

UDELUKKELSE EFTER UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1. NR. 3.

1. BAGGRUND

Københavns Kommune (herefter "Kommunen") har et ønske om at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere fra deltagelse i udbud, såfremt virksomhederne har foretaget skatteunddragelse.

Kommunen har i den forbindelse anmodet Horten om at redegøre for følgende:

- 1) Mulighederne for at anvende udbudslovens¹ § 137, stk. 1, nr. 3, i relation til udbud efter udbudslovens afsnit III (herefter "light-regimet") (se afsnit 3.2 nedenfor).
- 2) Hvad vil kunne udgøre tilstrækkelig dokumentation for opfyldelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 (se afsnit 3.3 nedenfor).
- 3) Kan anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, begrænses til specifikt at omfatte situationer angående skatteunddragelse (se afsnit 3.4 nedenfor).
- 4) Om udelukkelse som følge af skatteunddragelse kan begrænses til de tilfælde, hvor der foreligger endelig dom for overtrædelse af skattereglerne, eller om verserende sager *skal* inddrages (se afsnit 3.5 nedenfor).
- 5) Hvordan Kommunen er stillet, såfremt en virksomhed udelukkes fra deltagelse i udbud på baggrund af en verserende sag om overtrædelse af skatte-lovgivningen, og virksomheden senere får tiltalefrafald eller bliver frikendt (se afsnit 3.6 nedenfor).

¹ Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter: "udbudsloven").

2. KONKLUSION

Som det fremgår af nedenstående, er vores konklusioner i forhold til de stillede spørgsmål som følger:

1. Kommunen har ikke pligt, men ret til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i light-regimeudbud. Udelukkelsesgrunden kan således anvendes, hvis det beskrives i udbudsgrundlaget.
2. Kommunen bærer bevisbyrden for, at ansøger eller tilbudsgiver kan udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Kommunen kan eksempelvis dokumentere, at en virksomhed er omfattet af bestemmelsen ved at fremlægge en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstolslignende organ for forholdet. Medmindre Kommunen begrænser bestemmelsens anvendelsesområde (se pkt. 4), er det ikke en betingelse for udelukkelse, at der foreligger en endelig dom. For god ordens skyld bemærkes, at det under alle omstændigheder er en betingelse, at det forhold, der udgør en "alvorlig forsømmelse", ikke ligger mere end to år tilbage i tiden.
3. Det er vores vurdering, at Kommunen kan begrænse anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i et konkret udbud til kun at omfatte overtrædelse af skattelovgivningen, forudsat at Kommunen har beskrevet dette i udbudsmaterialet.
4. Har Kommunen i sit udbudsgrundlag anført, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, finder anvendelse, kan udelukkelse foretages både på baggrund af en verserende sag og endelig dom om skatteunddragelse. Kommunen kan efter vores opfattelse vælge at begrænse bestemmelsens anvendelsesområde således, at udelukkelse alene kan ske på baggrund af endelig dom.
5. Er en ansøger eller tilbudsgiver blevet udelukket fra en udbudsprocedure på baggrund af en verserende straffesag, og sker der senere frikendelse, vil det ikke have konsekvenser for Kommunen/udbudsprocessen, såfremt udelukkelsen var berettiget på udelukkelsestidspunktet.

3. VURDERING

Dette afsnit 3 er struktureret således, at afsnit 1 indeholder en indledende introduktion til anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, mens afsnittene 3.2-3.6 besvarer de stillede spørgsmål, se afsnit 1.

3.1 INDLEDNING

Udbudsloven indeholder to typer udelukkelsesgrunde: Obligatoriske og frivillige. Er en økonomisk aktør omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, *skal* Kommunen udelukke pågældende aktør, medmindre aktøren kan dokumentere

sin pålidelighed². Frivillige udelukkelsesgrunde gælder kun, hvis Kommunen har tilvalgt en eller af flere af disse i udbuddet.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde er reguleret i udbudslovens §§ 135-136, mens de frivillige udelukkelsesgrunde fremgår af udbudslovens § 137. I henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan en ordregiver udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, 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** [...]". (Min fremhævning).*

Lovforarbejderne til bestemmelsen nævner overtrædelser af skattelovgivningen som eksempel på forsømmelser, der kan skabe tvivl om en ansøgers eller tilbudsgivers integritet³.

3.2 SPØRGSMÅL 1: ANVENDELSE AF UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3 UNDER LIGHT-REGIMET

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er placeret i udbudslovens afsnit II, som omfatter "almindelige indkøb" over tærskelværdien (EU-udbud).

Light-regimet finder anvendelse for offentlige kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser anført i bilag XIV til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU, når tærskelværdien på kr. 5.592.375 eksklusive moms overstiges. Udbud efter light-regimet er reguleret af udbudslovens afsnit III.

For kontrakter, der er omfattet af light-regimet, finder reglerne i udbudslovens afsnit II ikke anvendelse, medmindre der i udbudslovens afsnit III er henvist specifikt til en bestemmelse i udbudslovens afsnit II. Da udbudslovens § 137 er placeret i udbudslovens afsnit II, finder bestemmelsen derfor som udgangspunkt ikke anvendelse på udbud efter light-regimet.

I udbud under light-regimet skal Kommunen overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet⁴, men der er i øvrigt ganske stor frihed i forhold til at tilrettelægge udbudsprocessen. Afsnit III, som regulerer udbud under light-regimet, indeholder således ingen bestemmelser om (obligatorisk eller frivillig) udelukkelse. Henset til at udelukkelsesgrundene i afsnit II i udgangspunktet er en udmøntning af de generelle principper, er det vores opfattelse, at Kommunen kan vælge at anvende de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde i et udbud under light-regimet.

Af forarbejderne til udbudslovens § 186 (om light-regimet) fremgår således:

² Se udbudslovens § 138 om "self-cleaning".

³ LFF 2015.19 af 7. oktober, Forslag til Udbudsloven, s. 154.

⁴ Udbudslovens § 186.

"En ordregiver kan ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser altid vælge at anvende reglerne i lovens afsnit II, men der er ikke pligt hertil."

Udelukkelse af de grunde, som fremgår af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er således muligt, forudsat at denne udelukkelsesgrund udtrykkeligt er beskrevet i udbudsgrundlaget. Kravene til dokumentation mv. (se besvarelsen af de efterfølgende spørgsmål) vil tilsvarende kunne anvendes i et udbud under light-regimet – forudsat at dette er beskrevet på forhånd.

3.3 SPØRGSMÅL 2: DOKUMENTATIONSKRAV

Det fremgår af udbudslovens § 148, stk. 1, at ordregivere skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere anvender det fælles europæiske udbudsdokumentet (herefter: "ESPD")

"som foreløbigt bevis for, [...] at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde [...]".

Det er ordregiver, der bærer bevisbyrden for, at ansøgere eller tilbudsgivere i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om deres integritet, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Da bevisbyrden påhviler ordregiver, skal ansøger eller tilbudsgiver alene oplyse i sit ESPD, at denne ikke er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, uden at dokumentere dette forhold yderligere. For udbud omfattet af udbudslovens afsnit II vil ESPD'et således fungere som en tro- og loveerklæring vedrørende dette forhold. Anvendes udelukkelsesgrunden i udbud under light-regimet, se afsnit 3.2, vil Kommunen efter vores opfattelse tilsvarende kunne bede virksomhederne om enten at fremsende et ESPD, eller bede om en tro- og loveerklæring eller anden form for foreløbig dokumentation for, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden.

Udbudsloven fastsætter ikke direkte, hvilken dokumentation Kommunen (efterfølgende) kan benytte for at bevise, at ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3. Det fremgår imidlertid af de særlige bemærkninger til bestemmelsen⁵, at følgende dokumentation er tilstrækkelig:

"[...] en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolsliggende administrativt nævn.

Endvidere kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til et udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer. Det er ikke afgrænset, hvilken dokumentation ordregiveren kan be-

⁵ LFF 2015.19 af 7. oktober, Forslag til Udbudsloven, s. 154.

nytte for at vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet."

Forarbejderne til udbudsloven lægger derved op til, at Kommunen har mulighed for at bevise en ansøger eller tilbudsgivers alvorlige forsømmelse gennem håndfaste beviser såsom en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn, *eller* gennem mere skønspæret dokumentation i form af syn og skøn samt udtalelser fra tilsvarende brancheorganisationer.

I forbindelse med sin dokumentation af en virksomheds "alvorlige forsømmelse" skal Kommunen – foruden bevisbyrden - være særligt opmærksom på yderligere to forhold: Tidspunktet for forsømmelsen, samt muligheden for self-cleaning, se herunder:

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 6, at Kommunen ikke kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver med henvisning til bl.a. en alvorlig forsømmelse

"[...] mere end 2 år fra datoen for den relevante hændelse eller handling [...]".

Kommunen kan således kun udelukke en økonomisk aktør, hvor der ikke er gået mere end to år fra pågældende aktørs skatteunddragelse. Kommunen vil således ikke kunne udelukke en økonomisk aktør, der inden for de seneste to år er dømt for skatteunddragelse, hvis selve hændelsen ligger mere end to år tilbage i tiden. Tidspunktet for dommens afsigelse er derved irrelevant i forhold til denne udelukkelsesgrund.

Herudover skal Kommunen, i tilfælde af at en ansøger eller tilbudsgiver står til at blive udelukket, give pågældende økonomiske aktør mulighed for at fremlægge

"[...] tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137."

Kommunen vil dog stadig have mulighed for at udelukke den økonomiske aktør, hvis Kommunen vurderer, at den fremlagte dokumentation for pålidelighed ikke er tilstrækkelig⁶.

⁶ Udbudslovens § 138, stk. 4.

3.4 SPØRGSMÅL 3: BEGRÆNSNING AF ANVENDELSESOMRÅDET FOR UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3, TIL SPECIFIKT AT OMFATTE SITUATIONER ANGÅENDE SKATTEUNDDRAGELSE

Udelukkelsesgrundene nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1, er frivillige. Kommunen kan derfor frit vælge, hvilke af udelukkelsesgrundene der skal anvendes i et konkret udbud.

Vælger Kommunen, at udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3, vedrørende alvorlige forsømmelser, skal finde anvendelse, er Kommunen forpligtet til at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der er omfattet en alvorlig forsømmelse, som bestemmelsen dækker over.

Det antages⁷, at en ordregiver kan vælge at præcisere anvendelsesområdet for de frivillige udelukkelsesgrunde; De frivillige udelukkelsesgrunde er valgfrie, hvorefter det ud fra princippet om "det mindre i det mere" antages, at en ordregiver ved et konkret udbud kan præcisere bestemmelserne⁸. Det vil selvsagt være et krav, at Kommunen holder sig inden for grænserne af de enkelte udelukkelsesgrunde⁹, ligesom det er en betingelse, at Kommunen tydeligt beskriver dette forhold i udbudsgrundlaget.

Det er på denne baggrund vores vurdering, at Kommunen lovligt kan begrænse anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i et udbud til kun at omfatte overtrædelse af skattelovgivningen.

3.5 SPØRGSMÅL 4: UDELUKKELSE SOM FØLGE AF EN VERSERENDE SAG

Hverken Klagenævnet for Udbud eller domstolene har haft lejlighed til at forholde sig til, hvorvidt der i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan ske udelukkelse som følge af en verserende sag, eller om det må kræves, at der er faldet endelig dom¹⁰.

Domstolen har i en dom af 11. december 2014¹¹ udtalt, at artikel 45, stk. 2, litra c, i det tidligere udbudsdirektiv¹², der svarer til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3,

⁷ Karnovs noter, kommentarer til udbudslovens § 137, note 558, kommentarer af Michael Ellehauge, Claus Berg og Torkil Høg.

⁸ *Ibid.*

⁹ Se eksempelvis Domstolens dom i de forenede sager C-226/04 og C-228/04, La Cascina, pr. 22.

¹⁰ Karsten Hagel-Sørensen (red.): "Aktuel udbudsret II", Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2016), s. 100-101.

¹¹ Domstolens dom i sag C-440/113, Croce Amica One Italia SRL mod Azienda Regionale Emergenza Urgenza.

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

"[...] giver de ordregivende myndigheder beføjelse til at udelukke enhver erhvervsdrivende, der har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret [...] **uden at det kræves, at den erhvervsdrivende er blevet dømt ved endelig dom.**" (Min fremhævning).

Denne udtalelse fra Domstolen lægger op til et bredt anvendelsesområde for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og er af den grund blevet kritiseret i litteraturen for at være for vidtgående¹³. Ikke desto mindre synes udtalelsen at være implementeret i de særlige bemærkninger til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvoraf følger, at der kan være tale om en alvorlig forsømmelse, hvis

" [...] **ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, men hvor der ikke er faldet endelig dom.**" (Min fremhævning).

Endvidere fremgår følgende af præambelen betragtning nr. 101 til udbudsdirektivet¹⁴:

"I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, **bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser [...]**".

Henset til Domstolens praksis på området, præambelbetragtningerne i udbudsdirektivet samt forarbejderne til udbudsloven, er det vores vurdering, at der kan ske udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, på baggrund af en verserende sag.

Har Kommunen i udbudsgrundlaget beskrevet, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, finder anvendelse, kan udelukkelse derfor foretages både på baggrund af endelig dom og en verserende sag. Det skal i den forbindelse bemærkes, at det er Kommunen, bærer har bevisbyrden for, at der foreligger en alvorlig forsømmelse, eventuelt i form af skatteunddragelse.

Med henvisning til det under afsnit 3.4.1. anførte, er det vores vurdering, at Kommunen kan begrænse anvendelsesområdet for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, således, at der alene sker udelukkelse, såfremt der er faldet endelig dom for overtrædelse af skattelovgivningen. En sådan begrænsning af anvendelsesområdet skal fremgå af udbudsgrundlaget.

Supplerende bemærkes, at Kommunen ikke har en undersøgelsespligt med henblik på at konstatere, om ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. Dog har Kommunen en pligt til i tvivlstilfælde at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som

¹³ Karsten Hagel-Sørensen (red.): "Aktuel udbudsret II", Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2016), s. 101.

¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter "udbudsdirektivet").

ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt¹⁵. Denne pligt kan indtræde, såfremt Kommunen fra tredjemand modtager oplysninger, der giver anledning til tvivl om rigtigheden af ansøgerens eller tilbudsgiverens erklæring i ESPD'et om, at denne ikke er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde¹⁶.

3.6 SPØRGSMÅL 5: BERETTIGET UDELUKKELSE (SENERE TILTALERAFALD ELLER FRIKENDELSE)

Såfremt Kommunen udelukker en økonomisk aktør fra deltagelse i et udbud på baggrund af en verserende straffesag om skatteunddragelse, og den økonomiske aktør senere får tiltalefrafald eller bliver frikendt, vil dette ikke nødvendigvis indebære, at Kommunen har overtrådt udbudsreglerne; Afgørende er, om Kommunen var berettiget i sin udelukkelse af ansøger eller tilbudsgiver *på udelukkelsestidspunktet*.

Som det fremgår ovenfor, er det ikke en betingelse for udelukkelse i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, at der er afsagt endelig dom. Konsekvensen af dette udgangspunkt er, at udelukkelse kan ske på grundlag af en verserende sag, hvor der i sagens natur ikke foreligger en "tredjepartsvurdering" af forholdet.

Forudsat derfor, at Kommunen på udelukkelsestidspunktet vurderer, at forholdet sår tvivl om virksomhedens integritet, vil betingelserne for at udelukke være opfyldt, *også selvom* virksomheden senere opnår tiltalefrafald eller frikendes. Risikoen for dette scenarie kan – som beskrevet ovenfor – elimineres ved i udbudsgrundlaget at anføre, at udelukkelse alene sker, såfremt der foreligger endelig dom eller tilsvarende. Ulempen ved den fremgangsmåde er, at en række forhold vil falde for forældelseskravet, idet den "udløsende hændelse" i forhold til udelukkelsesgrunden (skatteunddragelsen) typisk vil ligge år tilbage på det tidspunkt, hvor der afsiges dom.

For god ordens skyld bemærkes, at hvis udelukkelse af en økonomisk aktør, herunder for en alvorlig forsømmelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er uberettiget, vil Kommunen kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler herom.

¹⁵ Udbudslovens § 159, stk. 3.

Hvis der måtte være spørgsmål til ovenstående eller behov for yderligere, står jeg naturligvis til rådighed.

Med venlig hilsen



Andreas Christensen