra et proportionalitetsmæssigt synspunkt, idet reglen vil kunne have alvorlige og uforholdsmæssige konsekvenser for den offentlige opgaveløsning, for de offentlige udgifter, den enkelte virksomhed og for konkurrencen på markedet.

2.1. Forlængelse af udelukkelsesperioden (initiativ 1b)

2.1.1. Indledning

Arbejdsgruppen skal overveje, hvilken betydning en forlængelse af udelukkelsesperioderne vil have i praksis, og om udelukkelsesperioderne skal forlænges til det maksimum, der følger af udbudsdirektivet.

2.1.2. Relevante regler

Udelukkelse efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 gælder i fire år fra datoen for endelig dom eller datoen for vedtagelse af bødeforlæg, mens udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137 gælder i op til to år fra den pågældende hændelse eller handling, jf. § 138, stk. 6 og 7.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 7, at udelukkelsesperioden for obligatoriske udelukkelsesgrunde højst må være fem år fra datoen for den endelige dom. For frivillige udelukkelsesgrunde må udelukkelsesperioden højst være tre år fra datoen for den relevante hændelse.

I udelukkelsesperioden har en udelukket tilbudsgiver efter udbudslovens § 138, stk. 1-4, krav på i forbindelse med konkrete udbudsprocedurer at få adgang til at fremlægge dokumentation for, at tilbudsgiveren er pålidelig. Vurderer ordregiveren, at dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig, kan ordregiveren ikke udelukke tilbudsgiveren fra den konkrete udbudsprocedure.

Reglerne om pålidelighedsvurdering gennemgås nærmere i afsnit 2.3.2. nedenfor.

2.1.3. Erfaringer fra Atea-sagen

Som nævnt i indledningen iværksatte Økonomistyrelsen og SKI umiddelbart efter dommen og bødeforlægget i Atea-sagen overvejelser om, hvorvidt Atea efter deres opfattelse kunne anses for pålidelig i overensstemmelse med udbudslovens § 138. Baggrunden for Økonomistyrelsen og SKI's initiativ var dels et hensyn til styrelsens og SKI's egne aftaleindgåelser i de kommende fire år, dels et ønske om at lette de pålidelighedsvurderinger, som i den fireårige udelukkelsesperiode skal gennemføres af bl.a. kunderne på Økonomistyrelsen og SKI's fællesoffentlige rammeaftaler.

Som nævnt meddelte Økonomistyrelsen og SKI den 7. september 2018 i fællesskab, at Atea efter deres opfattelse på det pågældende tidspunkt opfyldte betingelserne efter udbudslovens § 138 for at kunne deltage i udbudsprocedurer.

Økonomistyrelsen og SKI meddelte samtidig, at de ville revurdere spørgsmålet mindst én gang årligt i den fireårige udelukkelsesperiode. Dette er ikke et krav i udbudsloven.

Baggrunden for beslutningen om disse revurderinger var, at de pålidelighedsvurderinger, som skal gennemføres i udelukkelsesperioden, skal ske på grundlag af aktuel dokumentation fra den udelukkede tilbudsgiver. Økonomistyrelsen og SKI vurderede derfor, at det ville være hensigtsmæssigt løbende at

stille aktuelle pålidelighedsvurderinger til rådighed for kunderne på de fællesoffentlige rammeaftaler i udelukkelsesperioden. Derved ville der fx kunne tages stilling til nye oplysninger, der kunne betyde, at Atea ikke længere ville kunne anses for pålidelig.

Økonomistyrelsen og SKI anførte over for Atea, at Atea i forbindelse med revurderingerne bl.a. ville blive anmodet om at dokumentere, at ledelsen kontinuerligt, aktivt og gennem egne handlinger, internt som eksternt, tager klar og utvetydigt afstand fra enhver form for bestikkelse, og at en etableret whistleblowerordning udgør en effektiv indberetningskanal.

Den første revurdering af Ateas pålidelighed blev foretaget i juni 2019 og opdateret i september 2019, og der blev i den forbindelse inddraget flere nye omstændigheder, herunder at der var sket overtrædelse af visse af Ateas interne retningslinjer, som var indført af Atea som led i initiativerne for at hindre, at der opstår sager af tilsvarende karakter. Der var således siden Økonomistyrelsen og SKI's første vurdering opstået flere nye forhold, som var relevante for konkrete ordregiveres efterfølgende pålidelighedsvurderinger.

2.1.4. Overvejelser

Det kan overvejes, om muligheden efter udbudsdirektivet for at forlænge udelukkelsesperioderne, skal udnyttes.

Tilbudsgivere, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, skal – hvis de ønsker at deltage i udbudsprocedurer i udelukkelsesperioden – i henhold til udbudslovens § 138 i forbindelse med alle konkrete udbud fremlægge dokumentation for deres pålidelighed.

Tilbudsgivere, der er omfattet af en udelukkelsesbestemmelse, må således i hele udelukkelsesperioden – for vedvarende at kunne dokumentere deres pålidelighed – løbende overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger er tilstrækkelige. I den forbindelse bemærkes, at Økonomistyrelsen og SKI's erfaringer i forbindelse med Atea-sagen viser, at der i løbet af en udelukkelsesperiode kan opstå nye forhold, der skal tages i betragtning i forbindelse med pålidelighedsvurderinger.

En forlængelse af udelukkelsesperioden vil således medvirke til, at de pågældende tilbudsgiveres opmærksomhed på risikoen for gentagne staffelovovertrædelser mv. vil være skærpet i en længere periode end i dag.

En forlængelse af udelukkelsesperioden til hhv. tre og fem år vil føre til forøgede transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere, idet der vil skulle forelægges dokumentation og gennemføres vurderinger af denne dokumentation i ét år længere end i dag. Desuden vil en forlængelse af udelukkelsesperioden kunne begrænse konkurrencen i det forlængede tidsrum, idet den udelukkede virksomhed ikke vil have mulighed for at byde på offentlige kontrakter i ekstra lang tid.

Arbejdsgruppen anbefaler

En forlængelse kan potentielt have en forebyggende, præventiv effekt og i hvert fald sende et politisk signal om, at det ikke er ønskeligt, at offentlige myndigheder handler med virksomheder, som agerer i strid med loven.

Derudover vil en længere udelukkelsesperiode indebære, at udelukkede tilbudsgivere i længere tid skal overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger er tilstrækkelige, hvilket kan have en positiv effekt for virksomheden selv og generelt.

Det bemærkes, at en forlængelse af udelukkelsesperioden vil kunne begrænse konkurrencen i det forlængede tidsrum, idet den udelukkede virksomhed ikke vil have mulighed for at byde på offentlige kontrakter i dette tidsrum.

2.2. Administrativ forenkling mv. (initiativ 1c)

2.2.1. Indledning

Vurderingen af tilbudsgiveres pålidelighed påfører de ordregivende myndigheder, som skal vurdere tilbudsgivernes dokumentation, en administrativ byrde.

Vurderingen kan vedrøre forhold, som den pågældende myndighed ikke har faglig kompetence til at vurdere, fx indholdet af og niveauet for interne og eksterne kontroller på et givet område.

Da myndighederne har et vidt skøn i forbindelse med vurderingen, er det muligt, at en virksomhed kan udelukkes af én ordregiver, men vil kunne deltage i udbud hos en anden. Det skyldes bl.a., at ordregiveren kan inddrage de konkrete forhold i forbindelse med den konkrete kontrakttildeling i sin vurdering. Det kan også tillægges betydning, om den udbudte opgave skal udføres i en anden del af den pågældende virksomhed end den, hvor kriminaliteten er begået. Vurderingen af en virksomheds foranstaltninger handler om, hvorvidt den pågældende ordregiver har tillid til virksomheden til trods for formelt at være omfattet af en udelukkelsesgrund og er i sidste ende en skønsmæssig vurdering.

Arbejdsgruppen skal overveje, om en central myndighed skal udpeges til at gennemføre pålidelighedsvurderinger, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave. Som alternativ hertil skal det overvejes, om indkøbscentraler og andre udbydere af rammeaftaler kan foretage en pålidelighedsvurdering på alle tilsluttede brugeres vegne. Arbejdsgruppen skal endvidere overveje, om reglerne om pålidelighedsvurdering kan ændres, således at vurderingen bliver mindre omkostningsfuld for offentlige ordregivere.

For så vidt angår sidstnævnte vurdering henvises til forslag 3 under ”Øvrige initiativer” i afsnit 2.5. Ved spørgsmålet om, hvorvidt en central myndighed skal udpeges, tager arbejdsgruppen stilling til, om der bør etableres en enhed i stedet for det nuværende system, hvor den enkelte ordregiver foretager pålidelighedsvurderingerne. Spørgsmål om en sådan enheds kompetence vil ligeledes blive overvejet. Derimod tager arbejdsgruppen ikke i denne rapport stilling til finansiering af en eventuel enhed.

2.2.2. Relevante regler

Reglerne om udelukkelsesgrundene suppleres af udbudslovens § 138 om udelukkelsesperiodens længde og om dokumentation af pålidelighed (såkaldt selfcleaning).

Udbudsdirektivet

Bestemmelsen om udelukkede tilbudsgiveres adgang til at dokumentere deres pålidelighed findes i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6.

Artikel 57, stk. 6, er en væsentlig nyskabelse i udbudsretlig kontekst, der blev indført med 2014-udbudsdirektivet og er inspireret af lovgivning og retspraksis fra forskellige medlemsstater, særligt Tyskland og Østrig. Bestemmelsen fastslår, at en tilbudsgiver, som er omfattet af en udelukkelsesgrund (såvel obligatorisk som frivillig), kan forelægge dokumentation for de foranstaltninger, som tilbudsgiveren har truffet, med henblik på ordregiverens vurdering af, om disse foranstaltninger er tilstrækkelige til, at tilbudsgiveren kan anses for pålidelig til trods for de forhold, der begrundet udelukkelse.

Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, kan tilbudsgiveren ikke udelukkes fra udbudsproceduren. I artikel 57, stk. 6, andet afsnit, fastslås det, at tilbudsgiveren skal bevise²:

- at tilbudsgiveren har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen,
- at tilbudsgiveren har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og
- at tilbudsgiveren har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

Artikel 57, stk. 6, tredje afsnit, fastslår, at afhjælpningsforanstaltningerne skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, skal tilbudsgiveren modtage en begrundelse for denne beslutning.

Artikel 57, stk. 7, fastslår, at medlemsstaterne, ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten, skal fastlægge gennemførelsesbestemmelser for artikel 57.

Særligt skal medlemsstaterne fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode. Er denne udelukkelsesperiode ikke fastsat ved endelig dom, må perioden dog højst være fem år fra datoen for den endelige dom i tilfælde af obligatorisk udelukkelse og tre år fra datoen for den relevante hændelse i tilfælde af frivillig udelukkelse.

Ifølge direktivets betragtning 102 er det overladt til medlemsstaterne at fastlægge de nærmere proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse for tilbudsgivernes muligheder for at dokumentere deres pålidelighed. Det er navnlig muligt at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger af tilbudsgivernes dokumentation af pålidelighed eller overdrage denne opgave til andre myndigheder.

Udbudsloven

Artikel 57, stk. 6 og 7, er implementeret i udbudslovens § 138.

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 1, at en ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137. I henhold til § 138, stk. 2, skal ordregiver således fastsætte en passende frist for, at virksomheden kan indsende dokumentation for pålidelighed.

Videre følger det af udbudslovens § 138, stk. 3, at en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når tilbudsgiveren

- 1) i fornødent omfang har dokumenteret at have ydet erstatning, som denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene,
- 2) i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og

² I direktivet anvendes begrebet ”bevise”. I udbudsloven anvendes begrebet ”dokumentere”. Det er ikke tiltænkt en indholdsmæssig forskel.

- 3) har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Hvis ordregiveren vurderer, at tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed er utilstrækkelig, skal dette begrundes, jf. udbudslovens § 138, stk. 5. Tilstrækkelig dokumentation kan ifølge bemærkningerne til § 138 navnlig omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Endvidere kan det tillægges betydning i forbindelse med udelukkelsesgrundene i §§ 136 og 137, om det er den afdeling eller enhed, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, som også skal udføre den konkrete opgave.

I bemærkningerne anføres endvidere, at ordregiveren ved vurderingen af tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed skal foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag, og at ordregiveren i denne vurdering – ud over hensynet til karakteren af forseelserne og de truffede foranstaltninger – kan inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling. Endvidere skal foranstaltningerne ifølge bemærkningerne vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelserne af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene.

Hvis en anden ordregiver har vurderet, at virksomheden har forelagt tilstrækkelig dokumentation for pålidelighed, kan det ifølge bemærkningerne indgå i vurderingen og være en indikation af tilbudsgiverens pålidelighed. Det skal dog i alle tilfælde være en konkret vurdering hos ordregiveren, hvorvidt den fremlagte dokumentation er tilstrækkelig til at påvise pålidelighed.

Kravet om, at vurderingen af pålidelighed skal foretages af den enkelte ordregiver, er ikke en implementering af en bestemmelse i udbudsdirektivet.

Lov om Klagenævnet for Udbud

Klager over ordregivers vurdering af en ansøgers eller tilbudsgivers pålidelighed kan, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, indbringes for Klagenævnet for Udbud. Der har ikke endnu været anlagt nogen klagesager vedrørende beslutninger om pålidelighed.

2.2.3. Erfaringer fra Atea-sagen

Efter konstateringen i juni 2018 af, at Atea var omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2, anmodede Økonomistyrelsen og SKI om dokumentation fra Atea med henblik på at vurdere, om Atea efter Økonomistyrelsens og SKI's opfattelse kunne anses for pålidelig, jf. udbudslovens § 138.

Atea fremsendte på den baggrund et omfattende skriftligt materiale, herunder oplysninger om Ateas regler om gaver og repræsentation, regler for udenlandsarrangementer, en etableret whistleblowerordning, en ”code of conduct” for leverandører og om monitorering af leverandører.

Økonomistyrelsen og SKI fandt det – på baggrund af sagens karakter – nødvendigt at indhente ekstern bistand fra Kammeradvokaten med henblik på at vurdere den omfattende dokumentation fra Atea. Baggrunden herfor var, at der var tale om den første sag af denne karakter efter vedtagelsen af udbudsloven, og at Økonomistyrelsen og SKI fandt således, at de ikke rådede over de tilstrækkelige kompetencer til at vurdere, om de af Atea iværksatte foranstaltninger kunne anses for tilstrækkelige. En

sådan vurdering kræver bl.a. kendskab det sædvanlige og påkrævede niveau for interne kontrolforanstaltninger i private virksomheder af Ateas karakter og det sædvanlige og påkrævede indhold af sådanne virksomheders interne retningslinjer.

Kammeradvokatens redegørelse om Ateas dokumentation og foranstaltninger, der blev afgivet den 5. september 2018, var meget omfattende og har et omfang på 100 sider. Redegørelsen er – sammen med materialet fra Atea – tilgængelig på Økonomistyrelsens og SKI's hjemmesider.

Økonomistyrelsens og SKI's vurdering er således tilgængelig for alle offentlige ordregivere, herunder kunder på Økonomistyrelsens og SKI's rammeaftaler, og kan indgå i overvejelserne, når de enkelte ordregivere i henhold til udbudslovens § 138 måtte skulle tage stilling til Ateas pålidelighed i forbindelse med konkrete udbudsprocesser.

2.2.4. Overvejelser

Vurdering af tilbudsgiveres initiativer vedrørende pålidelighed vil i mange tilfælde forudsætte viden og erfaring, som alle ordregivere ikke kan antages at være i besiddelse af. Dette gælder fx viden om tilbudsgiveres almindelige praksis på det område, som udelukkelsen vedrører. En sådan viden vil ofte være nødvendig for at tage stilling til, om de initiativer en udelukket virksomhed har dokumenteret, vil være egnede til at forebygge, at virksomheden i fremtiden handler på en måde, der begrundes udelukkelse. Dette vil formentlig i mange tilfælde føre til, at den pågældende virksomhed indhenter ekstern bistand, fx fra en advokat.

Det er vurderingen, at der kan opnås administrative besparelser ved at samle vurderinger af pålidelighed i én offentlig enhed, forudsat at offentlige ordregivere er forpligtede til at følge vurderingen. Dette vil dog ikke i samme omfang være tilfældet, hvis det alene er indkøbscentraler og andre udbydere af rammeaftaler, der har en kompetence til at foretage pålidelighedsvurderinger. Det skyldes, at de ikke omfatter alle udbudte kontrakter i Danmark, hvorfor der fortsat vil være mange mindre ordregivere, der hver især skal foretage en pålidelighedsvurdering.

Under de gældende regler vil hver enkelt ordregiver skulle foretage sin egen konkrete vurdering af tilbudsgivernes foranstaltninger, hvilket er både tidskrævende og ressourcetungt. Hver enkelt ordregiver kan lægge vægt på tidligere vurderinger foretaget af andre ordregivere om den samme virksomheds foranstaltninger, men skal stadig træffe sin egen beslutning på baggrund af en konkret vurdering. Hvis denne vurdering i stedet blev foretaget af én enhed, undgår de konkrete ordregivere at foretage vurderingen selv.

Ud over besparelsen for ordregivere i tid og ressourcer, vil en enhed kunne øge retssikkerheden for de udelukkede tilbudsgivere. Når vurderingen skal foretages af den konkrete ordregiver, vil der kunne opstå den situation, at en virksomhed kan deltage i en udbudsprocedure hos en ordregiver, men bliver udelukket af en anden. Dette er muligt, fordi ordregiverne under de nuværende regler har et vidt skøn i forbindelse med vurderingen af en virksomheds dokumentation for pålidelighed.

En enhed vil kunne opbygge erfaring og viden som gør, at sagsbehandlingstiden alt andet lige vil kunne blive kortere og mindre ressourcekrævende end i den situation, hvor hver enkelt ordregiver skal vurdere pålideligheden.

Hvis en enhed for pålidelighedsvurdering placeres i Erhvervsministeriet, der er ressortansvarlig for udbudsloven, vil der være mulighed for at begrænse ressourcetrækket til opgaven væsentligt.

Afgørende for, om disse fordele kan opnås, vil være, hvilke ressourcer en enhed vil have til rådighed. Der vil bl.a. skulle afsættes tilstrækkeligt med ressourcer til at kunne imødekomme spidsbelastningssituationer. Dette kan eventuelt imødekommes ved at placere en enhed i sammenhæng med en anden myndighed, som har lignende kompetencer, for at kunne opnå fleksibilitet.

Samtidig skal det understreges, at de individuelle ordregivere vil miste den fleksibilitet, som der i dag eksisterer i udbudsloven. I vurderingen er der under de gældende regler som nævnt et vidt skøn, som ordregiverne fratages, hvis der etableres en enhed, hvis vurdering *skal* lægges til grund af den ordregivende myndighed.

Hvis den ordregivende myndighed selv må bestemme, om de vil anvende en enheds vurdering, er det tvivlsomt, hvor mange besparelser i tid og ressourcer, myndigheden vil have, idet den fortsat har mulighed for at foretage sin egen vurdering. Desuden vil et andet formål med en sådan enhed – at samle og bruge relevant viden og erfaring ét sted – ikke være opfyldt, hvis enhedens vurderinger ikke skal lægges til grund af den ordregivende myndighed.

Arbejdsgruppen anbefaler

Arbejdsgruppen anbefaler, at der oprettes en enhed, der får til opgave at vurdere virksomheders pålidelighed i forbindelse med gennemførelsen af offentlige udbudsprocedurer, således at vurderingen af pålidelighed kan ske uafhængigt af ordregivernes interesser, og så vurderingen sker så ens som muligt på tværs af den offentlige sektor. Endvidere vil oprettelsen af enheden sikre, at de ressourcerne, der anvendes på at vurdere pålidelighed, reduceres gennem realisering af stordriftsfordele, da det fremover kun er enheden, der vurderer pålideligheden, hvor det i dag er hver enkelt ordregiver, der konkret skal vurdere i hvert enkelt udbud, som den pågældende virksomhed deltager i.

Arbejdsgruppen anbefaler, at den enkelte ordregivende myndighed skal være forpligtet til at lægge enhedens vurdering til grund, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave. Det vurderes, at det vil være mere effektivt for de enkelte ordregivende myndigheder og tilbudsgiver i forhold til både tid, økonomi og ressourcer. Samtidig vil det blive sikret, at de, der foretager en pålidelighedsvurdering, altid vil have den fornødne viden, erfaring og resourceadgang.

Arbejdsgruppen vurderer, at opgaven mest hensigtsmæssigt kan placeres under Erhvervsministeriet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den udbudsfaglige indsigt og derudover har volumen til at prioritere ressourcer og dermed opnå fleksibilitet til pålidelighedsvurderinger efter behov.

Det bemærkes i den forbindelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen varetager opgaver, der har varierende ressourcebehov. Desuden har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede erfaring med funktionsadskillelse mellem styrelsens myndighedsopgaver og rådgivning ifm. Rådgivningsenheden – Statens indkøb, der rådgiver og hjælper statslige institutioner med udbud og kontrakter. Enheden drives i samarbejde mellem Økonomistyrelsen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Arbejdsgruppen anser, at det også for enheden for pålidelighedsvurdering vil være væsentlig for at sikre en saglig og forsvarlig administration, at der er en funktionsadskillelse.

Af hensyn til retssikkerheden, og vurderingernes sammenhæng med det øvrige udbudsretlige område, vurderer arbejdsgruppen, at enhedens vurderinger skal kunne indbringes for Klagenævnet for Udbud.

Endelig er det arbejdsgruppens vurdering med udgangspunkt i det i kommissoriet stillede spørgsmål, at indkøbscentraler og andre udbydere af rammeaftaler ikke bør have kompetencen til at foretage en pålidelighedsvurdering på alle tilsluttede brugeres vegne. Det skyldes bl.a., at en sådan løsning kun vil dække en begrænset andel af alle udbudte kontrakter i Danmark, hvorfor ressource-, tid- og kompetenceproblemet derved ikke synes at blive løst, og at indkøbscentraler ikke nødvendigvis er offentlige myndigheder, og dermed ikke er underlagt de forvaltnings- og offentlighedsretlige forpligtelser, som efter arbejdsgruppens vurdering er hensigtsmæssig for varetagelse af opgaven med at foretage generelt gældende pålidelighedsvurderinger.

2.3. Reglerne om ophør af kontrakter (initiativ 2a)

2.3.1. Indledning

Det er i udbudslovens § 176 fastsat, at bestemmelser om en kontrakts gennemførelse skal være ”forbundet med kontraktens genstand”.

Det kan give anledning til tvivl og er ikke afklaret i retspraksis, om der kan fastsættes bestemmelser i en offentlig kontrakt, der giver mulighed for at ophæve kontrakten eller på anden måde bringe den til ophør, under henvisning til, at leverandøren i løbet af kontraktens løbetid bliver omfattet af en udbudslovens udelukkelsesbestemmelser, fx ved at blive dømt for bestikkelse.

Arbejdsgruppen skal overveje, om det – med respekt af udbudsdirektivets krav om, at kontraktbestemmelser skal være knyttet til kontraktens genstand – er muligt at ændre udbudsloven, så kontrakter i videre omfang end i dag kan eller skal bringes til ophør, hvis en leverandør efter tildelingen af kontrakten bliver omfattet af en udelukkelsesgrund.

2.3.2. Relevante regler

I udbudsdirektivets artikel 70 fastsættes, at ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis disse er forbundet med kontraktens genstand. Betingelserne kan ifølge bestemmelsen omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn. Bestemmelsen er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 176.

Af bemærkningerne til forslaget til § 176 fremgår følgende:

”Der skal være sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktgenstanden. Det vil sige, at der ikke kan fastsættes kontraktbetingelser, som vedrører generelle forhold hos leverandøren eller forhold vedrørende andre opgaver, som leverandøren udfører for ordregiveren. Kontraktbetingelserne skal således være knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under den udbudte kontrakt. Herudover skal kontraktbetingelserne være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. § 2.

...

Betingelser i forbindelse med handel og betingelserne herfor kan f.eks. henvise til det forhold, at det pågældende produkt oprindeligt er et fairtradeprodukt, herunder krav om betaling af en minimumspris og en højere pris til producenterne. Betingelserne for gennemførelse af en kontrakt for så vidt angår miljømæssige hensyn kan f.eks. omfatte levering, emballering og bortskaffelse af produkter og med hensyn til bygge- og anlægskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter, affaldsminimering eller ressourceeffektivitet.

Betingelsen for en forbindelse med kontraktens genstand udelukker dog betingelser vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af

indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Ordregiveren kan derfor ikke kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.”

Der er ikke i bestemmelsen eller dens forarbejder taget udtrykkeligt stilling til, hvorvidt det vil være i overensstemmelse med udbudslovens § 176, at fastsætte kontraktbetingelser, hvorefter en kontrakt kan bringes til ophør, hvis leverandøren i en kontrakts løbetid bliver omfattet af en udelukkelsesbestemmelse uanset sammenhængen med den konkrete kontrakt.

Det må antages, at det ifølge gældende ret vil være muligt at fastsætte, at kontrakten kan bringes til ophør, hvis udelukkelsen skyldes forhold, der har forbindelse med opfyldelsen af den konkrete kontrakt.

Det har derimod i praksis været tvivl om, i hvilket omfang der – som udbudslovens § 176 og udbudsdirektivets art. 70 er formuleret – kan lægges vægt på forhold, der ikke vedrører den konkrete kontrakt i snæver forstand. Der foreligger således ikke sikker praksis for, i hvilket omfang fx bestikkelse, der ikke er knyttet til konkrete køb på en bestemt kontrakt, kan siges at have forbindelse til den pågældende kontrakts genstand.

2.3.3. Økonomistyrelsen og SKI's konkrete erfaringer

På baggrund af Retten i Glostrups dom af 27. juni 2018 over Atea og Ateas vedtagelse af 12. juli 2018 af et bødeforlæg vedrørende bl.a. bestikkelse, gennemførte Økonomistyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten en vurdering af, om der var grundlag for at bringe allerede gældende kontrakter med Atea til ophør.

I forlængelse heraf meddelte Økonomistyrelsen den 7. september 2018 på baggrund af en redegørelse fra Kammeradvokaten, at styrelsen ikke ville bringe de allerede indgåede aftaler til ophør under henvisning til de konstaterede strafbare forhold.

Vurderingen blev foretaget på grundlag af bestemmelserne i de indgåede kontrakter og på grundlag af almindelige formueretlige regler. Usikkerheden om rækkevidden af bestemmelsen i udbudslovens § 176 indgik i overvejelserne.

SKI foretog en tilsvarende vurdering vedrørende sine kontrakter med Atea.

2.3.4. Arbejdsgruppens henvendelse til EU-kommissionen og Kommissionens svar

På baggrund af den ovenfor anførte tvivl om rækkevidden af udbudsdirektivet har arbejdsgruppen anmodet EU-Kommissionen om at forholde sig til spørgsmålet.

Arbejdsgruppens spørgsmål og Kommissionens svar fremgår af *bilag 4*.

Arbejdsgruppen forstår Kommissionens svar sådan, at udbudsdirektivet ikke er til hinder for, at der kan indføres nationale regler, der medfører pligt til eller mulighed for, at kontrakter bringes til ophør, hvis leverandøren i kontraktens løbetid bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund. Det er uanset om de omstændigheder, der medfører, at en virksomhed bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, har forbindelse med den pågældende kontrakts genstand.

Kommissionen tager i sit svar ikke stilling til, om og i givet fald i hvilket omfang der vil være pligt til at gennemføre en pålidelighedsvurdering, når en kontrakt tænkes bragt til ophør under henvisning til, at leverandøren i kontraktperioden er blevet omfattet af en udelukkelsesbestemmelse, hvilket, jf. overvejelserne nedenfor, kan overvejes.

2.3.5. Overvejelser

Arbejdsgruppen lægger på baggrund af det ovenfor anførte til grund, at udbudsdirektivets artikel 70 ikke er til hinder for, at der kan fastsættes regler i udbudsloven, hvorefter en kontrakt kan eller skal bringes til ophør, hvis en leverandør i kontraktens løbetid bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, eller af en frivillig udelukkelsesgrund, der var gældende i forbindelse med udbuddet af den pågældende kontrakt.

Arbejdsgruppen finder, at det vil være hensigtsmæssigt at ændre udbudsloven således, at der åbnes mulighed herfor i dansk ret. Derved vil der blive skabt parallelitet mellem det, der gælder forud for kontraktindgåelsen, og det, der gælder i kontraktens løbetid. Arbejdsgruppen finder det vanskeligt at argumentere for, hvorfor en økonomisk aktør skal kunne udelukkes fra at blive tildelt en kontrakt under henvisning til generelle forhold, mens de samme generelle forhold ikke skal kunne føre til, at en kontrakt med den pågældende økonomiske aktør bringes til ophør.

En bestemmelse om kontraktophør som følge af, at en leverandør bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller af en frivillig udelukkelsesgrund, der har været anvendt i det pågældende udbud, kan udformes således, at den giver den enkelte ordregiver ret eller pligt til at fastsætte kontraktbestemmelser med et sådant indhold.

En sådan bestemmelse kan også udformes således, at en ordregiver har en sådan ret eller pligt, uden at den konkrete kontrakt indeholder bestemmelser herom. Dette vil sikre en ensartet behandling af sådanne sager i hele den offentlige sektor.

Arbejdsgruppen finder, at offentlige ordregivere skal gives mulighed for at kunne indsætte en klausul, hvorefter ordregiver har mulighed for at bringe kontrakter til ophør, hvis leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesbestemmelse.

Som nævnt ovenfor udtaler Kommissionen sig ikke om, hvorvidt kontraktophør under henvisning til, at en leverandør er blevet omfattet af en udelukkelsesbestemmelse i kontraktens løbetid, forudsætter, at der er gennemført en pålidelighedsvurdering efter principperne i udbudslovens § 138. Arbejdsgruppen finder, at hensynet til parallelitet mellem forholdene før og efter kontraktindgåelsen kan tale for, at der gives mulighed herfor.

Med henblik på administrationen af bestemmelser som beskrevet ovenfor vil det være nødvendigt samtidig at fastsætte, at leverandører til det offentlige har pligt til at underrette offentlige kontraktparter, hvis leverandørerne bliver omfattet af en relevant udelukkelsesgrund.

Indførelse af bestemmelser som beskrevet ovenfor vil bidrage til klarhed om retsstillingen og dermed øget retssikkerhed for både ordregivere og tilbudsgivere.

Arbejdsgruppen vurderer, at det vil indebære forøgede transaktionsomkostninger at indføre en ovenstående mulighed for ordregivere for at overveje spørgsmålet om kontraktophør og indførelse af en pligt til forinden at gennemføre en pålidelighedsvurdering, inden en kontrakt bringes til ophør. Dette vil gælde for både offentlige ordregivere og leverandører til det offentlige.

Transaktionsomkostningerne i forbindelse med gennemførelse af pålidelighedsvurderinger skal ses i sammenhæng med arbejdsgruppens øvrige anbefalinger.

Arbejdsgruppen anbefaler

Arbejdsgruppen anbefaler, at der i udbudsloven udtrykkeligt åbnes mulighed for, at ordregiver kan indsætte en klausul, hvorefter ordregiver kan kræve kontraktophør, hvis en leverandør i en kontrakts løbetid bliver omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller en frivillig udelukkelsesgrund, som fandt anvendelse i forbindelse med det pågældende udbud. Et eventuelt konkret kontraktophør skal ske i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og de øvrige EU-udbudsretlige principper.

En sådan bestemmelse skal ledsages af en bestemmelse om pligt for leverandører til det offentlige til at underrette den offentlige kontraktpart, hvis de omfattes af en relevant udelukkelsesgrund i udelukkelsesperioden.

Arbejdsgruppen finder, at hensynet til parallelitet mellem forholdene før og efter kontraktindgåelsen taler for, at offentlige ordregivere har mulighed for at bringe indgåede kontrakter til ophør, hvis leverandøren bliver omfattet af en relevant udelukkelsesbestemmelse i kontraktens løbetid.

Arbejdsgruppens finder, at hensynet til parallelitet endvidere taler for, at en beslutning om kontraktophør forudsætter, at der forinden gennemføres en pålidelighedsvurdering svarende til den der skal gennemføres efter udbudslovens § 138.

2.4. Øvrige initiativer

2.4.1. Indledning

Arbejdsgruppen skal overveje, om der er behov for at gennemføre øvrige initiativer.

Forslag 1: Forudgående pålidelighedsvurdering betales af tilbudsgiver

Som anført ovenfor er det i henhold til udbudsdirektivets betragtning 102 overladt til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse for tilbudsgivernes muligheder for at fremlægge dokumentation for pålidelighed.

Det er navnlig muligt at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger af tilbudsgiver pålidelighedsforanstaltninger eller overdrage denne opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.

Overvejelser

For at lette de administrative byrder forbundet med ordregivernes vurdering af pålidelighedsforanstaltninger kan det overvejes at placere denne byrde på tilbudsgiverne i stedet.

I henhold til udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, kan en økonomisk aktør: "... forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren."

Udelukkede tilbudsgivere har således et retskrav på muligheden for at dokumentere deres pålidelighed til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund. En national regulering, der kræver, at tilbudsgivere betaler for ordregivernes vurdering af de foranstaltninger, som tilbudsgiverne har truffet vil udgøre en indskrænkning af denne ret og vil derfor formentlig stride imod udbudsdirektivet.

Man kan muligvis etablere en ordning, hvor en virksomhed kan anmode om en pålidelighedsvurdering på forhånd, dvs. inden afgivelse af tilbud. I de tilfælde kunne det muligvis være berettiget at opkræve betaling, idet der her ikke er tale om et krav, men derimod en service. Det er uvist om potentielle tilbudsgivere kunne være interesserede i en sådan forhåndsbeslutning på områder, hvor tilbudsafgivelse er meget ressourcekrævende – fx på bygge- og anlægsområdet. Etablering af en sådan servicefunktion må forudsætte, at der etableres en fælles enhed for pålidelighedsvurderinger, idet det ikke kan overlades til enkelte ordregivere at udføre denne service.

Arbejdsgruppen anbefaler

Arbejdsgruppen anbefaler, at der til en start etableres en enhed for pålidelighedsvurdering, som alene skal foretage aktuelle pålidelighedsvurderinger, jf. initiativ 1c ovenfor.

Arbejdsgruppen finder, at når enheden forventeligt er etableret og i drift, bør enheden også – mod betaling – tilbyde forudgående pålidelighedsvurderinger, som ordregiver ellers ikke er forpligtet til at foretage, såfremt virksomhederne vurderes at efterspørge dette.

2.4.2. Forslag 2: Alle udelukkelsesgrunde gøres obligatoriske

Som anført ovenfor kan medlemsstaterne i henhold til udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, gøre de frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske.

Der må sondres mellem de udelukkelsesgrunde, hvor ordregiver er overladt et skøn i forhold til at vurdere, om der er grundlag for udelukkelse, og de udelukkelsesgrunde, der er objektivt konstaterbare.

Det er objektivt konstaterbart, om der skal ske udelukkelse efter bestemmelserne i § 137, stk. 1, nr. 2 og 7. Herudover er det usikkert, om udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, vedrørende konkurrencefordrejende aftaler er objektivt konstaterbart eller ej i forhold til, om der skal ske udelukkelse af § 137, stk. 1, nr. 4, idet retspraksis fra EU-Domstolen kan indikere, at udelukkelse efter denne udelukkelsesgrund kun kan ske på baggrund af en afgørelse truffet af de kompetente konkurrencemyndigheder, mens ordlyden af bestemmelsen siger, at det allerede kan ske, såfremt ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer*.

Udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1-6, er to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling, jf. § 138, stk. 6. Særligt for så vidt angår udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1 og 3-5, giver det anledning til tvivl, hvad der skal forstås ved ”den relevante hændelse eller handling”.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 138, stk. 6, at ”den relevante hændelse eller handling” skal forstås som tidspunktet for den adfærd, som danner grundlag for udelukkelse. I EU-Domstolens dom i Vossloh Laeis-sagen³, kom EU-Domstolen frem til, at ”den relevante hændelse eller handling”, for så vidt angår udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4 (om konkurrencefordrejende aftaler), skal forstås som tidspunktet for denne myndighedsafgørelse, når der foreligger en myndighedsafgørelse om overtrædelsen.

I en anden sag fra EU-Domstolen, sagen C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli⁴, kom EU-Domstolen imidlertid frem til, at for så vidt angår udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 3 (om alvorlige

³ EU-Domstolens dom i C-124/17 af 24. oktober 2018.

⁴ EU-Domstolens dom i C-41/18 af 19. juni 2019.

forsømmelser) og 5 (om væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt), er ordregiveren ikke forpligtet til at afvente en dom for overtrædelsen, men har et skøn ved vurderingen af grundlaget for udelukkelsen.

Selv om EU-Domstolen i Meca-sagen ikke konkret har taget stilling til, hvornår udelukkelsesperioden begynder for de omhandlede udelukkelsesgrunde, må konsekvensen af dommen være, at udelukkelsesperioden begynder på et tidligere tidspunkt end ved en retslig afgørelse. Vurderingen er dog behæftet med en vis usikkerhed.

De øvrige udelukkelsesgrunde overlader et skøn til ordregiveren i forhold til at vurdere, om der grundlag for udelukkelse. Det vil sige, at ordregiverne i konkrete tilfælde skal foretage en vurdering af om betingelserne er til stede for at udelukke.

Overvejelser

Det kan overvejes at gøre udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 137 obligatoriske.

Dét at gøre udelukkelsesgrunde, som forudsætter et skøn, obligatoriske vurderes at pålægge den individuelle ordregiver en vis ekstra byrde. Hvis alle disse frivillige, skønspregede udelukkelsesgrunde gøres obligatoriske, kan det medføre en øget administrativ byrde for de offentlige ordregivere og muligvis også en afledt øget byrde for erhvervslivet, der vil skulle bruge flere ressourcer end i dag på at dokumentere deres pålidelighed til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund.

Da udelukkelse beror på ordregiverens skøn, kan det tilmed ikke udelukkes, at obligatorisk anvendelse af udelukkelsesgrundene kan medføre et øget antal klager over ordregivernes beslutninger vedrørende udelukkelse. Disse øgede administrative omkostninger taler for, at det fortsat er den enkelte ordregiver, der skal beslutte, om udelukkelsesgrundene skal anvendes i det konkrete udbud.

Det kan imidlertid også medføre øgede omkostninger, at ordregiver vælger ikke at anvende de frivillige udelukkelsesgrunde. Et sådan fravalg indebærer indgåelse af kontrakter med tilbudsgivere, der har begået så alvorlige forsømmelser i udøvelsen af deres erhverv, at der kan opstå tvivl om virksomhedens integritet. Det kan fx føre til leverancer af lav kvalitet eller øget anvendelse af kontraktopsigelser.

Det kan derfor overvejes at gøre udbudslovens nuværende frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1 nr. 3, obligatorisk, således at offentlige ordregivere forpligtes til at udelukke tilbudsgivere, som omfattes af denne udelukkelsesgrund. På den måde sikres det, at ordregivere som udgangspunkt kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der har begået alvorlige forsømmelser, som sår tvivl om deres integritet, fra et offentligt udbud.

Ved alene at gøre udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, obligatorisk og lade de øvrige frivillige, skønspregede udelukkelsesgrunde forblive frivillige, vil dette formentlig ”fange” en række relevante situationer, samtidig med, at der bevares en vis fleksibilitet for ordregiver til selv at vurdere, om der er grundlag for at ”aktivere” de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde.

I forhold til at gøre den frivillige udelukkelsesgrund vedr. gæld til det offentlige på under 100.000 vurderes det hensigtsmæssigt, at det alene er stor ubetalt forfalden gæld, der skal føre til udelukkelse. Hvorvidt mindre gæld skal være afgørende, bør fortsat være op til den enkelte ordregiver, bl.a. fordi udelukkelse må ses i sammenhæng med de konkrete kontraktforhold.

Arbejdsgruppen anbefaler

Arbejdsgruppen anbefaler, at udbudslovens frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 3, gøres obligatorisk- Det vil betyde, at ordregivere som udgangspunkt skal udelukke enhver ansøger eller tilbudsgiver, hvis 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.

Den pågældende udelukkelsesgrund er udformet som en opsamlingsbestemmelse i udbudsdirektivet og kan derfor omfatte en lang række situationer, som påvirker tilbudsgiveres integritet.

Arbejdsgruppen finder på baggrund af en indgående undersøgelse, at det er uhensigtsmæssigt at gøre de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske, selvom der ikke er noget juridisk til hinder for dette.

Det skyldes, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, formentlig vil "fange" en række relevante situationer, samtidig med, at der bevares en vis fleksibilitet for ordregiver til selv at vurdere, om der er grundlag for at "aktivere" de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde. Derved opnås en god balance mellem, at det offentlige undgår at handle med virksomheder, som ikke opfører sig som det må forventes af dem, gennemsigtighed for alle parter og minimering af yderligere administrative omkostninger.

I lyset heraf vil det efter arbejdsgruppens vurdering medføre et uforholdsmæssigt stort ressourcebehov og for høje transaktionsomkostninger også at gøre de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske.

Arbejdsgruppen anbefaler på den baggrund, at de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde forbliver frivillige og således kan vælges til af ordregiver, hvis det findes hensigtsmæssigt i det konkrete udbud.

2.4.3. Forslag 3: Klare retningslinjer for pålidelighedsvurdering

En ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver, hvis denne er omfattet af én af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, eller hvis denne er omfattet af én af de frivillige udelukkelsesgrunde, forudsat at disse er fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

Ifølge udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, skal tilbudsgiverne dog have ret til at fremvise dokumentation for deres pålidelighed og ordregiverne er forpligtede til at tage denne dokumentation i betragtning.

Om tilbudsgivernes adgang til at foretage foranstaltninger for at overbevise ordregiverne om tilbudsgivernes pålidelighed til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund fremgår desuden af udbudsdirektivets betragtning 102, at: "... Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås..."

Dette er gennemført i udbudslovens § 138, der stiller krav til ordregiverne om, at en virksomhed, der er omfattet af en udelukkelsesgrund skal have mulighed for, inden for en passende frist, at forelægge dokumentation for dennes pålidelighed til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund.

I forhold til vurderingen af, om en virksomheds dokumentation er tilstrækkelig til at vise, at virksomheden er pålidelig til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund fremgår det af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, at:

"De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelse af straffeloven eller forsømmelsen."

Desuden følger det af udbudsdirektivets betragtning 102, at: "...Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde..."

Det har således været hensigten med udbudsdirektivets regler om pålidelighed, at medlemsstaterne ikke blot fastsætter de proceduremæssige rammer for, hvordan tilbudsgivernes pålidelighedsforanstaltninger kommer i betragtning i forbindelse med ordregivernes beslutning om en virksomheds udelukkelse eller ej, men også de indholdsmæssige betingelser, der skal være opfyldt for, at en tilbudsgiver kan blive tildelt en offentlig kontrakt til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund.

Der er derfor forholdsvis frie rammer for, hvilke indholdsmæssige betingelser der kan indføres i udbudsloven med henblik på vurderingen af pålidelighed. Sådanne betingelser skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Heri ligger blandt andet, at betingelserne ikke må stille nogle tilbudsgivere bedre end andre og at betingelserne ikke må gå længere end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med reglerne.

Betingelser der gør tilbudsgivernes pålidelighed illusorisk vil eksempelvis ikke være tilladt, da formålet med pålidelighedsreglerne må være, at tilbudsgiverne, der reelt må vurderes at være pålidelige til trods for at være omfattet af en udelukkelsesgrund, skal have mulighed for at deltage i udbudsprocesser.

Overvejelser

I lyset af de relativt vide beføjelser, som medlemsstaterne har til at fastsætte nærmere betingelser for gennemførelsen af pålidelighed, kan det overvejes at indføre klare retningslinjer om pålidelighed. Et sådant tiltag kan for eksempel have til formål at stille meget strenge krav til tilbudsgivernes pålidelighedsforanstaltninger for at understøtte formålet med retningslinjerne om udelukkelse.

Det kan for eksempel understreges, at udelukkelse må betragtes som hovedreglen, når en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, og at tildeling af en kontrakt til en sådan tilbudsgiver helt undtagelsesvis er tilladt.

Klare retningslinjer for pålidelighed må også forventes at gøre det nemmere, og dermed mindre byrdefuldt, for ordregiverne at foretage vurderingen af, om en tilbudsgivers pålidelighedsforanstaltninger er tilstrækkelige eller ej. Det samme vil gælde for en samling af disse vurderinger i en enhed.

Omvendt kan det heller ikke udelukkes, at klare retningslinjer vil gøre det lettere for tilbudsgiverne at vurdere, hvilke foranstaltninger, der skal indføres for at blive vurderet pålidelig med henblik på at vinde offentlige kontrakter. Det kan have gavnlige effekter for konkurrencen idet udbuddet alt andet vil stige jo flere tilbudsgivere der bliver vurderet pålidelig. Det kan dog samtidig stride imod retsfølelsen, at tilbudsgiverne, der er dømt for overtrædelser såsom bestikkelse af offentligt ansatte, alligevel kan anses for pålidelige samarbejdspartnere.

Arbejdsgruppen anbefaler

Arbejdsgruppen anbefaler, at der udarbejdes klare retningslinjer for den pålidelighedsvurdering, der skal foretages af enheden. De klare retningslinjer skal bl.a. understrege, at udelukkelse må betragtes som hovedreglen, når en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, og at det kun er helt undtagelsesvist, at en sådan tilbudsgiver kan tildeles en kontrakt. Klare retningslinjer kan øge retssikkerheden og gøre det lettere og mindre byrdefuldt for den, der foretager vurderingen af pålidelighed.

De klare retningslinjer kan fastsættes som egentlige regler i en bekendtgørelse eller i en vejledning eller et administrationsgrundlag for den enhed, der skal foretage vurderingerne. Dette vil der blive taget stilling til i forbindelse med en eventuel udarbejdelse af et lovforslag om etablering af en sådan enhed.

Af de klare retningslinjer kan det fx fremgå, hvilken form for dokumentation for gennemførte foranstaltninger, som enheden kan lægge vægt på, og hvad der bl.a. kan udgøre dokumentation for de forskellige foranstaltninger.

Derudover kan det af retningslinjerne fremgå, hvordan enheden skal forholde sig til foranstaltninger fra tilbudsgiverens side, som først kan få effekt på et senere tidspunkt.

Af retningslinjerne skal det endvidere fremgå, hvorledes der skal tages hensyn til oplysninger, der fremkommer, efter at enheden har foretaget en vurdering af en tilbudsgivers pålidelighed, og om en tilbudsgivers mulighed for at få genoptaget en sag om pålidelighedsvurdering.

Sådanne retningslinjer bør efter arbejdsgruppens vurdering ikke være så detaljerede, at de fratager enheden skønsmulighed. Det skyldes, at om end meget specifikke retningslinjer vil kunne øge retssikkerheden hos de udelukkede virksomheder, så vil de også kunne have den negative effekt, da det i højere grad bliver muligt for tilbudsgiverne at spekulere i at opnå en positiv pålidelighedsvurdering med et minimum af foranstaltninger ved at tilpasse ansøgningen og dokumentationen nøjagtigt til kravene i retningslinjerne – og ikke nødvendigvis efter, hvad der skønnes nødvendigt for at skabe pålidelighed i den konkrete virksomhed.

2.5. Initiativer til en kommende revision af EU-udbudsdirektivet

Arbejdsgruppen skal også overveje, om der er initiativer, der bør inddrages i forbindelse med en kommende revision af EU's udbudsdirektiv, fx initiativer, som begrænser muligheden for at blive vurderet pålidelig.

Henset til gennemgangen ovenfor har arbejdsgruppen identificeret fire EU-retlige ændringsmuligheder med henblik på at skabe mere klare og præventive udelukkelsesregler.

A) Fjerne kravet om pålidelighedsvurderinger i udbudsdirektivet.

Arbejdsgruppen anbefaler ikke at gå videre med dette forslag på EU-niveau, da det vil være meget vidtgående og en klar forringelse af virksomhedernes rettigheder.

Argumenterne for er, at virksomhederne er blevet udelukket, fordi de har handlet i strid med de gældende regler, herunder eksempelvis bestikkelse eller hvidvaskning, og derfor bør sanktioneres efter udbudsreglerne som følge heraf. Virksomhederne vil ikke få en reel udbudsretlig sanktion, hvis de straks derefter bliver vurderet pålidelige. Desuden vil det nedbringe offentlige ordregiveres ressourceforbrug, idet der ikke vil skulle afsættes ressourcer til pålidelighedsvurderinger.

Argumenterne imod er, at virksomhederne ved at fjerne kravet om pålidelighedsvurdering i udbudsdirektivet ikke har nogen mulighed for at deltage i offentlige udbud – uanset hvad de foretager sig - i den periode, de er udelukket. Det vil kunne begrænse konkurrencen set i forhold til den nuværende retstilstand. Desuden vil det ikke give virksomhederne ligeså meget incitament til at forbedre sig i den periode, de er udelukket, som hvis de havde mulighed for at blive pålidelighedsvurderet.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der ikke gås videre med dette forslag på EU-niveau, da det vil være meget vidtgående og en klar forringelse af virksomhedernes rettigheder.

B) Giv medlemslandene kompetence til selv at afgøre, om der ønskes pålidelighedsvurderinger.

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da det vil medføre en uens praksis i EU og dermed usikkerhed blandt EU-medlemslandenes virksomheder.

Argumenterne for er, at medlemslandene får mest mulig fleksibilitet ved selv at kunne vælge, om de ønsker at give mulighed for pålidelighedsvurdering eller ej. Derved kan de enkelte medlemslande selv bestemme, om de vil sanktionere virksomhederne hårdt rent udbudsretligt ved fuldstændig at udelukke dem i en given periode, hvis de overtræder en række regler, eller om virksomhederne skal kunne have adgang til at dokumentere deres pålidelighed.

Argumentet imod er, at der derved vil kunne opstå en uens retstilstand EU-medlemslandene imellem i forhold til pålidelighedsvurderinger. Dette vil medføre tvivl og usikkerhed blandt virksomhederne, hvilket er i strid med hele formålet bag EU-udbudsretten (og EU-retten generelt).

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da det vil medføre en uens praksis i EU og dermed usikkerhed blandt EU-medlemslandenes virksomheder.

C) Skærpelse af kravene fx ved at der i udbudsdirektivet indføres en karenperiode på fx 6-12 måneder, hvori tilbudsgivere i praksis skal dokumentere deres pålidelighed.

Arbejdsgruppen anbefaler, at der ikke gås videre med dette forslag på EU-niveau, da udbudsretten derved bliver en form for ekstra sanktion ud over straffereglerne, hvilket indebærer, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med virkning med det samme, ikke kan blive anset for pålidelige før efter et halvt år. I stedet foreslås det at lave nogle klare retningslinjer for, hvordan pålidelighedsvurderingen skal foretages, jf. initiativet herom ovenfor.

Argumenterne for er, at virksomhederne derved – uanset hvad – vil opnå en vis sanktion ved at blive udelukket for en (kortere) periode fra offentlige udbud. Dette kan også tilgodese retsfølelsen hos ordregivere og andre eksterne aktører. Desuden vil en karenperiode – i modsætning til helt at fjerne pålidelighedsvurderinger – fortsat give virksomheder et incitament til at forbedre sig og dermed undgå at overtræde regler fremover.

Argumenterne imod er dog, at tilbudsgivernes retsstilling forringes i forhold til den nuværende, hvor en virksomhed kan blive pålidelighedsvurderet straks efter de er udelukket fra offentlige udbud. Endelig vil det bevirke, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med det samme, ikke kan anses for pålidelige.

Arbejdsgruppen anbefaler, at dette forslag ikke bliver videreført på EU-niveau, da tilbudsgivernes retsstilling forringes i forhold til den nuværende, og idet forslaget vil bevirke, at selv tilbudsgivere, der har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger med det samme, ikke kan anses for pålidelige.

Baggrund

Atea A/S (Atea) blev ved en dom i juni 2018 fundet skyldig i bl.a. aktiv bestikkelse, jf. straffelovens § 122 og idømt en bøde på 10 mio. kr. Dommen blev endelig d. 11. juli 2018. Den 12. juli 2018 vedtog Atea et bødeforlæg på 3 mio. kr., der også omfattede bestikkelse.

Som følge heraf er Atea som udgangspunkt udelukket fra at deltage i offentlige udbudsforretninger til og med den 11. juli 2022, jf. udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2.

Moderniseringsstyrelsen og Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) havde begge på tidspunktet for dommen og bødeforlægget indgået en række fællesoffentlige rammeaftaler med Atea.

Moderniseringsstyrelsen og SKI iværksatte på den baggrund umiddelbart efter dommen og bødeforlægget overvejelser om, hvorvidt Atea efter deres opfattelse kunne anses for pålidelig, jf. udbudslovens § 138, og om hvorvidt deres allerede indgåede aftaler med Atea kunne ophæves.

Udbudslovens § 138 indebærer, at en virksomhed kan fremlægge dokumentation for sin pålidelighed og kan ikke udelukkes fra udbud, hvis dokumentationen vurderes tilstrækkelige (såkaldt ”self-cleaning”). Det er den enkelte ordregiver, der i forbindelse med de konkrete udbudsprocedurer skal vurdere, om dette er tilfældet.

Moderniseringsstyrelsen og SKI meddelte den 7. september 2018 i fællesskab, at Atea efter deres opfattelse på det pågældende tidspunkt opfyldte betingelserne efter udbudslovens § 138 for at kunne deltage i udbudsprocedurer, og at Atea derfor fortsat kunne være leverandør, selv om Atea var omfattet af en udelukkelsesgrund. Moderniseringsstyrelsen og SKI meddelte samtidig, at de ville revurdere spørgsmålet mindst én gang årligt i den fireårige udelukkelsesperiode.

Der var så vidt vides tale om de første vurderinger af sådanne spørgsmål efter ikrafttrædelsen af udbudsloven i forbindelse med sager af denne karakter.

Moderniseringsstyrelsen og SKI meddelte samme dag hver især, at de ikke fandt grundlag for at bringe allerede gældende aftaler med Atea til ophør.

I forlængelse af denne sag har der været offentlig og politisk debat om konsekvenserne, herunder straffen, for virksomheder, der overtræder lovgivningen, og tilliden til offentlige myndigheder. Der er behov for at vurdere, om gældende regler og incitamentsstrukturer er hensigtsmæssige.

Dette er baggrunden for nedsættelsen af denne arbejdsgruppe.

Arbejdsgruppens formål

Arbejdsgruppens formål er at beskrive de erfaringer, som er opnået i forbindelse med den første reelle anvendelse af reglerne om udelukkelse og pålidelighedsvurdering i sager af den nævnte karakter, og de erfaringer, som er opnået i forbindelse med overvejelserne om at bringe allerede indgåede kontrakter til ophør. På den baggrund skal arbejdsgruppen generelt vurdere, om det er muligt og hensigtsmæssigt at foretage ændringer af de gældende regler og/eller gennemføre øvrige initiativer i relation til udelukkelse og pålidelighedsvurdering og i relation til at bringe allerede indgåede kontrakter til ophør.

Arbejdsgruppens opgaver

Arbejdsgruppen skal på baggrund af Atea-sagen beskæftige sig med to hovedspor og beskrive:

1. *Reglerne om udelukkelse og pålidelighedsvurdering*
2. *Reglerne om ophør af kontrakter*

Spør 1

Arbejdsgruppen skal i relation til *spor 1* se på følgende emner:

1a. Domstolsfastsat udelukkelsesperiode

Ifølge straffelovens § 79 kan den, som udøver visse former for virksomhed, ved dom for et strafbart forhold, fratages retten til fortsat at udøve den pågældende virksomhed. Bestemmelsen blev ikke anvendt i Atea-sagen.

Arbejdsgruppen skal vurdere rækkevidden af denne bestemmelse i udbudsretlig sammenhæng og på den baggrund overveje, om der kan være grundlag for at indføre en særlig hjemmel til, at domstolene i forbindelse med visse strafbare forhold kan udelukke virksomheder fra deltagelse i udbudsforretninger i en af retten fastsat periode.

1b. Forlængelse af udelukkelsesperioden

Udelukkelse efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 gælder i 4 år fra datoen for endelig dom eller datoen for vedtagelse af bødeforlæg, mens udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137 gælder i op til 2 år fra den pågældende hændelse eller handling, jf. § 138, stk. 5 og 6.

Arbejdsgruppen skal overveje, hvilken betydning en forlængelse af udelukkelsesperioderne vil have i praksis, og om udelukkelsesperioderne skal forlænges til det maksimum, der følger af udbudsdirektivet.

1c. Administrativ forenkling mv.

Vurderingen af en virksomheds pålidelighed påfører de myndigheder, som skal vurdere virksomhedens dokumentation, en administrativ byrde. Vurderingen kan vedrøre forhold, som den pågældende myndighed ikke har faglig kompetence til at vurdere.

Da myndighederne har et vidt skøn i forbindelse med vurderingen, er det muligt, at en virksomhed kan udelukkes af én ordregiver, men vil kunne deltage i udbud hos en anden. Det skyldes bl.a., at ordregiveren kan inddrage de konkrete forhold i forbindelse med den konkrete kontrakttildeling i sin vurdering. Det

kan også tillægges betydning, om den udbudte opgave skal udføres i en anden del af den pågældende virksomhed end den, hvor kriminaliteten er begået.

Arbejdsgruppen skal overveje, om en central myndighed skal udpeges til at gennemføre pålidelighedsvurderinger, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave. Som alternativ hertil skal det overvejes om indkøbscentraler og andre udbydere af rammeaftaler kan foretage en pålidelighedsvurdering på alle tilsluttede brugeres vegne. Arbejdsgruppen skal endvidere overveje, om reglerne om pålidelighedsvurdering kan ændres, således at vurderingen bliver mindre omkostningsfuld for offentlige ordregivere.

Spor 2

Arbejdsgruppen skal i relation til *spor 2* se på følgende:

2a. Fastsættelse af betingelser for kontraktens gennemførelse

Det er i udbudsloven fastsat, at bestemmelser om en kontraktens gennemførelse skal være ”forbundet med kontraktens genstand”. Det kan give anledning til tvivl og er ikke afklaret i retspraksis, om der kan fastsættes bestemmelser i en offentlig kontrakt, der giver mulighed for at ophæve kontrakten, hvis leverandøren i løbet af kontraktens løbetid bliver dømt for fx bestikkelse.

Arbejdsgruppen skal overveje, om det – med respekt af udbudsdirektivets krav om, at kontraktbestemmelser skal være knyttet til kontraktens genstand – er muligt at ændre udbudsloven, så kontrakter i videre omfang end i dag kan eller skal bringes til ophør, hvis en leverandør efter tildelingen af kontrakten bliver omfattet af en udelukkelsesgrund.

Øvrige initiativer

Arbejdsgruppen skal overveje, om der er behov for at gennemføre øvrige initiativer.

Arbejdsgruppen skal også overveje, om der er initiativer, der bør inddrages i forbindelse med en kommende revision af EU’s udbudsdirektiv, fx initiativer, som begrænser muligheden for selfcleaning.

Organisering og proces

Arbejdsgruppen består af repræsentanter fra Erhvervsministeriet (formand), Finansministeriet og Justitsministeriet. Derudover inddrages relevante myndigheder efter behov.

Arbejdsgruppen skal afrapportere i foråret 2020, således at evt. forslag til ændringer af udbudsloven eller anden relevant lovgivning kan indgå i et evt. lovforslag, der følger op på den igangsatte evaluering af udbudsloven.

På baggrund af den ovenfor anførte tvivl om rækkevidden af udbudsdirektivet har arbejdsgruppen stillet følgende spørgsmål til EU-Kommissionen:

"We have a question in relation to article 70, and we hope you can help us clarify the possibilities provided in this article.

It is clear from article 70 that conditions in the contract must be linked to the subject-matter of the contract within the meaning of Article 67(3). However, there can be an issue in relation to the exclusion grounds and the selection criteria.

It is also clear from article 57 (1), that contracting authorities are obliged to exclude an economic operator before awarding a contract, if the operator is covered by an exclusion ground, regardless of whether or not there is any link between the exclusion grounds and the subject-matter of the contract.

Is there in your opinion a general possibility to have conditions in a contract (which are not related to the subject-matter of the contract) if the conditions relating to exclusion grounds, selection criteria and other parts of the procurement procedure occur during the contract?

In article 73 regarding termination of contracts it is stated, that Member States shall ensure that contracting authorities have the possibility to terminate a public contract during its term, where the economic operator has been in one of the situations referred to in Article 57(1) and should therefore have been excluded from the procurement procedure. But it is stated clearly, that this possibility is only relevant, where the economic operator was covered by one of the situations in Article 57(1) "at the time of contract award". So article 70 is not applicable in the situation, where an economic operator is convicted during the term of the contract."

EU-Kommissionen har svaret følgende:

"It results from Article 70 that only contract performance clauses that are linked to the contract subject-matter as defined in Article 67(3) are allowed. Any other contract performance conditions would be contrary to the Directive.

As for the termination of contracts during their term, which is a totally different matter, Article 73 does not list all situations that might lead to the termination of a given contract under national legislation. Article 73 only sets the situations that Member States are obliged to transpose in national legislation. In fact Member States may set additional circumstances that could lead to the termination of a contract. For example, a Member State could decide that convictions for grounds under Article 57(1) but relating to acts taking place after the award of the contract (i.e. situation not covered by Article 73 (b)), could as well lead to the termination of the contract. However, selection criteria and other elements related to the procurement procedure itself could constitute adequate reasons to terminate an awarded contract, only if they would be related to exclusions grounds: e.g. the economic operator declared it fulfilled the selection criteria as regards its capacities (technical or professional) but this was in fact a false declaration (covered by Article 57(4)b). But if the economic operator loses such capacities for whatever reasons, this is an issue that should be covered by the contract clauses and/or contractual law. In any case, all corresponding national provisions must of course comply with the Treaty principles (non-discrimination, equal treatment, proportionality, etc).”