

9. Svar på medlemsforslag om skatteunddragelse (2016-0337247)

Bilag

Bilag 1: Notat om de udbudsretlige rammer og skatteunddragelse

Bilag 2: Notat fra Horten om udelukkelse, 28. september 2016

Bilag 3: Svar til Ninna Thomsen (SF) om spørgsmål vedrørende investeringsforeninger, kapitalforvaltere og udelukkelsesgrunde, herunder andre muligheder for at udelukke selskaber, der bidrager til skatteunddragelse

Der skal tages stilling til Socialistisk Folkepartis (SF) medlemsforslag om skatteunddragelse på baggrund af Økonomiforvaltningens vurdering af de juridiske, retssikkerhedsmæssige og økonomiske aspekter ved forslaget.

Sagsfremstilling

Indstilling

Økonomiforvaltningen indstiller over for Økonomiudvalget,

1. redegørelsen og vurderingen af, at det ikke er lovligt for Københavns Kommune at fastsætte krav ud over de i udbudsloven nævnte til virksomheders skatteforhold, herunder hvor de betaler skat, tages til efterretning,
2. det godkendes at implementere en frivillig udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i kommunens udbud, herunder udbud indenfor light regimet, hvormed kommunen kan definere brud på en virksomheds integritet som lig overtrædelse af skattelovgivning og på denne baggrund udelukke virksomheder fra kommunens udbudsforretninger i de situationer, hvor overtrædelsen og skyldspørgsmålet er fastslået ved dom eller lignende,
3. det godkendes, at der i kommunens kontrakter indskrives klausuler om, at kommunen vil have ret til at hæve kontrakten i de situationer, hvor der er konstateret en overtrædelse af skattelovgivning og skyldspørgsmålet er fastslået ved endelig dom eller lignende,
4. redegørelsen og vurderingen af rammerne for kommunens investeringsforeninger og investeringsselskaber, herunder at det ikke er praktisk muligt at opstille krav til selskabers skatteforhold, tages til efterretning,
5. at det godkendes, at medlemsforslaget hermed er håndteret.

Problemstilling

Den 28. april 2016 henviste Borgerrepræsentationen (BR) et medlemsforslag stillet af SF om skatteunddragelse til Økonomiudvalget (ØU). Det blev i denne forbindelse besluttet at undersøge de juridiske, retssikkerhedsmæssige og økonomiske aspekter af medlemsforslaget nærmere med henblik på behandling i Økonomiudvalget.

SF stiller forslag om:

1. at Borgerrepræsentationen pålægger Økonomiforvaltningen med inddragelse af øvrige relevante forvaltninger at udarbejde forslag til politisk behandling om:
 - a. at Københavns Kommune undgår at handle, samarbejde og indgå kontrakter med firmaer, selskaber og organisationer, som unddrager sig skattebetaling i Danmark eller andre EU-lande.
 - b. at Københavns Kommune undgår at investere i selskaber, der benytter sig af eller bidrager til skatteunddragelse.
 - c. at Københavns Kommunes investeringsforening ikke administreres af selvstændige investeringsforeninger og andre lignende selskaber, som benytter, bidrager til eller vejleder om skatteunddragelse.

Løsning

Indledende bemærkninger

En virksomhed vil til enhver tid have pligt til at overholde de lovgivningsmæssige krav, som er gældende for udøvelse af dennes erhverv, herunder også de relevante skattemæssige krav og regler. En virksomhed, som undlader at overholde gældende lovgivning, overtræder reglerne og kan dermed straffes for skattesvig. Skattespekulation i den forstand, at en virksomhed indenfor lovens rammer søger at optimere sit udbytte ved at minimere sin skatteindbetaling, er ikke ulovligt.

1. De udbudsretlige rammer

Københavns Kommune har som offentlig ordregiver henholdsvis en pligt og en ret til at stille visse krav til en virksomheds egnethed og udvælgelse i forbindelse med gennemførelse af udbudsforretninger og på den baggrund udelukke de virksomheder, som ikke lever op hertil. Mulighederne herfor fremgår af den danske udbudslov.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde

Som offentlig ordregiver skal kommunen i alle EU-udbud stille de krav til egnethed og udvælgelse, som fremgår af udbudslovens §§ 135-136. Disse udgør de såkaldte "obligatoriske udelukkelsesgrunde", og omfatter bl.a. de tilfælde, hvor en virksomhed ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for handlinger begået som led i en kriminel organisation, terrorhandling, menneskehandel eller børnearbejde.

Ligeledes skal kommunen som udgangspunkt udelukke en virksomhed, der har forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, medmindre virksomheden har stillet sikkerhed for betalingen, eller indgået en afviklingsordning af, den del af gælden, der er på 100.000 kr. eller derover, jf. bilag 1.

De frivillige udelukkelsesgrunde

I tilknytning til de obligatoriske udelukkelsesgrunde kan kommunen vælge at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning i visse konkrete situationer, som er angivet i udbudslovens § 137. Disse udgør de såkaldte "frivillige udelukkelsesgrunde", og omfatter bl.a. tilfælde, hvor kommunen kan påvise, at virksomheden har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område, eller i de situationer, hvor kommunen kan påvise, at virksomheden har begået alvorlige forsømmelser som led i sit erhverv, der sår tvivl om dennes integritet.

Endvidere kan kommunen vælge at udelukke en virksomhed, der har ubetalt, forfalden gæld på under 100.000 kr. til offentlige myndigheder på samme måde som ved gæld på 100.000 kr. og derover.

For så vidt angår bestemmelsen om alvorlige forsømmelser og tvivl om integritet skal dette vedrøre virksomhedens erhvervsudøvelse og være af en sådan alvorlig grad, at der skabes berettiget tvivl om virksomhedens integritet og troværdighed i forhold til udøvelsen af erhvervet. Alvorlige forsømmelser kan bl.a. vedrøre en virksomheds overtrædelse af skatteregler.

Det er en forudsætning for at kunne foretage udelukkelse med henvisning til manglende overholdelse af skatteregler, at kommunen dels i sit udbudsmateriale har præciseret anvendelsen af udelukkelsesgrunden og dels, at kommunen kan påvise, at virksomheden i forhold til sine lovgivningsmæssige forpligtelser har begået så alvorlige forsømmelser, at der kan sås berettiget tvivl om deres integritet. Kommunen vil i forbindelse med beslutningen om udelukkelse have bevisbyrden for, at dette er tilfældet. Det er vurderingen, at kommunen - for at kunne løfte denne bevisbyrde på tilstrækkeligt sikkert grundlag - må påvise overtrædelsen og dennes karakter på objektive grundlag. Dette kan f.eks. være gennem verserende sager, dom for forholdet, eller kendelse fra et domstolslignende administrativt organ. Kommunen kan udelukke en virksomhed, uagtet om afgørelse er truffet efter dansk eller udenlandsk ret. Hvor det i relation til de obligatoriske udelukkelsesgrunde er muligt at

udelukke en virksomhed fra deltagelse i udbudsforretninger i 4 år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, er der i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 alene mulighed for at udelukke en virksomhed i 2 år fra datoen for den relevante handling. Virksomheden skal endvidere på samme måde som ved øvrige udelukkelsesgrunde have mulighed for at foretage "self cleaning", og såfremt virksomheden kan dokumentere sin pålidelighed, kan virksomheden ikke udelukkes, trods det forhold at være omfattet af udelukkelsesgrunden, jf. bilag 1 og bilag 2.

En afgørelse om udelukkelse skal alt andet lige være saglig og proportional med den konkrete hændelse/handling, hvormed kommunen i sidste ende skal foretage en konkret afvejning af, om det konkrete brud på integritet – trods mangelfuld "self cleaning" - kan anses for at være tilstrækkeligt til at udelukke virksomheden. Det bemærkes, at såfremt kommunen uberettiget har udelukket en virksomhed, vil kommunen kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler. De obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde udgør tilsammen en udtømmende liste over mulighederne for at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning.

Det er på denne baggrund ØKF's vurdering, at kommunens ikke kan udelukke en virksomhed fra deltagelse i en EU-udbudsprocedure med henvisning til skattespekulation eller skatteforhold ud over i de udbudsloven nævnte, herunder ej heller stille krav om, at en virksomhed er skattepligtig i Danmark eller et andet EU-land.

ØKF har i forbindelse med behandling af medlemsforslaget foretaget en høring af de øvrige forvaltninger om muligheden for at anvende udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Forvaltningerne udtrykker bekymringer for de administrative meromkostninger forbundet med håndteringen af udelukkelsesgrunden, og peger endvidere på, at markedet må forventes at ville afprøve rammerne for kommunens udelukkelse efter bestemmelsen ved Klagenævnet for Udbud.

Implementering af bestemmelsen vil alt andet lige medføre et ekstra ressourcetræk, idet forvaltningerne hermed skal foretage en ekstra vurdering som led i deres egnethedsbedømmelse i udbud og på denne baggrund evt. gennemføre "self cleaning", afvejning af proportionalitet og foretage udelukkelse med deraf følgende risiko for klagesager. ØKF vil understøtte forvaltningernes anvendelse af bestemmelsen ved at udarbejde en tekstbeskrivelse, der afgrænser området for forvaltningerne i udbudsmateriale, herunder standarddokumentet for gennemførelse af egnethedsbedømmelsen (ESPD), og ØKF vil efter implementering følge området.

ØKF anbefaler på denne baggrund, at Økonomiudvalget træffer beslutning om at implementere den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbud. Da kommunen som ordregiver har bevisbyrden for, at enhver form for udelukkelse sker på et berettiget grundlag, og kommunen som organ ikke er rette myndighed til at foretage vurderinger af overtrædelser af skattelovgivning, er det ØKF's anbefaling, at anvendelsen af bestemmelsen afgrænses til overtrædelse af gældende skattelovgivning, der er fastslået i form af retsafgørelser, hvor skyldspørgsmålet er afgjort ved dom eller lign.

Vedrørende øvrige indkøb, herunder sociale og andre specifikke tjenesteydelser omfattet af "light regimet" og ydelser med og uden klar grænseoverskridende interesse

ØKF har undersøgt mulighederne for at stille krav om beskatningsforhold for indkøb af ydelser, der ikke er fuldt ud underlagt udbudsreglerne, jf. bilag 1.

Det er på denne baggrund ØKF's vurdering, at kommunen alene vil have mulighed for at anvende samme udelukkelsesgrunde som ved EU-udbud, jf. afsnit 1 ovenfor.

ØKF anbefaler på denne baggrund, at Økonomiudvalget træffer beslutning om at implementere den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbud omfattet af light regimet og afgrænser dennes anvendelse til overtrædelse af gældende skattelovgivning i form af retsafgørelser, hvor skyldspørgsmålet er afgjort ved dom eller lign.

2. Muligheder for fastlæggelse af krav om skatteforhold som kontraktvilkår

Som led i udformning af kontrakter har kommunen mulighed for at fastsætte krav og vilkår i forbindelse med levering af en udbudt opgave, jf. bilag 1. Det vurderes, at kommunen juridisk set har mulighed for at stille kontraktuelle krav om, at en virksomhed til enhver tid lever op til de skattemæssige regler. Kommunen vil hermed have ret til at ophæve kontrakten, såfremt virksomheden ikke lever op til reglerne.

En forudsætning for at kunne gøre brug af en sådan ophævelsesadgang er, at kravet på forhånd er tydeligt beskrevet i kontrakten, og at kommunen anser forholdet for væsentlig misligholdelse.

I forhold til ophævelse af kontrakter gælder dansk ret, herunder kontraktretten og aftalelovens almindelige principper. Det er vurderingen, at kommunen alene har mulighed for at ophæve en kontrakt, såfremt der er sket en reel overtrædelse af skattereglerne.

Da det er domstolene, der afgør, hvorvidt der er sket en overtrædelse af gældende ret, vil en ophævelse begrundet med en virksomheds manglende efterlevelse af reglerne på området skulle være fastslået ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, førend at kommunen kan gøre brug af en kontraktklausul om ophævelse af kontrakt. Desuden skal dommen eller bødeforelægget være afgjort eller vedtaget indenfor kontraktens varighedsperiode.

Det vil fortsat være en konkret vurdering, om en ophævelse af kontrakten i en given situation vil være saglig og proportional i lyset af det konstaterede forhold. Kommunen vil derfor, ikke mindst ud fra retssikkerhedsmæssige betragtninger og i forhold til den kontraktretlige loyalitetsforpligtelse, være nødsaget til at høre den relevante virksomhed, hvorefter denne vil skulle have mulighed for at redegøre for forholdet og sine mulige tiltag i forlængelse heraf.

Ophæver kommunen herefter kontrakten, vil kommunen alt andet lige stå uden leverandør og forsyningssikkerhed frem mod et nyt udbud af kontrakten, da det vil være i strid med udbudsreglerne at indgå et nyt samarbejde med en anden aktør om opgaveløsningen uden forudgående udbud. Det vil således ikke være lovligt, eller økonomisk forsvarligt, at opsiges kontrakten, førend at der er gennemført et nyt udbud.

Det bemærkes, at såfremt kommunen på uberettiget grundlag har ophævet en kontrakt med en virksomhed, vil kommunen kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler. I forhold til udbudsretten vil erstatningens størrelse i kontraktsituationen være væsentligt større, idet erstatningssummen som udgangspunkt skal opgøres i forhold til leverandørens potentielle omsætning og det lidte tab som følge af kommunens uberettiget ophævelse af samarbejdet med virksomheden.

Kontraktklausuler som overfor beskrevet vil forventet medføre en administrativ meromkostning for forvaltningerne i forhold til at skulle afdække og vurdere et konstateret forhold indenfor en kontakts varighedsperiode (typisk 4 år), foretage høring og dialog med virksomheden, ophæve kontrakten til en bestemt dato og derefter gennemføre nyt udbud. ØKF vurderer, at den administrative byrde kan lettes ved, at leverandørerne i kontrakterne pålægges en særskilt pligt til at underrette den ordregivende forvaltning, såfremt leverandøren indenfor kontraktens varighedsperiode idømmes straf eller vedtager bødeforelæg for overtrædelse af skattelovgivning.

På denne baggrund er det ØKF's anbefaling, at der indskrives klausuler i kommunes kontrakter med ophævelsesadgang begrundet i overtrædelse af skatteregler, såfremt virksomheden er endelig dømt eller har vedtaget bødeforlæg for forholdet.

3. Københavns Kommunes investeringsforening og investering i selskaber

Københavns Kommunes investeringsforening administreres af Danske Invest, og har fire forvaltere, der hver forvalter ca. ¼ af investeringerne.

Administrationen og forvaltningen af foreningen har været i udbud to gange, senest med effekt d. 1/1 2013. Forvaltning af værdipapirer er undtaget fra EU's udbudsregler, men der foretages alligevel udbud på en måde, der i store træk svarer til et EU-udbud. Herunder følges også principperne om saglighed, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

I forlængelse af rammerne for gennemførelse af udbud efter udbudsloven og de EU-retlige principper er det ØKF's vurdering, at kommunen ikke i forbindelse med sine udbudsforretninger på området kan udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsprocedure vedr. investeringsforeningen med henvisning til skattespekulation eller øvrige skatteforhold, herunder ej heller stille krav om, at en virksomhed er skattepligtig i Danmark eller et andet EU-land. Dette gør sig også gældende for mulighederne for at undgå at investere i selskaber, der benytter sig af eller bidrager til skatteunddragelse, hvor det ligeledes vil være meget vanskeligt at objektivisere de krav, som skulle være gældende for selskaberne, idet skattespekulation og optimering af udbytte ikke er ulovlige handlinger.

Køb og salg af aktier og obligationer sker fra gang til gang uden forudgående udbud eller lignende, og det vurderes derfor ikke muligt at udarbejde kontraktklausuler om manglende efterlevelse af gældende regler for virksomhedens udøvelse af sit erhverv. I relation til investeringer og anvendelse af investeringsforeninger vil der i relation til udelukkelse være tale om praktisk udførelse af fravalg af investeringer i selskaber, der benytter sig af eller bidrager til skatteunddragelse. For at håndtere et sådant fravalg er det i praksis nødvendigt, at der foretages screeninger af selskaber. Ethiske screeninger vedr. FN-konventioner, atomvåben og fossil energi i kommunens investeringsforening håndteres af eksterne specialiserede screeningselskaber.

ØKF er ikke bekendt med, at der på markedet er screeningselskaber, der ville kunne screene selskaber ifht. en anerkendt definition af skatteunddragelse. Det er på denne baggrund vurderingen, at det ikke praktisk er muligt at opstille krav til skatteunddragelse og på den baggrund udelukke dem fra samarbejde med kommunen.

Økonomi

Indstillingen har ingen økonomiske konsekvenser.

Videre proces

I forlængelse af Økonomiudvalgets beslutning vil ØKF iværksætte proces med forvaltningerne med henblik på implementering af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i udbud og tilføjelse af klausul i kommunens kontrakter fra den 1. januar 2017, herunder udarbejdelse af det nødvendige materiale.

Søren Tegen Pedersen

/ Mads Grønval

Beslutning

Dagsordenspunkt 9: Svar på medlemsforslag om skatteunddragelse (2016-0337247)

Økonomiudvalgets beslutning i mødet den 1. november 2016

SF fremsatte følgende ændringsforslag:

"Nyt 9. at-punkt med følgende ordlyd:

”Økonomiudvalget pålægger Økonomiforvaltningen at afsøge mulighederne – og anvise konkrete modeller – for, hvordan man inden for lovens rammer kan udelukke virksomheder, som fx investeringsforeninger og kapitalforvaltere, der udviser uetisk adfærd ved fx at medvirke til skatteunddragelse og/eller er under skærpet tilsyn for at bidrage hertil, fra at administrere Københavns Kommunes investeringer, og på den baggrund udarbejder en ny indstilling til Økonomiudvalget, så udvalgsmedlemmerne kan tage stilling til de anførte modeller for udelukkelse.”

Det af SF fremsatte ændringsforslag blev forkastet med 10 stemmer mod 1. Ingen medlemmer undlod at stemme.

For stemte: F.

Imod stemte: A, Ø, B, O, C og I.

Indstillingens 1. og 4. at-punkt blev herefter taget til efterretning uden afstemning. Indstillingens 2., 3., og 5. at-punkt blev godkendt uden afstemning.



KØBENHAVNS KOMMUNE

Økonomiforvaltningen

Center for Økonomi

NOTAT

10-10-2016

Sagsnr.
2016-0254476

Dokumentnr.
2016-0254476-5

Sagsbehandler
Trine Høj Madsen

Bilag 1: Notat om de udbudsretlige regler og skatteunddragelse

Baggrund

Dette notat har til formål at beskrive de udbudsretlige regler og rammer for Københavns Kommunes muligheder for at undgå at handle, samarbejde og indgå kontrakter med firmaer, selskaber og organisationer, som unddrager sig skattebetaling i Danmark eller andre EU-lande, jf. medlemsforslag stillet af Socialistisk Folkeparti på BR-møde den 28. april 2016 (forslagets punkt 1).

I forlængelse heraf foretages der en vurdering af mulighederne for at fastlægge krav i relation til skatteforhold som del af de kontraktvilkår, der er gældende for et samarbejde med Københavns Kommune (forslagets punkt 2).

Opsummerende konklusion

Notatet konkluderer, at det vil være i strid med udbudsreglerne at stille krav til en virksomheds beskatningsforhold i forbindelse med en udbudsforretning i det omfang, at kravene går videre end de i udbudsloven angivne udelukkelsesgrunde.

Således har kommunen ikke mulighed for at udelukke en virksomhed fra deltagelse i et udbud med henvisning til skatteforhold, der går videre end de i udbudsloven angivne obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde om krav til ubetalt, forfalden gæld til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til dansk lov eller lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret, eller de tilfælde hvor virksomheden har begået så alvorlige forsømmelser, at der skabes berettiget tvivl om virksomhedens integritet og dermed troværdighed i forhold til udøvelsen af erhvervet, og kommunen kan påvise dette på tilstrækkeligt grundlag.

Hvor der ikke er mulighed for at stille yderligere krav til beskatningsforhold *som led i en udbudsforretning*, er der juridisk set mulighed for at stille krav om efterlevelse af den gældende lovgivning på området som *led i opfyldelsen af kontrakten med kommunen*, hvorefter kommunen kan hæve kontrakten med en virksomhed, som ikke efterlever de skattemæssige forpligtelser på det område, som den pågældende aktør er underlagt ved samarbejdet med kommunen.

Forudsætningen herfor er, at forholdet er konstateret ved endelig dom eller bødeforlæg, og at kommunen i sine kontrakter har en klausul om,

Center for Økonomi

Københavns Rådhus,
Rådhuspladsen 1
1599 København V

Mobil
4022 3445

E-mail
CA89@okf.kk.dk

EAN nummer
5798009800206

at kommunen vil anse forholdet som væsentlig misligholdelse med ret til at ophæve kontrakten.

Det bemærkes, at en ophævelse af kontrakten vil kunne have en negativ påvirkning af konkurrencen i kommunens udbud af finansielle tjenesteydelser, da der er meget få aktører på dette marked.

1. De udbudsretlige og kommunalretlige rammer og regler

Københavns Kommune er i mange tilfælde omfattet af udbudsreglerne, når det gælder samarbejde og kontraktindgåelse om levering af varer og tjenesteydelser til kommunen. Kommunens muligheder for at stille krav til virksomheder (tilbudsgivere og ansøgere) i en udbudsforretning er reguleret af den danske udbudslov, som fra 1. januar 2016 implementerer det nye udbudsdirektiv og dermed reglerne på området fra EU.

Kommunen har som offentlig ordregiver henholdsvis en pligt og en ret til at stille visse krav til en virksomheds egnethed i forbindelse med gennemførelse af udbudsforretninger. I forlængelse heraf skal kommunen udelukke en virksomhed fra deltagelse i et udbud, når denne ikke lever op til kommunens fastsatte krav i udbuddet i relation til egnethed og udvælgelse. Alle krav til egnethed og udvælgelse skal være beskrevet i udbudsmaterialet og offentliggjort på forhånd.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde

Som offentlig ordregiver skal kommunen i alle EU-udbud stille de krav til egnethed og udvælgelse, som fremgår af udbudslovens §§ 135-136. Disse udgør de såkaldte ”obligatoriske udelukkelsesgrunde”, og omfatter de tilfælde, hvor en virksomhed ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for b.la. handlinger begået som led i en kriminell organisation, bestikkelse, EU-svig, terrorhandlinger, hvidvaskning eller finansiering af terrorisme, menneskehandel eller børnearbejde. Ligeledes skal kommunen som udgangspunkt udelukke en virksomhed, der har ubetalt, forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til dansk lov eller lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret. Kommunen kan dog her vælge at undlade at udelukke virksomheden, såfremt denne stiller sikkerhed for betalingen af den del af gælden, der er på 100.000 kr. eller derover, eller såfremt virksomheden har indgået aftale med inddrivelsesmyndigheden om en afviklingsordning og denne er dokumenteret overholdt.

Endvidere skal kommunen udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsprocedure, når kommunen kan påvise, at der i det pågældende udbud foreligger interessekonflikter eller konkurrenceforvridende forhold, der ikke kan afhjælpes, herunder såfremt virksomheden i det pågældende udbud har afgivet groft urigtige oplysninger i sin

dokumentation, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende visse udelukkelsesgrunde¹.

Kommunen kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsforretninger i 4 år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, hvor virksomheden ikke efterfølgende er i stand til at dokumentere sin pålidelighed².

De frivillige udelukkelsesgrunde

I tilknytning til de obligatoriske udelukkelsesgrunde, kan kommunen vælge at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning i visse konkrete situationer, som er angivet i udbudslovens § 137. Disse udgør de såkaldte ”frivillige udelukkelsesgrunde”, og omfatter bl.a. tilfælde, hvor kommunen kan påvise, at virksomheden har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område i henhold til dansk eller EU-retlig lovgivning, at virksomheden er erklæret konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, eller i de situationer, hvor ordregiveren har tilstrækkelige, plausible indikationer til at konkludere, at virksomheden har indgået aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning (karteldannelse), eller såfremt ordregiveren kan påvise, at virksomheden har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt og misligholdelsen har ført til kontraktens ophævelse eller lign. sanktion, eller såfremt ordregiveren kan påvise, at virksomheden har begået alvorlige forsømmelser som led i sit erhverv, der sår tvivl om dennes integritet.

Forsømmelsen skal i sidstnævnte tilfælde vedrøre virksomhedens erhvervsudøvelse og skal være af en sådan grad (”alvorlig”), at den skaber berettiget tvivl om virksomhedens integritet og dermed troværdighed i forhold til udøvelsen af erhvervet. Alvorlige forsømmelser kan eksempelvis være manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af konkurrenceregler, regler for intellektuel ejendomsret eller skatteregler, jf. § 137, stk. 1, nr. 3.

¹ Efter udbudslovens § 138 har virksomheder, der er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde, ret til at dokumentere deres pålidelighed (såkaldt ”self clearing”). Det betyder, at en offentlig ordregiver ikke kan udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning, såfremt denne kan fremlægge tilstrækkelig dokumentation for, at denne – trods det forhold, at der foreligger en eller flere udelukkelsesgrunde efter udbudslovens §§135-136 eller § 137 - alligevel er pålidelig og egnet til at deltage i udbuddet.

² Særligt for så vidt angår handlinger omfattet af udbudslovens § 136, nr. 3 om afgivelse af groft urigtige oplysninger, kan kommunen kun udelukke en virksomhed fra deltagelse i udbudsforretninger i 2 år fra datoen for den relevante handling eller hændelse, jf. udbudslovens § 138, stk. 6.

Såfremt en virksomhed skal kunne udelukkes fra deltagelse i et udbud med henvisning til manglende overholdelse af skatteregler eller øvrige regler og forpligtelser efter bestemmelsens indhold, må der alt andet lige være tale om en definerbar overtrædelse, hvormed virksomheden konkret har brudt de regler, som ellers er gældende for dennes erhvervsudøvelse. Det er ordregiver, der i forbindelse med beslutningen om udelukkelse har bevisbyrden for, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået tilstrækkelige alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet. For at kunne løfte denne bevisbyrde, er det vurderingen, at ordregiveren må kunne påvise overtrædelsen og dennes karakter på objektive grundlag. Dette kan f.eks. være gennem rejste / verserende sager, retsafgørelser, hvormed der er taget stilling til skyldsspørgsmålet, herunder dom for forholdet, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt organ³.

Ligeledes kan kommunen som ordregiver vælge at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsprocedure, når kommunen kan påvise, at virksomheden uretmæssigt har forsøgt at påvirke kommunens beslutningsproces, eller hvis kommunen kan påvise, at der i det pågældende udbud foreligger visse konkurrenceforvridende forhold som følge af, at virksomheden er i besiddelse af fortrolige oplysninger, der giver dem en uretmæssig fordel i forbindelse med udbuddet, eller såfremt virksomheden groft uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på kommunens beslutninger vedrørende udelukkelse, egnethed, udvælgelse eller tildeling af kontrakt.

Endelig kan kommunen vælge at udelukke en virksomhed, der har ubetalt, forfalden gæld på under 100.000 kr. til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til dansk lov eller lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret.

Kommunen kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsforretninger i 2 år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6, jf. udbudslovens § 138, stk. 6.

Virksomheden skal endvidere på samme måde som ved øvrige udelukkelsesgrunde have mulighed for at foretage "self cleaning" forud for afgørelse om udelukkelse og dermed have mulighed for at

³ Også ved de frivillige udelukkelsesgrunde har en virksomhed ret til at dokumentere sin pålidelighed via "self cleaning". Dette betyder, at en virksomhed, trods endelig dom for et konkret forhold, stadig skal have mulighed for at fremlægge dokumentation for, at virksomheden alligevel er pålidelig og egnet til at deltage i udbuddet.

dokumentere, at virksomheden trods det forhold, at man er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, alligevel er pålidelig. Såfremt virksomheden kan dokumentere sin pålidelighed, kan virksomheden ikke udelukkes.

Det bemærkes, at såfremt det viser sig, at kommunen uberettiget har udelukket en virksomhed, herunder for en alvorlig forsømmelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, vil kommunen kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler.

Om de udbudsretlige udelukkelsesgrunde og skatteforhold

De angivne obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde udgør en udtømmende liste over mulighederne for at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning. Kommunen har derfor ikke mulighed for at stille andre krav til en virksomhed i relation til udvælgelse eller egnethed end de udelukkelsesgrunde, som er konkret nævnt i loven. Det bemærkes, at spørgsmål om skatteforhold, som rækker ud over den obligatoriske og den frivillige udelukkelsesgrund om ubetalt, forfalden gæld til offentlige myndigheder, herunder spørgsmålet om alvorlige forsømmelser som led i virksomhedens udøvelse af erhverv, ikke er blandt disse.

Spørgsmålet om skatteforhold, herunder skatteunddragelse i den forstand, at en virksomhed undlader at overholde gældende lovgivning og søger at unddrage sig skattebetaling efter den lovgivning, som virksomheden ellers er underlagt, er et statsligt reguleret område og som sådan ikke et område, hvor en kommune varetager en kommunal interesse. Opgaveområdet og kompetencen hertil ligger i Danmark hos SKAT og politiet og for øvrige EU-lande hos deres respektive kompetente myndigheder og instanser.

Det bemærkes, at en virksomhed har pligt til at overholde de lovgivningsmæssige krav, som er gældende for dennes udøvelse af erhverv, herunder også de relevante skattemæssige forpligtelser. En virksomhed, som undlader at overholde gældende lovgivning og søger at unddrage sig skattebetaling, overtræder reglerne og kan dermed straffes for skattesvig. Skattespekulation i den forstand, at en virksomhed søger at optimere sit udbytte ved at minimere sin skatteindbetaling, er derimod ikke per definition ulovligt.

Det er således vurderingen, at kommunen ikke i forbindelse med sine EU-udbudsforretninger kan udelukke en virksomhed fra deltagelse i en EU-udbudsprocedure med henvisning til skattespekulation eller øvrige skatteforhold end de i udbudsloven nævnte, herunder ej heller stille krav om, at en virksomhed er skattepligtig i Danmark eller et andet EU-land, eller i øvrigt ikke må søge at optimere sit udbytte.

Sociale og andre specifikke tjenesteydelser omfattet af "light regimet"

Indledningsvist bemærkes, at finansielle tjenesteydelser, f.eks. bankydelser, er fuldt udbudspligtige efter udbudsloven, såfremt den samlede værdi af kontrakten udgør minimum 1.541.715 kr. eksklusive moms. Københavns Kommunes kontrakt med Nordea om kassekredit vil således fortsat skulle udbydes i EU-udbud.

Overfor de fuldt udbudspligtige tjenesteydelser findes sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som er omfattet af det nye "light regime" i udbudsloven, jf. udbudslovens § 186. Disse tjenesteydelser omfatter bl.a. en række ydelser, når disse har en samlet værdi på minimum 5.583.000 kr. eksklusive moms, og disse er inden for sundheds- og uddannelsesområdet, sociale ydelser, efterforsknings- og sikkerhedstjenester, fængselsrelaterede ydelser, visse juridiske tjenesteydelser, redningsydelser, samt hotel- og restaurationsydelser⁴.

For disse ydelser gælder der ikke krav om et decideret EU-udbud forud for kontraktindgåelse, og der er således mulighed for at stille andre krav til virksomhedernes egnethed og udvælgelse end de i udbudsloven nævnte obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.

Kommunen er ved gennemførelse af en proces efter light regimet dog fortsat forpligtet til at overholde de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2, samt sikre en proces, der på lige vilkår gør det muligt for interesserede virksomheder at tilkendegive deres interesse og komme i betragtning til kontrakten samt oplyse hvilke kriterier, som kommunen vil tildele kontrakten på baggrund af.

Kommunen har ved en sådan proces således forholdsvis frie rammer til at fastlægge proceduren. Hvor der ikke gælder de samme krav til fastlæggelse af udelukkelsesgrunde i forbindelse med egnethed og udvælgelse som under et EU-udbud, skal kommunen dog fortsat agere sagligt og proportionalt ved fastlæggelse af sine krav til en samarbejdspartner. At fastlægge yderligere krav til virksomheders beskatningsforhold under en light regime-procedure vil være at opstille strengere krav end hvad, der følger af EU-reglerne, hvilket ikke kan antages at være i overensstemmelse med de EU-retlige principper om proportionalitet og ligebehandling. Hertil kommer, at det ville være meget vanskeligt at objektivisere de krav, som skulle være gældende for virksomhederne i forbindelse med et udbud, idet skattespekulation og optimering af udbytte som nævnt ovenfor alt andet lige ikke er ulovlige handlinger.

⁴ For udbud af tjenesteydelser med en samlet værdi på under 5.583.000 kr. gælder reglerne for indkøb henholdsvis med og uden klar grænseoverskridende interesse, jf. nedenfor side 6-7.

Det er således vurderingen, at kommunen heller ikke i forbindelse med en procedure efter light regimet kan udelukke en virksomhed fra deltagelse med henvisning til skattespekulation eller øvrige skatteforhold ud over de udelukkelsesgrunde, som er nævnt i udbudsloven.

Indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse

Såfremt et offentligt indkøb værdimæssigt falder under den relevante tærskelværdi, skal kommunen vurdere, om indkøbet har såkaldt "klar grænseoverskridende interesse" og dermed er egnet til at sikre samhandel på tværs af medlemsstaterne.

Har et indkøb klar grænseoverskridende interesse, er kommunen forpligtet til at annoncere kontrakten på forhånd og fastlægge en procedure, som er i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling, jf. udbudslovens §§ 191-192. Processen for tildeling skal herefter tilrettelægges på en måde, som sætter interesserede virksomheder i stand til at byde på opgaven, og ordregiveren skal orientere om beslutninger og begrundelser i processen.

Et indkøb med klar grænseoverskridende interesse skal foretages under iagttagelse af de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og er målrettet virksomheder i andre medlemsstater. Kommunen har ligesom ved et indkøb efter light regimet forholdsvis frie rammer til at fastlægge proceduren. Det er dog vurderingen, at de samme hensyn som ved en light regime-procedure gør sig gældende i forhold til fastlæggelse af krav og udelukkelsesgrunde, og at fastlægge yderligere krav til virksomheders beskatningsforhold vil også her være at opstille strengere krav end hvad, der følger af EU-reglerne, hvilket ikke er i overensstemmelse med de EU-retlige principper.

Det er således vurderingen, at kommunen ej heller i forbindelse med offentlige indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse kan udelukke en virksomhed fra deltagelse med henvisning til skattespekulation eller øvrige skatteforhold ud over de udelukkelsesgrunde, som er nævnt i udbudsloven.

Indkøb under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse

Såfremt et indkøb under tærskelværdien ikke har klar grænseoverskridende interesse og har en samlet økonomisk værdi på minimum 500.000 kr. eksklusive moms, er kommunen alene forpligtet til at sikre, at indkøbet foretages på markedsvilkår, jf. udbudslovens § 193.

Et indkøb uden klar grænseoverskridende interesse er i mindre omfang egnet til at sikre samhandel på tværs af medlemsstaterne, hvorfor kommunens mulighed for at stille krav til virksomhedernes egnethed alene er begrænset af de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning. Kommunen er således fortsat forpligtet til at agere sagligt ved fastlæggelse af sine krav til en samarbejdspartner, ligesom kommunen er forpligtet til at efterleve forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, jf. udbudslovens § 193, stk. 5.

Det er vurderingen, at det vil være vanskeligt lovligt at fastlægge krav til en virksomheds beskatningsforhold som del af en indkøbsprocedure uden klar grænseoverskridende interesse, idet kravene skal kunne objektiviseres og i øvrigt være sagligt begrundende og proportionale i forhold til indkøbet og kontraktens genstand. Hertil kommer, at virksomheder, som byder på en opgave uden klar grænseoverskridende interesse, i sagens natur må forventes at være virksomheder, som er etablerede i Danmark og dermed i forvejen omfattede af dansk skattelovgivning.

2. Muligheder for fastlæggelse af krav om skatteforhold som kontraktvilkår

Kontraktvilkår er de betingelser, som en ordregiver kræver, at en virksomhed forpligter sig til at efterleve i forbindelse med levering af den udbudte opgave. Kontraktuelle vilkår vedrører samarbejdet mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver, og ligger dermed efter afslutningen af udbudsforretningen. Udbudsloven indeholder enkelte regler for hvilke krav, som en ordregiver må stille i kontrakten, jf. udbudslovens § 176. Herudover har en ordregiver relativ stor frihed til at fastsætte sine kontraktvilkår og betingelser for samarbejdet i forbindelse med kontraktfasen og opfyldelse af kontrakten.

Hvor kommunen ikke kan stille videre krav til en virksomheds beskatningsforhold som led i en egnethedsvurdering eller udvælgelse i forbindelse med en udbudsforretning, så har kommunen mulighed for at fastlægge kontraktvilkår baseret på bredere hensyn i den efterfølgende kontraktfase. Dette kan omfatte direkte krav til levering og håndtering af en opgaven, men kan også omfatte krav om, at en virksomhed og samarbejdspartner - i tråd med kommunens CSR-krav – under sit samarbejde med kommunen lever op til den gældende lovgivning på området. Kommunen kan på denne baggrund iværksætte kontraktmæssige tiltag i form af misligholdelsesbeføjelser, såfremt virksomheden ikke efterlever kommunens krav om overholdelse af disse regler.

Det vurderes, at kommunen har mulighed for at stille kontraktuelle krav om, at en virksomhed til enhver tid lever op til de skattemæssige forpligtelser, som er gældende for området, hvor virksomheden udøver sit erhverv. I forlængelse heraf har kommunen mulighed for at fastlægge vilkår om, at kommunen vil anse det som væsentlig misligholdelse med deraf ret til at ophæve kontrakten, såfremt det viser sig, at virksomheden ikke lever op til disse lovgivningsmæssige forpligtelser.

I kontraktmæssige sammenhæng er det en forudsætning for at kunne gøre brug af en sådan ophævelsesadgang, at kravet på forhånd er tydeligt beskrevet i kontrakten, herunder at kommunen vil anse den manglende overholdelse af reglerne for væsentlig misligholdelse med ret til at ophæve kontrakten.

I forhold til ophævelse af kontrakter gælder dansk ret, herunder kontraktretten og aftalelovens almindelige principper. Det er vurderingen, at kommunen alene har mulighed for at ophæve en kontrakt med henvisning til, at manglende efterlevelse af skatteregler er at anse som væsentlig misligholdelse, såfremt der er sket en reel overtrædelse af gældende lovgivning på området.

Da det er domstolene, der afgør, hvorvidt der er sket en overtrædelse af gældende ret, vil forudsætningen for at kunne gøre brug af en sådan opsigelse være, at virksomhedens manglende efterlevelse af reglerne på området er konstateret ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg. Kommunen skal hertil sikre sig, at dette er tilfældet, forud for et påkrav om ophævelse af kontrakten. Dette vil kunne ske ved en høring af den pågældende virksomhed efter, at kommunen har fået positiv viden eller begrundet mistanke om forholdet.

For at sikre, at kommunen opnår den fornødne viden i rette tid, anbefales det, at der i kommunens kontakter indskrives en klausul, der pålægger leverandørerne en særskilt pligt til at underrette kommunen/den ordregivende forvaltning, såfremt leverandøren indenfor kontraktens varighedsperiode idømmes straf eller vedtager bødeforelæg for overtrædelse af skattelovgivning

Det vil dog fortsat være en konkret vurdering af det enkelte forhold, om en opsigelse af kontrakten i en given situation vil være saglig og proportional, henset til det konstaterede forhold. Såfremt kommunen ønsker at opsiges kontrakten med en leverandør, er det vurderingen, at kommunen ud fra retssikkerhedsmæssige betragtninger, herunder ikke mindst den kontraktretlige loyalitetsforpligtelse, vil være nødsaget til at høre denne forlods, og denne vil på samme måde som i relation til de udbudsretlige udelukkelsesgrunde skulle have mulighed for at redegøre for forholdet og sine mulige tiltag i forlængelse heraf.

Herefter må kommunen foretage en afvejning af, om opsigelsen (fortsat) vil være saglig, proportional og økonomisk forsvarlig.

Såfremt kommunen efter en konkret vurdering opsiger kontrakten, vil kommunen alt andet lige stå uden leverandør og forsyningsikkerhed frem mod et nyt (gen)udbud af kontrakten. Det vil således ikke være økonomisk forsvarligt at opsige kontrakten straks, men der må gives et rimeligt varsel, ikke mindst af hensyn til kommunens behov for den daglige opgavevaretagelse.

Såfremt der er tale om en udbudspligtig ydelse, vil kommunen være forpligtet til at foretage et nyt udbud af opgaven, hvis denne fortsat skal løses af en ekstern aktør. Kommunen vil som altovervejende udgangspunkt ikke have mulighed for at indgå en midlertidig kontrakt med en anden udvalgt aktør frem mod udbuddets gennemførelse, idet der hermed vil være tale om en ulovlig direkte tildeling af kontrakt.

Det bemærkes, at tidligere udbud af finansielle tjenesteydelser, herunder kommunens kontrakt om kassekredit, har vist, at der er meget få potentielle virksomheder på markedet, som har evne og vilje til at byde og løfte opgaven for en kommune af Københavns størrelse og økonomiske behov. I forlængelse heraf er der risiko for dårligere priser som afledt effekt af den ringere / manglende konkurrence. Dette gør sig særligt gældende på områder, hvor kommunen alene har kontrakt med én leverandør, herunder Nordea på området for levering af kassekredit.

Kontraktklausuler som overfor beskrevet vil forventet medføre en administrativ meromkostning for forvaltningerne i forhold til at skulle afdække og vurdere et konstateret forhold indenfor en kontakts varighedsperiode (typisk 4 år), foretage høring og dialog med virksomheden, ophæve kontrakten og derefter gennemføre nyt udbud. Hertil kommer, at overtrædelse af skattereglerne som beskrevet ovenfor er et statsligt reguleret område og ikke et område, hvor kommunen varetager en kommunal interesse, jf. afsnit 1.

Det bemærkes, at såfremt det viser sig, at kommunen uberettiget har ophævet en kontrakt med en leverandør, vil kommunen kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler. Den processuelle og økonomiske risiko ved uberettiget at ophæve en kontrakt vil være større end ved at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsforretning. I førstnævnte tilfælde vil en idømt erstatning være væsentligt højere, idet erstatningssummen i disse tilfælde som udgangspunkt skal opgøres i forhold til leverandørens potentielle omsætning og det lidte tab som følge af kommunens uberettigede ophævelse af samarbejdet med virksomheden.