



Til ØU

24. april 2019

## Notat om sammenhængen mellem udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde

Sagsnr.  
2019-0092348

Dokumentnr.  
2019-0092348-1

Sagsbehandler  
Trine Høj Andersen

### Baggrund

På ØU- møde den 19. marts 2019 har borgmester Sisse Marie Welling (F) og Karina Vestergård Madsen (Ø) bedt om et notat, der redegør for udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, herunder deres indbyrdes sammenhæng.

Dette notat beskriver henholdsvis de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsloven, herunder samspillet mellem disse og rammen for deres praktiske anvendelse i relation til gennemførelse af udbud.

### Udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde

En offentlig ordregiver har i medfør af udbudsloven 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 er udtømmende angivet i den danske udbudslov.

### Udbudslovens obligatoriske udelukkelsesgrunde

Ved gennemførelse af EU- udbud *skal* en ordregiver 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 ansøger eller tilbudsgiver ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for handlinger begået som led i en kriminel organisation, bestikkelse, EU- svig, terroraktiviteter, menneskehandel eller børnearbejde, hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme.

Herudover *skal* en ordregiver endvidere udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbud, såfremt denne har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 DKR eller derover, ligesom en ordregiver *skal* udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbud, såfremt ordregiveren i relation til den konkrete virksomhed kan påvise en interessekonflikt, konkurrencefordrejning, eller hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren i relation til det pågældende udbud har afgivet groft urigtige oplysninger.

### Udbudslovens frivillige udelukkelsesgrunde

Hvor en ordregiver har pligt til at anvende udbudslovens obligatoriske udelukkelsesgrunde ved gennemførelse af udbud, *kan* en ordregiver i

Direktionssekretariatet

Københavns Rådhus, Rådhuspladsen  
|  
1599 København V

EAN nummer  
5798009800206

tillæg hertil vælge at stille krav om efterlevelse af én eller flere af de såkaldte ”frivillige udelukkelsesgrunde”.

Disse fremgår af udbudslovens § 137 og omfatter de tilfælde, hvor ordregiveren kan påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver har tilsidesat gældende forpligtelser indenfor det miljø-, social-, eller arbejdsretlige område, er erklæret konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, eller i forbindelse med sit erhverv har begået så alvorlige forsømmelser, at dette sår tvivl om virksomhedens integritet.

Herudover *kan* en ordregiver vælge at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbud, såfremt ordregiveren i relation til den konkrete ansøger eller tilbudsgiver har tilstrækkelige plausible indikatorer for, at der er indgået en ulovlig aftale med henblik på konkurrencefordrejning (karteller), eller i det tilfælde, at den konkrete ansøger eller tilbudsgiver påviseligt har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, eller påviseligt uretmæssigt forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces.

Endelig *kan* en ordregiver vælge at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbud, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 DKR.

### **Samspelet mellem udbudslovens frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde**

Udbudslovens frivillige udelukkelsesgrunde er et supplement til de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Samspelet mellem de to regelsæt er, at en ordregiver gennem de frivillige udelukkelsesgrunde har mulighed for at inddrage yderligere konkrete og saglige hensyn i tillæg til dem, der i forvejen finder anvendelse gennem de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Det juridiske anvendelsesrum i relation til de obligatoriske udelukkelsesgrunde er fastlagt i medfør af lov og dermed alment kendt for det private marked. Af hensyn til efterlevelse af de EU- retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, vil anvendelsen af én eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde forudsætte en på forhånd fastlagt ramme for bedømmelsen af efterlevelse af udelukkelsesgrundene samt det juridiske grundlag herfor, hvilket den enkelte ordregiver må fastlægge i relation til de konkret anvendte udelukkelsesgrunde i det pågældende udbud.

Forudsætningen for at anvende de frivillige udelukkelsesgrunde er således, at ordregiveren på forhånd i sit udbudsmateriale klart angiver hvilke udelukkelsesgrunde, der i medfør af udbudslovens § 137 finder anvendelse i det pågældende udbud, og klart definerer, hvorledes og i

hvilket omfang et konkret faktisk forhold vil anses som værende omfattet af de anvendte udelukkelsesgrunde.

Da udbudslovens bestemmelser om udelukkelsesgrunde - såvel obligatoriske som frivillige - er udtømmende angivet i loven, er det ikke muligt at supplere udelukkelsesgrundene med nye/andre forhold, ligesom det ikke er muligt efterfølgende – efter offentliggørelse af et udbud og modtagelse af ansøgninger eller tilbud – at ændre på de tilvalgte frivillige udelukkelsesgrunde.

### **Praktisk anvendelse af udbudslovens udelukkelsesgrunde**

I relation til såvel de obligatoriske som de frivillige udelukkelsesgrunde er det ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde og som følge heraf skal udelukkes fra deltagelse i udbuddet.

En ansøger eller tilbudsgiver kan indgive klage over en ordregivers beslutning om udelukkelse til Klagenævnet for Udbud, som vil kunne fortage en prøvelse af grundlaget herfor.

I forhold til de *obligatoriske udelukkelsesgrunde* skal ordregiveren foretage udelukkelse i de i udbudsloven omfattede tilfælde, når ansøgeren eller tilbudsgiveren er *endeligt dømt eller har vedtaget bødeforlæg* for manglende overholdelse af det omfattede forhold. I relation til bevisbyrden er der således tale om forhold, som er objektivt konstaterbare og dermed enkle at påvise.

Ved anvendelse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde skal ordregiveren udelukke en virksomhed, som beviseligt har overtrådt bestemmelserne og som ikke er i stand til at dokumentere tilstrækkelig pålidelighed via ”self cleaning”, jf. nedenfor, i en periode på 4 år fra *datoen for afsigelse* af den endelige dom eller vedtagelse af bødeforlæg, jf. udbudslovens § 138, stk. 5.

Fordelen ved de obligatoriske udelukkelsesgrunde er således, at de er operative, kendte af markedet samt bevisbyrden for overtrædelse af disse forhold er alt andet lige enkel at løfte. Hertil kommer, at udelukkelsesperioden for de omfattede forhold er 4 år regnet fra det tidspunkt, hvor der er afsagt endelig dom eller vedtaget bødeforlæg. Udelukkelsesperioden gælder alle EU-udbud på tværs af alle EU-medlemsstater.

I forhold til de *frivillige udelukkelsesgrunde* kan ordregiveren vælge at foretage udelukkelse i de i udbudsloven omfattede tilfælde, når ansøgeren eller tilbudsgiveren er endeligt dømt eller har vedtaget bødeforlæg for manglende overholdelse af det omfattede forhold *og/eller* for verserende sager i relation til det omfattede forhold. I

relation til bevisbyrden er der således ikke nødvendigvis tale om forhold, som er objektivt konstaterbare, hvormed bevisbyrden i disse tilfælde alt andet lige er vanskeligere at løfte.

Ved anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde har ordregiveren mulighed for at udelukke en virksomhed, som beviseligt har overtrådt bestemmelserne og som ikke er i stand til at dokumentere tilstrækkelig pålidelighed via ”self cleaning”, jf. nedenfor, i en periode på 2 år regnet fra *hændelsestidspunktet* for de konkrete forsømmelser, jf. udbudslovens § 138, stk. 6.

Fordelen ved de frivillige udelukkelsesgrunde er, at ordregiveren kan udvide anvendelsesrummet for udelukkelse til andre tilfælde end dem, som ligger bag de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Alt efter definition af de faktiske forhold vedrørende den enkelte udelukkelsesgrund, herunder om der tale om verserende og ikke-afsluttede sager, kan bevisbyrden for overtrædelse af disse forhold dog være tung at løfte. Hertil kommer, at udelukkelsesperioden i relation til de frivillige udelukkelsesgrunde er 2 år regnet fra forseelsens hændelsestidspunkt, hvormed der er en vis risiko for, at forhold, som ellers er omfattet af de anvendte udelukkelsesgrunde, kan være forældet i relation til det konkrete udbud.

Udelukkelsesperioden vil også her gælde alle EU-udbud på tværs af alle EU- medlemsstater i de tilfælde, hvor de samme udelukkelsesgrunde er tilvalgt og der er et enslydende defineret grundlag for udelukkelse som følge af det faktiske forhold.

Det bemærkes, at enhver beslutning om udelukkelse af en ansøger eller tilbudsgiver skal være i overensstemmelse med det EU- retlige proportionalitetsprincip, hvormed der i alle tilfælde – uagtet om der er tale om obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde - skal være en rimelig forholdsmæssig sammenhæng mellem den faktiske forseelse og beslutningen om udelukkelse fra deltagelse i udbudsforretningen på baggrund af det faktiske forhold.

#### **Om rammerne for ”self cleaning”**

Det følger af udbudslovens § 138, at ordregiveren ikke kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når denne har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed (”self cleaning”).

Udbudslovens § 138 er en ret for virksomheder til - trods det forhold at være omfattet af én eller flere obligatoriske og/eller frivillige udelukkelsesgrunde - at søge at dokumentere deres pålidelighed. Kan virksomheden dokumentere sin pålidelighed, kan ordregiveren ikke foretage udelukkelse.

Rammerne for det materiale, som virksomhederne kan forelægge som dokumentation for deres pålidelighed i relation til de obligatoriske udelukkelsesgrunde (samt i relation til de frivillige udelukkelsesgrunde i forhold til konkurs, insolvens- eller likvidation samt ubetalt forfalden gæld til det offentlige) er angivet i udbudslovens § 152.

Det fremgår af udbudslovens § 152, at ordregiver i relation til disse forhold *skal* kræve den form for dokumentation, som der henvises til i udbudslovens §§ 153- 155 samt §§ 157- 158, samt at ordregiveren ikke kan kræve andre former for dokumentation end dem, der er nævnt i disse bestemmelser.

Hvor udbudsloven hermed direkte angiver hvilken form for dokumentation, som en ordregiver skal bede om og lægge til grund vedrørende efterlevelse er af de obligatoriske udelukkelsesgrunde samt visse frivillige udelukkelsesgrunde, er det ikke på tilsvarende vis udtømmende afgrænset i loven, hvilken dokumentation ordregiveren skal eller kan benytte i relation til de (øvrige) frivillige udelukkelsesgrunde, herunder for at underbygge, at virksomheden som følge af verserende sager beviseligt har overtrådt de forhold, som er reguleret i medfør af de tilvalgte frivillige udelukkelsesgrunde og forholdet er en sådan kvalificerende karakter, at dette skal føre til udelukkelse. .

Uanset den fremlagte dokumentation må det i relation til verserende sager generelt formodes, at det alt andet lige vil være lettere for en virksomhed at foretage ”self cleaning” i relation til en verserende og endnu ikke afsluttet sag om overtrædelse af forhold omfattet af tilvalgte frivillige udelukkelsesgrunde end i relation til en endeligt afsluttet sag, hvor resultatet er objektivt konstaterbart, herunder såfremt forholdet er indenfor en kompetent myndigheds ressortområde i form af sektortilsyn og der i relation til forholdet er taget stilling til evt. skyldspørgsmål og evt. strafudmåling.