

Skattemæssige forhold i offentlige udbud

Juni 2017



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Skattemæssige forhold i offentlige udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-670-0

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Version 1.0
Juni 2017

Indhold

Kapitel 1	
Indledning.....	5
1.1 Vejledningens juridiske ramme.....	6
1.2 Sammenfatning.....	7
Kapitel 2	
Udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i udbud	10
2.1 Indledning.....	10
2.2 Udelukkelse på baggrund af virksomhedens geografiske placering ved udbud over EU-tærskelværdierne.....	10
2.3 Udelukkelse på baggrund af virksomhedens placering ved udbud under EU-tærskelværdierne	11
2.3.1 Udelukkelse ved kontrakter <i>med</i> klar grænseoverskridende interesse.....	11
2.3.2 Udelukkelse ved kontrakter <i>uden</i> klar grænseoverskridende interesse	12
2.4 Udbudslovens udelukkelsesgrunde ved udbud over EU-tærskelværdierne	13
2.4.1 Obligatorisk udelukkelse af virksomheder med gæld på over 100.000 kr.	14
2.4.2 Frivillig udelukkelse af virksomheder med gæld på under 100.000 kr.....	15
2.4.3 Frivillig udelukkelse af virksomheder, der har begået alvorlige forsømmelser	15
2.4.4 Virksomheders dokumentation af pålidelighed ("self-cleaning")	16
2.5 Kan udelukkelsesgrundene anvendes ved kontrakter under tærskelværdierne?.....	17
2.5.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse	17
2.5.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse	18
Kapitel 3	
Krav til virksomhedens egnethed.....	19
3.1 Indledning.....	19
3.2 Krav til virksomheders egnethed ved kontrakter over EU-tærskelværdierne	19
3.3 Krav til virksomheders egnethed ved kontrakter under tærskelværdierne	20
3.3.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse	21
3.3.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse	21
Kapitel 4	
Skattemæssige forhold som tildelingskriterium	23
4.1 Indledning.....	23
4.2 Krav til kriterier for tildeling ved kontrakter over EU-tærskelværdierne	23
4.3 Krav til kriterier for tildeling ved kontrakter under tærskelværdierne.....	25
4.3.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse	25
4.3.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse	26
Kapitel 5	
Kontraktvilkår om skattemæssige forhold	27
5.1 Indledning.....	27

5.2	Kontraktvilkår ved kontrakter over EU-tærskelværdierne	27
5.3	Kontraktvilkår ved kontrakter under tærskelværdierne	29
5.3.1	Kontraktvilkår ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse	29
5.3.2	Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse	29

Bilag: Overblik over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurderinger

Kapitel 1

Indledning

Regeringen (Venstre, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti) samt Socialdemokratiet, Dansk Folkeparti, Enhedslisten, Alternativet, Radikale Venstre og SF indgik i maj 2017 en aftale om styrket indsats mod international skatteunddragelse. Et af initiativerne i aftalen er et styrket fokus på skattesvig i udbud, da aftaleparterne anerkender kommunernes og andre offentlige udbyderes behov for klarhed om, i hvilket omfang offentlige ordregivere kan inddrage skattemæssige forhold fx ved at udelukke virksomheder, der har begået skattesvig.

Denne vejledning indeholder en gennemgang af de udbudsregler, der sætter rammerne for udelukkelse af virksomheder fra at deltage i offentlige udbud samt rammerne for at inddrage skattemæssige forhold i forbindelse med udbud af offentlige myndigheders indkøb både over og under EU-tærskelværdierne.

Vejledningen tager udgangspunkt i de forskellige trin i en udbudsproces og gennemgår mulighederne for at:

- udelukke en virksomhed fra at deltage på baggrund af dens geografiske placering
- udelukke en virksomhed på baggrund af udbudslovens udelukkelsesgrunde
- inddrage skattemæssige forhold ved vurderingen af en virksomheds egnethed til at deltage i en udbudsproces
- anvende skattemæssige forhold ved tildelingen af kontrakter
- fastsætte kontraktvilkår om skattemæssige forhold.

Vejledningen har til formål at tilvejebringe klarhed om, i hvilket omfang offentlige ordregivere kan inddrage skattemæssige forhold, både i forhold til at udelukke virksomheder, der har begået skattesvig, og mulighederne for at stille krav om en særlig skattepolitik eller -praksis i forbindelse med udbud – både over og under EU's tærskelværdier.

Vejledningen er primært rettet mod strategiske beslutningstagere hos ordregivere og kan eksempelvis anvendes, når der i samarbejde med udbudsjuristerne skal foretages en vurdering af, om konkrete krav vedrørende skattemæssige forhold kan inddrages i et konkret udbud inden for rammerne af udbudsreglerne¹. Nogle overordnede konklusioner er beskrevet i boks 1.1.

¹ Vejledningen er skrevet på baggrund af en fortolkning af udbudslovgivningen inden for den nuværende forståelse af reglerne. Der foreligger på nuværende tidspunkt ikke praksis fra Klagenævnet for Udbud i forhold til, hvilke skattemæssige forhold udover udelukkelsesgrundene der kan inddrages i forbindelse med gennemførelse af udbud.

Boks 1.1

Hovedkonklusion

Formålet med EU's udbudsregler er at skabe effektiv konkurrence om – og lige adgang til – offentlige kontrakter i EU. Midlerne hertil er bl.a. et forbud mod forskelsbehandling af virksomheder og medlemslande, krav om gennemsigtighed i udbudsprocessen samt proportionalitet i forhold til de krav, der stilles.

Dermed udgør reglerne også et værn mod protektionisme og handelshindringer inden for EU.

Som udgangspunkt betyder det i praksis, at offentlige ordregivere i EU er forpligtede til at skabe en konkurrence om offentlige opgaver, hvor de krav og kriterier, der anvendes, er knyttet til den konkrete genstand, der skal indkøbes, og ikke er generelle krav til selve virksomheden.

I Danmark er disse regler implementeret i udbudsloven.

Virksomheder kan udelukkes fra at deltage i konkurrencen om offentlige opgaver, hvis de har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, eller hvis de ikke overholder skattelovgivningen. Virksomheder, der overholder skattelovgivningen, og som ikke har gæld til det offentlige, eksempelvis i form af skattegæld, kan således ikke udelukkes fra offentlige udbud med henvisning til skattemæssige forhold.

Det er på grundlag af analysen i denne vejledning Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at offentlige ordregivere *ikke* kan stille krav om fx en særlig skattepolitik eller -praksis i forbindelse med offentlige indkøb både over og under EU-tærskelværdierne, da sådanne krav som udgangspunkt ikke er knyttet til det konkrete indkøb, men vedrører virksomhedens generelle forhold.

Det vurderes dog, at reglerne formentlig giver mulighed for, at skattemæssige forhold kan inddrages som kontraktvilkår ved kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse. Det vil altid bero på en konkret vurdering fra udbud til udbud, om det vil være sagligt og proportionalt at stille krav til fx skattepolitik set i forhold til den kontrakt, der skal udføres.

Denne vurdering er baseret på en række forskellige, konkrete problemstillinger og situationer, som er beskrevet mere detaljeret i vejledningen.

I bilaget findes et overblik over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurderinger.

1.1 Vejledningens juridiske ramme

Vejledningen tager udgangspunkt i reglerne i udbudsloven, som implementerer EU's udbudsdirektiv (2014/24/EU).

Der sondres mellem udbud over EU-tærskelværdierne², udbud under tærskelværdierne *med* klar grænseoverskridende interesse og udbud under grænseværdierne *uden* klar grænseoverskridende interesse.³

² Tærskelværdierne fastsættes af Kommissionen for en toårig periode, og de gældende tærskelværdier er tilgængelige på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside – kfst.dk.

Reglerne i udbudslovens afsnit II regulerer offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder over EU-tærskelværdierne⁴.

Kontrakter vedrørende varer og tjenesteydelser under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse er reguleret i udbudslovens afsnit IV. For disse kontrakter finder principperne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter benævnt TEUF eller traktaten) anvendelse. Ved indgåelse af disse kontrakter skal ordregivers handlemuligheder vurderes efter de EU-retlige principper i traktaten.

I forbindelse med indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne, som *ikke* har klar grænseoverskridende interesse, finder udbudslovens afsnit V anvendelse. For disse kontrakter vil ordregiverne være omfattet af de forvaltningsretlige principper⁵.

For en kontrakt under tærskelværdierne gælder, at den har klar grænseoverskridende interesse, hvis en virksomhed, som er etableret i og driver virksomhed i en anden EU-medlemsstat, kan være interesseret i at byde på kontrakten.

Når ordregiver vurderer, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, skal der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Der er tale om en samlet vurdering, hvor alle disse forhold skal indgå⁶. Vurderingen kan indbringes for Klagenævnet for Udbud, hvis klager eksempelvis mener, at en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, men er indgået efter reglerne for kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse.

1.2 Sammenfatning

Udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i udbud

I kapitel 2: Udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i udbud beskriver mulighederne for at udelukke en virksomhed fra deltagelse i udbud på baggrund af virksomhedens geografiske placering, dvs. om man kan undlade at give virksomheder fra specifikke lande adgang til at deltage i et udbud.

Ordregiver kan som udgangspunkt ikke udelukke virksomheder fra at deltage i et udbud på baggrund af deres geografiske placering. Virksomheder fra 1) EU/EØS-lande, 2) lande, der har tiltrådt GPA-aftalen, eller 3) lande, der er part i en frihandelsaftale med EU, kan således ikke udelukkes fra deltagelse i udbud over EU-tærskelværdierne.

Ved udbud under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse kan virksomheder inden for EU/EØS ikke udelukkes.

Ved udbud uden klar grænseoverskridende interesse har opgaven ikke interesse for udenlandske virksomheder, og ordregiver kan indhente tilbud fra virksomheder placeret i Danmark under overholdelse af de forvaltningsretlige principper.

³ Udbudsloven indeholder også et afsnit III, der regulerer indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser. Disse ydelser har en særlig høj tærskelværdi. Reglerne behandles ikke særskilt i denne vejledning, men er baseret på de EU-retlige principper, og der henvises derfor for denne type kontrakter til vurderingerne for kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse.

⁴ Bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien reguleres i Tilbudsloven (Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren). Denne vejledning vedrører en fortolkning af reglerne i udbudsloven, og behandler således ikke tilbudslovens regler.

⁵ Af udbudslovens § 11 følger det, at afsnit V kun gælder for kontrakter, der har en anslået værdi på mindst 500.000 kr. ekskl. moms. Forvaltningsmyndigheder er også omfattet af de forvaltningsretlige principper ved kontrakter under 500.000 kr. Der skelnes derfor ikke mellem kontrakter over og under 500.000 kr. Grænsen er således kun relevant for ordregivere, der ikke er forvaltningsmyndigheder, da disse kun er underlagt de forvaltningsretlige principper ved indkøb over 500.000 kr.

⁶ Læs nærmere om vurdering af klar grænseoverskridende interesse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, januar 2016, kapitel 12.4.1.

I kapitlet ses desuden nærmere på mulighederne for at udelukke virksomheder under selve udbudsprocessen på baggrund af udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.

Følgende af udbudslovens udelukkelsesgrunde kan være relevante i forhold til udelukkelse af virksomheder på grund af skattemæssige forhold:

- Obligatorisk udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr.
- Frivillig udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.
- Frivillig udelukkelse ved alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

Det vurderes, at disse udelukkelsesgrunde kan anvendes både ved udbud over og under tærskelværdierne.

Det er således muligt at udelukke virksomheder, der har overtrådt skattelovgivningen, fra at deltage i offentlige udbud.

Virksomheder kan derimod ikke udelukkes fra at deltage i udbud, hverken over eller under tærskelværdierne med henvisning til deres adfærd på det skattemæssige område, hvis de ellers følger og har fulgt skattelovgivningen i det land, hvor indtægten er skattepligtig. I Danmark er det i første omgang SKAT, som er den kompetente myndighed, der kan tage stilling til, om en virksomheds økonomiske forhold eller evt. deltagelse i selskabskonstruktioner er i overensstemmelse med skattelovgivningen.

Krav til virksomhedens egnethed

I kapitel 3: Krav til virksomhedens egnethed ses nærmere på mulighederne for at inddrage skattemæssige forhold i vurderingen af en virksomheds egnethed til at deltage i et udbud.

Kravene til egnethed er ordregivers sikkerhed for, at de virksomheder, der deltager i et udbud, har de nødvendige ressourcer til at gennemføre kontrakten i forhold til virksomhedens økonomiske, faglige og tekniske evner.

De krav, der stilles til en virksomheds egnethed til at deltage i et udbud, skal være relevante for udførelsen af den konkrete kontrakt og dermed hænge sammen med kontraktens genstand og værdi.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en virksomheds skattemæssige forhold som udgangspunkt ikke i sig selv kan formuleres som et egnethedskrav, der kan bidrage til vurderingen af, om en virksomhed har de tilstrækkelige økonomiske ressourcer til at udføre en kontrakt, uanset om kontrakten er over eller under tærskelværdierne.

Skattemæssige forhold som tildelingskriterium

I kapitel 4: Skattemæssige forhold som tildelingskriterium ses nærmere på mulighederne for at inddrage skattemæssige forhold ved tildeling af kontrakter.

De kriterier, der fastsættes i forhold til tildeling af en konkret opgave, skal være forbundet med kontraktens genstand, hvilket betyder, at kriterierne skal relatere sig til produktets fremstillings- eller leveringsproces. Kriterierne skal have til formål at identificere det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet. De underkriterier, der fastsættes, skal være objektive og målbare. Kriterierne skal således udgøre konkurrenceparametre, som sætter ordregiver i stand til at vurdere det enkelte tilbuds indhold i forhold til kontraktgenstanden.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være muligt for kontrakter over eller under tærskelværdierne at formulere tildelingskriterier, som vedrører en virksomheds skattemæssige forhold eller -praksis, da der vil være tale om kriterier, der ikke direkte vedrører kontraktens genstand og ikke er egnede som konkurrenceparametre i forhold til en konkret opgave.

Kontraktvilkår om skattemæssige forhold

I kapitel 5: Kontraktvilkår om skattemæssige forhold ses nærmere på mulighederne for at formulere kontraktvilkår om skattemæssige forhold, som virksomheden skal leve op til under kontraktens udførelse.

Kontraktvilkår fastlægger de specifikke krav til kontraktens gennemførelse, og disse krav skal være forbundet med kontraktens genstand. Der skal således være en sammenhæng mellem kontraktvilkårene og kontraktgenstanden, hvilket betyder, at der ikke kan fastsættes kontraktvilkår, der vedrører generelle forhold hos virksomheden.

Kontraktvilkår skal således være knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under den udbudte kontrakt.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være muligt at stille kontraktvilkår om skattemæssige forhold eller -praksis, da der vil være tale om vilkår, der som udgangspunkt ikke er forbundet med kontraktens genstand og ikke direkte vedrører virksomhedens evne til at levere den ydelse, som kontrakten omfatter.

Det er også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at reglerne – afhængig af kontraktens udformning – formentlig giver mulighed for, at skattemæssige forhold kan inddrages som vilkår ved kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse. Det vil dog afhænge af udformningen af en sådan politik, om ordregiver kan stille kravet som et kontraktvilkår. Ordregiver skal desuden som minimum gøre det klart, hvilke principper eller krav som virksomhedernes skattepolitik skal leve op til, ligesom det skal overvejes, om de krav, der stilles, og den dokumentation, der kræves, er proportionelle i forhold til de konkrete kontrakter. Det vil således være en konkret vurdering fra udbud til udbud, om det vil være sagligt og proportionalt at stille krav til fx skattepolitik set i forhold til den kontrakt, der skal udføres.

Der sondres gennem alle kapitlerne mellem udbud over EU-tærskelværdierne og udbud under tærskelværdierne *med* eller *uden* klar grænseoverskridende interesse, da ordregiver er underlagt forskellige handlemuligheder, alt efter hvilke regler udbuddet er omfattet af.

Kapitel 2

Udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i udbud

2.1 Indledning

Dette kapitel gennemgår mulighederne for at udelukke virksomheder fra at deltage i offentlige udbud på baggrund af virksomhedens geografiske placering. Dvs. hvorvidt man kan undlade at give virksomheder med fast driftssted i specifikke lande adgang til at deltage i udbud.

Dernæst gennemgår kapitlet mulighederne for at udelukke virksomheder på baggrund af udbudslovens udelukkelsesgrunde i forhold til kontrakter over og under tærskelværdierne.

2.2 Udelukkelse på baggrund af virksomhedens geografiske placering ved udbud over EU-tærskelværdierne

Ordregiver skal ved kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit II overholde de generelle principper i udbudsloven om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet samt det generelle forbud mod diskrimination på grund af nationalitet.⁷

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre det er objektivt begrundet og proportionalt. Det betyder, at der alene må ske forskelsbehandling mellem ansøgerne og tilbudsgiverne, når det er sagligt begrundet.

Forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet betyder, at ordregiver ikke må forskelsbehandle virksomheder på baggrund af nationalitet. Dette forbud gælder i forhold til forskelsbehandling af virksomheder fra andre medlemsstater i EU og EØS-lande⁸. Forbuddet gælder også for virksomheder fra andre lande end EU/EØS, i det omfang det følger af internationale forpligtelser, der påhviler Danmark eller Den Europæiske Union.

Denne bestemmelse skal bl.a. sikre, at EU/EØS-landene overholder WTO-aftalen om offentlige udbud (GPA-aftalen¹⁰), som EU/EØS har tiltrådt. GPA-aftalen skal give virksomheder, som er part i GPA-aftalen, ret til at deltage i offentlige udbud og til at blive behandlet i overensstemmelse med aftalens bestemmelser i øvrigt, hvis kontraktens værdi overstiger GPA-aftalens tærskelværdier. Disse tærskelværdier er meget lig EU-tærskelværdierne. GPA-aftalen finder kun anvendelse på kontrakter over disse tærskelværdier.

⁷ Jf. udbudslovens §§2 og 3.

⁸ EØS-lande er lande omfattet af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

⁹ Jf. udbudslovens § 3, stk. 3.

¹⁰ GPA er en forkortelse af Government Procurement Agreement. GPA-aftalen gælder for kontrakter om visse kategorier af tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver samt alle kontrakter om varer. Læs mere om GPA-aftalen på www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Det er dog ikke alle WTO-medlemmer, der er en del af GPA-aftalen, og det er alene de medlemsstater, der har tiltrådt aftalen, der er bundet af den. Alle medlemsstaterne i EU har tiltrådt aftalen. Derudover har stater som fx Canada, USA, Island, Israel og Japan tiltrådt aftalen. Se WTO's hjemmeside for, hvilke lande der har tiltrådt GPA-aftalen, www.wto.org.

GPA-aftalen betyder, at virksomheder fra lande uden for EU, der har tiltrådt GPA-aftalen, skal behandles på samme måde i forbindelse med offentlige udbud som virksomheder i EU-lande. Det samme gør sig gældende for virksomheder fra lande, der har indgået frihandelsaftaler med EU, og hvor frihandelsaftalerne omfatter retten til at deltage i offentlige udbud i EU-regi.

Ved udbud over EU-tærskelværdierne vil det derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet at udelukke virksomheder fra deltagelse i udbud på baggrund af deres geografiske placering, hvis de 1) har fast driftssted i andre EU/EØS-lande, 2) er fra lande, der har tiltrådt GPA-aftalen, eller 3) er fra lande, der er part i en frihandelsaftale med EU.

Virksomheder med fast driftssted, herunder filialer, joint ventures eller andre samarbejder i disse lande, kan således ikke udelukkes med henvisning til deres skatteforhold- eller praksis, hvis disse forhold er i overensstemmelse med skattelovgivningen i det land, hvor indtægten er skattepligtig. Det er således driftsstedet for den virksomhed, der er tilbudsgiver, der er afgørende, og ikke hvor det selskab eller den virksomhed, som virksomheden er en del af eller er ejet af, er hjemmehørende.

Der er derimod mulighed for at udelukke virksomheder fra EU/EØS, GPA-lande eller lande, der er part i en frihandelsaftale fra deltagelse i udbud, hvis de har skattegæld til offentlige myndigheder i henhold til lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret, eller hvis virksomheden har begået alvorlige forsømmelser ved udøvelsen af deres erhverv, fx overtrådt skattelovgivningen, jf. afsnit 2.4 om udbudslovens udelukkelsesgrunde.

Omvendt har ordregiver ingen forpligtelse til at lade virksomheder, der ikke er placeret i (eller har driftssted i) disse lande, deltage i offentlige udbud. Ordregiver skal angive i udbudsbekendtgørelsen, hvis virksomheder fra disse lande ikke kan deltage, således at vilkårene er gennemsigtige for potentielle tilbudsgivere.

Det følger dog som nævnt af ligebehandlingsprincippet, at der alene må ske forskelsbehandling mellem virksomheder, når det er sagligt begrundet. Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være sagligt, hvis ordregiver vælger at udelukke visse (og ikke alle) virksomheder fra et bestemt land med henvisning til, at de er placeret i et land uden for EU/EØS, som ikke har tiltrådt GPA-aftalen eller er part i en frihandelsaftale med EU.

2.3 Udelukkelse på baggrund af virksomhedens placering ved udbud under EU-tærskelværdierne

Ved kontrakter under EU-tærskelværdierne skal der sondres mellem kontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse og kontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse. En kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, hvis en virksomhed, som er etableret i en anden EU-medlemsstat, kan være interesseret i at byde på den pågældende kontrakt.

2.3.1 Udelukkelse ved kontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse

Tildelingen af offentlige kontrakter med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Medlemsstaterne skal også sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaten. Medlemsstaterne er forpligtede til at afstå fra at træffe foranstaltninger, der er i strid med EU's mål om etableringen og opretholdelsen af det indre marked med fri bevægelighed for bl.a. varer og tjenesteydelser. EØS-landene er også omfattet af EU's bestemmelser om det indre marked – og dermed de EU-retlige principper.

Det vil således være i strid med de EU-retlige principper – og særligt med principperne om ligebehandling og forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet – at udelukke virksomheder med fast driftssted i andre EU/EØS-lande fra at deltage i et udbud med klar grænseoverskridende interesse.

Virksomheder fra EU/EØS kan derfor ikke udelukkes fra at deltage i udbud med henvisning til deres skatteforhold eller -praksis, hvis denne ellers er i overensstemmelse med skattelovgivningen i det land, hvor indtægten er skattepligtig. Der kan derimod være mulighed for at udelukke virksomheder fra disse lande, hvis de har skattegæld til offentlige myndigheder i henhold til lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret, eller hvis virksomheden har begået alvorlige forsømmelser ved udøvelsen af deres erhverv fx ved at have overtrådt skattelovgivningen, jf. afsnit 2.5.1 om udbudslovens udelukkelsesgrunde.

Modsat er der ikke en pligt til at lade virksomheder fra lande uden for EU/EØS deltage i udbud under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse. Det følger dog af ligebehandlingsprincippet, at der alene må ske forskelsbehandling mellem virksomheder, når det er sagligt begrundet. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være sagligt, hvis ordregiver vælger kun at udelukke visse (og ikke alle) virksomheder fra et bestemt land uden for EU/EØS med henvisning til geografisk placering.¹¹

2.3.2 Udelukkelse ved kontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse

Ved tildeling af kontrakter uden en klar grænseoverskridende interesse vil forvaltningsmyndigheder alene være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiveren at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.

Princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning indebærer, at ordregiveren har en forpligtelse til at forsikre sig om, at den tilbudsgiver, som bliver tildelt kontrakten, også kan levere på den bedste og billigste måde. Der er med andre ord en pligt til, at tildelingen af kontrakten sker på markedsmæssige vilkår.

Udbudsloven angiver tre fremgangsmåder, som kan sikre, at indkøbet sker på markedsvilkår¹². Det kan eksempelvis ske ved, at ordregiver:

- gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud
- indhenter to eller flere tilbud eller
- annoncerer på ordregiverens hjemmeside eller Udbud.dk.

Ordregiver har således selv mulighed for at vælge, hvilke virksomheder man ønsker at indhente tilbud fra, når man indgår kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse.

Som ordregiver skal man dog lægge vægt på saglige hensyn, når man vælger de virksomheder, man ønsker tilbud fra. Et usagligt eller uvedkommende hensyn kan eksempelvis være varetagelsen af en embedsmands eller en privat persons personlige interesser eller en kommunes favorisering af en kommunalt ejet virksomhed.

¹¹ I Danmark skal indkøb med klar grænseoverskridende interesse annonceres på www.udbud.dk.

¹² Jf. udbudslovens § 193, stk. 1.

Formålet med reglerne om offentlige indkøb (udbudsreglerne) er at sikre, at offentlige kontrakter indgås med virksomheder, der kan levere på den bedste og billigste måde. Valget af virksomheder, man ønsker tilbud fra, skal derfor ske efter en vurdering af markedet i forhold til, hvem der vil kunne levere en god opgaveløsning til de mest konkurrencedygtige priser.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være sagligt, hvis ordregivere vælger ikke at indhente tilbud fra virksomheder med henvisning til deres skatteforhold eller -praksis, hvis ellers denne praksis og de transaktioner, der foretages, sker i overensstemmelse med skattelovgivningen, uanset om den pågældende virksomhed fx er ejet af et selskab placeret i et skattely-land. Derimod er der mulighed for ikke at indhente tilbud fra virksomheder, der har skattegæld til det offentlige eller har begået alvorlige forsømmelser ved udøvelsen af deres erhverv, fx ved at overtræde skattelovgivningen, jf. afsnit 2.5.2 om udbudslovens udelukkelsesgrunde.

Ordregivere er ikke forpligtede til at indhente tilbud fra virksomheder uden for Danmark, når der er tale om kontrakter under tærskelværdien, når det er vurderet, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at hvis en ordregiver vælger en frivillig annoncering af et indkøb, så vil det som udgangspunkt ikke være sagligt, hvis ordregiver udelukker specifikke virksomheder fra udbuddet med henvisning til, at de har fast driftssted i særlige lande, fx skattely-lande. Derimod vil der som udgangspunkt ikke være en pligt til at lade virksomheder, der kun har fast driftssted i lande uden for Danmark, deltage i udbuddet, hvis ordregiver har angivet det i annoncen, der offentliggør indkøbet, således det er gennemsigtigt for potentielle tilbudsgivere.¹³

2.4 Udbudslovens udelukkelsesgrunde ved udbud over EU-tærskelværdierne

Udbudsloven fastlægger nogle forhold, der medfører udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i offentlige udbud. Udbudslovens §§ 135-137 regulerer henholdsvis de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der fastsætter, i hvilke tilfælde en ordregiver *skal* udelukke en virksomhed fra at deltage i en udbudsprocedure, og de frivillige udelukkelsesgrunde, som giver en ordregiver mulighed for at udelukke en virksomhed.

De bestemmelser, der er relevante i forhold til udelukkelse af virksomheder på grund af skattemæssige forhold, er følgende:

- Obligatorisk udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr.
- Frivillig udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.
- Frivillig udelukkelse ved alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

De enkelte bestemmelser gennemgås yderligere nedenfor.

Er en virksomhed omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, har man som ordregiver pligt til at udelukke virksomheden fra at deltage i et udbud.

Ønsker ordregiver at gøre brug af de frivillige udelukkelsesgrunde, skal det på forhånd oplyses i udbudsbekendtgørelsen, hvilke udelukkelsesgrunde man vil gøre brug af. Er de frivillige udelukkelsesgrunde ikke angivet i udbudsbekendtgørelsen, er det ikke muligt at anvende dem.

¹³ I Danmark skal indkøb med klar grænseoverskridende interesse annonceres på www.udbud.dk.

Omvendt bliver ordregiver også forpligtet til at udelukke på baggrund af de frivillige udelukkelsesgrunde, når de er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

I forbindelse med deltagelse i et udbud skal virksomheden aflevere et udfyldt ESPD¹⁴. ESPD'et er en egenerklæring, hvor virksomheden blandt andet oplyser, om den er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde eller eventuelt de frivillige udelukkelsesgrunde. Det er kun den vindende tilbudsgiver, der skal dokumentere oplysningerne, der er afgivet i ESPD'et. Dette kan for danske virksomheder ske ved en serviceattest udstedt af Erhvervsstyrelsen¹⁵.

2.4.1 Obligatorisk udelukkelse af virksomheder med gæld på over 100.000 kr.

Det følger af udbudslovens § 135, stk. 3, at offentlige ordregivere skal udelukke virksomheder, der har ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til dansk lovgivning eller lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret¹⁶.

Bestemmelsen omfatter manglende betaling af skatter, afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger, hvilket i Danmark skal forstås som bl.a. selskabsskatter, indeholdte A-skatter, moms og ATP-bidrag.

Det er ikke et krav, at gælden skal være fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse, der har endelig og bindende virkning, men skattemyndighederne skal have konstateret, at virksomheden har ubetalt forfalden skat.

Med en serviceattest udstedt af Erhvervsstyrelsen kan danske virksomheder dokumentere, at de ikke har ubetalt forfalden gæld til offentlige myndigheder. Serviceattesten indeholder oplysninger indhentet fra SKAT.

Ordregiver skal udelukke virksomheder fra offentlige udbud over tærskelværdierne, hvis de har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr. – herunder gæld til skattemyndighederne. Ordregiveren kan dog i en række situationer undlade at udelukke en virksomhed, hvis virksomheden fx stiller sikkerhed for sin gæld eller indgår en afviklingsordning¹⁷. Der er desuden en mulighed for at undlade udelukkelse, hvis der foreligger hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser.¹⁸

Der gælder for denne udelukkelsesgrund ikke en udelukkelsesperiode, som for udbudslovens øvrige obligatoriske udelukkelsesgrunde¹⁹, idet ubetalt forfalden gæld er en vedvarende tilstand, der afhjælpes ved betaling af gælden. Når gælden er betalt, foreligger der herefter ingen udelukkelsesgrund, hvorfor virksomheden ikke længere kan udelukkes. Hvis virksomheden ikke har ubetalt forfalden skattegæld på tidspunktet for beslutningen om tildeling af en kontrakt, er skattegæld således ikke en saglig udelukkelsesgrund.

¹⁴ ESPD'et er det fælles europæiske udbudsdokument, jf. udbudslovens § 148.

¹⁵ Jf. udbudslovens § 153 om dokumentation for udelukkelsesgrunde.

¹⁶ Ordregiver har i visse situationer mulighed for at undlade udelukkelse ved ubetalt gæld. Se nærmere herom i udbudslovens § 135, stk. 4.

¹⁷ Jf. udbudslovens § 135, stk. 4.

¹⁸ Jf. udbudslovens § 135, stk. 5.

¹⁹ Der gælder for de øvrige obligatoriske udelukkelsesgrunde en udelukkelsesperiode på fire år, jf. udbudslovens § 138, stk. 5.

2.4.2 Frivillig udelukkelse af virksomheder med gæld på under 100.000 kr.

Det følger af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7, at offentlige ordregivere kan vælge at udelukke en virksomhed, hvis den ubetalte forfaldne gæld til offentlige myndigheder er mindre end 100.000 kr.²⁰ Denne frivillige udelukkelsesgrund afviger kun indholdsmæssigt på beløbsgrænsen fra den obligatoriske udelukkelsesgrund, som er beskrevet ovenfor i afsnit 2.4.1.

Det er som tidligere nævnt afgørende for anvendelse af denne frivillige udelukkelsesgrund, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen har angivet, at udelukkelsesgrunden finder anvendelse. Har ordregiver angivet i udbudsbekendtgørelsen, at den frivillige udelukkelsesgrund finder anvendelse, er ordregiver forpligtet til at udelukke virksomheder, der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.²¹

2.4.3 Frivillig udelukkelse af virksomheder, der har begået alvorlige forsømmelser

Det følger af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, at offentlige ordregivere kan vælge at udelukke en virksomhed, hvis ordregiveren kan påvise, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

Bestemmelsen er formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser, der sår tvivl om integriteten.

Forsømmelsen skal vedrøre virksomhedens erhverv, hvilket vil sige, at en alvorlig forsømmelse skal være begået i forbindelse med udøvelse af virksomhed. Erhverv skal her forstås bredt, således at bestemmelsen ikke alene omfatter alvorlige forsømmelser, der er direkte knyttet til kvaliteten af opgaveudførelsen.

En virksomhed kan kun udelukkes, såfremt de tidligere forsømmelser har været så alvorlige, at det skaber tvivl om virksomhedens integritet og troværdighed. Det vil sige, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse. Forarbejderne til udbudsloven nævner i den forbindelse, at fx overtrædelse af skatteregler kan skabe tvivl om virksomhedens integritet.²²

Det er ordregiver, der har bevisbyrden. Ordregiver skal således kunne påvise, at en virksomhed har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet. Det kan være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiver kan påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.

Men det kan også efter omstændighederne være tilstrækkeligt, hvis ordregiveren kan henvise til et udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer.²³

Det er således ikke afgrænset, hvilken dokumentation ordregiveren kan benytte for at påvise, at virksomheden har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

²⁰ Denne bestemmelse finder ikke anvendelse, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af § 135, stk. 4, nr. 1-3.

²¹ Det følger dog af proportionalitetsprincippet, at bagatelagte forhold ikke kan føre til udelukkelse, jf. lovbemærkningerne til udbudsloven § 137, stk. 2.

²² Andre eksempler af alvorlige forsømmelser kan være manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret, eller foretagelse af handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, men hvor der ikke er faldet endelig dom.

²³ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

Ordregiver er ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, og ordregiver bør også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når ordregiver, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af en obligatorisk udelukkelsesgrund, på tiltrækkelig vis kan påvise, at en virksomhed har misligholdt sine forpligtelser, herunder forpligtelser med relation til betaling af skatter.²⁴

Det er muligt at udelukke en virksomhed fra deltagelse i en udbudsprocedure på baggrund af de frivillige udelukkelsesgrunde i op til to år fra den relevante hændelse eller handling, der kan begrunde udelukkelse.²⁵ Det er således tidspunktet for den handling, som virksomheden har begået, der er afgørende.

Skatteunddragelse kan være handlinger, der finder sted over en årrække. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den toårige periode må regnes fra datoen for en skatteunddragende handling, der kan begrunde udelukkelse. Gentagne tilfælde af skatteunddragende handlinger vil også kunne danne grundlag for udelukkelse, men det må antages, at det kun er de handlinger, der ligger inden for den toårige periode, der kan indgå i vurderingen og dermed kunne danne grundlag for udelukkelse fra deltagelse i en udbudsprocedure.

Den toårige periode beregnes i forhold til tidspunktet for beslutning om tildeling af en kontrakt.²⁶ Bliver ordregiveren på et tidligere tidspunkt i udbudsprocessen opmærksom på, at der foreligger en udelukkelsesgrund, vil ordregiveren næppe hverken være berettiget eller forpligtet til at udelukke virksomheden, hvis hændelsen på tidspunktet for beslutning om tildeling af kontrakten ligger mere end to år tilbage.

Er det i udbudsbekendtgørelsen angivet, at denne frivillige udelukkelsesgrund anvendes, er ordregiveren forpligtet til at udelukke virksomheden fra at deltage i udbudsproceduren, såfremt virksomheden fx har overtrådt skattelovgivningen eller har begået en anden form for alvorlig forsømmelse, som sår tvivl om virksomhedens integritet. Ordregiver skal inden, virksomheden udelukkes, give virksomheden mulighed for at dokumentere dens pålidelighed jf. afsnit 2.4.4. nedenfor.

Den virksomhed, der udelukkes fra deltagelse i et udbud, har mulighed for at påklage ordregivers beslutning om udelukkelse til Klagenævnet for Udbud, hvis virksomheden vurderer, at der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne.²⁷

2.4.4 Virksomheders dokumentation af pålidelighed ("self-cleaning")

En virksomhed har mulighed for at dokumentere sin pålidelighed, selvom den kan være omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Denne mulighed kaldes i daglig tale "self-cleaning" og gælder både for de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Det følger af udbudslovens § 138.

Når en ordregiver har konstateret, at en virksomhed er omfattet af en af udelukkelsesgrundene og har meddelt virksomheden dette, skal virksomheden således have mulighed for at "rense" sig selv. Det er ordregiver, der ud fra en konkret vurdering tager stilling til, om virksomheden har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt.

²⁴ Jf. udbudsdirektivet (2014/24/EU) præambelbetragtning 101.

²⁵ Jf. udbudslovens § 138, stk. 6. Ønsker ordregiver at udelukke en virksomhed i en periode, der er kortere end to år, skal det angives i udbudsbekendtgørelsen.

²⁶ Det antages, at perioden skal beregnes på samme måde som for de obligatoriske udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 138, stk. 5, hvor perioden beregnes fra tidspunktet for beslutning om tildeling.

²⁷ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud og om Klagenævnet for Udbud på www.klfu.dk.

Dokumentation kan være:

- dokumentation, der viser, at virksomheden ikke er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund, og
- dokumentation for foranstaltninger, som virksomheden har truffet.

Hvis disse foranstaltninger anses for at være tilstrækkelig dokumentation til at sikre virksomhedens pålidelighed, kan ordregiveren ikke udelukke virksomheden. Det er ordregiverens konkrete vurdering, om virksomheden har dokumenteret deres pålidelighed tilstrækkeligt,²⁸ men virksomheden har mulighed for at klage over ordregivers vurdering til Klagenævnet for Udbud, hvis virksomheden vurderer, at der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne.

Dokumentation af pålidelighed anses for at være tilstrækkelig, når virksomheden i fornødent omfang har:

1. ydet erstatning for eventuelle tab
2. aktivt samarbejdet med undersøgelsesmyndighederne og
3. truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger.²⁹

2.5 Kan udelukkelsesgrundene anvendes ved kontrakter under tærskelværdierne?

Udbudslovens bestemmelser om de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde er som udgangspunkt gældende for udbud over EU-tærskelværdierne, dvs. udbud omfattet af udbudslovens afsnit II, jf. afsnit 2.4. Der vil således ikke være en pligt for ordregiver til at anvende disse udelukkelsesgrunde, når der er tale om opgaver under tærskelværdierne.

2.5.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse

Tildelingen af offentlige kontrakter under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse reguleres i udbudslovens afsnit IV. Der findes i udbudslovens afsnit IV ikke en direkte hjemmel til at anvende de frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse har ordregiver frihed til at tilrettelægge en procedure eller fremgangsmåde for tildeling af kontrakter inden for rammerne af de EU-retlige principper.

Reglerne i udbudslovens afsnit II for kontrakter over tærskelværdierne er også baseret på de EU-retlige principper. Anvendelsen af reglerne fra udbudslovens afsnit II ved udbud med klar grænseoverskridende interesse vil således ikke være i strid med principperne.

Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være i overensstemmelse med de EU-retlige principper, hvis ordregiver stiller krav om, at virksomheder, der deltager i en udbudsproces ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse, ikke må være omfattet af udbudslovens obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Det vil dog

²⁸ Jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1-3 om kravene til dokumentation for pålidelighed.

²⁹ Der henvises til lovbemærkningerne til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1-3, for uddybning af indholdet af de tre betingelser.

være en forudsætning, at det klart fremgår af annoncen, der offentliggør indkøbet, hvilke specifikke udelukkelsesgrunde, der finder anvendelse, så det er gennemsigtigt for potentielle tilbudsgivere.

2.5.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse

I forbindelse med indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne, der ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder udbudslovens afsnit V anvendelse. Heraf følger det, at forvaltningsmyndigheder alene vil være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiver at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.

Ordregiver har ved indgåelse af kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse mulighed for selv at vælge, hvilke virksomheder man fx ønsker at indhente tilbud fra, når blot dette sker på baggrund af saglige hensyn, jf. afsnit 2.3.2.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være sagligt at anvende udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde om gæld til det offentlige og i forbindelse med en tilbudsindhentning at efterspørge dokumentation herfor.

Ved den frivillige udelukkelsesgrund om udelukkelse af virksomheder, der har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, er det ordregiver, der skal påvise, at denne udelukkelsesgrund er til stede. Her er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være et sagligt, hvis ordregiveren undlader at indhente tilbud hos en virksomhed, som ordregiver kan påvise har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

Vælger ordregiveren at lave en frivillig offentlig annoncering er det ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være muligt at gøre brug af udelukkelsesgrundene. Det følger dog af gennemsigtighedsprincippet, at det klart skal fremgå af annoncen, der offentliggør indkøbet, hvilke specifikke udelukkelsesgrunde der finder anvendelse.

Kapitel 3

Krav til virksomhedens egnethed

3.1 Indledning

I dette kapitel beskrives ordregivers muligheder for at inddrage skattemæssige forhold som en del af vurderingen af en virksomheds egnethed til at deltage i et udbud.

Ordregiver kan fastsætte krav til en virksomheds egnethed til at deltage i en udbudsproces. Kravene til egnethed er ordregivers sikkerhed for, at de virksomheder, der deltager i et udbud, har de nødvendige ressourcer til at gennemføre kontrakten – i forhold til virksomhedens økonomiske, faglige og tekniske evner.

Vurderingen af en virksomheds egnethed foretages efter, der er taget stilling til, om en virksomhed er omfattet af en udelukkelsesgrund og dermed skal udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure.

En virksomhed kan således være uegnet og dermed udelukket, uanset at den har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten, hvis virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet jf. kapitel 2.

Der vil i kapitlet først blive set nærmere på, hvilke kriterier for egnethed der kan stilles ved udbud over EU-tærskelværdierne og derefter på kriterierne for kontrakter under tærskelværdierne.

3.2 Krav til virksomheders egnethed ved kontrakter over EU-tærskelværdierne

Det følger af udbudslovens § 140, at ordregiver kan opstille krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed i forhold til:

1. udøvelsen af det pågældende erhverv,
2. økonomisk og finansiel formåen eller
3. teknisk og faglig formåen.

De krav, der stilles til egnethed, skal desuden have relevans i forhold til den udbudte opgave. Kravene til virksomhedens egnethed skal stilles som minimumskrav, og de skal offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen.

Når der stilles krav til en virksomheds egnethed betyder det, at virksomheden skal afvises som uegnet, hvis virksomheden ikke opfylder de fastsatte minimumskrav. Omvendt kan en ordregiver ikke afvise en virksomhed som uegnet, hvis den opfylder de fastsatte minimumskrav. De krav, der stilles, skal være relevante for udførelsen af den konkrete kontrakt og dermed hænge sammen med kontraktens genstand og værdi.

I forhold til egnethedskriteriet "udøvelsen af det pågældende erhverv" kan ordregiver kræve, at virksomheden er optaget i et fagligt register eller handelsregister i den medlemsstat, hvor den har hjemsted. For så vidt angår danske virksomheder indebærer dette, at der bl.a. kan stilles krav om registrering i CVR-registret.

Oplysninger om en virksomheds "økonomiske og finansielle formåen" indebærer, at virksomheden skal dokumentere, at den har tilstrækkelige økonomiske ressourcer til at bestå i kontraktperioden, opfylde kontrakten samt imødekomme krav, der måtte opstå under udførelsen af kontrakten. Dette kan ske ved, at ordregiver stiller minimumskrav til nøgletal som eksempelvis omsætning, som virksomheden så skal dokumentere, at de lever op til ved fx at fremlægge erklæringer fra pengeinstitutter, årsregnskaber eller lignende.³⁰

Oplysninger om en virksomheds "tekniske og faglige formåen" indebærer, at virksomheden skal dokumentere, at dens tekniske ressourcer samt erfaringer er tilstrækkelige til at gennemføre kontrakten i overensstemmelse med en passende kvalitetsstandard. Dette kan ske ved, at ordregiver stiller krav til fx referencer, krav til kvalitetsstandarder mv., som virksomheden så skal dokumentere, at de lever op til ved fx at fremlægge oplysninger om referencer, beskrivelser af teknisk udstyr, antal beskæftigede mv.³¹

En virksomheds skattemæssige forhold kan ikke umiddelbart relatere sig til "udøvelsen af det pågældende erhverv" eller til virksomhedens "tekniske og faglige formåen" inden for rammerne i udbudsloven.

Krav til en virksomheds økonomiske og finansielle formåen skal således være egnet til at vurdere, om virksomheden er i stand til at gennemføre kontrakten.

Udbudsloven udelukker ikke eksplicit, at der kan lægges vægt på skattemæssige forhold i forbindelse med egnethedsvurderingen.

Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en virksomheds skattemæssige forhold, som udgangspunkt, ikke i sig selv inden for rammerne af udbudsloven kan formuleres som et egnethedskrav, der kan bidrage til vurderingen af virksomhedens økonomiske og finansielle formåen. Sikkerheden for, at en virksomhed har de tilstrækkelige økonomiske ressourcer, beskrives mere præcist med andre oplysninger, herunder de ovenfor nævnte erklæringer, herunder virksomhedens årsregnskaber.

Skattemæssige forhold kan indgå indirekte i den økonomiske og finansielle formåen ved, at skatteforhold kan påvirke virksomhedens økonomi, da skattemæssige forhold påvirker virksomhedens regnskaber. Har en virksomhed haft store omkostninger i forhold til verserende skattesager, kan det eksempelvis komme til udtryk i virksomhedens regnskabstal eller i specifikke nøgletal, som ordregiver kan stille minimumskrav til, som en del af vurderingen af den økonomiske og finansielle formåen.

3.3 Krav til virksomheders egnethed ved kontrakter under tærskelværdierne

Udbudslovens bestemmelser om egnethed er gældende for udbud over EU-tærskelværdierne og er beskrevet ovenfor i afsnit 3.2. Når der er tale om krav til egnethed for kontrakter under tærskelværdierne, er ordregiver ikke på samme måde forpligtet af de rammer, som udbudsloven fastlægger i forhold til egnethed.

³⁰ Jf. udbudslovens § 154, som oplister eksempler på, hvilken dokumentation man som ordregiver kan kræve for økonomisk eller finansiell formåen. Denne liste er ikke udtømmende.

³¹ Jf. udbudslovens § 155, som oplister, hvilken dokumentation man som ordregiver må kræve for teknisk eller faglig formåen. Denne liste er udtømmende.

3.3.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse

Tildelingen af offentlige kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Reglerne i udbudslovens afsnit II for kontrakter over tærskelværdierne er som nævnt baseret på traktatens principper. Ved udbud under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse kan ordregiver således anvende de samme krav til egnethed. Men ordregiver er ikke forpligtet til at anvende de samme principper.

Ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse har ordregiveren således frihed til at tilrettelægge en procedure eller en fremgangsmåde for tildeling af kontrakter inden for rammerne af de EU-retlige principper.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at når ordregiver har frihed til at tilrettelægge proceduren og fremgangsmåden for tildeling af kontrakter, kan der også være en større frihed til formuleringer mv. på det skattemæssige område, så længe de EU-retlige principper overholdes. Der vil som udgangspunkt heller ikke være et krav om, at egnethedskravene skal stilles som minimumskrav.

Saglige egnethedskrav kan være kriterier, der kan dokumenteres ved oplysninger, som kan udledes af virksomhedens regnskab eller af en revisorpåtegning i regnskabet e.l. Det kunne fx være påtegninger om igangværende skattesager, der vil kunne true virksomhedens eksistens.

Det afgørende er, at formuleringen af kriterierne, der vedrører de skattemæssige forhold, er udtryk for, hvorvidt virksomheden har de fornødne ressourcer til at udføre kontrakten.

Hvis ordregiver vil stille krav til en virksomheds egnethed, vil det være en forudsætning, at kravene klart fremgår af udbudsmaterialet. Det skal fremgå, hvilke specifikke krav der stilles til virksomhedens egnethed, og hvordan virksomheden skal dokumentere, at de lever op til de fastsatte krav, så det er gennemsigtigt for de virksomheder, der ønsker at deltage i et udbud.

Proportionalitetsprincippet vil ligeledes indebære, at ordregiveren skal sikre, at de krav, der stilles til virksomhedens egnethed, skal være proportionale i forhold til den kontrakt, der udbydes. Det vil være en konkret vurdering fra udbud til udbud, om det vil være rimeligt og sagligt at stille et specifikt krav til tilbudsgiverne. Det følger desuden af proportionalitetsprincippet, at ordregiver er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde. Dette betyder, at ordregiver kun skal stille krav, der står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb, og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens behov. Ordregiver skal således blandt andet overveje, om de krav, der stilles til virksomhedens egnethed, samt dokumentation for overholdelse af egnethedskravet vil være proportionale at stille i det konkrete udbud. Det vil være ordregivers konkrete vurdering fra udbud til udbud, om det vil være rimeligt at stille et pågældende krav set i forhold til den kontrakt, der skal udføres.

På den baggrund er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en virksomheds skattemæssige forhold eller -praksis, som udgangspunkt, ikke i sig selv kan gøres til genstand for et egnethedskrav, der kan bidrage til vurderingen af, om en virksomhed har de tilstrækkelige økonomiske ressourcer til at udføre en kontrakt.

3.3.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse

I forbindelse med indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne, der ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder udbudslovens afsnit V anvendelse. Heraf følger det, at forvaltningsmyndigheder alene vil være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiver at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.

Ordregiver har pligt til, at tildelingen af kontrakten sker på markedsmæssige vilkår, og har mulighed for selv at vælge, hvilke virksomheder man fx ønsker at indhente tilbud fra, når blot dette sker på baggrund af saglige hensyn, jf. afsnit 2.3.2.

Ved en tilbudsindhentning vil man som udgangspunkt ikke stille krav til en virksomheds egnethed, da man som ordregiver selv kan vælge de virksomheder, man vil indhente tilbud fra. Ordregiveren vil ofte forud for en tilbudsindhentning fx på baggrund af et kendskab til det pågældende marked have vurderet, hvilke virksomheder der har den økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen til at udføre kontrakten, og som ordregiver dermed ønsker at indhente tilbud fra. Ordregiver vil således kunne undlade at indhente tilbud fra virksomheder, som ordregiver på baggrund af en saglig vurdering mener ikke har den økonomiske og finansielle eller teknisk og faglige formåen til at udføre den pågældende kontrakt.

Vælger ordregiveren derimod at lave en frivillig offentlig annoncering, fx på www.udbud.dk, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der er større frihed til at opstille kriterier for virksomhedens egnethed også i forhold til fx formuleringer på det skattemæssige område ved vurderingen af, om en virksomhed har tilstrækkelige ressourcer til at udføre kontrakten. Her vil det være de samme overvejelser, ordregiver skal gøre sig i forbindelse med en annoncering, som ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse jf. afsnit 3.3.1. ovenfor.

Samtidig skal proportionalitetsprincippet tages med i overvejelserne i forhold til, om krav til skattemæssige forhold, og ikke mindst om de omkostninger, der kan være ved fx at fremskaffe dokumentation for krav til egnethed, står i et rimeligt forhold til, at der er tale om en kontrakt under tærskelværdierne.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en virksomheds skattemæssige forhold, som udgangspunkt, ikke i sig selv kan formuleres som et egnethedskrav, der kan bidrage til vurderingen af, om en virksomhed har de tilstrækkelige økonomiske ressourcer til at udføre en kontrakt.

Kapitel 4

Skattemæssige forhold som tildelingskriterium

4.1 Indledning

I dette kapitel beskrives ordregivers muligheder for at inddrage skattemæssige forhold i forbindelse med tildelingen af kontrakter.

Når en ordregiver skal tildele en kontrakt, skal det ske på baggrund af de kriterier, som ordregiver har oplyst i udbudsmaterialet. Ordregiveren skal således overveje at fastsætte kriterierne for tildeling i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet.

Tildelingskriterierne skal fastsættes i forhold til den konkrete opgave, der skal udbydes, og de skal være med til at sikre, at ordregiveren ender med at få det bedste tilbud.

Der vil i kapitlet først blive set nærmere på, hvilke krav der stilles til kriterierne for tildeling ved udbud over tærskelværdierne og derefter for kontrakter under tærskelværdierne.

4.2 Krav til kriterier for tildeling ved kontrakter over EU-tærskelværdierne

Det følger af udbudslovens § 162, stk. 1, at ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres ud fra et af følgende tildelingskriterier:

- pris
- omkostninger eller
- bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved kriteriet "pris" evalueres tilbuddene alene på den samlede tilbudte pris. Prisen kan være en opgørelse af forskellige priselementer som timepriser, enhedspriser mv.

Ved kriteriet "omkostninger" evalueres tilbuddene på de samlede omkostninger. Her har ordregiver mulighed for at inddrage totalomkostninger eller livscyklusomkostninger. Totalomkostninger vedrører alle omkostninger i brugsperioden, mens der ved livscyklusomkostninger, udover omkostninger i brugsperioden, også kan inddrages omkostninger, der ligger uden for brugsperioden, samt indirekte omkostninger i form af fx klimapåvirkning og miljøbelastning mv.³² Sådanne omkostninger skal være forbundet med kontraktens genstand. I opgørelsen af livscyklusomkostninger kan ikke inddrages omkostninger, der afholdes af tilbudsgiverne.³³ Disse omkostninger vil være indregnet i anskaffelsesprisen og dermed afspejlet i ordregiverens omkostninger forbundet med erhvervelsen af genstanden.

³² Jf. udbudslovens § 166.

³³ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 166.

Skattemæssige forhold som fx skattebetalinger relateret til den udbudte anskaffelse kan således ikke indgå i kriteriet omkostninger, da skattebetalinger ikke er en omkostning, der er direkte forbundet med kontraktens genstand, men en omkostning, der afholdes af tilbudsgiver, og vil være indregnet i den anskaffelsespris, som tilbydes ordregiver.

Ved anvendelsen af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" skal tilbuddene evalueres ud fra underkriterier som fx pris, kvalitative, miljømæssige eller sociale aspekter mv. Disse underkriterier skal være forbundet med kontraktens genstand.³⁴

Et underkriterie er forbundet med kontraktens genstand, hvis det relaterer sig til produktets fremstillings- eller leveringsproces. Eksempelvis kan det kræves, at en vare ikke fremstilles ved hjælp af giftige kemikalier, eller at en tjenesteydelse leveres ved hjælp af energieffektive maskiner.

Underkriterierne skal have til formål at identificere det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet. De underkriterier, der fastsættes, skal være objektive og målbare. Kriterierne skal således udgøre konkurrenceparametre, som sætter ordregiver i stand til at vurdere det enkelte tilbuds indhold i forhold til kontraktgenstanden.

For at et givent underkriterie kan anvendes, skal det som beskrevet ovenfor være forbundet med kontraktens genstand. Det indebærer, at underkriterierne skal relatere sig til det, der skal leveres i henhold til kontrakten. Derfor kan der fx ikke anvendes kriterier vedrørende en virksomheds generelle politik, da det ikke karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af den udbudte ydelse.

Ordregiver kan ikke kræve, at tilbudsgiver har en gældende generel virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar. Der vil derimod være mulighed for at formulere sociale eller miljømæssige underkriterier, hvis disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand og udgør et konkurrenceparameter. Man kan fx formulere kriterier, hvor der konkurreres på at oprette praktikpladser for ledige eller unge i forbindelse med udførelsen af en kontrakt. Her vil det indgå i evalueringen af tilbuddene, hvor mange praktikpladser der oprettes til udførelsen af den konkrete kontrakt.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være muligt at formulere kriterier i relation til virksomheders skatteforhold eller -praksis, da der vil være tale om en generel politik for virksomheden og ikke et kriterie, der vedrører kontraktens genstand.

Ordregiveren skal ved modtagelsen af tilbud kunne verificere, at tilbuddene opfylder de kriterier og krav, der er fastsat i udbudsmaterialet. Ordregiveren har ikke en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de modtagne tilbud. Det er alene i de situationer, hvor der opstår tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder de fastsatte krav, at ordregiveren har en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne.³⁵

Kan ordregiver ikke verificere en tilbudsgivers opfyldelse af et kriterie, vil det vanskeliggøre ligebehandlingen af tilbudsgiverne, idet en tilbudsgiver ellers ved afgivelse af tilbud blot kan postulere en særlig høj opfyldelse af et kriterie.

³⁴ Jf. udbudslovens § 163.

³⁵ Jf. udbudslovens § 159.

Ordregiver kan således ikke anvende kriterier, man ikke efterfølgende kan kontrollere, om tilbudsgiver efterlever, da det ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsprocessen.

Af hensyn til reglerne om ligebehandling og ikkediskrimination vil det fx ikke være muligt at lade tilbudsgiverne konkurrere på de største skattebetalinger i Danmark, i EU/EØS, GPA-lande eller lande med frihandelsaftaler med EU. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at et sådant kriterie heller ikke vil have den fornødne tilknytning til kontraktens genstand. Det vil desuden være svært efterfølgende at få verificeret, at de skattebetalinger, en virksomhed har angivet, de vil betale, og som dermed har været en del af konkurrencen, reelt set også bliver foretaget, eller at specifikke skattebetalinger kan henføres til de aktiviteter, der udføres under kontrakten.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at skattemæssige forhold som udgangspunkt ikke er egnede som konkurrenceparametre til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Skattemæssige forhold som underkriterie vil ofte ikke have den fornødne tilknytning til kontraktens genstand, og det vil typisk være svært at verificere, om virksomheden rent faktisk lever op til sådanne skattemæssige kriterier.

4.3 Krav til kriterier for tildeling ved kontrakter under tærskelværdierne

Udbudslovens bestemmelser om kriterier for tildeling i forbindelse med udbud er gældende for udbud over EU-tærskelværdierne og er beskrevet ovenfor i afsnit 4.2. Når der er tale om kontrakter under tærskelværdierne, er ordregiver ikke bundet af de sammen kriterier, og reglerne afhænger af, om kontrakterne har klar grænseoverskridende interesse eller ej.

4.3.1 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse

Tildelingen af offentlige kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Der vil intet være til hinder for at anvende de samme kriterier for tildeling som ved kontrakter over tærskelværdierne. Men ordregiver er som udgangspunkt ikke forpligtet til det.

Ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse har ordregiveren således frihed til at tilrettelægge en procedure for tildeling af kontrakter inden for rammerne af de EU-retlige principper. Man kan som ordregiver derfor vælge at anvende andre kriterier end "pris", "omkostninger" eller "bedste forhold mellem pris og kvalitet", som beskrevet ovenfor i afsnit 4.2. De kriterier, som ordregiver fastsætter, skal blot være saglige, objektive og ikkediskriminerende og være egnede til at identificere det bedste tilbud.

Kriterierne skal være objektive og målelige, så de kan udgøre konkurrenceparametre, der sætter ordregiveren i stand til at vurdere det enkelte tilbud i forhold til kontraktgenstanden. Derfor kan der som udgangspunkt ikke anvendes kriterier, der omhandler virksomhedens generelle politik, fx kriterier om, at virksomheder har en særlig politik om skatteforhold eller -praksis.

Det skal desuden være muligt for ordregiver at kunne verificere opfyldelsen af et fastsat kriterie, da det ellers vanskeliggør sikringen af ligebehandling af tilbudsgiverne, idet en tilbudsgiver ellers blot kan postulere en særlig høj opfyldelse af et kriterie.

Ordregiver kan således ikke anvende kriterier, man ikke efterfølgende kan kontrollere nøjagtigheden af, da det ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsprocessen.

Skattebetalinger synes derfor ikke at være egnede som kriterie, når der er tale om kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, idet det vil være svært efterfølgende at få verificeret, at de skattebetalinger, en virksomhed har angivet, og som dermed har været en del af konkurrencen, reelt set også bliver foretaget, eller at specifikke skattebetalinger kan henføres til de aktiviteter, der udføres under kontrakten.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer derfor, at skattemæssige forhold og politikker som udgangspunkt ikke er egnede som kriterier i forbindelse med tildeling.

4.3.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse

I forbindelse med indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne, der ikke har en klar grænseoverskridende interesse finder udbudslovens afsnit V anvendelse. Heraf følger det, at forvaltningsmyndigheder alene vil være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiver at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.

Ordregiver skal tildele kontrakter på markedsmæssige vilkår og har mulighed for selv at vælge, hvilke virksomheder man fx ønsker at indhente tilbud fra, når blot dette sker på baggrund af saglige hensyn, jf. afsnit 2.3.2.

Ordregiver har således frihed til at fastsætte kriterier for tildeling, så længe ligebehandlings-, gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincippet overholdes.

De kriterier, der fastsættes, skal være objektive og målelige og udgøre konkurrenceparametre, som sætter ordregiveren i stand til at vurdere det enkelte tilbud i forhold til kontraktgenstanden. Kriterierne skal også relatere sig til det, der skal leveres under kontrakten. Derfor vil der som udgangspunkt ikke kunne anvendes kriterier vedrørende virksomhedens generelle politik, fx om virksomheden har en særlig praksis på skatteområdet.

Det følger ikke direkte af de forvaltningsretlige principper, at kriterierne skal have en tilknytning til kontraktens genstand. Men det følger, at ordregiver skal udøve en forsvarlig økonomisk forvaltning, dvs. ordregiver skal sikre den bedste forvaltning af offentlige midler, og de fastsatte kriterier skal således være egnede til at identificere det tilbud, der har den bedste kvalitet til den bedste pris.

Det skal desuden være muligt for ordregiveren at kunne verificere opfyldelsen af et fastsat kriterie, da det ellers vanskeliggør sikringen af ligebehandling af tilbudsgiverne, idet en tilbudsgiver ellers ved afgivelse af tilbud blot kan postulere en særlig høj opfyldelse af et kriterie.

Ordregiver kan således ikke anvende kriterier, man ikke efterfølgende kan kontrollere nøjagtigheden af, da det ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsprocessen.

Skattebetalinger synes derfor heller ikke at være egnede som kriterie, når der er tale om kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse, idet det vil være svært efterfølgende at få verificeret, at de skatter, en virksomhed har angivet, den vil betale, og som dermed har været en del af konkurrencen, reelt set også bliver foretaget, eller at specifikke skattebetalinger kan henføres til de aktiviteter, der udføres under kontrakten.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer derfor, at skattemæssige forhold og -praksis som udgangspunkt ikke er egnede som kriterier i forbindelse med tildeling, da det på baggrund af sådanne kriterier ikke vil være muligt at identificere det bedste tilbud og dermed sikre, at ordregiver udøver en økonomisk forsvarlig forvaltning.

Kapitel 5

Kontraktvilkår om skattemæssige forhold

5.1 Indledning

I dette kapitel beskrives ordregivers muligheder for at inddrage skattemæssige forhold i kontrakten som vilkår for kontraktens gennemførelse.

Ordregiver skal i kontrakten fastsætte vilkår, som en virksomhed skal opfylde i forbindelse med udførelsen af den udbudte opgave.

Kontraktvilkår er de vilkår, som ordregiveren kræver, at leverandøren forpligter sig til at opfylde i forbindelse med udførelsen af den opgave eller leverance, som er omfattet af kontrakten.

Kontraktvilkår fastlægger således specifikke krav til kontraktens gennemførelse og udgør objektive krav, der ikke har betydning for vurderingen af tilbuddene.

Der vil i kapitlet først blive set nærmere på, hvilke kontraktvilkår der kan fastsættes ved kontrakter, der er omfattet af udbud over tærskelværdierne, og derefter for kontrakter under tærskelværdierne.

5.2 Kontraktvilkår ved kontrakter over EU-tærskelværdierne

Det følger af udbudslovens § 176, at en ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt, hvis disse betingelser er forbundet med kontraktens genstand.

Der skal være en sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktgenstanden. Det betyder, at der ikke kan fastsættes kontraktbetingelser, der vedrører generelle forhold hos virksomheden. Kontraktbetingelserne skal således være knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under den udbudte kontrakt. Herudover skal kontraktbetingelserne være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det vil bero på en konkret vurdering, om ordregivers krav til kontraktens gennemførelse har den nødvendige tilknytning til kontraktens genstand.

Det er ikke et krav, at den krævede egenskab udgør en del af anskaffelsens materielle indhold. Det afgørende er, at betingelserne for gennemførelsen af kontrakten vedrører det, der skal leveres i henhold til kontrakten. Dette betyder, at der fx angående de sociale aspekter af fremstillingsprocessen kan stilles krav om iværksættelse af et specifikt antal praktikpladser for ledige eller unge i løbet af gennemførelsen af den udbudte kontrakt. Aktiviteterne skal dog være knyttet direkte til kontraktens genstand, fx ved at de unge i praktikpladser er med til at bygge den bygning, som udbuddet drejer sig om. Herved er betingelsen om tilknytning til kontraktens genstand opfyldt.

Kravet om tilknytning til kontraktens genstand udelukker vilkår, som vedrører en virksomheds generelle politik, da de ikke karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af den udbudte ydelse. En ordregiver kan derfor ikke stille krav om generelle virksomhedspolitikker for fx socialt eller miljømæssigt ansvar.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det som udgangspunkt ikke vil være muligt at stille kontraktvilkår om, at virksomheden har en særlig skattepolitik eller -praksis, da der vil være tale om en generel virksomhedspolitik, der som udgangspunkt ikke er forbundet med kontraktens genstand, eller vedrører virksomhedens evne til at levere den ydelse, som kontrakten omfatter.

Ordregiveren skal under udførelsen af en kontrakt også sikre, at virksomheden lever op til kontraktvilkårene. Ordregiveren har ikke en generel pligt til at undersøge, om virksomheden efterlever kontraktvilkårene. Det er alene i de situationer, hvor ordregiveren er i tvivl om, hvorvidt virksomheden efterlever de fastsatte krav, at man har en pligt til at foretage en effektiv kontrol.³⁶ Kontraktvilkår, som ordregiver ikke har mulighed for at kontrollere efterlevelsen af, vil således ikke være egnede som kontraktvilkår.

I forbindelse med fastsættelsen af kontraktvilkårene skal ordregiver ved hvert enkelt udbud foretage en konkret vurdering af, hvilke kontraktvilkår der kan fastsættes i kontrakten, herunder eksempelvis om det vil være muligt at stille krav til virksomhedens skatteforhold i tilknytning til de aktiviteter, der udføres under kontrakten. Af hensyn til reglerne om ligebehandling og ikkediskrimination vil det ikke være muligt at begrænse et sådant kontraktvilkår til at vedrøre skattebetalinger i specifikke lande fx i Danmark. Der vil ved udbud over tærskelværdierne være tale om, at skattebetalinger skulle ske i EU/EØS, GPA-lande eller lande med frihandelsaftaler med EU. Det er desuden tvivlsomt, om et sådant kontraktvilkår vil have den fornødne tilknytning til kontraktens genstand, ligesom det vil være svært efterfølgende at få verificeret, at skattebetalingerne også bliver foretaget som angivet i kontrakten, herunder om de specifikke skattebetalinger, der knytter sig til de relevante aktiviteter under kontrakten, opgøres korrekt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer derfor, at skattemæssige forhold og politikker som udgangspunkt ikke er egnede som kontraktvilkår inden for rammerne af udbudsloven.

Udelukkelsesgrunde, der indtræder i kontraktperioden

I forbindelse med tildeling af en kontrakt skal den virksomhed, som kontrakten tildeles, dokumentere, at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Men hvordan forholder det sig, hvis der i kontraktperioden indtræder en udelukkelsesgrund. Kan en ordregiver fx fastsætte kontraktvilkår om, at hvis virksomheden i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund, vil det blive betragtet som væsentlig misligholdelse, som kan føre til ophævelse af kontrakten? Det kunne fx være en situation, hvor en virksomhed i kontraktperioden bliver dømt for skatteunddragelse, og ordregiver vurderer, at der er tale om en alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om virksomhedens integritet.

En sådan situation skal vurderes i henhold til udbudslovens § 176, som stiller krav om, at krav til kontraktens gennemførelse skal være forbundet med kontraktens genstand. Når der stilles kontraktvilkår til fx overholdelse af konkret lovgivning, skal den lovgivning, der henvises til, således have en tilknytning til kontraktens genstand. Man vil fx ved en rengøringskontrakt godt kunne stille krav om overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen, da denne lovgivning direkte vedrører det arbejde, der skal udføres under kontrakten.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at et kontraktvilkår om, at manglende overholdelse af skattelovgivningen vil udgøre væsentlig misligholdelse, der kan begrunde ophævelse af kontrakten, som udgangspunkt ikke kan anvendes, da overholdelse af skattelov-

³⁶ Jf. udbudslovens § 159.

givningen sjældent vil vedrøre selve arbejdet, der skal udføres under kontrakten. Kontraktvilkår indeholdende sanktioner ved manglende overholdelse af lovgivning, der ikke er forbundet med en kontrakts genstand, kan således som udgangspunkt ikke anvendes i offentlige kontrakter.

5.3 Kontraktvilkår ved kontrakter under tærskelværdierne

Udbudslovens bestemmelser om, at kontraktvilkår skal være forbundet med kontraktens genstand, er gældende for udbud over EU-tærskelværdierne og er beskrevet ovenfor i afsnit 5.2.

Når der er tale om kriterier for tildeling ved kontrakter under tærskelværdierne, gælder andre principper, som også afhænger af, om kontrakterne har klar grænseoverskridende interesse eller ej.

5.3.1 Kontraktvilkår ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse

Tildelingen af offentlige kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse reguleres i udbudslovens afsnit IV. Ved den type kontrakter har ordregiver frihed til at tilrettelægge en procedure for tildeling af kontrakter inden for rammerne af de EU-retlige principper.

Kontraktvilkår er de vilkår, som ordregiver kræver, at virksomheden forpligter sig til at opfylde i forbindelse med udførelsen af opgaven, som er omfattet af kontrakten. Kontraktvilkår fastlægger således specifikke krav til kontraktens gennemførelse og udgør objektive krav, der ikke har betydning for vurderingen af tilbuddene. Kontraktvilkårene må således i et vist omfang skulle have en tilknytning til det, der skal leveres under kontrakten.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at kravet om, at kontraktvilkår skal have tilknytning til kontraktens genstand, følger af de EU-retlige principper. Det vil således som udgangspunkt være de samme muligheder og overvejelser, man som ordregiver skal gøre sig ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse som ved udbud over tærskelværdierne, jf. afsnit 5.2.

5.3.2 Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse

I forbindelse med indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne, der ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder udbudslovens afsnit V anvendelse. Heraf følger det, at forvaltningsmyndigheder alene vil være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiver at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.

Det følger ikke direkte af de forvaltningsretlige principper, at kontraktvilkår skal have en tilknytning til kontraktens genstand. En kontrakt skal vedrøre de vilkår, som virksomheden skal efterleve ved kontraktens leverancer. Samtidig skal de kontraktvilkår, der stilles, være med til at sikre, at der udøves en forsvarlig økonomisk forvaltning af offentlige midler. Det må således antages, at kontraktvilkår skal have en form for tilknytning til det, der skal leveres under kontrakten. Ordregiver skal desuden ved fastsættelsen af kontraktvilkår overveje, om de vilkår, der stilles, er udtryk for saglige krav, samt om de krav, der stilles, er proportionale i forhold til kontraktens genstand og værdi.

I den forbindelse må man overveje, om krav til skattemæssige forhold vil være et sagligt krav at stille. Økonomi- og Indenrigsministeriet har i deres udtalelse vedrørende Aarhus Kommunes Fair Trade-politik³⁷ udtalt, at forpligtigelsen til at handle økonomisk ansvarligt ikke indebærer, at man er forpligtet til kun at lægge vægt på prisen. Det offentlige, herunder kommuner, må gerne fastlægge, at de ønsker at leve op til internationale og anerkendte standarder og principper om samfundsansvar.

Det forhold, at det offentlige i varierende omfang kan påtage sig et samfundsansvar, gør sig blandt andet gældende i forhold til de varer og ydelser, som indkøbes. Det må således antages, at det er lovligt, at offentlige myndigheder udnytter muligheden for at efterspørge varer og ydelser, der leveres af virksomheder, som tager et samfundsmæssigt ansvar, uanset om det medfører en højere pris på opgaven. En politik om, at virksomheden har en særlig praksis på skatteområdet, kan afhængig af udformning principielt ikke udelukkes at have et indhold, der kan opfattes på samme måde. Det må således antages, at krav om, at virksomheder har en særlig skattepolitik eller -praksis – alt afhængig af indholdet – kan ligge inden for rammerne af økonomisk forsvarlig forvaltning.

Ordregiver kan kun stille krav, som ordregiver vil være i stand til at kontrollere, at virksomheden efterlever i kontraktperioden. Ønsker en ordregiver at indgå en aftale med virksomheder, der har en særlig skattepolitik eller -praksis, skal ordregiver klart beskrive, hvad man forstår ved sådan en politik, og hvilke specifikke krav der stilles til indholdet af en sådan politik for at sikre gennemsigtighed og objektivitet. I den forbindelse skal ordregiver være opmærksom på, at kravene til en politik ikke kan være rettet mod, i hvilket omfang eller i hvilken grad virksomheden efterlever skattelovgivningen. Det er SKAT, der er den kompetente myndighed til at vurdere, om en virksomhed overholder skattelovgivningen.

Det skal således være gennemsigtigt for alle tilbudsgivere, hvilke principper eller krav virksomhedens skattepolitik skal leve op til, samt hvordan virksomheden skal dokumentere, at de efterlever disse krav i kontraktperioden. Dette skal gøres for at sikre, at der stilles lige vilkår for alle bydende på offentlige kontrakter.

Overvejer man som ordregiver at stille kontraktvilkår om skattepraksis, skal det også overvejes, om sådanne krav er proportionale. Som ordregiver skal man altid overveje, om de omkostninger, der er forbundet med at stille krav, herunder omkostninger ved at fremskaffe dokumentation for overholdelse af krav, står i et rimeligt forhold til den konkrete kontrakts værdi. Herudover skal der tages højde for den forvaltningsretlige forpligtelse til forsvarlig økonomisk forvaltning i forbindelse med ordregivers fastsættelse af krav.

Det vil være en konkret vurdering fra udbud til udbud, om det vil være sagligt og proportionalt at stille krav til fx skattepolitik set i forhold til den kontrakt, der skal udføres.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at reglerne – afhængig af kontraktens udformning – formentlig giver mulighed for, at skattemæssige forhold kan inddrages som vilkår ved kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse. Det vil altid bero på en konkret vurdering fra udbud til udbud, om det vil være sagligt og proportionalt at stille krav til fx skattepolitik set i forhold til den kontrakt, der skal udføres.

³⁷ Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes Fair Trade-politik.

sagligt, at ordregivere har en politik om at handle med virksomheder, der har en særlig skattepraksis, når det gælder kontrakter under tærskelværdien, og hvor der ikke er klar grænseoverskridende interesse. Ordregiver skal dog som minimum gøre det klart, hvilke principper eller krav som virksomhedernes skattepolitik skal leve op til, ligesom det skal overvejes, om de krav, der stilles, og den dokumentation, der kræves, er proportionelle i forhold til de konkrete kontrakter.

Det vurderes derimod ikke at være et sagligt hensyn at have en indkøbspolitik, hvor man aktivt fravælger at indgå kontrakter med virksomheder i skattely-lande eller virksomheder, der er en del af en selskabskonstruktion, der har selskaber placeret i skattely-lande, hvis disse virksomheder og selskabskonstruktioner i øvrigt overholder gældende skattelovgivning og lever op til de generelle krav, som ordregiverne i øvrigt stiller.

Bilag:

Overblik over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurderinger

Juridiske rammer for at udelukke eller stille krav om skattemæssige forhold

	Udelukkelse på baggrund af den geografiske placering for den virksomhed, der afgiver tilbud	Udelukkelse på baggrund af udbudslovens udelukkelsesgrunde	Krav til virksomhedens egnethed til at udføre en kontrakt	Kriterier for tildeling af kontrakter	Vilkår for kontraktens gennemførelse
Udbud over tærskelværdierne (EU-udbud)	Virksomheder uden for EU/EØS, ikke-GPA-lande, og lande der ikke er parter i frihandelsaftaler med EU, kan udelukkes.	Virksomheder, der har gæld til det offentlige eller har begået alvorlige forsømmelser, fx overtrådt skattelovgivningen, kan udelukkes.	Skattemæssige forhold kan som udgangspunkt ikke inddrages i vurderingen, da de ikke er udtryk for virksomhedens evne til at udføre kontrakten.	Skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke egnede som konkurrenceparametre til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud.	Skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke egnede som kontraktvilkår, da de ikke er forbundet med kontraktens genstand.
Udbud under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse	Virksomheder uden for EU/EØS kan udelukkes.	Virksomheder, der har gæld til det offentlige eller har begået alvorlige forsømmelser, fx overtrådt skattelovgivningen, kan udelukkes.	Skattemæssige forhold kan som udgangspunkt ikke inddrages i vurderingen, da de ikke er udtryk for virksomhedens evne til at udføre kontrakten.	Skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke egnede som konkurrenceparametre til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud.	Skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke egnede som kontraktvilkår, da de ikke er forbundet med kontraktens genstand.
Udbud under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse	Man kan undlade at indhente tilbud fra virksomheder uden for Danmark.	Virksomheder, der har gæld til det offentlige eller har begået alvorlige forsømmelser, fx overtrådt skattelovgivningen, kan udelukkes.	Skattemæssige forhold kan som udgangspunkt ikke inddrages i vurderingen, da de ikke er udtryk for virksomhedens evne til at udføre kontrakten.	Skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke egnede som konkurrenceparametre til at sikre økonomisk forsvarlig forvaltning.	Skattemæssige forhold kan formentlig indgå som kontraktvilkår, men det vil bero på en konkret vurdering i forhold til indholdet af vilkåret, samt hvorvidt det vil være proportionalt at stille.