

U.2022B.151

Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning

Sidetal: 151**Forfatter:** Rasmus Horskjær Nielsen, Heidi Sander Løjmand, Carina Risvig Hamer**Forfattere:** Af post.doc Rasmus Horskjær Nielsen, post.doc Heidi Sander Løjmand og lektor Carina Risvig Hamer, alle Juridisk Fakultet, Københavns Universitet

Af post.doc Rasmus Horskjær Nielsen, post.doc Heidi Sander Løjmand og lektor Carina Risvig Hamer, alle Juridisk Fakultet, Københavns Universitet

Resumé

Artiklen analyserer, hvornår en ordregiver skal udelukke en virksomhed med henvisning til, at der er sket konkurrencefordrejning. Udbudslovens udelukkelsesgrund om konkurrencefordrejning analyseres med udgangspunkt i Klagenævnet for Udbuds praksis om, hvad der må anses for at være en plausibel indikation på konkurrencefordrejning. Klagenævnets praksis vurderes i lyset af de konkurrenceretlige regler, og der ses nærmere på muligheden for, at en virksomhed kan rette op på overtrædelsen - såkaldt self-cleaning.

1. Indledning

I de seneste 10 år er der kommet større fokus på en gråzone inden for konkurrenceretten, der relaterer sig til virksomheders samarbejder om afgivelse af tilbud på offentlige kontrakter.^[Note 1] Både i Danmark og Norge er der højesteretsdomme, der efter en konkret vurdering erklærer virksomheders afgivelse af fælles bud for stridende mod konkurrencereglerne.^[Note 2] Herhjemme har »Vejstribesagen« skabt stor debat, og der er blevet sat spørgsmålstejn ved, om sagen har indsnævret virksomhedernes muligheder for at deltage i udbud, og dermed om konkurrencen om offentlige opgaver begrænses unødigt^[Note 3] - stik imod intentionerne med såvel konkurrence- som udbudsreglerne.

I udbud byder virksomheder ofte ind som konsortier eller med underleverandører, og det kan være svært for den enkelte ordregiver at vurdere lovligheden af sådanne samarbejder. Andre eksempler på konkurrencefordrejninger i udbud er de tilfælde, hvor virksomheder koordinerer deres tilbud, såkaldt »bid rigging«. Ordregiver kan - og i visse tilfælde skal - udelukke sådanne virksomheder fra at få tildelt en offentlig

kontrakt, når der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer på konkurrencefordrejning. ^[Note 4] Hvornår der foreligger sådanne plausible indikationer på konkurrencefordrejning, er imidlertid uklart, og udelukkelsesgrunden er svær at håndtere i praksis.

Udelukkelsesgrunden er derudover frivillig for ordregiver at anvende, og ordregiver skal forud for et konkret udbud tilkendegive, om udelukkelsesgrunden ønskes anvendt. Trods denne frivillighed har Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) i nyere afgørelser fundet, at udelukkelse af en virksomhed pga. konkurrencefordrejning ikke kun kan ske med henvisning til udelukkelsesgrunden om plausible indikationer, men også efter de grundlæggende udbudsretlige principper. Årsagen hertil er, at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, såfremt en virksomhed, der har opnået en konkurrencefordel gennem en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, får tildelt en kontrakt, samt at ordregiver ikke kan indgå en (lovlig) aftale med en virksomhed, som baserer sit tilbud på en ugyldig konkurrencebegrænsende aftale.

Det er formålet med denne artikel at undersøge, hvornår en ordregiver skal udelukke en virksomhed pga. konkurrencefordrejning, herunder hvilke plausible indikationer der kan danne baggrund for en udelukkelse. I artiklen analyseres udbudslovens udelukkelsesgrund om konkurrencefordrejning med udgangspunkt i Klagenævnets praksis og under hensyntagen til de konkurrenceretlige regler. Der ses endvidere nærmere på muligheden for, at en virksomhed kan rette op på overtrædelsen, såkaldt self-cleaning, samt Klagenævnets kompetence til at tage stilling til de konkurrenceretlige regler. Afslutningsvis perspektiveres retsstillingen til det lovforslag om ændring af udbudsloven, som for nyligt er sendt i

152

høring, og hvori flere nye tiltag for udelukkelse af virksomheder foreslås. ^[Note 5]

2. Udelukkelsesgrunde i udbudsreglerne

Der er en naturlig samfundsinteresse i at sikre, at en virksomhed, der får tildelt en offentlig kontrakt, ikke har begået alvorlige lovovertrædelser. Derfor indeholder udbudsreglerne mulighed for, at ordregiver kan (og i visse tilfælde skal) udelukke en virksomhed fra en udbudsprocedure, når en virksomhed er omfattet af en såkaldt udelukkelsesgrund. ^[Note 6] Der skelnes i udbudsloven mellem obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.

Obligatoriske udelukkelsesgrunde er alvorlige forseelser, ofte af strafferetlig karakter, og denne type overtrædelser medfører, at ordregiver som udgangspunkt er forpligtet til at udelukke virksomheder, der er omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Af mulig relevans for konkurrencefordrejninger indeholder udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 1, en obligatorisk udelukkelsesgrund for virksomheder, der har deltaget i en kriminel organisation. Det fremgår af lovbemærkningerne til denne bestemmelse, at »... *ansøgere eller tilbudsgivere, der er dømt for at have indgået en kartelaftale omfattet af straffelovens § 299 c, konkurrencelovens § 23, stk. 1 eller 3, [skal] udelukkes, hvis [betingelserne for], at der er tale om en kriminel organisation, i øvrigt er opfyldt*«. ^[Note 7] Det er dog omdiskuteret, om overtrædelser af konkurrencereglerne kan betragtes som deltagelse i en kriminel organisation, og om bestemmelsen derfor er anvendelig for sådanne overtrædelser. ^[Note 8]

Frivillige udelukkelsesgrunde har ikke nødvendigvis strafferetlig karakter, men kan være relevante for at sikre, at en virksomhed kan udføre opgaven på en måde, der ikke strider mod ordregivers interesser. For at ordregiver kan anvende de frivillige udelukkelsesgrunde, skal det på forhånd være anført i udbudsbekendtgørelsen, at en

ansøger eller tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis denne er omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde.

Blandt de frivillige udelukkelsesgrunde er udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, der omhandler tilfælde, hvor virksomheder har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. I disse tilfælde skal ordregiver udelukke virksomheder, hvis der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning (anvendelsesområdet er uddybet nedenfor i afsnit 3 og 4).

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, indeholder en anden mulighed for udelukkelse med henvisning til konkurrencefordrejning. Bestemmelsen omhandler situationer, hvor 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.^[Note 9] Den tilsvarende bestemmelse fra det tidligere udbudsdirektiv^[Note 10] er blevet anvendt til at udelukke virksomheder, der har overtrådt konkurrencereglerne med henvisning til, at dette vil udgøre en alvorlig fejl.^[Note 11] Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er en implementering af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra c, som af generaladvokat Campos Sánchez-Bordona er blevet karakteriseret som *lex generalis*, hvormed bestemmelsen først finder anvendelse, hvis de øvrige udelukkelsesgrunde ikke dækker overtrædelsen.^[Note 12] Hvis en overtrædelse af konkurrencereglerne både er omfattet af § 137, stk. 1, nr. 3 og 4, vil det være sidstnævnte bestemmelse, der skal anvendes ved udelukkelse af en virksomhed.

Det er ikke helt klart, hvilket selvstændigt indhold § 137, stk. 1, nr. 3, har i dag i relation til overtrædelser af konkurrencereglerne, eftersom sådanne også er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Udbudsdirektivets præambelbetragtning 101 henviser dog fortsat til, at overtrædelse af konkurrencereglerne kan udgøre en

153

alvorlig forsømmelse, der kan berettige udelukkelse af en økonomisk aktør. Da udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, alene omfatter visse mulige overtrædelser af konkurrencereglerne, vil bestemmelsen i § 137, stk. 1, nr. 3, formentlig kunne anvendes i situationer, hvor virksomheder forud for udbuddet er dømt for overtrædelser af konkurrencereglerne. Et afgørende element for at karakterisere en overtrædelse af konkurrencereglerne som en alvorlig forsømmelse er dog, at forsømmelsen sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, så der fremadrettet er tvivl om dennes troværdighed i forhold til udøvelsen af virksomhed. Det vil derfor formentlig ikke være alle typer overtrædelser af konkurrencereglerne, der kan betragtes som alvorlige forsømmelser, og i alle tilfælde vil ordregiver skulle foretage en proportionalitetsvurdering af overtrædelsens karakter set i lyset af den pågældende kontrakt. En virksomhed, der har overtrådt konkurrencereglerne, vil være udelukket 2 år efter den relevante hændelse.^[Note 13] Hvad der skal forstås som den relevante hændelse, er ikke fuldt ud afklaret i hverken udbudsreglerne eller praksis, og perioden kan således både skulle regnes fra tidspunktet for indgåelse af aftalen eller ved ophør af aftalen.^[Note 14] Det konkrete tidspunkt må skulle vurderes fra sag til sag.^[Note 15]

3. En aftale med henblik på konkurrencefordrejning

Som nævnt skal en ordregiver udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i en udbudsprocedure, hvis ordregiveren har »*tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning*«, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og forudsat udelukkelsesgrunden forud for udbuddet er tilvalgt. I det følgende ses nærmere

på, hvad der forstås ved konkurrencefordrejning (afsnit 3.1.), samt hvad begrebet aftale dækker over (afsnit 3.2.). Dernæst henses til, hvad der forstås ved økonomiske aktører (afsnit 3.3) og ved udtrykket »med henblik på« konkurrencefordrejning (afsnit 3.4).

3.1 Konkurrencefordrejning

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, anvender begrebet »konkurrencefordrejning«. For at fastlægge meningsindholdet af dette begreb kan det være formålstjenligt at overveje dets sammenhæng med konkurrencereglerne. I Klagenævnets praksis om bestemmelsen henvises til, at udelukkelsesgrunden bl.a. relaterer sig til, om konsortieaftaler mv. er »i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen«, ^[Note 16] ligesom kendelser vedrørende de udbudsretlige principper henser til, om en given aftale er »konkurrenceretligt ugyldig«. ^[Note 17] Dette indikerer, at en »konkurrencefordrejning« i udbudsretlig forstand skal forstås som en adfærd, der vil være uforenelig med konkurrencereglerne. ^[Note 18]

Overtrædelser af konkurrencelovgivningen kan vedrøre forskellige typer af adfærd. En virksomhed kan overtræde forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, misbruge sin dominerende stilling, gennemføre en fusion uden forudgående anmeldelse eller modtage ulovlig statsstøtte. Et kig på Klagenævnets praksis om udelukkelse pga. konkurrencefordrejninger viser, at de potentielle overtrædelser af konkurrencereglerne alene relaterer sig til konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. ^[Note 19] Det er dog ikke udelukket, at udelukkelse pga. alvorlige forsømmelser eller i medfør af udbudslovens § 2 kan finde sted for andre overtrædelser af konkurrencereglerne. ^[Note 20]

154

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler findes i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Bestemmelsen forbyder virksomheder at indgå aftaler, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Selvom ordlyden alene omtaler »konkurrencebegrænsninger«, omfatter bestemmelsen også »hindringer« og »fordrejninger« af konkurrencen. ^[Note 21] Der sondres ikke skarpt mellem de tre typer af konkurrencepåvirkninger, og udtrykkene »konkurrencefordrejninger« og »konkurrencebegrænsninger« anvendes ofte synonymt og dækkende for alle tre typer. I relation til udelukkelse indikerer Klagenævnets praksis, at det udbudsretlige konkurrencefordrejningsbegreb skal forstås i overensstemmelse med det konkurrenceretlige, jf. bl.a. kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, hvor Klagenævnet henså til, om den pågældende ordregiver havde »tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen [havde] haft til formål eller [...] til følge at fordreje konkurrencen«, samt kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen, hvor Klagenævnet anførte, at den relevante prøvelse vedrørte, om en: »... konsortieaftale eller støtteaftale er indgået i strid med konkurrencereglerne og herunder ikke ville opfylde fritagelsesbetingelserne i konkurrencelovens § 8 [...], eller - hvis der ikke er tale om en »til formål«-konkurrencebegrænsende aftale - er omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7«. Dette tyder på, at konkurrencefordrejningsbegrebet i relation til udelukkelse skal forstås som en aftale, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, og som ikke er omfattet af bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 eller den individuelle fritagelse i konkurrencelovens § 8. At begrebet foruden fordrejninger også omfatter hindringer og begrænsninger, synes hensigtsmæssigt, eftersom fordrejninger af konkurrencen generelt opfattes som den nedre grænse for skadelig konkurrencepåvirkning.

3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis?

Ifølge ordlyden af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er det en betingelse for udelukkelse, at der er indgået en »aftale«. I konkurrenceretten er det tilsvarende en betingelse for at finde en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, at der foreligger en aftale mellem to eller flere virksomheder. Spørgsmålet er, om der er sammenfald mellem de to aftalebegreber. Nogle forfattere har argumenteret for, at det udbudsretlige aftalebegreb er snævrere end det konkurrenceretlige, fordi sidstnævnte tillige omfatter »vedtagelser« og »samordnet praksis«. ^[Note 22]

I konkurrenceretlig henseende er det ikke nødvendigt at henføre en given adfærd som værende en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Begreberne er flydende og overlappende, og så længe den nedre grænse - samordnet praksis - kan godtgøres, vil betingelsen være opfyldt. ^[Note 23] Der er ikke umiddelbart holdepunkter i dansk praksis for at konkludere, at det udbudsretlige aftalebegreb skal fortolkes snævrere (eller bredere) end det konkurrenceretlige. ^[Note 24] Klagenævnet har fx fundet, at et sammenfald i ejerkredsen hos to selvstændige tilbudsgivere kan udgøre et grundlag for udelukkelse i medfør af den frivillige udelukkelsesgrund, og at individuelle tilbud med identiske tekstfejl var koordineret. ^[Note 25] Disse typer af adfærd vil sjældent udgøre aftaler i konkurrenceretlig forstand, men er snarere udtryk for en form for samordnet praksis. En konkurrencebegrænsende samordnet praksis er da også lige så uforenelig med konkurrencelovgivningen som en konkurrencebegrænsende aftale, og det ville medføre en uhensigtsmæssig favorisering af ikke-egentlige aftaler, hvis disse ikke kunne udelukkes fra udbud på lige fod med egentlige aftaler. Selvom lovgiver ikke konkret har angivet, at det udbudsretlige aftalebegreb skal forstås i overensstemmelse med det konkurrenceretlige, indikerer Klagenævnets praksis, at der anlægges en sådan overensstemmende fortolkning. I det følgende anvendes »aftaler« derfor om såvel aftaler som vedtagelser og samordnet praksis.

3.3. Andre økonomiske aktører

En aftale efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skal være indgået mellem en tilbudsgiver eller ansøger og »andre økonomiske aktører«. ^[Note 26] Konkurrenceretten opstiller som modstykke hertil en betingelse om, at der skal være tale om en aftale mellem »erhvervsvirksomheder«. ^[Note 27] Selvom det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb er bredt, omfatter det ikke som udbudsrettens aktørbegreb fysiske personer. Det er dog i sagens natur fysiske personer, der står bag virksomheders konkurrencelovsovertrædelser, og de kan ifalde såvel bøde- som fængselsstraf efter et ansvar for medvirken. ^[Note 28] Der ses derfor ikke i den sammenhæng at være en uoverensstemmelse mellem de to bestemmelsers aftalesubjekter.

En særlig problemstilling kan måske opstå i relation til koncernforbundne selskaber. Konkurrenceloven angiver specifikt, at dens forbudsbestemmelse ikke finder anvendelse på aftaler inden for samme virksomhed eller koncern. ^[Note 29] Dette gælder, i det omfang de deltagende virksomheder ikke har en reel selvstændighed ift. fastlæggelsen af deres markedsadfærd, hvilket kan være vanskeligt at fastslå. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, indeholder ikke en tilsvarende undtagelse og fremstår derfor umiddelbart anvendelig for konkurrencefordrejende aftaler mellem koncernforbundne selskaber. Der må dog formentlig her skulle sondres mellem, om to koncernforbundne virksomheder afgiver bud i fællesskab, fx gennem et konsortium eller via underleverancer, eller om de afgiver individuelle bud i samme udbudsprocedure.

I relation til fx konsortier og underleverandøraftaler indgået mellem koncernforbundne selskaber er det vanskeligt at se, at der kan være tale om konkurrencefordrejende aftaler, hvis dette begreb skal fortolkes i overensstemmelse med konkurrenceretten. I relation til koncernforbundne selskabers afgivelse af individuelle bud i samme udbudsprocedure kan der argumenteres for, at disse selskaber optræder som konkurrerende

økonomiske aktører i den pågældende udbudsprocedure, og at de derfor må forventes at tilrettelægge deres markedsadfærd, *in casu* deres tilbudsgivning, selvstændigt og uafhængigt af hinanden. Dette vil stemme overens med EU-Domstolens praksis, der fastslår, at udbudsreglerne ikke er til hinder for, at to koncernforbundne selskaber afgiver bud i samme udbudsprocedure, så længe buddene er udarbejdet uafhængigt af hinanden. ^[Note 30]

3.4. Med henblik på (konkurrencefordrejning)

For at en aftale kan medføre udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skal den være indgået »med henblik på« konkurrencefordrejning. En sproglig forståelse heraf indikerer, at der skal være tale om en vis subjektiv hensigt fra den økonomiske aktørs side om at indgå en aftale i strid med konkurrencelovgivningen. I konkurrenceretten anvendes udtrykket »til formål« at begrænse konkurrencen, der også efter en sproglig forståelse kan fortolkes som en subjektiv intention. Det konkurrenceretlige formålsbegreb er dog objektivt, og en økonomisk aktørs subjektive intention om at begrænse konkurrencen er hverken nødvendig for eller i sig selv tilstrækkelig til at statuere, at der foreligger en såkaldt »formålsrestriktion«. ^[Note 31]

Blandt de mere åbenlyse formålsrestriktioner er aftaler mellem tilbudsgivere om, hvem af dem der skal vinde udbudte kontrakter og til hvilke priser (»mestergrise«), en tilbudsgivers udveksling af tilbud og/eller priser med en anden tilbudsgiver med henblik på at gøre denne i stand til at afgive et proformatilbud (»lånepriser«), samt virksomheders aftaler om ikke at konkurrere mod hinanden i bestemte geografiske områder (»markedsdelingsaftaler«). ^[Note 32] Andre formålsrestriktioner er knap så lette at identificere. Det gælder fx virksomheders afgivelse af fælles bud i regi af konsortier eller ved brug af underleverandører eller støtteerklæringer. Udfordringen ved sådanne samarbejder er, at de kan have såvel konkurrencebegrænsende som konkurrencefremmende virkninger, og da formålsbegrebet alene kan anvendes om sådanne aftaler, som i sig selv er »tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen«, ^[Note 33] bliver det afgørende, hvilken virkning, der er mest sandsynlig for det konkrete samarbejde. Dette er en vanskelig vurdering.

Ifølge konkurrenceretlig praksis er det især virksomhedernes evne til at afgive individuelle bud, der har betydning for, om et konsortium eller lignende udgør en konkurrencebegrænsning. En vurdering heraf forudsætter indblik i virksomhedernes *ledige* kapacitet og deres respektive muligheder for reelt og konkret at udvide denne. Derudover er det af betydning, om samarbejdet

156

har karakter af et produktionssamarbejde eller i øvrigt lægger op til et samarbejde mellem virksomhederne om udførelsen af de opgaver, der bydes ind på. Her indgår niveauet af integration af virksomhedernes ressourcer som et element, og hvis samarbejdet i højere grad fremstår som et skalkeskjul for en fordeling af opgaver/markeder, vil det blive fordømt som en konkurrencebegrænsende formålsrestriktion. ^[Note 34] Det er tydeligt, at Klagenævnet følger denne konkurrenceretlige vurdering, som Højesteret anlagde i Vejstribesagen. ^[Note 35] Med den begrænsede konkurrenceretlige praksis på området er det imidlertid, trods Højesterets dom, en ganske svær øvelse at vurdere, hvornår sådanne samarbejder er formålsrestriktioner, og hvornår de skal vurderes i henhold til deres virkninger, førend overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6 kan statures.

I relation til udbudslovens krav om, at en aftale skal være indgået »med henblik på« konkurrencefordrejning, kan det overvejes, om udelukkelsesgrunden alene er tilsigtet aftaler, der i konkurrenceretlig henseende har »til formål« at begrænse konkurrencen, og ikke aftaler, der har konkurrencebegrænsning »til følge«. Da sondringen

konkurrenceretligt er proceduremæssig, ikke materiel, forekommer det dog både ulogisk og usagligt alene at kunne udelukke den ene type. Begge typer er trods alt konkurrencebegrænsninger i konkurrencelovens forstand. Praksis fra Klagenævnet synes da heller ikke at fortolke »med henblik på« synonymt med det konkurrenceretlige formålsbegreb, fx henså Klagenævnet i Kailow Graphic til, om en konsortiedannelse havde haft »til formål eller [...] til følge« at fordreje konkurrencen. ^[Note 36] Udtrykket »med henblik på« i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, synes derfor ikke at have noget selvstændigt meningsindhold endsige nogen selvstændig betydning for en eventuel udelukkelse i medfør af bestemmelsen.

Det er dog væsentligt at bemærke, at aftaler, der har »til følge« at begrænse konkurrencen, sjældent forfølges af konkurrencemyndigheder pga. de ressourcer, der er forbundet med at føre bevis for sådanne overtrædelser. I det lys kan det næppe forventes, at ordregivere vil være i stand til at identificere (tilstrækkelige plausible indikationer på) sådanne overtrædelser. Dette gælder så meget desto mere, fordi de konkurrenceretlige bagatelgrænser i konkurrencelovens § 7 og muligheden for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 giver anledning til at undtage sådanne »til følge«-konkurrencebegrænsninger fra konkurrencelovens § 6, hvilket ikke (i praksis) er tilfældet for aftaler med konkurrencebegrænsende formål. ^[Note 37]

4. Ordregivers skøn og Klagenævnets praksis om plausible indikationer

Ordregivere er tillagt et vist skøn i vurderingen af, om der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer. Således angiver lovbemærkningerne til bestemmelsen, at kravet om plausible indikationer udgør en »lempeligere bevisbyrde for ordregiveren« set i forhold til de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde, hvor ordregiverne skal »påvise«, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. ^[Note 38] Derudover fremgår det, at oplysningerne skal »troværdigt indikere«, at der er tale om en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, og at det eksempelvis kan være tilfældet, hvis der er rejst tiltale mod en ansøger eller tilbudsgiver for at have indgået sådanne aftaler. ^[Note 39] De plausible indikationer skal dermed heller ikke nødvendigvis knytte sig til den specifikke udbudsprocedure, men kan angå andre og tidligere udbud eller adfærd, der ikke har været knyttet til udbud. ^[Note 40] Ordregivers vurdering skal foretages på grundlag af de oplysninger, der var tilgængelige for ordregiveren på tildelingstidspunktet. ^[Note 41] Klagenævnet har dog tilsidesat

157

ordregiverens skøn og modsat ordregiveren fundet, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer. ^[Note 42]

Hvilke momenter ordregivere kan, og eventuelt skal, inddrage ved vurderingen af plausible indikationer, er ikke helt klart. Klagenævnet har dog haft flere sager, der bidrager til forståelsen af § 137, stk. 1, nr. 4. Som et moment i vurderingen vil det naturligvis være udslagsgivende, at der foreligger en dom, eller at en virksomhed har accepteret et bødeforlæg for en tidligere overtrædelse af konkurrencelovgivningen. ^[Note 43] Udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, afgørelser fra Konkurrencerådet eller kendelser fra Konkurrenceankenævnet kan i denne forbindelse også være tilstrækkelige. ^[Note 44] Derimod er det tvivlsomt, om der er tale om plausible indikationer, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indledt en kontrolundersøgelse. På den ene side er det klart, at der skal noget til, før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indleder en kontrolundersøgelse, men det sker også, at styrelsen ikke finder tegn på overtrædelser af konkurrencereglerne ved en kontrolundersøgelse. ^[Note 45] Det er derfor formentlig ikke *tilstrækkelige* plausible indikationer, blot der er foretaget en kontrolundersøgelse.

Plausible indikationer i et udbud kan være, at to tilbud fremstår identiske og dermed koordinerede, jf. også kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden. Sagen angik et udbud om indkøb af undersøgelseshandsker fordelt på to delaftaler. Det var ikke muligt for en enkelt leverandør at vinde begge delaftaler, idet ordregiver af hensyn til leveringssikkerhed ønskede to leverandører. To tilbudsgivere afgav tilbud, hvor den ene tilbudsgiver ville være leverandør i sit eget tilbud og underleverandør i forhold til den anden tilbudsgiver. De to tilbud indeholdt bl.a. identiske trykfejl, og der var ensartethed i de individuelle besvarelser. Disse forhold blev tillagt betydning af Klagenævnet, idet de kan være et udtryk for tilbudskoordinering. Som et yderligere element tillagde Klagenævnet prissætningen betydning. De to tilbudsgivere havde en væsentligt lavere pris end de øvrige tilbudsgivere. Dette indikerede ifølge Klagenævnet, at prissætningen primært var mulig som følge af den større volumen, som det ville give at vinde begge delaftaler. Dette var dog i strid med intentionerne om forsyningssikkerhed. Som følge heraf konkluderede Klagenævnet, at der forelå plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Denne sag viser, at såfremt der er indikationer på koordinerede tilbud, skal ordregiver være opmærksom. Især i de situationer, hvor tilbudsgivere kan opnå en fordel, hvad angår prissætningen ved at omgå krav i udbudsmaterialet.

Et relevant spørgsmål er, hvorvidt det kan være en plausibel indikation, eller om der endda er en formodning for en plausibel indikation, at en, to eller flere virksomheder indgår en konsortie- eller støtteaftale, selvom de hver især kunne afgive et tilbud. Klagenævnet fik anledning til at tage stilling til denne problemstilling i kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen. I denne sag var et konsortium blandt de vindende tilbudsgivere. Selvom konsortiet under klagesagen ikke bestred, at enkelte af virksomhederne i konsortiet kunne afgive tilbud på egen hånd, tilsidesatte Klagenævnet ikke ordregiverens vurdering, hvorefter der ikke var tilstrækkelige plausible indikationer på en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Klagenævnet lagde blandt andet vægt på konsortiets mulighed for at optimere det afgivne tilbud. Dette kan muligvis ses i sammenhæng med ordregiveres anbringende vedrørende effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser, jf. konkurrencelovens § 8, hvorefter konsortiet skulle anses som et lovligt konsortium. ^[Note 46] Derudover lagde Klagenævnet vægt på, at konsortiet havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris.

Selvom konsortieaftaler i sig selv ikke indebærer en plausibel indikation - også når visse af deltagerne kunne afgive tilbud på egen hånd er der formentlig alene tale om et udgangspunkt. Der kan være andre momenter, der kan give en plausibel indikation, eller som minimum en tvivl, som aktiverer en undersøgelsespligt for ordregiveren. Således fremgår det af kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet ved Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, at det kunne give anledning til nærmere undersøgelse, at *»virksomheder i konsortie- eller støtteaftalen i andre fuldstændig lignende udbud har afgivet tilbud alene«*. I disse situationer vil det kunne medføre en pligt til at afvise et tilbud, hvis konsortiedeltagerne ikke kan redegøre for, hvorfor det i netop det specifikke udbud er nødvendigt at samarbejde.

158

På baggrund af praksis fra Klagenævnet synes der at være en sondring mellem situationer, hvor virksomheder går sammen i et konsortium for at afgive tilbud, og situationer, hvor forskellige virksomheder koordinerer deres tilbud. Praksis kan indikere, at et konsortium som udgangspunkt ikke vil være omfattet af udelukkelsesgrunden, også selvom der er indikationer på, at visse af deltagerne kunne have afgivet selvstændige tilbud. Dog skal ordregivere identificere, om der foreligger yderligere momenter, med henblik på at vurdere, om der foreligger plausible indikationer. Dette forhold kan skyldes, at der skal sikres en balance mellem risikoen for konkurrencefordrejning og virksomhedernes legitime interesse i forretningsmæssige samarbejder. ^[Note 47] Aftaler mellem forskellige tilbudsgivere om koordinering vil som udgangspunkt udgøre en

plausibel indikation, når der samtidig er indikationer på en konkurrencefordel, hvilket ofte vil være tilfældet i denne form for tilbudskoordinerings. Dog kan det være forbundet med vanskeligheder at konstatere, hvorvidt der foreligger en tilbudskoordinerings. Som praksis fra Klagenævnet viser, så vil ens fejl i forskellige tilbud og ensartede beskrivelser i forbindelse med kvalitative kriterier for tildeling indikere en tilbudskoordinerings. Disse indikationer kan være så kraftige, at yderligere undersøgelser ikke er nødvendige, men at der allerede af disse årsager vil foreligge en plausibel indikation for en aftale med henblik på konkurrencefordrejnng.

Der vil naturligvis også være andre forhold end dem, der er omtalt i denne artikel, der fører til, at der foreligger plausible indikationer på konkurrencefordrejnng. En række elementer er blandt andet omtalt af såvel de danske som de svenske konkurrencemyndigheder.^[Note 48] Eksempelvis kan flere tilbudsgiveres samarbejde med samme underleverandør, suspekter mønstre i tilbudsafgivelsen og manglende grundighed i andre end det vindende tilbud være indikationer på konkurrencefordrejnng. Betydningen af disse indikationer i forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, vil oftest bero på en konkret vurdering.

5. Processen for udelukkelse og self-cleaning

Hvis ordregiver finder, at der foreligger plausible indikationer i det konkrete udbud, skal de omfattede tilbudsgivere have mulighed for at redegøre for forholdet, før disse kan udelukkes. Hvis tilbudsgiverne herefter ikke fremkommer med en plausibel og efter omstændighederne nærmere underbygget forklaring, vil dette kunne medføre pligt til afvisning af tilbuddet.^[Note 49] EU-Domstolen har i flere tilfælde udtalt, at ordregiver ved vurderingen af, om en virksomhed skal udelukkes, skal inddrage proportionalitetsprincippet.^[Note 50] Det er i den forbindelse også vigtigt, at ordregiveren foretager sit eget skøn af den konkrete overtrædelse/hændelse og ikke lader en udelukkelse ske automatisk. Det betyder, at selvom en virksomhed fx er blevet udelukket af en ordregiver i et udbud med henvisning til plausible indikationer på konkurrencefordrejnng, er virksomheden ikke automatisk udelukket i efterfølgende udbud hos andre ordregivere. Disse ordregivere må foretage deres egen selvstændige bedømmelse af det pågældende forhold, der førte til udelukkelse.

Hvis ordregiver ikke har valgt udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, vil spørgsmålet om udelukkelse skulle afgøres efter de udbudsretlige principper i udbudslovens § 2.^[Note 51] Ordregiver skal i så fald have et mere sikkert grundlag for at antage, at der er sket konkurrencefordrejnng, jf. Klagenævnets betragtninger i kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.^[Note 52] I den konkrete sag fandt Klagenævnet ikke, at der havde været en sådan tvivl om, hvorvidt det pågældende samarbejde udgjorde en ugyldig konkurrencebegrænsende aftale, at Skatteministeriet burde have undersøgt dette.^[Note 53] En henvendelse fra en forbigået tilbudsgiver om, at en anden tilbudsgiver ifølge den første tilbudsgivers vurdering er part i en konkurrencebegrænsende aftale, kan ikke i sig selv medføre, at ordregiveren skal foretage nærmere undersøgelser. Det er ligeledes ikke tilstrækkeligt til at igangsætte en undersøgelsespligt hos ordregiveren, at der står flere tilbudsgivere bag et tilbud.

I de tilfælde, hvor en ordregiver efter en samlet vurdering konstaterer, at der foreligger plausible indikationer på konkurrencefordrejnng, vil ordregiveren herefter

som udgangspunkt skulle udelukke virksomheden. Der findes enkelte undtagelser til den obligatoriske udelukkelse af virksomheden. For det første kan en kontrakt fortsat indgås med virksomheden af hensyn til væsentlige samfundsinteresser.^[Note 54] For det andet vil en leverandør, der har rettet op på forhold, der ellers

er omfattet af en udelukkelsesgrund, kunne blive tildelt en offentlig kontrakt. Denne mulighed kaldes på engelsk for self-cleaning. I udbudsloven anvendes terminologien dokumentation for pålidelighed. ^[Note 55]

Formålet med self-cleaning er, at hvis en virksomhed retter op på overtrædelsen, vil der ikke længere være en årsag til, at den skal udelukkes fra at få tildelt offentlige kontrakter, da virksomheden dermed har sikret, at lignende overtrædelser ikke vil ske i fremtiden. ^[Note 56] De tiltag, som en virksomhed kan foretage, omhandler elementer som, at virksomheden har ydet erstatning som følge af forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunden, aktivt har samarbejdet med undersøgelsesmyndighederne og har truffet passende organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge flere overtrædelser. De relevante foranstaltninger skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene. ^[Note 57] Dermed får proportionalitetsprincippet også her stor betydning i vurderingen af, om virksomhedens tiltag er tilstrækkelige.

Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, angiver alene, at der skal ydes erstatning for tab som følge af de handlinger, der er begået. I konkurrencesager kunne forbrugere eller virksomhedens tidligere kontraktpart/ordregiver fx have en interesse i erstatning for merpriser, de har betalt pga. et kartel. ^[Note 58] Man må dog som minimum kunne anlægge den tolkning, at det er op til dem, der mener, de er berettiget til erstatning, at der anlægges et søgsmål, og ikke at virksomheden selv opsøger potentielle skadelidte. ^[Note 59]

Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 2, der omhandler redegørelse for forhold og aktivt samarbejde, indebærer fx, at der kan foretages revision, interviews med medarbejdere, og at virksomheden har taget aktiv del i klarlægning af forhold.

Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, der omhandler personalemæssige foranstaltninger, indebærer, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 102, fx *»afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og compensation«*. Det betyder med andre ord, at medarbejdere skal afskediges. Alt afhængigt af en medarbejders involvering i overtrædelsen kan der være tale om øjeblikkelig afskedigelse til afskedigelse med varsel eller muligvis blot at flytte en medarbejder til en anden afdeling. Det betyder ikke nødvendigvis, at alle medarbejdere, der var involveret, skal afskediges, men som minimum vil de ledende medarbejdere være omfattet. Ansættelsesretlige forhold skal naturligvis iagttages.

Det er den enkelte ordregiver, der skal beslutte, om den finder, at foranstaltningerne er tilstrækkelige. Det betyder, at en kommune kan acceptere en virksomheds self-cleaning-tiltag, mens en anden kommune afviser dem. En situation, der kan føre til forskellig praksis, og det kan derfor heller ikke udelukkes, at en kommune vil være mere tilbøjelig til at lade lokale virksomheder foretage self-cleaning modsat fx udenlandske virksomheder. Situationen forekommer derfor ikke optimal, og andre muligheder overvejes også politisk (se herom i afsnit 7).

Er der foretaget konkurrencefordrejning i det konkrete udbud, er det dog vanskeligt at se, hvad en virksomhed kan foretage sig af self-cleaning-tiltag. I kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden, udtalte Klagenævnet, at *»Det er klagenævnets foreløbige vurdering, at der på evaluerings- og tildelingstidspunktet forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, og at Region Hovedstaden burde have undersøgt dette forhold nærmere, jf. udbudslovens § 138«*. Henvisningen til udbudslovens § 138 er en henvisning til bestemmelsen om self-cleaning og altså ikke til spørgsmålet om konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Det betyder med andre ord, at ordregiver ifølge Klagenævnet havde pligt til

at udelukke virksomheden, medmindre virksomheden kunne dokumentere at have foretaget tilstrækkeligt self-cleaning. Konsekvensen af den manglende undersøgelse for self-cleaning var, at Klagenævnet annullerede ordregiverens tildelingsbeslutning. Klagenævnet kom til samme konklusion i den efterfølgende afgørelse omhandlende samme udbud, kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden. Efter Klagenævnets første kendelse tilbagekaldte Region Hovedstaden tildelingsbeslutningen og foretog en ny tildelingsbeslutning, hvor virksomheden Aktum ikke længere var en del af tilbudsgiverfeltet. Regionen havde forud for sin tildelingsbeslutning indhentet en redegørelse fra Abena, jf. udbudslovens § 138, hvori Abena havde lagt vægt på, at den pågældende aftale ved den nye tildelingsbeslutning var ophørt, og at aftalen ikke havde en konkurrencebegrænsende karakter, bl.a. fordi den øgede antallet af tilbud. Klagenævnet tog dog ikke stilling til disse anbringender. Dette kan være et udtryk for, at Klagenævnet allerede på baggrund af den første tildelingsbeslutning havde konstateret, at der forelå plausible indikationer. Som følge heraf var Abena allerede omfattet af en udelukkelsesgrund, uagtet at Aktum ikke længere deltog i udbuddet. Det var derfor alene et spørgsmål, om der var foretaget tilstrækkeligt self-cleaning. Herom udtalte Klagenævnet, at *»Det fremgår ikke af regionens evalueringsrapport af 3. november 2021, at regionen har foretaget en vurdering i overensstemmelse med udbudslovens § 138, herunder om regionen har fundet, at Abenas redegørelse indeholdt tilstrækkelig dokumentation for Abenas pålidelighed«*. Regionen havde således ikke vurderet, om de self-cleaning-tiltag, Abena havde foretaget, var tilstrækkelige. Det er bemærkelsesværdigt, at Klagenævnet ikke selv vurderer, om Abenas self-cleaning-tiltag var tilstrækkelige, men afgør sagen ved at udtale, at regionen ikke havde foretaget en vurdering.

6. Klagenævnets kompetence

Hvis en virksomhed udelukkes med henvisning til, at der er begået konkurrencefordrejning, er det ordregiveren, der bærer bevisbyrden for, at dette er korrekt. Ordregiverens beslutning kan indbringes for Klagenævnet. Derudover vil en virksomhed, der har deltaget i et udbud, kunne indgive klage til Klagenævnet med påstand om, at den vindende tilbudsgiver skulle have været udelukket pga. konkurrencefordrejning.

Klagenævnets hovedkompetence er behandling af klager over overtrædelser af udbudsreglerne i bred forstand. ^[Note 60] Langt størstedelen af Klagenævnets sager vedrører overtrædelser af EU-udbudsreglerne, herunder navnlig overtrædelser af udbudsloven. Afgørende for, om Klagenævnet har kompetence til at behandle et spørgsmål, er, om Klagenævnet gennem lovgivning har fået tillagt kompetence inden for området. Det betyder, at Klagenævnet ikke tager stilling til, om anden lovgivning end udbudsreglerne er overholdt. ^[Note 61] Dette gælder fx kontraktmæssige forhold mellem en ordregiver og den vindende tilbudsgiver ^[Note 62] samt almindelige forvaltningsretlige regler. ^[Note 63]

Det er derfor også det klare udgangspunkt, at Klagenævnet ikke tager stilling til, om der er sket overtrædelser af konkurrencereglerne. En undtagelse findes for de tilfælde, hvor ordregiver har valgt at anvende udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, nr. 4. ^[Note 64] Baggrunden for, at Klagenævnet anser sig for kompetent til at udtale sig om konkurrencereglerne i disse tilfælde, skyldes, at konkurrencereglerne her har nær tilknytning til udbuddet. Derfor er en fortolkning af konkurrencereglerne nødvendig for at kunne tage stilling til, om udbudsreglerne er overholdt. ^[Note 65] Når ordregiveren har

tilvalgt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, vil Klagenævnet i disse tilfælde have kompetence til at vurdere, om fx en konsortieaftale eller en aftale mellem virksomheder er i strid med konkurrencelovens § 6 og eventuelt tillige TEUF artikel 101.

I de tilfælde, hvor ordregiveren ikke har valgt udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, var praksis tidligere, at Klagenævnet ikke tog stilling til, om konkurrencereglerne var overholdt.^[Note 66] Med Klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, fandt Klagenævnet dog, at også i disse tilfælde har Klagenævnet kompetence med henvisning til de udbudsretlige principper i udbudslovens § 2.^[Note 67] Klagenævnet fandt, at i tvivlstilfælde er det op til ordregiveren at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, samt at *»Hvis undersøgelsen viser, at den aftale, der ligger til grund for tilbuddet, er konkurrenceretligt ugyldig, vil ordregiveren være forpligtet til at afvise tilbuddet. Tilsvarende må klagenævnet i tilfælde, hvor spørgsmål herom indbringes for nævnet, præjudicielt foretage en tilsvarende prøvelse af, om der er en tvivl om lovligheden af en konsortie- eller støtteaftale, som burde have afstedkommet en effektiv kontrol fra ordregiverens side, og om denne burde have ført til afvisning af tilbuddet.«*^[Note 68] Klagenævnet tager altså først og fremmest stilling til, om den potentielle konkurrencefordrejning burde have ført til, at ordregiver burde have undersøgt forholdet, og dernæst om ordregiver burde have afvist tilbuddet, men altså ikke stilling til om der hvorvidt konkurrencelovgivningen er overholdt, jf. senest kendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden.

7. Konklusion

Udelukkelse af virksomheder med henvisning til, at der er begået konkurrencefordrejning, er ét eksempel på samspillet mellem konkurrenceretten og udbudsretten. Vurderingen af, hvornår der er foregået konkurrencefordrejning, er en konkurrenceretlig vurdering, mens udbudsretten blot kræver, at der skal være plausible indikationer på, at konkurrenceretten er overtrådt. I en udbudskontekst er ordregiver ikke eksperter i konkurrenceret, de konkurrenceretlige vurderinger er vanskelige, og sagsbehandlingstiderne ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i den sammenhæng er lange. Det kan derudover vanskeliggøre anvendelsen af den relevante udelukkelsesgrund, at ordregiver både skal forholde sig til komplekse konkurrenceretlige vurderinger af, om en given aftale har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, og dernæst om aftalen er undtaget pga. parternes ringe markedsandele (ved følge-overtrædelser), eller om aftalen endda kan fritages pga. effektivitetsgevinster. Det kan ikke generelt forventes, at en ordregiver har kompetencer til at foretage sådanne komplekse vurderinger, endsige at ordregiver har de nødvendige informationer om de involverede tilbudsgiveres forhold, herunder fx deres restkapacitet. Ordregiver må forlade sig på antagelser og »sund fornuft«. Ikke kun ordregivere kan have svært ved at vurdere, om en aftale strider mod konkurrencereglerne. Vejstribesagen måtte som bekendt en tur forbi Højesteret, og virksomhederne i sagen havde forud for indgåelsen af deres konsortium fået hele to advokatfirmaer til at vurdere dets lovlighed.^[Note 69]

Når ordregiver vælger at udelukke en virksomhed fra et udbud, bør denne være ganske sikker i sin vurdering, da man ellers kan risikere ikke at få det bedste tilbud i spil. Det er derfor også vigtigt, at ordregiver vurderer, om udelukkelse i den konkrete situation vil være proportionalt i forhold til den potentielle konkurrencefordrejning. Det samme gør sig gældende, når ordregiver skal vurdere en virksomheds self-cleaning-tiltag.

Højt på den politiske dagsorden er et ønske om at sikre mere ansvarlighed, når det offentlige køber ind hos private virksomheder.^[Note 70] Et af de midler, der ønskes taget i brug, er en udvidelse af udelukkelsesgrundene og muligheden for self-cleaning. Med det lovforslag om ændring af udbudsloven, der er sendt i høring, foreslås det derfor, at ordregivere skal indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvorvidt en virksomheds self-cleaning-tiltag er tilstrækkelige.^[Note 71] Ordregiverne bevarer dog samtidig muligheden for at foretage deres egen vurdering. Det betyder formentlig en (måske endda væsentlig)

vejledende udtalelse. Omvendt skaber det et bedre grundlag for at vurdere de tiltag, de enkelte virksomheder foretager, og det vil skabe retssikkerhed omkring, at standarden for udelukkelse er ens.

Det politiske ønske om større fokus på, hvilke virksomheder ordregivere handler med fremadrettet, sender et vigtigt signal til de virksomheder, der ønsker at samarbejde med offentlige myndigheder, idet de skal begå sig forsvarligt, herunder også i relation til konkurrencereglerne. De foreslåede ændringer i udbudsloven ændrer dog ikke på, at det er vanskeligt for ordregivere at vurdere, hvornår en virksomhed skal udelukkes, når konkurrencen om den offentlige kontrakt tager en forkert drejning.

Fodnoter

[1] Artiklen er blevet til som en del af forskningsprojektet »Safeguarding competition and equal access to Central Purchasing Bodies' agreements«. Forskningsprojektet er støttet af Danmarks Frie Forskningsfond, sagsnr. 0167-00031A Sapere Aude. Se om projektet: <https://jura.ku.dk/english/welma/research/safeguarding-competition-and-equal-access-to-central-purchasing-bodies-agreements/>

[2] Højesterets dom af 27.11.2019 i sag 191/2018 Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S, gengivet i U.2020.524H (»Vejstribesagen«), og Norges Høyesteretts dom af 22.6.2017 i sag HR-2017-1229-A Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet.

[3] Se fx artikel fra Børsen af 27. november 2018 »Højesteret: Vejstribekonsortie var et kartel«, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/hoejesteret-vejstribekonsortie-var-et-kartel-9ksn> eller brancheorganisationen for SMV'er: <https://smvdanmark.dk/seneste-nyt/nyheder/udbud-og-konkurrence/udbud-konsortium-eller-kartel>.

[4] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

[5] Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud. Høringsforslaget kan findes på høringsportalen: <https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/66067> (sidst besøgt 15. marts 2022).

[6] Se §§ 135-137 i lov nr. 1564 af 15. december 2015, udbudsloven. Bestemmelserne bygger på artikel 57 i Europa Parlamentets og Rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT L 94 af 28. marts 2014, s. 65, herefter refereret til som udbudsdirektivet.

[7] Se lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015.

[8] Se Carina Risvig Hamer, »Udbudsret«, 2. udgave, 2021, s. 474 ff. Om rækkevidden af udbudslovens lovbemærkninger, se desuden Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, »Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?« U.2020B.114.

[9] Bestemmelsen ønskes gjort obligatorisk, jf. høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

[10] Artikel 45, stk. 2, litra d, i Parlamentet 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.

[11] Se fx C-470/13, Generali, og C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa.

[12] Se generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas udtalelse af 8. maj 2019 i sagen C-267/18, Delta, samt udtalelse af 7. marts 2019 i sagen C-41/18, Meca. Begge udtalelser omhandler forholdet mellem artikel 57, stk.

4, litra c og g, men lignende betragtninger gør sig gældende om forholdet mellem artikel 57, stk. 4, litra c og f (konkurrencefordrejninger). Se desuden Carina Risvig Hamer, »The possibility to exclude an economic operator that cannot be trusted«, *European Procurement & Public Private Partnership Review*, nr. 1, 2020.

[13] Jf. udbudslovens § 138, stk. 6. Udelukkelsesperioden ønskes hævet til 3 år, jf. høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

[14] Se også lovbemærkningerne til bestemmelsen, der også angiver, at den relevante hændelse kan være flere tidspunkter, herunder, at tidspunktet kan være »... ved indgåelsen af en aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Udelukkelsesperioden kan endvidere beregnes fra et senere tidspunkt, hvor en ansøger eller tilbudsgiver foretager handlinger, i henhold til en aftale, der er indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Udelukkelsen på 2 år kan senest beregnes fra tidspunktet for aftalens ophør«. Se lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015.

[15] Jf. også EU-Domstolens praksis herunder C-124/17, Vossloh Laeis, hvor EU-Domstolen fandt, at tidspunktet for den relevante hændelse skulle forstås som tidspunktet for en myndighedsafgørelse, når der foreligger en myndighedsafgørelse om overtrædelsen, samt C-450/19, Kilpailuja kuluttajavirasto, hvor EU-Domstolen om overtrædelse af art. 101 TEUF fandt, at overtrædelsesperioden var perioden indtil undertegnelsen af den kontrakt, der er indgået mellem denne virksomhed og den ordregivende myndighed på grundlag af det samordnede tilbud, som virksomheden havde afgivet. Som dommens pr. 38 pointerer, er der dog forskel på spørgsmålet om, hvornår en overtrædelse ophører efter konkurrencereglerne, og spørgsmål om fx ordregivers mulighed for at anfægte lovligheden af udbudsproceduren.

[16] Klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen.

[17] Ibid.

[18] Konkurrencefordrejning anvendes dog også andre steder i udbudsloven, fx i relation til muligheden for at ændre i afgivne tilbud under de fleksible udbudsprocedurer, jf. udbudslovens § 71, stk. 3.

[19] Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune, kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsens kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen samt kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod BaneDanmark.

[20] Fx misbrug af dominerende stilling. Se for en diskussion heraf Pascal Friton & Janis Zöll, *Commentary on Article 57*, i Roberto Caranta & Albert Sanchez-Graells (red.), »*European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU*«, Edward Elgar, 2021, s. 612. Se også Katarzyna Kuzma og Wojciech Hartung, »*Combating Collusion in Public Procurement - Legal Limitations on Joint Bidding*«, Edward Elgar, 2020, s. 70.

[21] Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, angiver derimod, at der skal være tale om en »aftale« mellem flere aktører, hvilket ikke er tilfældet ved ensidige handlinger, såsom misbrug af dominerende stilling.

[22] Jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3. Se for diskussion af dette spørgsmål Pascal Friton & Janis Zöll, *Commentary on Article 57*, i Roberto Caranta & Albert Sanchez-Graells (red.), »*European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU*«, Edward Elgar, 2021, s. 613, og Katarzyna Kuzma og Wojciech Hartung, »*Combating Collusion in Public Procurement - Legal Limitations on Joint Bidding*«, Edward Elgar, 2020, s. 70.

[23] Se Christian Bergqvist, »*Konkurrenceretten*«, Djøf Forlag, 2019, s. 187.

[24] Kuzma og Hartung bemærker, at medlemsstaterne kan tillægge det udbudsretlige aftalebegreb forskelligt indhold, og at det derfor kan være bredt i visse jurisdiktioner og snævert i andre, se Katarzyna Kuzma og Wojciech Hartung »*Combating Collusion in Public Procurement - Legal Limitations on Joint Bidding*«, Edward Elgar, 2020.

[25] Se Klagenævnets kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, hvor Klagenævnet dog ikke fandt konkrete plausible indikationer, og kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden. Det samme er tilfældet i tysk praksis, se Pascal Friton & Janis Zöll, *Commentary on*

Article 57, i Roberto Caranta & Albert Sanchez-Graells (red.), »European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU«, Edward Elgar, 2021, s. 614.

[26] En definition af økonomiske aktører kan findes i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 38.

[27] Konkurrencelovens § 6, stk. 1, sammenholdt med § 2. Økonomiske aktører, der deltager i offentlige udbud, vil ofte bestå af virksomheder, der er etableret i regi af de traditionelle selskabsformer, hvorfor denne betingelse ikke forventes at give anledning til særlige overvejelser hos en ordregiver, der skal vurdere basis for en eventuel udelukkelse pga. konkurrencefordrejning.

[28] Jf. konkurrencelovens § 23, stk. 4.

[29] Konkurrencelovens § 5, stk. 1.

[30] Se C-531/16, Specializuotas transportas. Se også Klagenævnets kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, og kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

[31] Se bl.a. C-67/13 P, Cartes Bancaires, pr. 54-57.

[32] For et solidt overblik over danske karteller, se Hubert Buch-Hansen, »Karteller: Afsløring af aftalt spil i danske virksomheder«, Gyldendal Business, 2016, især kapitel 7 om de storkøbenhavnske byggekarteller (mestergrise og lånepriser).

[33] Jf. bl.a. C-228/18, Budapest Bank, pr. 35-37.

[34] Se mere om den konkurrenceretlige bedømmelse af konsortier i Heidi Sander Løjmand, »Tilbudskonsortier«, Djøf Forlag, maj 2022.

[35] Dette kommer tydeligst frem i Klagenævnets kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune, hvor Klagenævnet udtalte: »Der foreligger ikke oplysninger om, at kørselsopgaverne på forhånd var fordelt mellem [parterne]. Tværtimod synes beskrivelsen af Als Bustrafiks opgaver at understøtte, at [parterne] netop skulle samarbejde om at løse kørselsopgaverne, herunder i lyset af de to selskabers øvrige opgaver og muligheden for indleje af andre vognmænd«. Til sammenligning anførte Højesteret i Vejstribesagen, at den pågældende konsortieaftale »ikke [havde] karakter af et produktionssamarbejde«, og at den i øvrigt »ikke [lagde] op til et samarbejde mellem parterne i forbindelse med afsætningen af de tilbudte tjenesteydelser, der efter aftalen på forhånd var fordelt mellem parterne i forhold til de mulige udfald af konkurrencen«. Se U.2020.524H.

[36] Klagenævnets kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, samt kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen.

[37] Bagatelreglerne finder ikke anvendelse på aftaler, der har konkurrencebegrænsning til formål, jf. C-226/11, Expedia. Virksomheder, der indgår aftaler med konkurrencebegrænsende formål, har formelt set mulighed for fritagelse efter konkurrencelovens § 8, men dette anses generelt for værende en teoretisk mulighed.

[38] Se lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015.

[39] Lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015. Se i samme retning Europa-Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund 2021/C 91/01, s. 15.

[40] Ibid.

[41] Jf. kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, samt kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Forenklingsstyrelsen. Det betyder, at ordregiver kan lægge vægt på fx priserne i de indkomne tilbud, antallet af tilbud mv. Herved adskiller vurderingen i et udbud sig fra en konkurrenceretlig analyse, idet denne tager udgangspunkt i oplysningerne på tidspunktet for aftalens indgåelse, altså før udbudsproceduren.

[42] Se Klagenævnets kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden.

[43] Selvom det ikke er helt klart, om det i sådanne tilfælde er udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3 eller nr. 4, der finder anvendelse (se herom i afsnit 2).

[44] Se i denne retning Europa-Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund 2021/C 91/01, s. 15. Her nævnes eksplicit oplysninger fra undersøgelse iværksat af konkurrencemyndigheden.

- -

[45] De seneste år har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fokuseret på at optimere arbejdet med kontrolundersøgelser. Det har blandt andet medført, at andelen af kontrolundersøgelser, der senere ender med en sag, er blevet forøget. Andelen af kontrolundersøgelser, der har ført til en sag, var eksempelvis i 2017 80-90 %, og i 2015-2016 var andelen helt oppe på 90-100 %. Se nærmere om styrelsens kontrolundersøgelser: https://www.kfst.dk/media/50736/16_kontrolundersogelser.pdf

[46] Se i samme retning Klagenævnets kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

[47] Se om disse hensyn Europa-Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund 2021/C 91/01, s. 18.

[48] På Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside fremgår momenter, som kan indikere tilbudskoordinering. Se nærmere på <https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/hvad-er-et-kartel/> (sidst besøgt 15. marts 2022). Se yderligere momenter i Konkurrencesvernets vejledning »Ärlighet ska löna sig Så upptäcker och förebygger du anbudskarteller«, juni 2015.

[49] Se Klagenævnets betragtninger i kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.

[50] C-267/18, Delta, C-41/18, Meca, C-395/18, Tim, C-210/20, Rad Service. Se også Udbudsdirektivets præambelbetragtning 101, der angiver, at »Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet (...)«. Se desuden Carina Risvig Hamer, »The possibility to exclude an economic operator that cannot be trusted« European Procurement & Public Private Partnership Review, no. 1, 2020.

[51] Sammenholdt med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2 (ordregivers undersøgelsespligt).

[52] Se også kendelse af januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

[53] Modsat kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden.

[54] Jf. udbudslovens § 135, stk. 5. Udbudsdirektivets præambelbetragtning 100 angiver som eksempler på anvendelsen af undtagelsen, at der skal være tale om ekstraordinære situationer, og at »Dette kan for eksempel være tilfældet, når der er et presserende behov for vacciner eller nøddudstyr, som kun kan købes hos en økonomisk aktør, som i andre tilfælde er omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde«. Om væsentlige samfundsinteresser, se Carina Risvig Hamer, »Udbudsret«, 2. udgave, Djøf Forlag, 2021, s. 504 ff.

[55] Muligheden for self-cleaning i udbudsdirektivet er inspireret af retspraksis fra andre medlemsstater, særligt Tyskland og Østrig, se herom fx Hermann Pünder, Hans-Joachim Priess & Sue Arrowsmith, »Self-Cleaning in Public Procurement Law«, Carl Heymans Verlag, 2009.

[56] Se også udbudsdirektivets præambelbetragtning 102.

[57] Et eksempel på en self-cleaning-vurdering er virksomhedens Ateas initiativer, der blev udført, efter Atea blev dømt for bestikkelse. Se herom <https://www.ski.dk/videnssider/os-og-ski-har-opdateret-vurderingen-af-ateas-selfcleaning/>

[58] Om erstatning i konkurrencesager, se desuden Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret.

[59] I den forbindelse er det værd at bemærke, at udbudsloven anvender formuleringen, at virksomheden skal være »pålagt eller har påtaget sig at yde erstatning«.

[60] Jf. klagenævnslovens § 1, stk. 2. Om Klagenævnets kompetence se desuden Carina Risvig Hamer, »Lov om Klagenævnet for Udbud med kommentarer«, Djøf Forlag, 2. udgave, 2020, s. 51 ff.

[61] Se fx kendelse af 9. marts 2012, Delfin Vask A/S mod Gentofte Kommune, hvor Klagenævnet ikke tog stilling til, om ordregiver havde handlet i strid med reglerne i serviceloven om borgernes ret til frit valg af leverandør af serviceydelser, eller kendelse af 7. november 2007, SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbane og færger om, hvorvidt statsstøttere reglerne er overholdt.

[62] Se fx kendelse af 9. marts 2004, Georg Berg A/S mod Køge Kommune, kendelse af 22. juni 2011, Ecolab ApS mod Region Sjælland, samt kendelse af 17. maj 2017, Holbech Lys v/Lars Holbech Tømmerup mod Bygningsstyrelsen. Klagenævnet har dog kompetence til at tage stilling til, om parterne i kontrakten har ændret så meget på aftaleforholdets karakter, at dette reelt er at betragte som indgåelse af en ny udbudspligtig aftale.

[63] Se fx kendelse af 10. januar 2012, Tandlægerne Anne Lise Goth Erik Jensen og Jens Vollbrecht mod Frederikshavn Kommune, samt kendelse af 14. januar 2008, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S. Klagenævnet er dog klageinstans i forhold til andre forvaltningsmyndigheders afgørelser om aktindsigt i udbudssager, jf. offentlighedslovens § 37.

[64] Se fx kendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed. I sagen udtalte Klagenævnet om forholdet til konkurrencereglerne, at *»Det er ikke klagenævnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, men såfremt Tolkemyndigheden i udbudsmaterialet har fastsat en udelukkelsesgrund om, at konsortier skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, kan spørgsmålet behandles af klagenævnet som et led i vurderingen af, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden«*. I sagen havde ordregiveren ikke anvendt udelukkelsesgrunden, men alene oplyst virksomheder om konkurrencereglerne i forbindelse med deres indgåelse af konsortier. Klagenævnet tog derfor ikke stilling til, om konkurrencereglerne var overholdt. Se også kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, samt kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

[65] Klagenævnet har også i andre sager taget stilling til anden lovgivning, når det har været nødvendigt for at kunne tage stilling til en klage. Se fx kendelse af 6. november 2008, Dansk Taxi Råd mod Region Sjælland, hvor Klagenævnet udtalte, at *»... klagenævnet, når det under behandlingen af de klager (...) for at kunne tage stilling til en klage er nødvendigt, at klagenævnet præjudicielt tager stilling til dansk ret, tillige er kompetent til at tage stilling til sådanne præjudicielle spørgsmål«*. Klagenævnet fandt efter en fortolkning af lov om taxikørsel herefter, at en limousinebevilling var tilstrækkeligt til at kunne udføre lægevagtskørsel, og at det vindende tilbud derfor var konditionsmæssigt.

[66] Jf. Klagenævnets kendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed, samt kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen omtalt ovenfor i fodnote 70.

[67] Sammenholdt med udbudslovens §159, stk. 3, og § 164, stk. 2 (ordregivers undersøgelsespligt).

[68] Se også Klagenævnets kendelse af 4. januar 2022, HB-Care A/S mod Sønderborg Kommune.

[69] Se U.2020.524, s. 526-527.

[70] Aftale om stærke og innovative virksomheder, <https://em.dk/nyhedsarkiv/2022/januar/aftale-om-staerke-og-innovative-virksomheder/>

[71] Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.