

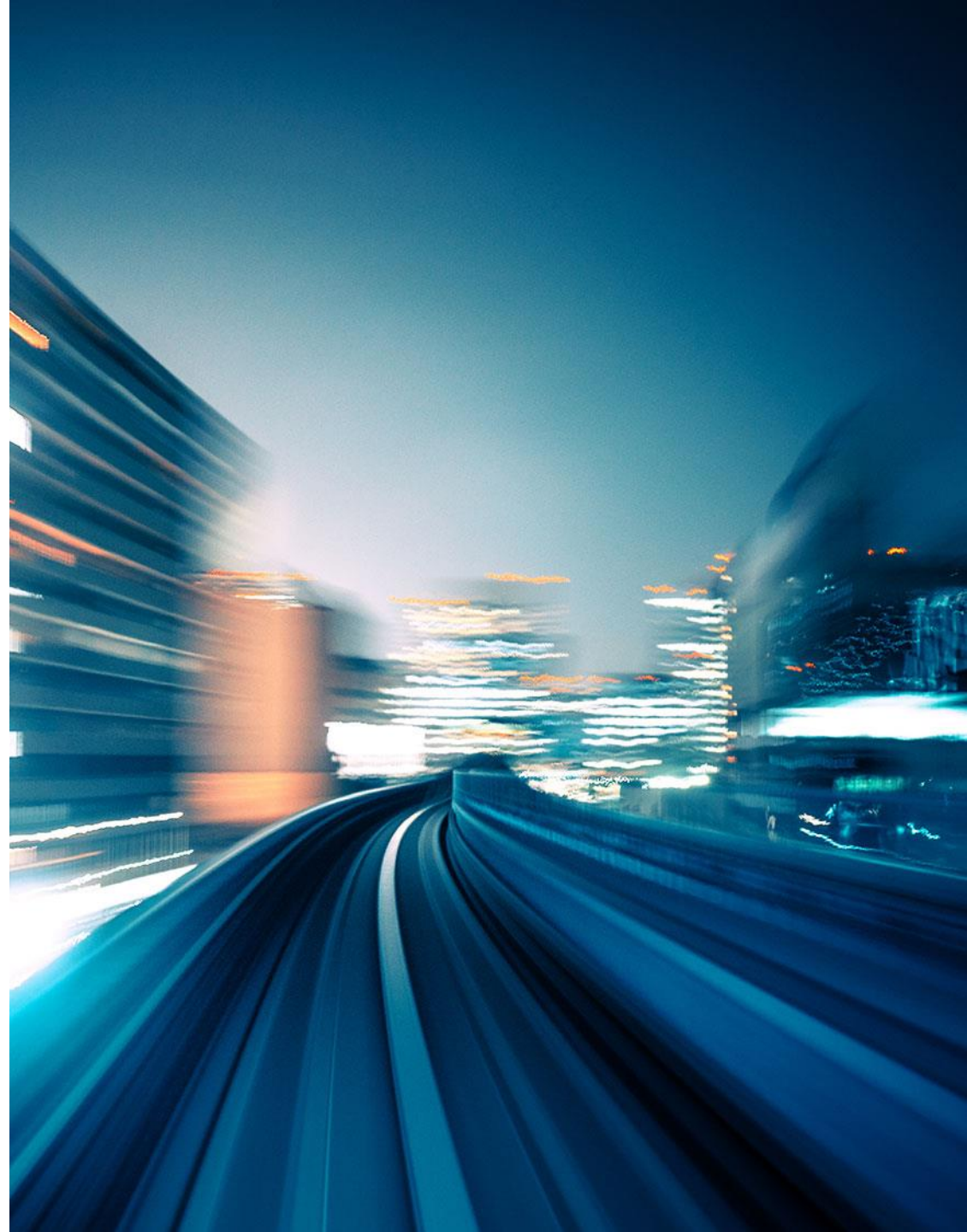
DANSK FORENING FOR UDBUDSRET

- Udelukkelse og self-cleaning



INDLEDENDE BETRAGTNINGER

- ...udelukkelsesgrundene er ofte et emne, der politisk / ledelsesmæssigt fylder en del...
- Et væsentligt og efterspurgt redskab, men det kan også give mange overvejelser og udfordringer
- Der sondres mellem 2 hovedgrupper af udelukkelsesgrunde;
 - **Obligatoriske** udelukkelsesgrunde, jf. §§ 134 a - 136
 - Ordregiver er forpligtet til at håndhæve disse
 - **Frivillige** udelukkelsesgrunde, jf. § 137
 - Ordregiver kan tilvælge én eller flere af de 6 frivillige udelukkelsesgrunde
 - Dette skal anføres i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 137, stk. 1
 - Ordregiver er herefter forpligtet til at håndhæve de tilvalgte udelukkelsesgrunde
- Tilbudsgiver har dog mulighed for at "self-cleane", jf. § 138.
- Fokus i dag er på den frivillige udelukkelsesgrund om ophævelse af en tidligere offentlig kontrakt og på self-cleaning i den forbindelse.



HVILKE UDELUKKELSESGRUNDE FINDES?

- **Obligatoriske**

- Skattelyland (§ 134 a)
- Dom eller bødeforlæg for bestikkelse, svig, hvidvask, terror mv. (§ 135, stk. 1)
- Forfalden gæld over 100.000 kr. (§ 135, stk. 3)
- Interessekonflikt, konkurrencefordrejning eller urigtige oplysninger (§ 136, stk. 1, nr. 1 - 3)
- **Alvorlige forsømmelser i erhverv, der sår tvivl om integritet (§ 136, stk. 1, nr. 4)**

- **Frivillige**

- Overtrædelse af regler vedr. miljø, social og arbejdsret mv. (§ 137, stk. 1, nr 1)
- Konkurs m.m. (§ 137, stk. 1, nr. 2) – *vel den oftest tilvalgte*
- Konkurrencefordrejning (§ 137, stk. 1, nr. 3)
- **Misligholdt offentlig kontrakt (§ 137, stk. 1, nr. 4)**
- Påvirke beslutningsproces mv. (§ 137, stk. 1, nr. 5)
- Forfalden offentlig gæld under 100.000 kr. (§ 137, stk. 1, nr. 6)





FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUNDE, § 137

- Én eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde kan frit tilvælges af ordregiver
 - Strategisk valg; signalværdi, leveringssikkerhed, formodede eller konstaterede forhold i branchen eller hos konkret aktør
 - Anføres i udbudsbekendtgørelsen (og ESPD'et)
- Det kan overvejes, om den enkelte udelukkelsesgrund kan præciseres inden for rammerne af bestemmelsen(?)
 - Ej afgjort i retspraksis
 - Praksis er, at den enkelte udelukkelsesgrund medtages i sin helhed
- Udelukkelsesgrundene *skal* herefter håndhæves
 - § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-5 → ordregivers bevisbyrde (konkret og individuel stillingtagen)
 - Ej bundet af andre ordregiveres beslutning om udelukkelse af den pågældende
 - Husk gennemsigtighed og proportionalitet (ej nok med bagatelagtige forhold)

FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUNDE, § 137 → NR. 4

- Ordregivers bevisbyrde → guidelines:
 - Krav, at misligholdelsen har været væsentlig og derved enten
 1. har medført ophævelse, eller
 2. kunne have medført ophævelse "eller en lignende sanktion" (bod, økonomisk sanktion eller erstatning) (dermed ikke nok med afhjælpning/afslag i pris) → dispositionen skal således kunne have aktiveret hævebeføjelsen
 - Dokumentation i form af **endelig dom, kendelse fra voldgift eller fra andet domstolslignende nævn**
 - Men også "dokumentation" i form af **egne eller andres** erfaringer

Stk. 1, nr. 4: Ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren **væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt**, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt, der har medført den pågældende **kontrakts ophævelse eller lignende sanktion**



FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUNDE, § 137 → NR. 4

- De praktiske udfordringer for parterne:

1. Hvor meget skal der til? Skal ordregiver rent faktisk have ophævet kontrakten?
2. Hvor "sikker" skal ordregiver være på, at misligholdelsen kan "bære" en ophævelse? Hvilken skønsmargin har ordregiver – er det ja/nej?
3. Undersøgelsespligt – ikke mindst i tilfælde af, at ordregiver baserer sig på andre ordregiveres erfaringer?
4. Hvilken klagesag vil man helst have?



CASE 1: KENDELSE AF 13. JULI 2016, B. NYGAARD SØRENSEN MOD BYGNINGSSTYRELSEN

- Klagenævnet udtalte:
- *Efter forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, kan Bygningsstyrelsen løfte sin bevisbyrde for, at BNS er omfattet af denne udelukkelsesgrund, hvis der foreligger en endelig dom...*
- *... Imidlertid kan "dokumentation fra egne eller andres erfaringer" efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen. Det er således ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet Bygningsstyrelsens egen erfaring med BNS kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke BNS.*
- *Klagenævnet skal ikke foretage en fuldstændig prøvelse af, om Bygningsstyrelsen var berettiget til at ophæve kontrakten med BNS på KUA 3-byggeriet, men efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om parternes tvist vedrørende KUA 3-byggeriet og forløbet op til Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten finder klagenævnet, at Bygningsstyrelsen har påvist, at kontrakten er ophævet på grund af forhold, som efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed har dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, er opfyldt.*

CASE 2: KENDELSE AF 27. OKTOBER 2022, KN RENGØRING MOD FREDERIKSBERG KOMMUNE

- Klagenævnet udtalte:
- *Frederiksberg Kommune har efter prækvalifikation udelukket KN Rengøring fra udbudsproceduren. Frederiksberg Kommune begrundede dette med, at Herlev Kommune har ophævet rengøringskontrakten indgået med KN Rengøring den 11. november 2020 på grund af væsentlig misligholdelse.*
- *Det er [...] ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet **erfaringer, som Frederiksberg Kommune eller andre har gjort sig, kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke KN Rengøring.***
- *Frederiksberg Kommune skal som ordregiver ved sin afgørelse af, om Herlev Kommunes erfaring med KN Rengøring kan begrunde en udelukkelse af KN Rengøring fra udbudsprocessen i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, **foretage en selvstændig vurdering af, om kontraktforholdet mellem Herlev Kommune og KN Rengøring er væsentligt misligholdt, således at det har kunnet begrunde en ophævelse af kontrakten.** Frederiksberg Kommune skal ved sin vurdering i den forbindelse sikre sig, at **beslutningsgrundlaget er tilstrækkeligt** til, at kommunen kan træffe en forsvarlig afgørelse herom.*

CASE 2: KENDELSE AF 27. OKTOBER 2022, KN RENGØRING MOD FREDERIKSBERG KOMMUNE

- *Det fremgår af Frederiksberg Kommunes notat af 9. september 2022, at kommunen på den baggrund foretog **en selvstændig, kritisk gennemgang og vurdering af grundlaget for Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring, [...].***
- *Efter **overtrædelsernes karakter og misligholdelsens omfang [...]**, er der **ikke grundlag for at konstatere**, at Frederiksberg Kommune ved under disse omstændigheder at have udelukket KN Rengøring fra udbudsproceduren har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og **proportionalitet**.*
- *På denne baggrund og efter **en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger** er der efter klagenævnets **opfattelse ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering**, og kommunen har således påvist, at Herlev Kommune ophævede kontrakten med KN Rengøring på grund af forhold, som **efter Frederiksberg Kommunes skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse**. Frederiksberg Kommune har dermed dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er opfyldt.*

FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUNDE, § 137 → NR. 4

- Kan vi besvare spørgsmålene nu?
1. Hvor meget skal der til? Skal ordregiver rent faktisk have ophævet kontrakten?
 2. Hvor "sikker" skal ordregiver være på, at misligholdelsen kan "bære" en ophævelse? Hvilken skønsmargin har ordregiver – er det ja/nej?
 3. Undersøgelsespligt – ikke mindst i tilfælde af, at ordregiver baserer sig på andre ordregiveres erfaringer?
 4. Hvilken klagesag vil man helst have?





SELF-CLEANING

- § 138, stk. 1. En ordregiver kan **ikke udelukke** en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt **tilstrækkelig dokumentation** for, at ansøgeren eller **tilbudsgiveren er pålidelig**, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135 - 137
 - Bemærk at § 134a (selvfølgelig) ikke er omfattet af self-cleaning
- Stk. 2. Leverandøren skal have **en passende frist** til at forelægge tilstrækkelig dokumentation for pålideligheden
 - Høringspligt, før udelukkelse sker
 - Fristen vedrører dokumentationen og ikke udførelsen af "self-cleaning"
- Stk. 5. Hvis ordregiver ikke finder dokumentationen pålidelig, skal dette begrundes over for leverandøren
 - Et begrundelseskrav. Ikke en pligt til at give en ny frist – i stedet udelukkelse



SELF-CLEANING

- Hvad er "tilstrækkelig dokumentation"?
 - § 138, stk. 3 (kumulative betingelser (hvis relevant):
 - Hvis rejst et erstatningskrav → i fornødent omfang har dokumenteret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har **ydet erstatning**, eller **har påtaget sig at yde erstatning** for eventuelle tab som følge af sine handlinger,
 - hvis iværksat undersøgelse → i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et **aktivt samarbejde med** undersøgelsesmyndighederne, **og**
 - har truffet passende **konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger** for at **forebygge yderligere overtrædelser**
- Ordregivers vurdering, om der er forelagt tilstrækkelig dokumentation
 - Jo grovere karakter af forholdet → jo større krav til dokumentation
 - Kan inddrage andre ordregiveres vurdering (af samme forhold) – men skal selv foretage vurdering

Pr. 1. januar 2023 - involvering af KFST
Ordregiver skal indhente og afvente
KFST's vejledende udtalelse til vurdering af
pålidelighed – men det har Kenneth fortalt
om...



SELF-CLEANING

- Self-cleaning afhænger af den konkrete udelukkelsesgrund
- Hvordan self-cleaner en virksomhed sig ifht. § 137, stk. 1, nr. 4?

CASE 1: KENDELSE AF 13. JULI 2016, B. NYGAARD SØRENSEN MOD BYGNINGSSTYRELSEN (OM SELF-CLEANING)

- Sagen vedrørte reelt ikke self-cleaning, idet klager under sagen (alene) gjorde gældende, at klager ikke var omfattet af udelukkelsesgrunden (der var i hvert fald ikke nedlagt påstand om det...)
- Klager havde dog ved Bygningsstyrelsens høring efter § 138 forud for udelukkelsen anført, at betingelserne i § 138 var opfyldt (dvs. at pålideligheden var dokumenteret)
- Giver det mening at tale om, at betingelserne i § 138 er opfyldt, når det samtidig bestrides, at virksomheden er omfattet af udelukkelsesgrunden??? (Mere herom senere)
- Klagenævnet:
 - *"Efter det anførte, da Bygningsstyrelsen forud for beslutningen om at udelukke BNS har gennemført en høring af virksomheden, og da BNS ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for virksomhedens pålidelighed ("self cleaning"), jf. udbudslovens § 138, tager klagenævnet ikke påstanden til følge."*

CASE 2: KENDELSE AF 27. OKTOBER 2022, KN RENGØRING MOD FREDERIKSBERG KOMMUNE

- I denne sag var self-cleaning et reelt stridspunkt (påstand 2 og påstand 3).
- Kommunen anmodede selvfølgelig tilbudsgiver om dokumentation for self-cleaning, og kommunen modtog en redegørelse fra tilbudsgiverens advokat.
- Af redegørelsen fremgik det, at § 138, stk. 3, nr. 1 (om erstatning) ikke var relevant, da grundlaget for ophævelsen (og dermed også Herlev Kommunes økonomiske krav) var bestridt, og der ville komme til at versere en tvist om berettigelsen af udelukkelsen. Ingen sag var dog anlagt endnu. Det var dog også angivet, at **hvis tilbudsgiveren tabte den endnu ikke-anlagte sag, ville tilbudsgiveren betale den idømte erstatning** (påstand 3)
- Omkring § 138, stk. 3, nr. 3 (om organisatoriske ændringer) var redegørelsen vedlagt et Driftsformat for den offentlige sektor, og det var anført, at *"driftsformatet har herunder til formål at sikre hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser."* Der fremgik ikke noget om organisatoriske ændringer af driftsformatet (påstand 2)
- Kommunen vurderede ikke, at redegørelsen i tilstrækkelig grad dokumenterede tilbudsgiverens pålidelighed.

CASE 2: KENDELSE AF 27. OKTOBER 2022, KN RENGØRING MOD FREDERIKSBERG KOMMUNE

- Klagenævnets præmisser om denne del er meget fyldige, og nævnet udtalte om påstand 3 (self-cleaning ifht. § 138, stk. 3, nr. 3, om organisatoriske ændringer):
- *Ved vurderingen af, om Frederiksberg Kommune som ordregiver skal acceptere, at der er truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger”, har Frederiksberg Kommune et betydeligt skøn. Dette skøn kan alene tilsidesættes af klagenævnet, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering, eller hvis Frederiksberg Kommune har skønnet åbenbart forkert.*
- *KN Rengøring oplyste ikke Frederiksberg Kommune om, på hvilken måde og i hvilken grad driftsformatet ændrede på virksomhedens hidtidige praksis. Frederiksberg Kommune havde herved ikke mulighed for at vurdere, om de beskrevne foranstaltninger var nyskabelser, som var egnede til at forebygge og sikre, at yderligere overtrædelser ikke ville ske i fremtiden.*
- *Efter klagenævnets vurdering er der efter de foreliggende oplysninger herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering af, at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, ikke var opfyldt.*

CASE 2: KENDELSE AF 27. OKTOBER 2022, KN RENGØRING MOD FREDERIKSBERG KOMMUNE

- Påstand 2 var reelt den mest interessante – er det nok at tilkendegive, at man vil betale erstatning, hvis man bliver dømt? Og giver det overhovedet mening at tale om self-cleaning, når ophævelsen bestrides?
- Klagenævnet udtalte om påstand 2 (self-cleaning ifht. § 138, stk. 3, nr. 1 om **erstatning** mv.):
- *Under henvisning til det anførte under påstand 3, og da betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 3, er kumulative, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2.*
- Hvad siger så den næstbedste retskilde (HPRos):
- *Klagerens synspunkt om ikke at være omfattet af udelukkelsesgrunden underminerede i virkeligheden klagerens hævdede self-cleaning. Det er nemlig formentlig en fundamental forudsætning for self-cleaning, at aktøren erkender at være omfattet af den udelukkelsesgrund, der er tale om. Ellers virker self-cleaningen ikke seriøs. Den, der ikke ser et problem, kan heller ikke løse det. En aktør, der vil foretage self-cleaning, skal ikke sætte sig op på den høje hest, men skal udvise ydmyghed og klar forståelse for, at der skal gøres noget.*



HVORNÅR SKAL ET FORHOLD UNDERSØGES NÆRMERE?

- Ordregiver skal indhente dokumentation før tildeling for følgende udelukkelsesgrunde, jf. § 152, uanset tvivl/formodning:
 - § 135, stk. 1 (dom, bødeforlæg) og stk. 3 (gæld over 100.000 kr.)
 - § 137, stk. 1, nr. 2 (konkurs mv.) og nr. 6 (gæld under 100.000 kr.)
- For de resterende udelukkelsesgrunde gælder der *ikke* et dokumentationskrav og *ikke* en generel undersøgelsespligt
- Dog § 159, stk. 3. Ordregiver skal i **tvivlstilfælde** foretage en **effektiv kontrol** af oplysningerne i ansøgningen eller tilbuddet
 - Hvis bekendt med forhold, der tilsiger, at en leverandør er omfattet af en udelukkelsesgrund (*tvivl*), er der pligt til at søge forholdet afklaret (*effektiv kontrol*) (åbenbart urigtige oplysninger eller særlig anledning)



RASMUS HOLM HANSEN

PARTNER, ADVOKAT (H)

M +45 25 10 05 58

RHH@KAMMERADVOKATEN.DK

TAK FOR I DAG

Poul Schmith har indgået aftale med VISDA, som omfatter billederne i denne præsentation.

Præsentationen og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug for modtageren og må ikke viderespredes.