

Gennemgang af reglerne om dokumentation

Dato: 28. august 2019

Sag: 19/06285

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

ERHVERVSMINISTERIET

Indhold

1.	INDLEDNING	4
2.	UDELUKKELSE	8
2.1	INDLEDNING	8
2.2	HVEM SKAL ORDREGIVEREN KRÆVE DOKUMENTATION FRA?	8
2.2.1	Udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1	8
2.2.2	Øvrige udelukkelsesgrunde	10
2.2.3	Koncernforbundne selskaber, mv.	10
2.2.4	Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på	10
2.2.5	Sammenslutninger, herunder konsortier	11
2.2.6	Underleverandører	11
2.3	DOKUMENTATIONSKRAV VEDRØRENDE UDELUKKELSE	11
2.3.1	Dokumentation fra danske ansøgere og tilbudsgivere	12
2.3.2	Danske ansøgere eller tilbudsgivere med udenlandske medlemmer af ledelsen	13
2.3.3	Ansøgere og tilbudsgivere fra andre EU-/EØS-lande	13
2.3.4	Ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU/EØS	14
2.3.5	Ledelsesmedlemmer med dobbelt statsborgerskab	14
2.3.6	Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på	14
2.3.7	Underleverandører, hvis kapacitet ansøgere eller tilbudsgivere ikke baserer sig på	16
2.4	VERIFIKATION AF DOKUMENTATIONEN	17
2.4.1	Verifikation af dokumentation fra danske virksomheder	17
2.4.2	Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater	19
2.4.3	Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra lande uden for EU	19
2.4.4	Verifikation af, om ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6	20
2.5	GYLDIGHEDSPERIODE FOR DOKUMENTATION VEDRØRENDE UDELUKKELSESGRUNDE	21
2.6	TIDSPUNKTET FOR UDELUKKELSE	23
2.7	MANGLENDE FREMLÆGGELSE AF DOKUMENTATION VEDRØRENDE UDELUKKELSE 26	
2.8	SELF-CLEANING	26
2.8.1	Dokumentation i forbindelse med self-cleaning	27
2.8.2	Ordregivers vurdering af dokumentationen vedrørende self-cleaning	28
2.8.3	Tidsfrist vedrørende dokumentation for self-cleaning	29
3	EGNETHED	30
3.1	INDLEDNING	30
3.2	DOKUMENTATION FOR EGNETHED TIL UDØVELSE AF DET PÅGÆLDENDE ERHVERV 30	
3.3	DOKUMENTATION FOR ØKONOMISK OG FINANSIEL FORMÅEN	30
3.4	DOKUMENTATION FOR TEKNISK OG FAGLIG FORMÅEN	31
3.4.1	Særlige problemstillinger i forbindelse med dokumentation for teknisk og faglig formåen	36
3.5	DOKUMENTATION FOR RÅDIGHED OVER STØTTEENHEDER	37
3.6	GYLDIGHEDSPERIODE FOR DOKUMENTATION VEDRØRENDE EGNETHED	39
3.7	HVEM SKAL DER KRÆVES DOKUMENTATION FRA?	39
3.8	DOKUMENTATION FRA NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER OG VIRKSOMHEDER UNDER	

STIFTELSE.....	41
3.8.1 Ad 1) Er der gyldig grund til, at der ikke kan fremsendes de krævede former for dokumentation?	42
3.8.2 Ad 2) Er dokumentationen passende?	42
3.8.3 Ad 3) Godtgør ansøgeren eller tilbudsgiveren sin økonomiske og finansielle formåen?	43
4 UDVÆLGELSE.....	47
4.1 INDLEDNING.....	47
4.2 DOKUMENTATION VEDRØRENDE UDVÆLGELSE	47
5 GENERELT VEDRØRENDE DOKUMENTATION.....	49
5.1 INDLEDNING.....	49
5.2 TIDSPUNKT FOR INDHENTELSE AF DOKUMENTATION	49
5.2.1 Dokumentation fra tilbudsgiver før tildeling	49
5.2.2 Indhentelse af dokumentation i standstill-perioden	50
5.2.3 Indhente dokumentation ”på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren”	51
5.2.4 Hvornår foreligger der særlige procedurer eller særlige forhold?	51
5.2.5 Indhentelse af dokumentation ved udbudsprocedurer, der løber over en længere periode	53
5.2.6 Passende tidsfrist til at fremlægge dokumentation	54
5.3 MANGLENDE FREMLÆGGELSE AF DOKUMENTATION	56
5.4 HVORNÅR KAN ORDREGIVEREN IKKE KRÆVE DOKUMENTATION?	56
5.4.1 Ordregivere har adgang til dokumentation via en national database	57
5.4.2 Ordregiver er allerede i besiddelse af dokumentation	57
5.5 DOKUMENTATION FOR OPLYSNINGERNE I ESPD’ET	58
5.6 DOKUMENTATION I FORBINDELSE MED EN RAMMEAFTALE.....	60
5.7 ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT	61
5.8 PERSONDATARETLIGE FORHOLD VED DOKUMENTATION	62

1. INDLEDNING

Det fremgår af udbudsloven, at ordregiver skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter det fælles europæiske udbudsdokument¹. I daglig tale omtales det ofte som ESPD, hvilket er en forkortelse af dokumentets engelske titel "European Single Procurement Document". ESPD anvendes som foreløbigt bevis for, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke skal udelukkes, opfylder minimumskrav til egnethed samt danner grundlag for eventuel udvælgelse. Inden tildelingen af kontrakt skal ordregiver kræve endelig dokumentation for oplysninger i ESPD'et.

Dette notat gennemgår, hvilken endelig dokumentation ordregivere skal kræve, hvornår dokumentationen skal afleveres, frister og gyldighedsperiode for dokumentationen samt andre problemstillinger relateret til fremlæggelse af dokumentation.

Gennemgangen tager udgangspunkt i udbudslovens regler om dokumentation.

Formålet med denne gennemgang er at beskrive reglerne på en måde, så praktikere kan drage nytte af beskrivelserne og eksemplerne. Endvidere indeholder notatet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af problemstillingerne knyttet til dokumentation. Det skal i denne forbindelse påpeges, at den konkrete udformning af udbudsmaterialet, herunder de specifikke minimumskrav og de fastsatte krav til dokumentationen, er afgørende for vurderingen af ansøgers og tilbudsgivers egnethed.

Det skal bemærkes, at problemstillinger, der knytter sig til selve ESPD'et, ikke vil blive nærmere behandlet i denne gennemgang.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse og således ikke har kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende svar i konkrete sager. Det kan ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud eller EU-Domstolen vil kunne have en anden holdning end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Udbudslovens proces for indhentelse af dokumentation

Processen med indhentelse af dokumentation efter udbudsloven kan opridses som følger:

- **ESPD:** ESPD anvendes som foreløbigt bevis for, at ansøgere/tilbudsgivere ikke skal udelukkes, opfylder minimumskrav til egnethed samt danner grundlag for evt. udvælgelse. Udbudslovens § 148 indeholder de nærmere regler om ESPD'et.

Selv om ESPD'et ikke er genstand for denne gennemgang, er der en sammenhæng mellem ESPD'et og dokumentationen, idet det er oplysningerne i ESPD'et, der skal fremlægges dokumentation for. Som følge heraf vil ESPD'et indgå i gennemgangen, når dette er nødvendigt.

- **Indhentelse af dokumentation:** Ordregiveren er i henhold til § 151, stk. 1, forpligtet til at kræve dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et.² § 152 fastsætter rammerne for den dokumentation, ordregiver skal indhente. Der skal indhentes dokumentation for følgende:

- **Obligatoriske udelukkelsesgrunde:** De obligatoriske udelukkelsesgrunde medfører, at 1) ansøgere eller tilbudsgivere, 2) personer, der er medlemmer af ansøgers eller tilbudsgivers bestyrelse, direktion eller tilsynsråd, samt 3) personer, som har beføjelser til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i ansøgers eller tilbudsgivers bestyrelse, direktion eller

¹ Jf. § 148, stk. 1 i Lov nr. 1564 af 15. december 2015, herefter benævnt udbudsloven.

² I forbindelse med indhentelse af dokumentation er der et selvstændigt spørgsmål, om ordregiveren i alle situationer er berettiget til at indhente dokumentation for de oplysninger, der er indeholdt i ESPD'et, eller om der kan være situationer, hvor ordregiveren skal indhente dokumentation for nyere oplysninger. Dette spørgsmål er behandlet nærmere under pkt. 8.4.

tilsynsråd, der enten er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for en af overtrædelserne i § 135, stk. 1, skal udelukkes fra udbudsproceduren, jf. § 135, stk. 1 og stk. 2. Derudover skal ansøgere eller tilbudsgivere, der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover i medfør af § 135, stk. 3, ligeledes udelukkes fra udbudsproceduren, medmindre ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af § 135, stk. 4. Ordregiveren skal inden tildeling af kontrakt indhente dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, jf. § 151, stk. 1. § 153 regulerer, hvilken dokumentation der skal indhentes. Dokumentation for udelukkelse i medfør af § 135, stk. 1, behandles i afsnit 2.3 nedenfor.

Derudover skal ordregiverne udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, som befinder sig i de situationer, som fremgår af § 136. Idet det er ordregiverne, der skal påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver befinder sig i de situationer, som medfører udelukkelse, er § 136 ikke relevant i forbindelse med indhentelse af dokumentation.

- **Frivillige udelukkelsesgrunde:** De frivillige udelukkelsesgrunde fremgår af § 137. For at gøre brug af en af de frivillige udelukkelsesgrunde skal ordregiver på forhånd oplyse i udbudsbekendtgørelsen, hvilke specifikke udelukkelsesgrunde i § 137 ordregiver vil gøre brug af i det konkrete udbud. Ordregiveren er herefter forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, som er omfattet af de anvendte udelukkelsesgrunde. Såfremt ordregiveren gør brug af frivillige udelukkelsesgrunde, skal ordregiveren indhente dokumentation for, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 2 og nr. 7. Dokumentation vedrørende disse udelukkelsesgrunde skal overholde § 153. Dokumentation for udelukkelse i medfør af § 137, stk. 1, nr. 2 og nr. 7, behandles i afsnit 2.3 nedenfor.

Ordregiver er som udgangspunkt ikke forpligtet til at indhente dokumentation for de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde (dvs. udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6), da det er ordregiveren, der skal påvise, at ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af en eller flere af de situationer, som medfører udelukkelse i medfør af disse grunde. Kun i tvivlstilfælde er ordregiver forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af, om der er grundlag for udelukkelse.

- **Self-cleaning:** § 138 indeholder muligheden for, at ansøgere eller tilbudsgivere kan dokumentere deres pålidelighed, på trods af at de er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Denne mulighed kaldes også for ”self-cleaning” og gælder både for de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. En ansøger eller tilbudsgiver, som har dokumenteret sin pålidelighed, kan ikke udelukkes fra deltagelsen i udbudsproceduren, jf. § 138, stk. 1. Self-cleaning behandles i afsnit 2.8 nedenfor.
- **Egnethed:** I henhold til § 140 kan ordregiveren fastsætte krav til ansøgers og tilbudsgivers egnethed. Disse krav skal i henhold til § 140, stk. 2, være udformet som minimumskrav. Der kan fastsættes krav til 1) udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141, 2) den økonomiske og finansielle formåen, jf. § 142, og 3) den tekniske og faglige formåen, jf. § 143. Dokumentation for minimumskrav til (2) *den økonomiske og finansielle formåen* er reguleret af § 154, som indeholder en ikke-udtømmende liste over mulige dokumentationsformer. Dokumentation for minimumskrav til (3) *den tekniske og faglige formåen* er reguleret i § 155, som indeholder en udtømmende liste over mulige dokumentationsformer. Dokumentation for egnethed behandles nærmere i afsnit 3 nedenfor.
- **Udvælgelse:** Ordregiver kan vælge udbudsprocedurer, hvor alene et specifikt antal ansøgere

udvælges til at afgive tilbud eller deltage i forhandling eller dialog. I henhold til § 145 foretager ordregiveren udvælgelsen på baggrund af objektive og ikkediskriminerende kriterier. Ordregiveren foretager som udgangspunkt vurderingen på baggrund af ESPD'et, hvor ansøgerne beskriver, hvorledes de lever op til de objektive og ikkediskriminerende kriterier. Det kan efterfølgende være relevant for tilbudsgivere inden tildeling at dokumentere oplysningerne afgivet i ESPD'et. Dokumentation for udvælgelse behandles nærmere i afsnit 4 nedenfor.

- **Hvornår og hos hvem skal der indhentes dokumentation:** I henhold til § 151, stk. 1, skal ordregiveren som det klare udgangspunkt alene indhente dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til. Dette sikrer, at færrest mulige ansøgere og tilbudsgivere indsender dokumentation, hvilket mindsker såvel ordregiverens som ansøgers/tilbudsgivers administrative omkostninger forbundet med udbuddet. I henhold til § 151, stk. 2, kan ordregiveren dog indhente dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere når som helst i udbudsprocessen, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt. Tidspunktet for indhentelse af dokumentation behandles nærmere nedenunder i afsnit 5.2.
- **Verifikation af dokumentation:** Det fremgår af § 159, stk. 2, at ordregiver alene kan tildele kontrakten, når ordregiveren har verificeret, at tilbudsgiver:
 - opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale,
 - ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene,
 - er egnet, og
 - er udvalgt, hvis dette er relevant.

Hvad angår udelukkelse, egnethed og udvælgelse sker verifikationen på baggrund af dokumentationen, der er indhentet i henhold til § 152. Hvis der opstår tvivl vedrørende oplysningerne og dokumentationen, er ordregiveren forpligtet til at foretage en *effektiv kontrol* heraf, jf. § 159, stk. 3. Verifikation af dokumentation, for så vidt angår udelukkelse, behandles nærmere i afsnit 2.4 nedenfor. Det gennemgås desuden i afsnit 5.7 nedenfor, hvornår ordregiveren har en undersøgelsespligt i medfør af § 159, stk. 3.

Processen i udbudsloven har været styrende for opbygningen af denne gennemgang af reglerne om dokumentation, således at dokumentation vedrørende udelukkelse, egnethed og udvælgelse behandles henholdsvis i afsnit 2, 3 og 4. Derudover indeholder denne gennemgang i afsnit 5 en række problemstillinger, der er generelle for indhentelse af dokumentation.

Ændringer i dette notat i forhold til tidligere version

Denne version 2 indeholder følgende ændringer i forhold til det oprindelige dokument "Gennemgang af reglerne om dokumentation" af den 30. juni 2017:

- Formidlingsmæssig opdatering med henblik på forenkling, opdatering af format m.v.
- Tilføjelse af afsnit 2.4.4 om, hvordan ordregiveren kan løfte bevisbyrden for, at der er grundlag for udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6, for fuldstændighedens skyld.
- Tilføjelse af gennemgangen af de enkelte dokumentationsformer i § 155 nr. 1-12 i afsnit 3.4 om dokumentation for teknisk og faglig formåen for fuldstændighedens skyld.
- Tilføjelsen af afsnit 5.7 om ordregivers undersøgelsespligt i medfør af § 159, stk. 3, for fuldstændighedens skyld.
- Opdateringer som følge af ny retspraksis i perioden fra den 30. juli 2017 til og med april 2019.

Retspraksis har navnlig haft konsekvenser for følgende afsnit:

- Afsnit 2.3.6 om dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde fra enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på.
- Afsnit 2.6 om tidspunktet for udelukkelse.
- Afsnit 2.8.1 om dokumentation for self-cleaning.
- Afsnit 3.5 om dokumentation for rådighed over støtteenheder.
- Afsnit 3.7 om, hvem der skal kræves dokumentation fra vedrørende egnethed.
- Afsnit 3.8 om dokumentation fra nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse.

2. UDELUKKELSE

2.1 INDLEDNING

Dette afsnit om udelukkelse omhandler den dokumentation, som ordregiveren skal kræve fra ansøgere eller tilbudsgivere, og som viser, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. Som nævnt ovenfor, skal ordregiveren som udgangspunkt ikke kræve dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene i § 136 og § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6, da det er ordregiveren, som skal påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af de pågældende udelukkelsesgrunde. Alene i tvivlstilfælde har ordregiver en pligt til at foretage en effektiv kontrol af, om der er grundlag for udelukkelse.

Det skal bemærkes, at udelukkelsesgrundene ikke finder direkte anvendelse på udbud efter udbudslovens afsnit III, annoncering efter udbudslovens afsnit IV eller køb på markedsmæssige vilkår efter afsnit V.³ Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver i de pågældende situationer kan *vælge* at benytte udelukkelsesgrundene, såfremt anvendelsen udtrykkeligt præciseres i udbudsmaterialet. Som følge heraf er der fx ikke ved brug af udbudslovens afsnit III, IV og V en pligt til at indhente oplysninger om eventuelt ubetalt forfalden gæld til det offentlige, men ordregiveren har mulighed herfor.

Ordregivere skal som udgangspunkt kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal aflevere en specifik type dokumentation. Alt afhængig af ansøgerens eller tilbudsgiverens hjemland kan der dog være forskel i den dokumentation, som ordregiveren skal kræve. Derudover skal ordregivere acceptere anden dokumentation, der lever op til kravene i udbudsloven.

Indledningsvis vil det blive afdækket, hvem der skal kræves dokumentation fra i forbindelse med udelukkelse (afsnit 2.2 nedenunder). Dernæst vil henholdsvis den konkrete dokumentation (afsnit 2.3) og verifikation af dokumentation (afsnit 2.4) blive behandlet.

2.2 HVEM SKAL ORDREGIVEREN KRÆVE DOKUMENTATION FRA?

I henhold til § 151, stk. 1, skal ordregiveren kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, fremlægger dokumentation i henhold til § 152. Derudover har ordregiveren mulighed for at kræve dokumentation fra ansøgere og tilbudsgivere på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren, når det er nødvendigt for, at udbudsproceduren gennemføres korrekt, jf. § 151, stk. 2.

§ 152, stk. 1, regulerer, hvad ordregiveren skal kræve dokumentation for, men ikke hos *hvem* den skal indhentes.

Det er derfor behandlet i de følgende afsnit, 2.2.1 – 2.2.6, hvilken personkreds ordregiveren er forpligtet til at indhente dokumentation fra.

2.2.1 Udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1

Vedrørende § 135, stk. 1, skal en ordregiver udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ved endelig dom er dømt eller har vedtaget et bødeforlæg for de forhold, der er beskrevet i § 135, stk. 1, nr. 1-6.

Det fremgår derudover af § 135, stk. 2, at ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, hvis en person i ansøgerens eller tilbudsgiverens ledelse er dømt eller har modtaget et bødeforlæg vedrørende udelukkelsesgrundene beskrevet i § 135, stk. 1. Ved ”personer i ledelsen” i medfør af § 135, stk. 2, forstås

³ Udelukkelsesgrundene er placeret i udbudslovens afsnit II og knytter sig derfor til udbud, der foretages i henhold til dette afsnit.

medlemmer af bestyrelse, direktion eller tilsynsråd samt personer, som har beføjelser til at repræsentere, kontrollere og træffe beslutning i bestyrelse, direktion eller tilsynsråd.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der i medfør af § 152, stk. 1, skal indhentes dokumentation fra personkredsen i § 135, stk. 2, selv om § 152, stk. 1, ikke udtrykkeligt henviser hertil. Det skyldes for det første, at § 152, stk. 1, alene nævner udelukkelsesgrundene, men ikke angår personkredsen, og for det andet, at formålet med udbudslovens regler for indhentelse af dokumentation⁴ for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, er, at der ikke tildeles kontrakter til ansøgere eller tilbudsgivere, hvis personer i ledelsen er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1.⁵

Det vil ikke altid være muligt for ordregiver at tilgå offentligt tilgængelige oplysninger, der viser, hvem der sidder i ledelsen. I disse situationer har ordregiveren ikke mulighed for at verificere, at den personkreds, som ansøgeren eller tilbudsgiveren afleverer dokumentation fra, er den fulde eller relevante personkreds. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren som udgangspunkt kan lægge til grund, at de personer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren afleverer dokumentation for, er den korrekte personkreds. Det er alene i de tilfælde, hvor der er forhold, der giver anledning til tvivl, ordregiveren er forpligtet til at undersøge personkredsen nærmere, jf. § 159, stk. 3.

Det fremgår af § 135, stk. 2, at udelukkelsesgrundene angår personer i bestyrelsen, men bestemmelsen nævner ikke noget om *suppleanter*. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at suppleanter til en bestyrelse ikke er omfattet af den personkreds, der fremgår af udbudslovens § 135, stk. 2, da suppleanter som udgangspunkt ikke har de nødvendige beføjelser til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i bestyrelsen. Disse beføjelser opnår suppleanter kun i det tilfælde, hvor de faktisk indtræder i bestyrelsen. Hvis en suppleant er indtrådt i bestyrelsen på tidspunktet for ansøgningen eller tilbuddet, bliver denne omfattet af personkredsen. Endvidere kan der være konkrete forhold, som begrundet, at suppleanter er omfattet, fx hvis suppleanter undtagelsesvis kan træffe beslutninger på samme måde som personer i ledelsen.

En kommune, en region eller en statslig myndighed kan i visse situationer afgive tilbud i forbindelse med et udbud⁶. I så fald vil en ordregiver være forpligtet til at behandle dem som andre økonomiske aktører, idet der ikke i udbudsloven sondres mellem de forskellige økonomiske aktører.⁷

Offentlige myndigheder har dog ikke den samme opbygning som private virksomheder, og ordlyden af § 135, stk. 2, tager udgangspunkt i opbygningen i virksomheder. Derfor vil det afhænge af en konkret vurdering, hvilken personkreds hos den offentlige myndighed, der skal aflevere dokumentation. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er det nødvendigt at se på, hvem der har det overordnede ansvar og/eller den overordnede tilsynsforpligtelse. Det vil sige, at de personer, der har det samme ansvar og den samme tilsynsforpligtelse som bestyrelsen og direktionen i en privat virksomhed, vil være omfattet af personkredsen. Det kan eksempelvis betyde, at i de situationer, hvor en kommune vælger at afgive tilbud, kan der være en pligt til at kræve dokumentation fra kommunalbestyrelsen samt kommunaldirektøren.

⁴ Udbudslovens § 151, stk. 1 samt § 159, stk. 2.

⁵ Denne opfattelse harmonerer endvidere med udbudsdirektivets artikel 60, stk. 1, hvor følgende fremgår: "*De ordregivende myndigheder kan kræve at få forelagt de certifikater, attester, erklæringer og anden dokumentation, der henvises til i stk. 2, 3 og 4 i denne artikel og bilag XII, som bevis på, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. artikel 57, og for at udvælgelseskriterierne er opfyldt i henhold til artikel 58.*" [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning]. Artikel 57 rummer både reglen i § 135, stk. 1 og stk. 2. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 152, at bestemmelsen implementerer artikel 60, stk. 1.

⁶ Fx som følge af lov nr. 548 af 8. juni 2006 med senere ændringer om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

⁷ Dette harmonerer med præambelbetragtning nr. 14, hvor det fremgår, at offentlige enheder falder ind under begrebet *økonomisk aktør*, uanset om de er juridiske personer i enhver forbindelse.

2.2.2 Øvrige udelukkelsesgrunde

For udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, vil det alene være den *juridiske person*, der skal dokumentere disse forhold. Det skyldes, at den udvidede personkreds i § 135, stk. 2, alene angår § 135, stk. 1. Det medfører eksempelvis, at ordregiveren ikke kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis en person fra ansøgerens eller tilbudsgiverens ledelse har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, jf. § 135, stk. 3.

2.2.3 Koncernforbundne selskaber, mv.

Hvad angår datterselskaber, agenturer, kontorer og filialer, skal dokumentationen fremsendes for den juridiske person, der er ansøger eller tilbudsgiver. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 139, stk. 1, at ordregiver:

”skal acceptere tilbud fra ansøgere eller tilbudsgivere uanset deres retlige form, og disse kan derfor ikke udelukkes med den begrundelse, at det i henhold til dansk lovgivning kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person”.

Det betyder, at både firmaer, filialer, datterselskaber, interessentskaber, kooperative selskaber, selskaber med begrænset ansvar, universiteter, offentlige eller private og andre former for enheder end fysiske personer falder ind under begrebet økonomisk aktør, uanset om de er ”juridiske personer” i enhver forbindelse. Formålet med uddybningen i lovbemærkningerne er at sikre mod diskrimination, således at ordregiver ikke kan kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal have en bestemt retlig form. Dette ændrer dog ikke ved, at ansøgere eller tilbudsgivere skal være kompetente til at indgå kontrakt med ordregiveren.

I forbindelse med dokumentation er det centralt at se på den enkelte enhed, der er ansøger eller tilbudsgiver. Er der tale om et datterselskab, vil det være datterselskabet, der skal dokumentere, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Er der derimod tale om en afdeling, et kontor eller en filial, vil der i Danmark ikke være tale om et selvstændigt selskab, men om en integreret del af en hovedvirksomhed. Domme for forhold omfattet af udelukkelsesgrundene angår virksomheden og ikke en specifik afdeling, et specifikt kontor eller en specifik filial, idet disse er en del af hovedvirksomheden⁸. Eftersom det er hovedvirksomheden, der bliver dømt for forhold, og fordi det er bestyrelsen og ledelsen i hovedvirksomheden, som har det overordnede ansvar, vil det være dokumentation fra *hovedvirksomheden*, ordregiveren skal kræve. Dokumentation, der alene vedrører en afdeling, et kontor eller en filial, vil ikke vise, om hovedvirksomheden eller dennes ledelse er dømt for forhold, der er omfattet af udelukkelsesgrundene.

2.2.4 Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på

Ansøgere eller tilbudsgivere kan basere sig på andre enheder i forbindelse med kriterierne for egnethed eller udvælgelsen. Ordregiveren skal verificere, at de enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, kan dokumentere, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og, hvis det er relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, jf. § 144, stk. 4, nr. 2.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 144, stk. 4, nr. 2, at enheden skal:

”... på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumentere, at denne ikke er omfattet af en af disse udelukkelsesgrunde. Dette skal gøres ved, at enheden indleverer et fælles europæisk udbudsdokument, som et foreløbigt bevis jf. § 148, stk. 2, nr. 1. Hvis ordregiveren efterfølgende

⁸ Det fremgår dog af lovbemærkningerne, at det kan have en betydning i forhold til udelukkelsesgrundene i §§ 136 og 137, hvorvidt der er tale om en afdeling, der er omfattet af udelukkelsesgrundene.

beslutter, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal tildeles kontrakten, skal enheden på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumentere, jf. § 152, at denne ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1 eller 3, samt, hvis relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller nr. 7.”

§ 135, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse, således at dokumentationen skal fremlægges for personerne i enhedens ledelse. Det skyldes, at enheder skal sidestilles med ansøgere eller tilbudsgivere i forbindelse med vurderingen af udelukkelse og derfor skal udelukkes i samme situationer.

2.2.5 Sammenslutninger, herunder konsortier

Når ansøgeren eller tilbudsgiveren er en sammenslutning/et konsortium, er alle deltagerne at sidestille med en ansøger eller tilbudsgiver, idet der afgives tilbud i forening. Som følge heraf skal den enkelte deltager i sammenslutningen aflevere dokumentation, på samme måde som beskrevet ovenfor i afsnit 2.2.1 og 2.2.2.

2.2.6 Underleverandører

Ordregivere *kan* kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere erklærer, at underleverandører ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde i §§ 135-137, jf. § 177, stk. 5.⁹

Derudover fremgår det af § 177, stk. 5, at hvis ordregiveren konstaterer, at en underleverandør er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde i henhold til §§ 135-137, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren erstattes.

Det gennemgås i afsnit 2.3.7 nedenfor, hvilken konkret dokumentation der kan kræves fra underleverandører.

2.3 DOKUMENTATIONSKRAV VEDRØRENDE UDELUKKELSE

Ordregiveren skal før beslutning om tildeling af kontrakten *kræve*, at ansøger eller tilbudsgiver fremlægger dokumentation for ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, jf. § 151, stk. 1. De relevante former for dokumentation, som ordregiveren kan kræve, fremgår af § 153. Det fremgår i øvrigt af § 152, stk. 3, at ordregiveren så vidt muligt skal kræve de former for dokumentation, der fremgår af e-Certis, når disse er dækkende for ordregiverens behov.¹⁰ Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver i anmodningen til den konkrete ansøger eller tilbudsgiver ikke blot kan anføre, at vedkommende skal dokumentere ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene, men som udgangspunkt skal specificere, *hvilken* dokumentation der skal fremsendes. Ordregiveren skal således undersøge informationen i e-Certis vedrørende dokumentationsformer i det land, hvor ansøger eller tilbudsgiver er etableret, og som udgangspunkt stille krav om, at den i e-Certis angivne dokumentation fremsendes.

Ordregiveren *skal acceptere* følgende som dokumentation for, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 og 7, jf. § 153, stk. 1:

- Et *uddrag fra det relevante register* eller tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed for så vidt angår udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1.
- Et *certifikat* udstedt af den kompetente myndighed i det pågældende land, for så vidt angår udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 og 7.

⁹ I henhold til udbudsdirektivets art. 71, stk. 6, litra b, kan medlemsstaterne forpligte ordregivere til at kræve egenerklæring og dokumentation fra underleverandører for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Udbudsloven indfører ikke sådan en pligt for ordregivere, men alene reglen i § 177, stk. 5.

¹⁰ e-Certis er en onlinedatabase, som indeholder oversigter over certifikater og oplysninger for de respektive EU/EØS-lande, som økonomiske aktører kan bruge i forbindelse med at afgive ansøgning eller tilbud. e-Certis kan tilgås via følgende hjemmeside: <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/search>

I de tilfælde, hvor en medlemsstat ikke udsteder dokumentationen som beskrevet ovenfor, kan dokumentationen erstattes af:

- en *erklæring under ed*, eller
- hvis erklæring under ed ikke anvendes, kan ordregiver acceptere en *tro og love-erklæring* afgivet for en kompetent retslig eller administrativ myndighed, en notar eller en kompetent faglig organisation i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret.¹¹

Ordregiveren *skal* acceptere de ovennævnte former for dokumentation, som følger af § 153, selv om ordregiveren i udbudsmaterialet har stillet andre dokumentationskrav.

Der kan være forskel på den form for dokumentation, som ordregiveren skal kræve, alt afhængig af hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted. De forskellige situationer beskrives i det følgende.

2.3.1 Dokumentation fra danske ansøgere og tilbudsgivere

Danske ansøgere eller tilbudsgivere har mulighed for at anmode om en *serviceattest* hos Erhvervsstyrelsen. Serviceattesten kan rumme alle de oplysninger, der er relevante for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. Som følge heraf er det alene nødvendigt for ordregiver at verificere, at danske virksomheder er i besiddelse af en korrekt udfyldt serviceattest.

I forbindelse med indhentning af serviceattest skal ansøgere og tilbudsgiverne og personer i ansøgeres/tilbudsgiveres ledelse give samtykke til, at Erhvervsstyrelsen må indhente oplysninger fra Kriminalregisteret vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1.

Når der er anmodet om en serviceattest og Erhvervsstyrelsen har modtaget de relevante samtykkeerklæringer, kan Erhvervsstyrelsen indhente de oplysninger, der fremgår af Kriminalregisteret. Det er de samme oplysninger, som vil fremgå af den private straffeattest, hvilket vil sige overtrædelser af straffeloven – domme, bøder, frakendelser og tiltalefrafald med vilkår.¹² Oplysningerne fremgår af straffeattesten i:

- to år for bøder og tiltalefrafald med vilkår,
- tre år for betingende domme, og
- fem år for ubetingede straffe.

Oplysningerne fra Kriminalregisteret er imidlertid ikke altid fuldt ud dækkende for den dokumentation, der kræves i forbindelse med § 135, stk. 1. Det skyldes, at ordregiveren er forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere fra deltagelse i udbudsprocedurer i fire år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af § 135, stk. 1, jf. § 138, stk. 5. Oplysningerne i den private straffeattest vil i mange tilfælde alene fremgå i en kortere periode og kan derfor sjældent stå alene. Derudover angår oplysningerne fra Kriminalregisteret alene overtrædelser af straffeloven samt lov om euforiserende stoffer og lov om tilhold. Overtrædelser af anden lovgivning, der kan være relevant i for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, fremgår ikke.

Det er ikke muligt i Danmark at få udstedt dokumentation for de forhold, der ikke fremgår af straffeattesten. Som følge heraf indeholder samtykkeerklæringen, der skal afleveres sammen med anmodningen om en serviceattest, også en *erklæring på tro og love*, hvor man over for Erhvervsstyrelsen

¹¹ Jf. § 153, stk. 2.

erklærer, at man ikke inden for de seneste fire år ved endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for en eller flere af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, som ikke er indeholdt i den private straffeattest.

Som følge heraf er serviceattesten en kombination af dokumentation af oplysninger indhentet fra Kriminalregisteret og en tro og love-erklæring.

Erhvervsstyrelsen indhenter også oplysninger fra ATP og SKAT, hvorefter det fremgår af serviceattesten, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, som dokumentation for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 3 og § 137, stk. 1, nr. 7, hvis denne udelukkelsesgrund anvendes.

Derudover indhenter Erhvervsstyrelsen oplysninger fra skifteretten, for så vidt angår udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 2, samtidig med at Erhvervsstyrelsen selv er i besiddelse af oplysninger om virksomheders status.

Alle indhentede oplysninger samt afgivne tro og love-erklæringer danner grundlag for udstedelsen af serviceattesten. Herved medfører serviceattesten, at ansøgere og tilbudsgivere kan vælge at benytte én samlet indgang til det offentlige og få udstedt et samlet dokument om udelukkelsesgrundene.

Som tidligere beskrevet er ordregiveren ikke alene forpligtet til at acceptere serviceattesten, men skal også acceptere anden dokumentation, der opfylder kravene i § 153, stk. 1. Som følge heraf skal en ordregiver også acceptere, hvis en dansk ansøger eller tilbudsgiver indsender straffeattester samt erklæringer fra ATP, SKAT og skifteretten, som viser, at ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Som tidligere anført vil det dog ikke være tilstrækkeligt at indsende straffeattester og ovenstående erklæringer fra ATP og SKAT, idet straffeattesten som regel ikke rummer samtlige relevante oplysninger. Som følge heraf skal ordregiveren også modtage erklæringer i henhold til § 153, stk. 2, for de dele af udelukkelsesgrundene, der ikke kan dokumenteres via straffeattester samt erklæringer. Det kan, jf. § 153, stk. 2, eksempelvis være ved erklæringer afgivet for en notar.

2.3.2 Danske ansøgere eller tilbudsgivere med udenlandske medlemmer af ledelsen

Serviceattesten kan også rumme udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder. De udenlandske medlemmer skal udfylde navn og fødselsdato i anmodningen om serviceattesten, hvorefter Erhvervsstyrelsen indhenter de relevante oplysninger fra Kriminalregisteret i Danmark. Straffeattesterne indeholder som beskrevet i afsnit 2.3.1 ovenfor ikke alle relevante oplysninger. Som følge heraf skal de udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder på linje med deres danske kollegaer afgive en tro og love-erklæring for de dele, der ikke er omfattet af straffeattesten.

Baggrunden for, at Erhvervsstyrelsen indhenter oplysninger fra det danske Kriminalregister er, at der i § 153, stk. 1 og 2, henvises til dokumentation fra det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted. Det betyder, at det som udgangspunkt vil være tilstrækkeligt at indhente oplysninger fra Kriminalregisteret i Danmark for udenlandske medlemmer af ledelsen hos danske ansøgere og tilbudsgivere. Ordregiver har ret til at kræve dokumentation fra andre lande end det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted, når dette sker i overensstemmelse med principperne. Eksempelvis kan oplysninger om overtrædelser i andre lande begrunde, at ordregiveren foretager en effektiv kontrol, jf. § 159, stk. 3. Dette kan ske ved, at ordregiveren kræver, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation fra disse lande. Udelukkelsesgrundene er ikke stedligt afgrænsede, og derfor er udgangspunktet, at enhver dom for forhold omfattet af udelukkelsesgrundene medfører udelukkelse, uanset hvor denne dom er afsagt.

2.3.3 Ansøgere og tilbudsgivere fra andre EU-/EØS-lande

Hvad angår virksomheder fra andre lande i EU og EØS, skal ordregiver primært kræve den

dokumentation, der fremgår af e-Certis, jf. § 152, stk. 3. Det betyder også, at ansøgere eller tilbudsgivere kan henholde sig til de dokumentationstyper, som medlemsstaten har oplyst til e-Certis, når det skal vurderes, hvilken dokumentation der er tilstrækkelig.

Ansøgere og tilbudsgivere kan også vælge at aflevere anden dokumentation end den, der fremgår af e-Certis, og som er krævet af ordregiver, såfremt dokumentationen lever op til kravene i § 153, da ordregiver skal acceptere sådan dokumentation.

Hvis den fremsendte dokumentation giver anledning til tvivl, er ordregiveren forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af dokumentationen, jf. § 159, stk. 3. Denne kontrol kan foretages ved brug af Internal Market Information system (IMI), der er nærmere beskrevet i afsnit 2.4.2 nedenunder.

2.3.4 Ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU/EØS

Såfremt en ansøger eller tilbudsgiver har hjemsted uden for EU, finder reglerne om dokumentation i § 153 tilsvarende anvendelse, således at ordregiver alene kan kræve de certifikater, attester, erklæringer og anden dokumentation, som fremgår af § 153. Udbudsloven sonderer ikke mellem ansøgere og tilbudsgivere fra forskellige lande, og derfor vil kravene til dokumentation efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være ens for alle ansøgere og tilbudsgivere.

Idet lande uden for EU ikke figurerer i e-Certis, vil ordregiver ofte ikke have kendskab til, hvilken specifik dokumentation der skal kræves. Som følge heraf kan ordregiveren ved henvendelse til myndighederne i de respektive lande undersøge, hvilken dokumentation der viser, at virksomheden ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver kan undlade at kræve specifik dokumentation fra ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU/EØS, men blot kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation i henhold til § 153. Herefter kan ansøgere og tilbudsgivere fremlægge den dokumentation, som de vurderer sætter ordregiverne i stand til at verificere, at ansøgerne eller tilbudsgiverne ikke er omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde.

2.3.5 Ledelsesmedlemmer med dobbelt statsborgerskab

Flere medlemsstater i EU, herunder Danmark, tillader dobbelt statsborgerskab. Når en person fra ledelsen har dobbelt statsborgerskab, er det relevant at vurdere, hvilket land dokumentationen skal stamme fra. Udbudsloven tager ikke stilling til spørgsmålet. Når der er tale om en dansk virksomhed med et medlem af ledelsen, der har dobbelt statsborgerskab, kan serviceattesten finde anvendelse, jf. afsnit 2.3.1 ovenfor.

Hvor ordregiveren ikke har krævet dokumentation fra et specifikt land, vil det være det konkrete ledelsesmedlem, der vælger, hvilken dokumentation der fremsendes til ordregiveren. Ordregiveren skal herefter vurdere, hvorvidt der er tale om en fyldestgørende dokumentation. I de situationer, hvor den fremsendte dokumentation giver anledning til tvivl, vil ordregiveren i henhold til § 159, stk. 3, være forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af dokumentationen.

Ordregiver kan dog i udbudsmaterialet præcisere, hvilket land personer med dobbelt statsborgerskab skal sende dokumentation fra, fx landet, hvor personen har statsborgerskab og er bosiddende.

2.3.6 Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på

Ansøgere og tilbudsgivere, som baserer sig på andre enheders økonomiske, finansielle, tekniske eller faglige formåen, skal dokumentere, at de pågældende enheder ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1 og 3, samt i § 137, stk. 1, nr. 2 og 7, hvis relevant, jf. lovbemærkningerne til § 144, stk. 4, nr. 2.

Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal vedlægge et særskilt ESPD for hver enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, som *foreløbigt bevis* for ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. § 148, stk. 2, nr. 1.

Ordregiveren skal endvidere inden kontrakttildeling kræve, at de enheder, som den vindende tilbudsgiver baserer sig på, på samme måde som tilbudsgiveren selv, dokumenterer, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1 eller 3, samt, hvis relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller nr. 7, jf. lovbemærkningerne til § 144, stk. 4.

De enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, skal således fremlægge dokumentation på samme måde og på samme tid som ansøgere og tilbudsgivere.

Hvis en enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, er omfattet af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, følger det af § 144, stk. 5, at ordregiveren skal kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren *erstatte* støtteenheden med en anden. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for erstatning af enheden. Det skal bemærkes, at støtteenheder også er omfattet af reglerne om dokumentation af pålidelighed i § 138 (self-cleaning), jf. lovbemærkning til § 144, stk. 5. Som følge heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at såfremt enheden ikke kan dokumentere sin pålidelighed, jf. § 138, skal ansøgeren eller tilbudsgiveren gives en passende frist til at erstatte enheden i medfør § 144, stk. 5.

Ordregiveren kan kun acceptere en erstattende enhed, når det vurderes, at erstatningen ikke kan have haft afgørende betydning for udvælgelsen, jf. lovbemærkningerne til § 144, stk. 5. Det kan være relevant, hvis den nye enhed ikke har en tilstrækkelig formåen. Ordregiveren skal således inden erstatningen foretage en vurdering af udvælgelsen af den nye enhed.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver skal gives mulighed for at erstatte en støttende enhed i medfør af § 144, stk. 5, understøttes af Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 18. januar 2019, *ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB*. Sagen angik anvendelse af en lignende regel i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79.¹³ Selv om sagen således ikke angik udbudslovens § 144, stk. 5, henviste Klagenævnet for Udbud selv til denne regel i sin vurdering, hvorfor kendelsen også er relevant for fortolkning af udbudsloven.

Der er imidlertid også en forskel på forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79 og udbudslovens § 144, stk. 5: Artikel 79 forpligter til udskiftning, hvis der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde, eller hvis enheden ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed, og det er frivilligt for ordregiveren at forlange udskiftning, hvis enheden er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. § 144, stk. 5 forpligter til udskiftning ved både de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde.

Alstom-sagen omhandlede en situation, hvor en udvalgt ansøger ønskede at erstatte en støtteenhed, da det viste sig, at ansøgeren havde udfyldt ESPD forkert, således at støtteenheden ikke levede op til fastsat minimumskrav til egnethed.

Selv om kendelsen således ikke vedrørte erstatning af enheden som følge af, at den var omfattet af udelukkelsesgrundene, belyser kendelsen en række generelle problemstillinger vedrørende anvendelse af reglen. Det følger således af kendelsen, at bestemmelsen efter omstændigheder kan finde anvendelse så vel før som efter udvælgelsen. Det følger også af kendelsen, at reglen i § 144, stk. 5, også kan finde

¹³ Direktiv 2014/25/EU, art. 79, stk. 2, 2. afsnit.

anvendelse i tilfælde, hvor den situation, som medfører udelukkelse, er til stede allerede på tidspunktet for ansøgningen og således uanset, om oplysninger i ESPD'et har været forkerte. Reglen kan endvidere finde anvendelse, uanset om udskiftningen ønskes som følge af forhold, som ligger uden for tilbudsgiverens eller ansøgerens kontrol. Endelig kan reglen finde anvendelse, uanset om ordregiveren har indskrænket anvendelsen heraf i udbudsmaterialet, da reglen giver rettigheder til ansøgere og tilbudsgivere, som ikke kan fraviges af ordregiveren.

Klagenævnet for Udbud fastslog, at udskiftning af en støtteenhed ikke i sig selv vil være i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne. Hvorvidt udskiftningen vil være i strid med principperne, skal ifølge Klagenævnet bero på de nærmere omstændigheder ved det pågældende udbud, herunder hvornår i processen ordregiveren får pligt til at anmode om udskiftning og hvilken virksomhed ansøgeren/tilbudsgivere ønsker at indsætte i stedet. I den konkrete situation kom Klagenævnet for Udbud frem til, at udskiftning af støtteenheden ikke ville give ansøgeren en konkurrencemæssig fordel.

2.3.7 Underleverandører, hvis kapacitet ansøgere eller tilbudsgivere ikke baserer sig på

Ordregiver *kan* kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal erklære, at underleverandørerne ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, jf. § 177, stk. 5. Ordregiveren er imidlertid ikke forpligtet hertil.

Erklæringen om ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene kan fremsættes i forbindelse med ansøgningen eller tilbuddet. Der er ikke nærmere formkrav til erklæringen. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 177, stk. 5, at "*underleverandørens erklæring i henhold til § 177, stk. 5, kan fremsendes som et fælles europæisk udbudsdokument i henhold til §§ 148-151*". Ansøgere eller tilbudsgivere kan således fremlægge et ESPD på vegne af underleverandøren. Hvis ordregiver kræver, at erklæringen afgives ved ESPD, er det nærliggende, at ordregiver også kræver, at den vindende tilbudsgiver fremlægger dokumentation i medfør af § 151, stk. 1, da ESPD alene udgør foreløbig dokumentation for ikke-udelukkelse, jf. § 148.

Hvis ordregiver ønsker, at erklæringen afgives ved ESPD, skal det angives i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Det samme gælder for dokumentationskravene. Det vil efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være i overensstemmelse med principperne, hvis en ordregiver i udbudsmaterialet beskriver, at underleverandører skal aflevere et ESPD i henhold til § 148 samt dokumentation i henhold til § 153.¹⁴

Hvis ordregiveren konstaterer, at en underleverandør er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde i henhold til §§ 135-137, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren erstattes. Det skal hertil bemærkes, at reglerne om self-cleaning i § 138 også finder anvendelse for underleverandører, jf. lovbemærkningerne til § 177, stk. 5. Det skyldes, at alle virksomheder, uanset hvordan de er involveret i en udbudsprocedure, skal have mulighed for at foretage self-cleaning, hvorved det sikres, at det ikke er uproportionalt at udelukke disse virksomheder. Det betyder, at en underleverandør skal erstattes, hvis denne ikke kan eller vil foretage self-cleaning.

Det er ansøgere og tilbudsgivere selv, der vælger, hvorledes de vil strukturere sig, og der er ikke pligt til, at underleverandørerne er udpeget på tidspunktet for afgivelse af ansøgning eller tilbud. Ofte vil der således ikke være udpeget underleverandører på disse tidspunkter. Udbudsloven indeholder ikke krav om, at underleverandører skal oplyses i ansøgningen eller tilbuddet, men det fremgår af § 177, stk. 2, at ordregiver via en kontraktklausul skal forpligte den valgte leverandør til at oplyse navn,

¹⁴ Denne forståelse af reglerne harmonerer endvidere med udbudsdirektivets artikel 71, stk. 6, litra b), hvoraf det fremgår, at ordregiver "*kan i overensstemmelse med artikel 59, 60 og 61 kontrollere (...), om der er grunde til at udelukke underentreprenører i henhold til artikel 57*".

kontaktoplysninger og juridisk repræsentant for de underleverandører, der benyttes i forbindelse med udførelsen af kontrakten. Oplysningerne skal indleveres til ordregiver senest, når gennemførelsen af kontrakten påbegyndes, hvis oplysningerne er tilgængelige på dette tidspunkt. I sådanne situationer og hvor ordregiveren kræver, at der fremlægges ESPD og/eller anden dokumentation for underleverandører, fremlægger underleverandøren ESPD eller anden dokumentation *uden ugrundet ophold, efter at* underleverandøren er blevet udpeget, jf. lovbemærkningerne til § 177, stk. 5.

2.4 VERIFIKATION AF DOKUMENTATIONEN

Ordregiver skal som nævnt inden tildeling af kontrakt *verificere*, at den vindende tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, jf. § 159, stk. 2.

Ordregiveren kan i forbindelse med verifikationen henholde sig til den dokumentation, som denne har modtaget fra ansøgere eller tilbudsgivere, og som lever op til kravene i § 153. I tvivlstilfælde skal ordregiveren foretage en *effektiv kontrol* af oplysningerne og dokumentationen, jf. § 159, stk. 3.

Det kan eksempelvis give anledning til tvivl, hvis ordregiver modtager andre typer af dokumentation, end hvad ordregiveren har krævet eller tidligere har set. Endvidere kan dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater i EU eller fra lande uden for EU give anledning til tvivl.

Det gennemgås i øvrigt i afsnit 5.7 nedenfor, i hvilke situationer ordregiver har en undersøgelsespligt.

I det følgende afsnit 2.4.1 – 2.4.3 behandles, hvordan ordregiveren kan foretage en effektiv kontrol og dermed verificere, at dokumentationen fra ansøgere eller tilbudsgivere er et bevis for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

For så vidt angår de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1 og 3-6, er det som tidligere nævnt ordregiveren, der skal løfte bevisbyrden for, om en ansøger eller en tilbudsgiver befinder sig i en situation, som medfører udelukkelse. Ordregiveren har som udgangspunkt ikke en *generel pligt* til at undersøge, hvorvidt alle ansøgere eller tilbudsgivere befinder sig i de situationer, som er omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde. Sådant en *undersøgelsespligt* indtræder alene i *tvivlstilfælde*, jf. udbudslovens § 159, stk. 3. Det gennemgås nedenfor i afsnit 2.4.4, hvordan ordregiveren kan løfte sin bevisbyrde for, om ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6.

2.4.1 Verifikation af dokumentation fra danske virksomheder

For danske virksomheder vil serviceattesten som tidligere beskrevet være tilstrækkelig dokumentation. Serviceattesten skal dog opfylde visse krav, før den kan fungere som dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. Virksomheder, der anmoder om en serviceattest, har mulighed for at afkrydse, hvilke forhold Erhvervsstyrelsen skal undersøge. Det betyder, at der kan udstedes serviceattester, hvor Erhvervsstyrelsen ikke har indhentet dokumentation fra eksempelvis SKAT. Som følge heraf skal ordregiveren verificere, at serviceattesten indeholder samtlige relevante oplysninger.

Ordregiveren skal således verificere, at serviceattesten indeholder logoer og beskrivelser fra følgende myndigheder:

- Erhvervsstyrelsen,
- Danmarks Domstole,
- Politiet,

- ATP, og
- SKAT.

Helt konkret skal ordregiveren verificere:

- at Erhvervsstyrelsen erklærer, at virksomheden er registreret i overensstemmelse med dansk lovgivning og har status ”normal” eller ”aktiv” i CVR,
- at Danmarks Domstole erklærer, at virksomheden ikke er erklæret konkurs, er under rekonstruktion eller er taget under likvidation som følge af forudgående tvangsopløsning,
- at politiet erklærer, at virksomheden ikke er dømt for forhold omfattet af § 135, stk. 1,
- at der er afgivet erklæring på tro og love for, at virksomheden eller et medlem af virksomhedens ledelse ikke er dømt for forhold omfattet af § 135, stk. 1, inden for de seneste fire år, og
- at ATP og SKAT erklærer, at virksomheden har opfyldt sine forpligtelser, for så vidt angår betaling af hhv. sociale sikringsordninger og skatter og afgifter i henhold til lovgivningen i Danmark, eller alternativt om gælden er over/under 100.000 kr. vedrørende § 135, stk. 3, og § 137, stk. 7.

Angående udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 2, skal virksomheder udelukkes fra udbud, hvis ordregiveren har tilkendegivet, at den frivillige udelukkelsesgrund finder anvendelse, og hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren:

- er erklæret konkurs,
- er under insolvens- eller likvidationsbehandling,
- har aktiver, der administreres af en kurator eller af retten,
- er under tvangsakkord, eller
- har erhvervsvirksomhed, der er blevet indstillet, eller denne befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning der, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er hjemmehørende.

Alle disse forhold fremgår ikke eksplicit af serviceattesten, idet den nuværende tekst angående § 137, stk. 1, nr. 2, anfører følgende:

”... virksomheden ikke er erklæret konkurs, under rekonstruktion eller er taget under likvidation som følge af forudgående tvangsopløsning ved nærværende ret” samt ” ... virksomheden er registreret i overensstemmelse med dansk lovgivning, og har status ’normal’ eller ’aktiv’ i Det Centrale Virksomhedsregister (CVR)”.

Selv om alle delene ikke fremgår direkte af serviceattesten, indgår de i den undersøgelse, som Erhvervsstyrelsen foretager.

Såfremt serviceattesten ikke indeholder alle de nævnte myndighedspunkter, herunder alle logoer, vil serviceattesten ikke være tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

Særligt for så vidt angår dokumentation fra den relevante personkreds, er det normalt forekommende, at ledelsen i virksomheder udskiftes jævnligt. Da ansøgeren eller tilbudsgiveren har pligt til at indsende dokumentation fra den relevante personkreds, kan ordregiveren kan lægge til grund, at dokumentationen vedrører den relevante personkreds. Såfremt det giver anledning til tvivl, kan der dog være en pligt til at foretage en effektiv kontrol, jf. § 159, stk. 3.

2.4.2 Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater

Hvad angår ansøgere eller tilbudsgivere fra andre lande i EU, kan ordregiver undersøge e-Certis¹⁵.

Ordregiveren kan bruge e-Certis og vurdere, om dokumentationen fremsendt af ansøgere eller tilbudsgivere er i overensstemmelse med den dokumentation, der står anført i e-Certis.

Idet medlemsstaterne implementerer udbudsdirektivet på forskellige måder og i henhold til de muligheder, der eksisterer i det enkelte land, kan der opstå situationer, hvor ordregiveren ikke modtager certifikater fra kompetente myndigheder, men derimod anden dokumentation. Eksempelvis kan der være lande, hvor der ikke udstedes certifikater eller attester fra kriminalregisteret for de overtrædelser, der er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. Udbudsdirektivet har i artikel 60, stk. 2, litra b), der er implementeret i udbudslovens § 153, stk. 2, taget højde for denne situation, ved at der i disse situationer skal accepteres anden dokumentation, som er oplyst i de beskrevne bestemmelser.

Ansøgere og tilbudsgivere fra en anden medlemsstat skal opfylde reglerne for dokumentation, som de er implementeret i det land, hvor tilbudsgiveren kommer fra. Det fremgår af § 153, stk. 1, nr. 2, at en ordregiver som dokumentation skal acceptere et certifikat udstedt af den kompetente myndighed i det ”pågældende land”. Hvis der ikke er mulighed for udstedelse af et certifikat i det pågældende land, vil anden dokumentation, som beskrevet i § 153, stk. 2, skulle accepteres.

Det vil forudsætte et indgående kendskab til den konkrete implementering samt mulighederne for at udstede certifikater i en specifik medlemsstat, hvis en dansk ordregiver skal konstatere, at der var sket en forkert implementering, hvorefter dokumentationen er i strid med udbudsdirektivet. Som følge heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregivere i Danmark som udgangspunkt kan lægge til grund, at andre medlemsstater har implementeret udbudsdirektivet korrekt. Derfor vil ordregivere i Danmark kunne lægge oplysningerne i e-Certis til grund, når der kræves dokumentation.

Såfremt ordregiverne er i tvivl om, hvorvidt dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra en anden medlemsstat er fyldestgørende, kan de relevante myndigheder i de respektive medlemsstater kontaktes for at verificere, at dokumentationen er egnet. I den forbindelse kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bistå ordregivere i Danmark. EU har til formålet udviklet et værktøj, Internal Market Information (IMI). IMI er et onlineværktøj, der forbinder myndighederne i de forskellige lande og giver mulighed for udvekslingen af oplysninger mellem EU-landene. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan via IMI-værktøjet lave en anmodning til myndigheder i andre lande, der kan verificere, hvorvidt dokumentationen viser, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

2.4.3 Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra lande uden for EU

Hvad angår ansøgere eller tilbudsgivere fra lande uden for EU, er der ikke en oversigt over former for dokumentation for de enkelte lande, som det ses med e-Certis. Derudover er lande uden for EU ikke omfattet af IMI-systemet.

Som ovenfor beskrevet sonderer udbudsloven ikke imellem ansøgere og tilbudsgivere fra lande i og uden for EU, og derfor er dokumentationskravene ens. Derfor skal ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU opfylde samme krav og aflevere dokumentation, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren (samt ledelsen for så vidt angår § 135, stk. 1) ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

¹⁵ Som tidligere beskrevet er e-Certis en onlinedatabase, som indeholder oversigter over og vejledninger til de enkelte medlemsstaters certifikater og oplysninger, som økonomiske aktører ofte skal bruge i forbindelse med at afgive en ansøgning eller et tilbud i forbindelse med offentlige indkøb over tærskelværdien.

Som tidligere beskrevet kan ordregiveren som udgangspunkt lægge den fremlagte dokumentation til grund som bevis, medmindre dokumentationen eller andre forhold giver anledning til tvivl. Dokumentationen kan eksempelvis være i form af straffeattester eller lignende uddrag fra offentlige registre.

2.4.4 Verifikation af, om ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6

Med henblik på at løfte sin bevisbyrde for, at ansøgere/tilbudsgivere befinder sig i en af de relevante situationer, som medfører udelukkelse i medfør af § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-6, kan ordregiver have behov for at indhente en række oplysninger om ansøgere/tilbudsgivere.

Der gennemgås i det følgende eksempler på, hvordan ordregiveren kan løfte sin bevisbyrde for, at ansøger eller tilbudsgiver befinder sig i den pågældende udelukkelsessituation. Det skal bemærkes, at der ikke er tale om en udtømmende liste af muligheder, således at andre former for dokumentation efter omstændighederne kan være relevante.

Overtrædelse af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler, jf. § 137, stk. 1, nr. 1

Efter omstændighederne kan ordregiveren løfte bevisbyrden ved at påvise, at det ved en endelig dom, voldgiftskendelse, påbud fra Arbejdstilsynet eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn er konstateret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser. Derudover kan syn og skøn samt dokumentation fra andre eller andres erfaringer være et passende middel, der påviser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser.

Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, jf. § 137, stk. 1, nr. 3

Ordregiveren kan efter omstændighederne løfte bevisbyrden for udelukkelse i medfør af denne udelukkelsesgrund, hvis ordregiveren kan påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at denne udelukkelsesgrund også kan anvendes i de situationer, som er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse¹⁶. Derfor kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller dokumentation fra egne eller andres erfaringer.

Konkurrencefordrejende aftaler, jf. § 137, stk. 1, nr. 4

For at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver i medfør af denne udelukkelsesgrund skal ordregiveren kunne godtgøre, at der er tilstrækkeligt plausible indikationer for at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Det forhold, at ordregiveren kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, allerede hvis der foreligger tilstrækkelige *plausible indikationer*, betyder, at ordregiverens bevisbyrde i relation til denne udelukkelsesgrund er lempeligere end ved udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1, 3, 5 og 6.

Det vil være en konkret vurdering, hvad der er plausible indikationer, men det vil være tilstrækkeligt, hvis ordregiveren fremlægger dokumentation, der troværdigt indikerer, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Det kan fx være

¹⁶ Jf. præambelbetragtning 101 til udbudsdirektivet.

tilfældet, hvis der er rejst tiltale mod en ansøger eller tilbudsgiver for at have indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Derudover kan oplysninger fra andre myndigheder være tilstrækkelige.¹⁷

EU-Domstolen har i sag C-124/17 af 24. oktober 2018, *Vossloh Laeis*, imidlertid udtalt følgende om anvendelse af denne udelukkelsesgrund:

*”Der synes så meget desto mere at være grundlag for en sådan løsning, når henses til, som genereladvokaten har anført i pkt. 83-85 i forslaget til afgørelse, konkurrencebegrænsende adfærd først kan dokumenteres efter vedtagelsen af en sådan afgørelse, der retligt kvalificerer de materielle forhold som sådan”.*¹⁸

Genereladvokatens forslag til afgørelse i sagen, som EU-Domstolen henviser til, lyder således:

*”Dette kriterium kan efter min opfattelse også anvendes uden fortolkningsmæssige problemer, når der er tale om konkurrencebegrænsende adfærd, som kun kan anses for dokumenteret (under formodning om uskyld) i en enten administrativ eller retslig afgørelse”.*¹⁹

EU-Domstolens afgørelse kunne tyde på, at konkurrencefordrejende aftaler kun kan dokumenteres, når der foreligger en endelig administrativ eller retslig afgørelse, dvs. enten myndighedsafgørelse eller dom. Den konkrete situation i *Vossloh Laeis*-sagen var, at ordregiver ikke havde været bekendt med den konkurrencebegrænsende adfærd før konkurrencemyndighedens afgørelse. Og det vil ofte være tilfældet, da en sådan adfærd generelt foregår skjult og er svær at konstatere og bevise. Da bestemmelsen imidlertid udtrykkeligt fastslår, at ”plausible indikationer” er tilstrækkeligt, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver også må kunne påvise adfærden ved andre dokumentationsformer, som udtrykkeligt påviser, at der med en stor grad af sandsynlighed er sket en overtrædelse.

Tidligere væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt mv., jf. § 137, stk. 1, nr. 5

Ordregiveren kan løfte sin bevisbyrde for udelukkelse som følge af væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt ved fx at påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer, kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse.

Forsøg på at påvirke ordregiverens beslutningsproces mv., jf. § 137, stk. 1, nr. 6

Denne udelukkelsesgrund knytter sig til det konkrete udbud. Det vil som udgangspunkt ikke være nødvendigt at indhente oplysninger eller dokumentation om ansøgenes/tilbudsgivernes forhold for at vurdere udelukkelse efter denne udelukkelsesgrund, og ordregiver kan henholde sig til egen dokumentation.

2.5 GYLDIGHEDSPERIODE FOR DOKUMENTATION VEDRØRENDE

UDELUKKELSESGRUNDE

Danske ansøgere og tilbudsgivere kan som tidligere nævnt benytte serviceattesten som dokumentation for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. Der er ikke knyttet en specifik gyldighedsperiode til serviceattesten, men serviceattesten vil alene kunne bruges som

¹⁷ Jf. lovbemærkninger til § 137, stk. 1, nr. 4.

¹⁸ Præmis 39.

¹⁹ Pkt. 83 i forslaget til afgørelse.

dokumentation, hvis serviceattesten er egnet til at vise, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. I denne forbindelse kan serviceattestens alder være relevant. Det vil bero på en konkret vurdering, hvor længe serviceattesten vil være gyldig. Eksempelvis kan brancheforhold indgå i vurderingen.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at serviceattesten som udgangspunkt vil være gyldig i 6- 12 måneder fra datoen for udstedelse. Hvorvidt gyldighedsperioden for serviceattesten er tættest på de 6 måneder eller på de 12 måneder, vil være en konkret vurdering. Endvidere kan konkrete forhold medføre en kortere gyldighedsperiode, således at udgangspunktet på de 6-12 måneder skal fraviges.

Baggrunden for udgangspunktet om en gyldighedsperiode på 6-12 måneder er, at hovedparten af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsloven angår forhold, der ganske sjældent forekommer. Det gør sig gældende for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. Derimod vil det hyppigere forekomme, at en ansøger eller tilbudsgiver har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr. i henhold til § 135, stk. 3. På baggrund heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en serviceattest, der er 6-12 måneder gammel, som udgangspunkt vil være egnet til at vise, at den pågældende ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, medmindre konkrete omstændigheder tilsiger noget andet.

Serviceattester, der er udstedt mindre end seks måneder forud for tildelingen, vil i forhold til udgangspunktet være egnede. Dog kan en viden om, at der er hyppige overtrædelser af udelukkelsesgrundene inden for en bestemt branche, medføre, at en seks måneder gammel serviceattest ikke er egnet, og at der i stedet skal fremlægges en nyere serviceattest.

Når ordregiveren har vurderet, hvor gammel en serviceattest må være i det konkrete udbud, bør denne periode oplyses i udbudsmaterialet. Herefter kan ansøgere og tilbudsgivere indrette sig efter denne periode. I vurderingen af gyldighedsperioden for serviceattesten bør ordregiveren efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse inddrage hensynet til transaktionsomkostninger i forbindelse med udbuddet, således at gyldighedsperioden ikke fastsættes kortere end nødvendigt. Det skyldes, at det er forbundet med omkostninger hos ansøgere og tilbudsgivere at få udstedt en serviceattest. Det er særligt relevant i forbindelse med udbud af rammeaftaler med genåbning af konkurrencen, idet der som udgangspunkt skal indhentes dokumentation forud for hver tildeling, medmindre den dokumentation, som ordregiveren allerede er i besiddelse af, stadig væk er egnet.²⁰

Hvad angår dokumentation fra ansøgere og tilbudsgivere fra andre EU-lande, kan det fremgå af e-Certis, hvor lang en gyldighedsperiode dokumentationen har. Under punktet ”gyldighed” kan de enkelte medlemsstater således angive, hvor lang tid den enkelte dokumentation er gyldig. Det er dog muligt for medlemsstater at undlade at specificere gyldigheden, og i disse situationer må det bero på en konkret vurdering, om en dokumentation er gyldig. Denne vurdering svarer til den vurdering, der foretages i forbindelse med serviceattesten.

Gyldighedsperioden skal også overvejes for så vidt angår personerne i ledelsen, idet serviceattesten skal fungere som dokumentation for den samlede personkreds. Personer, der indtræder i bestyrelsen i løbet af gyldighedsperioden, vil ikke være omfattet af serviceattesten, og som følge heraf vil der skulle udstedes en ny serviceattest, hvis attesten skal bruges som dokumentation for den samlede personkreds. Alternativt kan indleveres supplerende dokumentation for den ændrede personkreds, som fx straffeattester mv.

²⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i et konkret udbud af konsulentytelser efter en konkret vurdering af branche fastsat en gyldighedsperiode på 12 måneder.

2.6 TIDSPUNKTET FOR UDELUKKELSE

Når ordregiveren i forbindelse med udbudsprocessen konstaterer, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, samt, hvis relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, er ordregiveren forpligtet til at udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Udelukkelsesperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, er fire år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, jf. § 138, stk. 5. Udelukkelsesperioden for udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 3, samt for de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1-6, er to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling, jf. § 138, stk. 6.

Særligt for så vidt angår udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1 og 3-5, giver det anledning til tvivl, hvad der skal forstås ved ”den relevante hændelse eller handling”.

Det fremgår af lovbemærkninger til § 138, stk. 6, at ”den relevante hændelse eller handling” skal forstås som tidspunktet for den adfærd, som danner grundlag for udelukkelse.

I den førnævnte EU-Domstol-afgørelse i *Vossloh Laeis-sagen*²¹, kom EU-Domstolen frem til, at ”den relevante hændelse eller handling”, for så vidt angår udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4 (om konkurrencefordrejende adfærd), skal forstås som tidspunktet for denne myndighedsafgørelse, når der foreligger en myndighedsafgørelse om overtrædelsen. EU-Domstolen begrundede sin afgørelse med, at dette tidspunkt er i overensstemmelse med tidspunktet for beregning af udelukkelsesperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde og i øvrigt følger af forudsigeligheds- og retssikkerhedshensyn²².

I sagen C-41/18, *Meca Srl mod Comune di Napoli*²³, kom EU-Domstolen imidlertid frem til, at en national ordning, hvorefter en ansøgers/tilbudsgivers anlæggelse af et civilretligt søgsmål til prøvelse af ordregivers beslutning om ophævelse af kontrakt som følge af væsentlig misligholdelse afskærer ordregiveren fra at udelukke vedkommende ansøger/tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, er i strid med udbudsdirektivet. Det betyder, at for så vidt angår udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 3 (om alvorlige forsømmelser) og 5 (om væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt), som den konkrete sag omhandlede, er ordregiveren ikke forpligtet til at afvente en dom for overtrædelsen, men har et skøn ved vurderingen af grundlaget for udelukkelsen.

I *Meca-sagen* begrundede EU-Domstolen sin afgørelse med, at de konkrete udelukkelsesgrunde om alvorlige forsømmelser og væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt angår ansøgers/tilbudsgivers pålidelighed, og at vurdering af pålideligheden skal foretages af ordregiver og ikke af en domstol eller en anden myndighed. Den nationale regel fratog således ordregiver dens skønsbeføjelse i forbindelse med vurderingen af en ansøgers/tilbudsgivers pålidelighed.²⁴

Selv om EU-Domstolen i *Meca-sagen* ikke konkret har taget stilling til, hvornår udelukkelsesperioden begynder for de omhandlede udelukkelsesgrunde, må konsekvenser af dommen være, at udelukkelsesperioden begynder på et tidligere tidspunkt end ved en retslig afgørelse.

Meca-dommen kan således fortolkes i overensstemmelse med lovbemærkninger til udbudslovens § 138, stk. 6, for så vidt angår udelukkelsesgrundene om væsentlig misligholdelse om offentlig kontrakt

²¹ EU-Domstolens dom i C-124/17 af 24. oktober 2018.

²² Jf. C-124/17 af den 24. oktober 2018, *Vossloh Laeis*, præmis 38.

²³ EU-Domstolens dom i C-41/18 af 19. juni 2019.

²⁴ Præmisser 29-33.

sammenholdt med alvorlige forsømmelser, således at udelukkelsesperioden for de pågældende udelukkelsesgrunde skal beregnes fra tidspunktet for den adfærd, som medfører udelukkelse. Dette fordi ordregiver i disse situationer ikke skal afvente en dom eller en myndighedsafgørelse for at påvise udelukkelse, men kan udelukke på baggrund af sin skønmæssige vurdering af overtrædelsen.

Dette strider ikke nødvendigvis imod *Vossloh Laeis*-dommen, som fastslår, at udelukkelsesperioden skal beregnes på tidspunktet for en myndighedsafgørelse. *Vossloh Laeis*-dommen vedrørte den specifikke situation, hvor det formentligt ikke var muligt at konstatere overtrædelsen, uden at der forelå en myndighedsafgørelse. I sådanne situationer begynder udelukkelsesperioden først fra tidspunktet for myndighedsafgørelsen.

De to domme må således, sammenholdt med lovbemærkninger til § 138, stk. 6, føre til, at udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 1. og nr. 3-5 som udgangspunkt skal beregnes fra tidspunktet for den adfærd, som fører til udelukkelsen. Såfremt ordregiver objektivt ikke kan påvise, at der er udvist den relevante adfærd, før der foreligger en administrativ eller en retslig afgørelse, vil udelukkelsestidspunktet i sådanne situationer først begynde fra tidspunktet for afgørelsen.

Det skal bemærkes, at denne vurdering af begyndelsen af udelukkelsestidspunktet er forbundet med en vis usikkerhed, da de to domme også kan fortolkes til at pege i hver sin retning angående begyndelsen af udelukkelsesperioden.

Udelukkelsesgrundene kan indtræffe på forskellige tidspunkter, og som følge heraf er det nødvendigt at se på, hvornår der konkret vil være en pligt for ordregiver til at udelukke ansøger eller tilbudsgiver. Hvad angår udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, kan udelukkelse ske ”når som helst i løbet af proceduren”, jf. lovbemærkningerne til § 135, stk. 1.

Som tidligere nævnt, skal ordregiver inden tildeling af kontrakt verificere, at den valgte tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Vurderingen vil således blive foretaget inden *tildelingsbeslutningen*. Dog angiver lovbemærkningerne i § 135, stk. 1, at bestemmelsen skal forstås således, at tilbudsgiver skal udelukkes, hvis tilbudsgiveren inden *kontraktindgåelsen* er omfattet af udelukkelsesgrundene. Dette kan være relevant, hvis en tilbudsgiver efter tildelingen dømmes for forhold omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. Dette harmonerer med effektivitetsprincippet, hvorefter ordregiveren ikke skal indgå kontrakter med tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrundene. Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til § 138, stk. 5, at tidspunktet for tildelingsbeslutningen ikke må placeres under hensyn til, hvorvidt en tilbudsgiver bliver omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, eller ej.

På baggrund af det anførte er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at i henhold til ordlyden af udbudsloven er tildelingstidspunktet centralt, når ordregiveren vurderer, hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes i henhold til § 135, stk. 1. Det fritager dog ikke ordregiveren fra forpligtelsen til at udelukke en tilbudsgiver, der efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen, bliver omfattet af udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1.

Situationen er den samme vedrørende de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137²⁵ og vedrørende udelukkelsesgrunden i § 135, stk. 3.²⁶

²⁵ Jf. lovbemærkninger til § 137, som fastslår, at ”... forpligtelsen gælder fra det tidspunkt, hvor ordregiveren tager stilling til ansøgeren eller tilbudsgiverens egnethed og indtil kontraktindgåelse”.

²⁶ Jf. lovbemærkninger til § 135, stk. 3, hvoraf det fremgår, at en ansøger eller tilbudsgiver ”... i et begrænset udbud ikke må have ubetalt forfalden gæld til offentlige myndigheder på 100.000 kr. eller derover på tidspunktet for ansøgningsfristens udløb samt tiden indtil kontraktindgåelse. I et offentligt udbud er det afgørende tidspunkt tilbudsfristens udløb og tiden indtil kontraktindgåelse”.

Hvis det konstateres i kontraktens løbetid, at leverandøren er omfattet af udelukkelsesgrunde i §§ 135-137, kan ordregiveren, i henhold til § 185, stk. 1, nr. 2, bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør, når leverandøren var omfattet af en af udelukkelsesgrundene på tidspunktet for tildelingen af kontrakten.

Hensynet bag § 185, stk. 1, nr. 2, er, at ordregiveren ikke tildeler kontrakter til en tilbudsgiver, der var omfattet af udelukkelsesgrundene, og hvis det alligevel ved en fejl er sket, så skal kontrakten kunne bringes til ophør. Ordregiveren har ikke mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, hvis denne påviser sin pålidelighed ved at have foretaget en self-cleaning efter § 138. I relation til § 185, stk. 1, nr. 2, vil det betyde, at hvis en tilbudsgiver kan påvise, at denne har foretaget self-cleaning før tidspunktet for tildeling, vil der ikke være grundlag for udelukkelse, og dermed vil der heller ikke være grundlag for at benytte klausulen i henhold til § 185, stk. 1, nr. 2.

§ 185, stk. 1, nr. 2, angår alene den situation, hvor en leverandør var omfattet af udelukkelsesgrundene på tidspunktet for tildeling. Den tager ikke stilling til konsekvenserne, hvis en leverandør bliver omfattet af en udelukkelsesgrund *under udførelsen* af kontrakten. Såfremt kontrakten skal opsiges i disse situationer, skal der indsættes en klausul herom i kontrakten.

Det følger dog af § 176, at betingelser i kontrakten skal være forbundet med kontraktens genstand. Det fremgår i den forbindelse af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at ”... *der skal være sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktgenstanden. Det vil sige, at der ikke kan fastsættes kontraktbetingelser, som vedrører generelle forhold hos leverandøren eller forhold vedrørende andre opgaver, som leverandøren udfører for ordregiveren. Kontraktbetingelserne skal således være knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under den udbudte kontrakt*”.

Det beror på en konkret vurdering, om en ordregivers krav til kontraktens gennemførelse har den nødvendige forbindelse med kontraktens genstand. Det kan ikke udelukkes, at udelukkelsesgrundene ikke har den fornødne forbindelse til kontraktens genstand, idet især de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, ikke angår forhold, der er knyttet til kontraktens udførelse. Det vil dog bero på en konkret vurdering, idet en række af de frivillige udelukkelsesgrunde kan knytte sig til leverandørens evne til at opfylde kontrakten, eksempelvis konkurs i § 137, stk. 1, nr. 2.

Dog har lovgiver ved udelukkelsesgrundene tilkendegivet, at man ikke ønsker kontrakter tildelt til virksomheder, der er omfattet af udelukkelsesgrundene. I det lys kan § 185, stk. 1, nr. 2, og muligheden for at ophæve kontrakten, hvis leverandøren på tildelingstidspunktet var omfattet af udelukkelsesgrundene, anses som en minimumsbestemmelse, der sikrer, at ordregiveren kan ophæve kontrakter med disse leverandører. Ved denne læsning vil det være muligt at lave klausuler i kontrakten, som i højere grad end udbudsloven sikrer, at ordregiver ikke har kontrakter med leverandører, der er omfattet af udelukkelsesgrundene.

§ 176 konstaterer dog, at vilkårene i kontrakten skal være knyttet til kontraktens genstand, og der er ikke i udbudsloven eller udbudsdirektivet anført eksplicitte undtagelser hertil. Såfremt udelukkelsesgrundene skal kunne benyttes som vilkår i kontrakten, vil der enten skulle læses en undtagelse ind i § 176, således at udelukkelsesgrunde, der ikke er knyttet til kontrakten, vil kunne indsættes som vilkår i kontrakten, eller også forudsætter det, at udelukkelsesgrundene skal fortolkes således, at de alle er knyttet til kontraktens gennemførelse.

I lyset af ordlyden af § 176 og udbudsdirektivets art. 70, som er implementeret ved § 176, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at *alle* vilkår i kontrakten skal være knyttet til kontraktens genstand, således at der skal foretages en konkret vurdering af den enkelte udelukkelsesgrund og om den er knyttet til udførelsen af kontrakten. Dette synspunkt understøttes af, at § 185, stk. 1, nr. 2 alene nævner den

situation, hvor leverandøren på *tidspunktet for tildeling* var omfattet af udelukkelsesgrundene.

Idet det kan være tvivlsomt, hvorvidt en række af udelukkelsesgrundene er knyttet til kontraktens genstand, herunder især de obligatoriske udelukkelsesgrunde, vil det være usikkert, hvorvidt det i henhold til § 176 er muligt at have en klausul, hvorefter kontrakten kan opsiges, hvis leverandøren bliver omfattet af udelukkelsesgrundene.

2.7 MANGLENDE FREMLÆGGELSE AF DOKUMENTATION VEDRØRENDE UDELUKKELSE

Såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke fremlægger passende dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene, som opfylder § 153, skal denne udelukkes fra udbudsproceduren, jf. § 136, nr. 3. Dokumentationen skal fremlægges inden udgangen af en passende frist, jf. lovbemærkningerne til § 151, stk. 127.

Såfremt ordregiveren ikke har givet ansøgere eller tilbudsgivere en passende frist til at indhente og aflevere dokumentationen, kan ordregiveren ikke udelukke ansøgere eller tilbudsgivere med henvisning til § 136, nr. 3. Dette fordi ansøgere og tilbudsgivere i så fald ikke har fået den nødvendige mulighed for at fremlægge dokumentationen, og ordregiveren kan som følge heraf ikke konstatere, at de er ude af stand til at levere dokumentationen.

Når ordregiveren har fastsat en passende frist, kan der opstå forhold, som betyder, at fristen ikke længere kan anses for passende. Der kan eksempelvis være en længere sagsbehandlingstid end forventet og udmeldt hos myndighederne, der udsteder dokumentation, samt andre forhold, der ikke kan tilskrives ansøgerne eller tilbudsgiverne. I disse situationer vil ordregiveren kunne forlænge fristen med henblik på at skabe en passende tidsfrist. Se mere om fastsættelse af passende frist i afsnit 5.2.6 nedenfor.

2.8 SELF-CLEANING

Når en ordregiver har konstateret, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en af udelukkelsesgrundene, og har meddelt dette, skal ansøgeren eller tilbudsgiveren have mulighed for at dokumentere sin pålidelighed (dvs. foretage self-cleaning). Det er ordregiver, der ud fra en konkret vurdering tager stilling til, om ansøgeren eller tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt. Såfremt det vurderes, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har dokumenteret self-cleaning, vil det, jf. § 138, stk. 1, ikke være muligt at udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren fra udbudsproceduren.

Som det fremgår af § 138, stk. 1, er muligheden for self-cleaning relevant ved samtlige udelukkelsesgrunde, idet der er henvist til §§ 135-137 i bestemmelsen. Der kan således ske self-cleaning for såvel de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 som de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, hvis ordregiveren anvender disse i det konkrete udbud.

Angående § 136, nr. 1 og nr. 2, er disse udelukkelsesgrunde alene relevante for det konkrete udbud, og derfor vil self-cleaning ikke være nødvendig, idet ordregiveren ikke kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, eksempelvis fordi der i henhold til § 136, nr. 1, har været en interessekonflikt i et andet udbud. Hvad angår § 136, nr. 3, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter, kan det give grundlag for udelukkelse i efterfølgende udbud i en periode på to år, jf. § 138, stk. 6. Som følge heraf vil

²⁷ Sely om lovbemærkningerne knytter sig til § 151, stk. 1, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at § 136, nr. 3, også finder anvendelse i forbindelse med indhentning af dokumentation efter § 151, stk. 2, idet forskellen mellem § 151, stk. 1 og 2, angår tidspunktet for indhentelse af dokumentation og dermed også, hvilke ansøgere og tilbudsgivere der skal fremlægge dokumentationen. Hvis en ansøger eller tilbudsgiver ikke fremlægger dokumentationen inden den fastsatte passende tidsfrist, vil konsekvensen imidlertid være den samme.

der være mulighed for self-cleaning for ansøgere eller tilbudsgivere, der i tidligere udbud har været omfattet af § 136, nr. 3.

2.8.1 Dokumentation i forbindelse med self-cleaning

Det følger af § 138, stk. 3, at en ansøger eller en tilbudsgiver har foretaget self-cleaning, når det kan dokumenteres, at ansøgeren eller tilbudsgiveren:

- i fornødent omfang har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. §§ 135-137,
- i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og
- har truffet passende, konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelses- grundene.

Alle de ovennævnte betingelser skal være opfyldt, for at der kan være tale om self-cleaning. Ansøgere og tilbudsgivere skal dog alene dokumentere de i nr. 1 og 2 beskrevne situationer ”i fornødent omfang”. Det vil sige, at det alene er i de situationer, hvor det er relevant.

Angående nr. 1 vil denne dokumentation kun være relevant, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er blevet pålagt eller har påtaget sig at yde erstatning. Den relevante dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere kan være en erklæring fra de parter, der har modtaget erstatning. Det kan også være revisorerklæringer, der viser, at erstatning er udbetalt.

Angående nr. 2 vil denne dokumentation alene være relevant, hvis politiet eller andre relevante myndigheder har foretaget undersøgelser, eventuelt med henblik på at indlede en straffesag. Dokumentation for samarbejde vil primært være relevant for de obligatoriske udelukkelsesgrunde, men kan også være relevant i forbindelse med de frivillige udelukkelsesgrunde, fx udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre ansøgere eller tilbudsgivere med henblik på en konkurrencefordrejning. Den relevante undersøgelsesmyndighed ved overtrædelser af straffeloven vil som oftest være politiet. Ved overtrædelser af konkurrenceloven kan det være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK). En ansøger eller tilbudsgiver kan fx dokumentere sit aktive samarbejde med en undersøgelsesmyndighed ved at fremlægge en *erklæring* fra den relevante myndighed. En *redegørelse* fra ansøgeren eller tilbudsgiveren kan efter omstændighederne også være tilstrækkelig.

EU-Domstolen har i den tidligere omtalte *Vossloh Laeis-dom*²⁸ anerkendt, at en ordregiver efter omstændighederne kan anmode ansøgeren/tilbudsgiveren om at fremlægge *den undersøgende myndigheds afgørelse* som dokumentation for pålidelighed. Den konkrete sag angik udelukkelse som følge af tilbudsgivers deltagelse i et hemmeligt kartel, hvor ordregiver havde lidt skade på grund af kartellet, og hvor tilbudsgiveren først efter konkurrencemyndighedens sanktionsfastsættelse var stoppet med at afvise karteldeltagelsen over for ordregiveren.

Ordregiver kunne anmode om afgørelsen, på trods af at udlevering kunne gøre det nemmere for ordregiveren at gennemføre et civilt erstatningssøgsmål mod den pågældende økonomiske aktør. Sidstnævnte skulle også ses i sammenhæng med, at ydelse af erstatning også er et af de forhold, som skal

²⁸ EU-Domstolen i C-124/17 af 24. oktober 2018.

være opfyldt (hvis relevant) for, at en ansøger eller tilbudsgiver kan bevise sin pålidelighed.²⁹

Det vil afhænge af konkrete omstændigheder, hvilke konsekvenser manglende fremlæggelse af afgørelsen fra undersøgelsesmyndigheden vil have. Såfremt ansøger eller tilbudsgiver kan dokumentere samarbejdet på en anden måde, fx via en udførlig erklæring fra undersøgelsesmyndigheden, som nøje gør rede for samarbejdet, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der ikke kan ske udelukkelse af den pågældende ansøger/tilbudsgiver, alene fordi ansøgeren/tilbudsgiveren ikke fremlægger den undersøgende myndigheds afgørelse. Den manglende fremlæggelse af afgørelsen kan dog være udtryk for manglende samarbejdsvilje og kan efter omstændighederne sammen med andre forhold tillægges vægt ved den samlede vurdering af pålideligheden.

I relation til nr. 3 og de passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger er det ordregiveren, der på baggrund af dokumentationen vurderer, om der er foretaget passende foranstaltninger. Det kan eksempelvis være følgende:

- Dokumentation for afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd
- Dokumentation for relevant reorganisering af medarbejdere
- Dokumentation for gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer
- Dokumentation for oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse
- Dokumentation for vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation

Det fremgår af EU-domstolens afgørelse i ovennævnte *Vossloh Laeis*-sag, at ordregiveren kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger beviser for de *faktiske omstændigheder*, som kan godtgøre, at de foranstaltninger, som denne påberåber sig, reelt er egnet til at forebygge yderligere forekomster af den illoyale adfærd. Det forhold, at de undersøgende myndigheder allerede har modtaget disse beviser, kan ikke i sig selv begrunde, at den økonomiske aktør ikke skal fremlægge beviserne for ordregiveren, medmindre de faktiske omstændigheder klart fremgår af den allerede fremlagte dokumentation.³⁰

2.8.2 Ordregivers vurdering af dokumentationen vedrørende self-cleaning

Når en ansøger eller tilbudsgiver er blevet dømt i lande uden for EU for forhold omfattet af udelukkelsesgrundene, kan manglende adgang til en retfærdig rettergang medføre, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Denne mulighed vil alene kunne anvendes i helt ekstraordinære tilfælde, hvor der er konkrete omstændigheder, der påviser, at en dom eller lignende ikke skyldes en overtrædelse af udelukkelsesgrundene.

Det vil bero på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren i hver enkelt sag på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed, dvs. at der er foretaget self-cleaning, jf. lovbemærkningerne til § 138.

I vurderingen kan der indgå en række momenter:

- Karakteren af forseelserne, herunder grovheden heraf og evt. særlige omstændigheder,
- de trufne foranstaltninger og hvorvidt de er konkret egnede til at forebygge yderligere forekomster af den problematiske adfærd³¹, samt
- de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling, herunder ordregiveren risiko ved at tildele den konkrete kontrakt til en ansøger eller tilbudsgiver, hvis integritet eller pålidelighed er

²⁹ Jf. præmis 30.

³⁰ Jf. præmis 32.

³¹ Jf. C-124/17, *Vossloh Laeis*, præmis 32.

tvivlsom pga. de foreliggende omstændigheder.³²

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 138, at det for udelukkelsesgrundene i §§ 136 og 137 kan tillægges betydning, om det er den afdeling eller enhed, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, som også skal udføre den konkrete opgave. Der kan derfor opstå situationer, hvor forseelsen alene er begået af en bestemt afdeling, som ikke skal indgå i udførelsen af den udbudte opgave. I så fald kan ordregiveren ved vurderingen af pålidelighed lægge vægt på dette forhold til virksomhedens fordel.

Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal kun dokumentere pålidelighed vedrørende de forhold, der i den konkrete situation kan begrunde udelukkelse. Hvis en anden ordregiver har vurderet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har forelagt tilstrækkelig dokumentation for pålidelighed, kan det indgå i vurderingen og være en indikation af ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed. Det skal dog i alle tilfælde være konkret vurdering hos ordregiveren, hvorvidt den fremlagte dokumentation er tilstrækkelig til at vise pålidelighed.

2.8.3 Tidsfrist vedrørende dokumentation for self-cleaning

Ordregiver skal fastsætte en passende frist for, at virksomheden kan indsende dokumentation for self-cleaning. Ved vurderingen af, hvad der udgør en passende frist, skal der tages hensyn til alle relevante faktorer forbundet med ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed, herunder muligheden for at indhente oplysninger og dokumentation fra de relevante myndigheder, karakteren af overtrædelsen og antallet af personer, der er omfattet af udelukkelsesgrunden. Reglen om en passende tidsfrist udgør således en beskyttelse for ansøgerne og tilbudsgiverne, og en ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, før denne reelt har fået mulighed for at dokumentere self-cleaning.

³² Jf. C-124/17, *Vossloh Laeis*, præmis 26.

3 EGNETHED

3.1 INDLEDNING

Ordregiver har mulighed for at sikre, at ansøgere og tilbudsgivere er egnede til at udføre den udbudte opgave. Det fremgår af § 140, at ordregiveren kan fastsætte krav til ansøgernes og tilbudsgivernes egnethed i forbindelse med:

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

Det fremgår af § 140, stk. 2, at ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen.

I det følgende beskrives den dokumentation, som ordregiveren kan kræve som bevis for, at ansøgerne eller tilbudsgiverne lever op til minimumskravene til egnethed.

3.2 DOKUMENTATION FOR EGNETHED TIL UDØVELSE AF DET PÅGÆLDENDE ERHVERV

Ved vurdering af ansøgers eller tilbudsgivers egnethed til at udøve det pågældende erhverv kan ordregiver i henhold til § 141, stk. 1, kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere er optaget i et relevant fagligt register eller handelsregister, jf. bilag XI i udbudsdirektivet.

For danske virksomheder kan det kræves, at de er registrerede i Det Centrale Virksomhedsregister (CVR), og det fremgår af udbudsdirektivets bilag XI, at erklæring eller attest herom udstedes hos Erhvervsstyrelsen. I denne forbindelse skal det påpeges, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er forpligtet til at fremlægge dokumentation, når ordregiveren kan skaffe certifikaterne eller de relevante oplysninger direkte gennem adgang til en national database, jf. § 151, stk. 5, nr. 2, og i dette tilfælde kan de relevante oplysninger fremskaffes via www.datacvr.virk.dk/data/

Derudover fremgår det af § 141, stk. 2, at en ordregiver kan kræve bevis for autorisationer eller medlemskaber, hvis en ansøger eller tilbudsgiver skal være medlem af en bestemt organisation for at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted. Det er ikke i bestemmelsen angivet, hvilken specifik dokumentation der kan kræves. Det vil derfor afhænge af ordregiverens konkrete vurdering, hvilken dokumentation der er nødvendig.

3.3 DOKUMENTATION FOR ØKONOMISK OG FINANSIEL FORMÅEN

I henhold til § 154 kan ordregiver kræve følgende former for dokumentation, når ansøgere eller tilbudsgivere skal påvise deres økonomiske og finansielle formåen:

- Relevante erklæringer fra et pengeinstitut eller dokumentation for relevant erhvervsansvarsforsikring
- Årsregnskaber eller uddrag heraf, hvis offentliggørelse af årsregnskaber er lovpligtigt i det land, hvor ansøger eller tilbudsgiver er etableret
- Erklæring om ansøgerens eller tilbudsgiverens samlede omsætning eller omsætning inden for det område, som kontrakten vedrører, i op til seneste tre disponible regnskabsår

Listen i § 154 er *ikke udtømmende*, hvilket betyder, at ordregiveren kan vælge at kræve andre former for dokumentation. Dette skal dog ske under iagttagelse af bl.a. proportionalitetsprincippet, jf. § 2, hvorefter ordregiveren alene kan kræve dokumentation, der er egnet til at dokumentere den økonomiske og

finansielle formåen hos ansøgerne eller tilbudsgiverne.

3.4 DOKUMENTATION FOR TEKNISK OG FAGLIG FORMÅEN

I henhold til § 155 kan en ordregiver kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere dokumenterer deres tekniske og faglige formåen på de måder, der er oplyst i § 155, nr. 1-12. Listen *er udtømmende*, hvilket vil sige, at ordregiver ikke kan kræve andre former for dokumentation end dem, som fremgår af listen.

Nedenunder gennemgås de enkelte dokumentationsformer og nogle af de spørgsmål, de kan give anledning til.

1) *En liste over bygge- og anlægsarbejder, der er udført inden for de seneste fem år, jf. § 155, stk. 1*

Der kan stilles krav om, at ansøgere og tilbudsgivere skal dokumentere sin tekniske og faglige formåen ved at fremlægge en referenceliste, der som udgangspunkt ikke kan gå mere end fem år tilbage. Referencelisten kan alene omfatte afsluttede bygge- og anlægsarbejder, idet ordlyden af bestemmelsen angår en liste over de bygge- og anlægsarbejder, der er ”*udført*”.

Det fremgår desuden af § 155, stk. 1, at der undtagelsesvis kan tages hensyn til bygge- og anlægsarbejder, der er udført mere end fem år tilbage, såfremt det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence. Dette kan være tilfældet for den type bygge- og anlægsarbejder, som sjældent bliver udbudt, fx større projekter om opførelsen af en bro.

Det fremgår i øvrigt af bestemmelsen, at bygge- og anlægsarbejder ledsages af *attester* for tilfredsstillende udførelse og resultat for de betydeligste arbejder. Der opstår i den forbindelse spørgsmål om, hvorvidt ordregiveren *skal* kræve de pågældende attester, da ordregiveren kan have en interesse i, at der af hensyn til transaktionsomkostninger alene fremlægges en referenceliste uden attester.

§ 155, nr. 1, kan forstås på to måder, hvad angår muligheden for at undlade attesterne. For det første kan § 155, nr. 1, forstås som et udtryk for en øvre grænse for den dokumentation, som ordregiveren kan kræve, men ikke et forbud mod at kræve mindre. Det kan eksempelvis være en referenceliste med telefonnummer på kontaktperson hos dem, som leverandøren har udført referencen for. Ved denne fortolkning sikres der en vis proportionalitet, hvorved ordregiveren ikke behøver at kræve mere, end hvad der er nødvendigt.

For det andet kan § 155, nr. 1, fortolkes på en måde, hvorpå der stilles krav om attester for at sikre realitet i tilbuddene. Denne fortolkning af § 155, nr. 1, betyder, at der skal kræves attester for tilfredsstillende udførelse og resultat af de betydeligste arbejder. Attesterne er herved en sikkerhed for, at ansøgerne og tilbudsgiverne ikke blot opfinder eller overdriver referencer samt for, at referencelisten alene omfatter afsluttede projekter.

Forståelsen af § 155, nr. 1, vil derfor være afgørende for, om der er pligt til at indhente attester sammen med referencelisterne.

Såfremt § 155, nr. 1 skal ses som et specifikt dokumentationskrav, vil det endvidere betyde, at ”*alle*” bygge- og anlægsarbejder udført inden for de seneste fem år skal fremgå, idet dette fremgår af ordlyden af bestemmelsen. Dokumentationskravet skal ses i sammenhæng med kravene til egnethed. Hvis en ordregiver eksempelvis kræver tre referencer fra bygge- og anlægsarbejder, vil det ikke være nødvendigt for ansøgere og tilbudsgivere at påvise egnethed ved at anføre flere referencer. Henset til proportionalitetsprincippet vil ordregiver heller ikke være forpligtet til at kræve en liste over alle bygge- og

anlægsarbejder, selv om det fremgår af § 155, nr. 1, at der kan kræves en liste over alle bygge- og anlægsarbejder. Dette understøttes endvidere af ordlyden af udbudsdirektivet i Bilag XII, som fastlægger dokumentationskrav til egnethed, og som ikke indeholder ordlyden ”alle”. Ordregiveren har som følge heraf mulighed for at reducere antallet af krævede referencer, eksempelvis ved at kræve en liste over de fem betydeligste arbejder. I så fald vil det være op til ansøgerne eller tilbudsgiverne at vurdere, hvad der udgør de betydeligste arbejder i løbet af perioden. Muligheden for at begrænse antallet af referencer kan under hensyntagen til omkostningerne forbundet med afgivelse af tilbud anbefales.

På baggrund heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at § 155, nr. 1, udgør en maksimal ramme for, hvad ordregiveren kan kræve af dokumentation for den tekniske og faglige formåen. Derimod vil det ikke være muligt for ordregiveren at kræve dokumentation for mere, end hvad der fremgår af § 155, nr. 1.

Denne konklusion er dog behæftet med en vis usikkerhed. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ikke bekendt med, at EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud har taget eksplicit stilling til spørgsmålet. Dog har Kamarrätten i Sundsvall i Sverige taget stilling til spørgsmålet i en dom af 30. marts 2017. I sagen havde Hochtief Infrastructure GmbH klaget over et udbud gennemført af Trafikverket og bl.a. nedlagt påstand om, at ordregiverens krav til dokumentation ikke levede op til de svenske udbudsregler.³³ I sin afgørelse konkluderer Kamarrätten, at det vil være vanskeligt at vurdere tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen uden en attest for tilfredsstillende arbejde. Derfor skal der kræves attester for tilfredsstillende udførelse af arbejde og som dokumentation for, at der er tale om afsluttede arbejder.³⁴

Selv om der er en vis usikkerhed forbundet med konklusionen som følge af den svenske dom³⁵, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er den mest nærliggende forståelse af bestemmelsen, at § 155, nr. 1, udgør en *maksimal ramme* for hvilken dokumentation der kan kræves, hvorefter ordregivere kan undlade at kræve attester for tilfredsstillende udførelse af arbejdet.

Såfremt ordregiveren kræver, at ansøgere og tilbudsgivere dokumenterer deres tekniske og faglige formåen ved at fremlægge attester, opstår der et spørgsmål, om og hvilke indholdsmæssige krav der kan stilles til sådanne attester.

Der findes ikke nogen indholdsmæssige krav til typen af attester, der kan benyttes. Ordregiver kan fastsætte sådanne krav, så længe de er i overensstemmelse med principperne i § 2. Den pågældende attest skal blot kunne bekræfte, at der var tale om tilfredsstillende udførelse og resultat, hvilket vil sige, at der som udgangspunkt er blevet leveret i overensstemmelse med det, parterne har aftalt. Af det tidligere udbudsdirektiv fremgik det, at attesterne skulle indeholde oplysninger om arbejdets værdi, tidspunkt og sted for udførelse, og om arbejdet var gennemført fagmæssigt og afsluttet korrekt.³⁶ Det må antages, at attester, der indeholder disse oplysninger, vil være egnede til at være attester for bygge- og anlægsarbejder efter udbudsloven.

³³ Bestemmelsen om dokumentationskrav til bygge- og anlægsarbejder fremgår af den svenske implementering af udbudsdirektivet 2004/18 i Lag (2007:1091) om offentlig uopphandling. Den relevante bestemmelse vedrørende referencelister fremgår af kap. 11, 11 § punkt 1, og implementerer artikel 48, stk. 2, litra a), i, i udbudsdirektivet 2004/18. Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til den bestemmelse, der er implementeret i § 155, nr. 1.

³⁴ På baggrund af dommen fra Kamarrätten kan danske virksomheder med fordel være opmærksomme på, at de kan blive afkrævet attester for tilfredsstillende udførelse af arbejdet, når de deltager i udbud i Sverige.

³⁵ Peter Stig Jakobsen, m.fl., i *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 494, tillægger samme fortolkning som Kamarrätten i Sverige, hvorefter referencelisten for bygge- og anlægsarbejder skal ledsages af attester for de betydeligste arbejder.

³⁶ Artikel 48, stk. 2, litra a), i udbudsdirektiv 2014/18.

2) *En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste 3 år, jf. § 155, nr. 2*

Der kan stilles krav om, at ansøgere og tilbudsgivere dokumenterer sin tekniske og faglige formåen ved at fremsende en liste over de betydeligste vareleverancer eller de udførte tjenesteydelser med angivelse af kontraktens værdi, tidspunkt for udførelse og køberen.

Også her er det muligt at tage hensyn til dokumentation for leverancer, der går længere tilbage end 3 år, hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, jf. § 155, nr. 2. Dette kan f.eks. være tilfældet for varer og tjenesteydelser, der kun sjældent udbydes som følge af lang kontraktvarighed.

Ordregivere kan også *konkret* kræve lister over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser for en periode, der er kortere end tre år, jf. lovbemærkningerne til § 155, nr. 2. Ordregiveren kan fx gøre brug af denne mulighed, hvis branchesituationen på markedet betyder, at ældre referencer ikke er egnede til at dokumentere virksomhedens tekniske og faglige formåen. Ordregiverne skal dog nøje overveje, hvorvidt en begrænsning af perioden vil begrænse konkurrencen om den udbudte opgave.

Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt der kan kræves *attester* for betydeligste leveringer af varer og tjenesteydelser på samme måde som attester for betydeligste bygge- og anlægsarbejder. I modsætning til bestemmelsen om dokumentation for bygge- og anlægsarbejder i § 155, nr. 1, nævner § 155, nr. 2, ikke attester for tilfredsstillende udførelse og resultat. Som følge heraf vil det ikke være muligt at kræve denne dokumentation.

I henhold til § 159, stk. 3, vil det til gengæld i tvivlstilfælde være tilladt at tage kontakt til de offentlige eller private modtagere af vareleverancer eller tjenesteydelser med henblik på effektivt at kontrollere, at oplysningerne i referencen er korrekte.

3) *Oplysninger om de involverede teknikere eller tekniske organer, jf. § 155, nr. 3*

Ordregiveren kan stille krav om, at ansøgere eller tilbudsgivere dokumenterer deres tekniske og faglige formåen ved at fremlægge oplysninger om navnlig de teknikere og tekniske organer, som er ansvarlige for kvalitetskontrol. Der kan kræves oplysninger, uanset om de relevante teknikere og tekniske organer direkte eller indirekte hører til ansøgerens eller tilbudsgiverens virksomhed.

For så vidt angår bygge- og anlægskontrakter, kan ordregiveren kræve oplysninger om de teknikere og tekniske organer, som ansøger eller tilbudsgiver disponerer over til at udføre arbejdet.

4) *Beskrivelse af det tekniske udstyr, kvalitetssikringsforanstaltninger og af undersøgelses- og forskningsfaciliteter, jf. § 155, nr. 4*

Ordregiveren kan også stille krav om, at der skal fremlægges beskrivelser af relevant teknisk udstyr, kvalitetssikringsforanstaltninger samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter. Undersøgelses- og forskningsfaciliteter er fx laboratorier, værksteder og andre faciliteter, hvor man udøver en aktivitet med henblik på at opnå ny viden eller udvikle nye produkter.

Ud over beskrivelsen af kvalitetssikringsforanstaltninger kan ordregiveren kræve dokumentation for, at ansøger eller tilbudsgiver opfylder bestemte kvalitetssikringsstandarder i medfør af § 157.

5) *Angivelse af forvaltning af forsyningskæden og eftersporingsystemer, jf. § 155, nr. 5*

Ordregiveren kan stille krav om, at ansøgere og tilbudsgivere angiver den forvaltning af forsyningskæden

og de eftersporingsystemer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved gennemførelse af kontrakten. Der kan som følge heraf eksempelvis stilles krav om:

- Beskrivelse af den måde, som ansøgeren eller tilbudsgiveren vil administrere og kontrollere leverandørkæden
- Oplysninger om den person eller det organ, som har overblikket over underleverandørerne og deres opgaver
- Beskrivelse af de konkrete kontrolforanstaltninger, der skal sikre, at underleverandørkæden udfører opgaverne i overensstemmelse med kontrakten

6) Kontrol af ordregiveren eller et kompetent officielt organ af produktionskapacitet eller tekniske og faglige formåen, m.fl., jf. § 155, nr. 6

I særlige tilfælde kan ordregiveren som dokumentation for ansøgers og tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen kræve at gennemføre en kontrol selv eller ved kompetent officielt organ. Kontrollen kan vedrøre produktionskapacitet, teknisk og faglig formåen (for så vidt angår tjenesteydelseskontrakter), undersøgelses- eller forskningskapaciteter eller kontrolforanstaltninger.

Kontrollen kan kun kræves gennemført, hvis der er tale om varer eller tjenesteydelser, som er komplekse eller skal tjene et særligt formål. Det fremgår af lovbemærkninger til § 155, nr. 6, at dette eksempelvis kan være tilfældet ved varer og ydelser, der består af mange indbyrdes forbundne og sammenflettede enkeltelementer.

7) Angivelse af uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. § 155, nr. 7

Ordregiver kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin tekniske og faglige formåen ved en angivelse af de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos ansøgeren eller tilbudsgiveren eller hos dennes ledende medarbejdere. Det er kun muligt at kræve dokumentation for uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, når disse ikke evalueres som et kriterium for tildeling.

Denne betingelse er i tråd med fast retspraksis fra EU-Domstolen om, at egnethedsvurderingen, jf. § 140, samt udvælgelsesvurderingen, jf. § 145, er særskilt fra tildelingen af kontrakten og er omfattet af forskellige regler.³⁷

Betingelsen om, at der alene kan anmodes om dokumentation for ansøgers og tilbudsgiveres uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, hvis "*disse ikke evalueres som et kriterium for tildeling*", er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke en begrænsning af, hvilke oplysninger man kan kræve af tilbudsgiverne i forbindelse med tildelingen. Derimod er det en understregning af, at kriterier til vurdering af en ansøgers eller tilbudsgivers generelle egnethed ikke også må anvendes til at vurdere, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Personkredsen vil også typisk være forskellig som en konsekvens af de forskellige sigter, som vurderingen af egnethed og tildeling har.

De relevante oplysninger om uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer kan både gives ved en beskrivelse eller erklæring herom. Ordregiveren kan kræve nærmere dokumentation for de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer som fx eksamens- og kursusbeviser.

Faglige kvalifikationer kan også dokumenteres ved at fremlægge en liste over de arbejder, leverancer eller tjenesteydelser, som medarbejdere har været med til at udføre. Der kan i den forbindelse angives arbejder, leverancer eller tjenesteydelser, som medarbejderen har været med til at udføre i tidligere ansættelser, jf.

³⁷ I henhold til præmis 26 i EU-Domstolens dom af 24. januar 2008, C-532/06, *Lianakis*.

lovebemærkninger til § 155, nr. 7.

8) *Angivelse af miljøstyringsforanstaltninger, jf. § 155, nr. 8*

Ordregiveren kan stille krav om, at ansøgere og tilbudsgivere skal beskrive de miljøstyringsforanstaltninger, som de kan anvende ved udførelse af kontrakten. Ordregiveren kan tillige kræve, at ansøgere og tilbudsgivere fremlægger certifikater som dokumentation for opfyldelse af bestemte miljøledelsessystemer og miljøledelsesstandarder i medfør af § 158.

9) *En erklæring om årlige, gennemsnitlige antal beskæftigede og antal ledende medarbejdere i de seneste tre år, jf. § 155, nr. 9*

For så vidt angår bygge- og anlægs- og tjenesteydelseskontrakter, kan ordregiveren kræve en erklæring fra ansøgere eller tilbudsgivere om det årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledende medarbejdere gennem de sidste tre år. Erklæringen indebærer, at der skal afgives ét tal for hvert af de tre år.

Som tidligere nævnt, er ansøgere eller tilbudsgivere ikke forpligtet til at fremlægge dokumentation, som ordregiveren kan skaffe gennem adgang til en national database, jf. § 151, stk. 5, nr. 2. Oplysninger om det *gennemsnitlige antal medarbejdere* kan for danske ansøgere og tilbudsgivere fremskaffes via www.datacvr.virk.dk/data/.

10) *En erklæring om tilgængelig værktøj, materiel og teknisk udstyr, jf. § 155, nr. 10*

For så vidt angår bygge- og anlægs- og tjenesteydelseskontrakter, kan ordregiveren kræve en erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr ansøgeren eller tilbudsgiveren disponerer over til opfyldelse af kontrakten. Erklæringen kan også omfatte IT-programmer, jf. lovebemærkninger til § 155, nr. 10.

Ordregiveren kan i medfør af denne bestemmelse stille krav om fortegnelse over de redskaber, der disponeres over. Ordregiveren kan også stille krav til redskaberne, herunder til bestemte karakteristika og til dokumentationen for at have faktisk og retlig rådighed over redskaberne i kontraktperioden.³⁸ Såfremt ordregiveren er i tvivl om, hvorvidt en bestemt ansøger eller tilbudsgiver reelt kan disponere over relevant udstyr i kontraktperioden, kan denne anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om nærmere at dokumentere, hvordan rådighed over udstyret vil blive sikret.

11) *Oplysninger om, hvor stor en del af kontrakten, ansøgeren eller tilbudsgiveren agter at give til en underleverandør, jf. § 155, nr. 11*

Ordregiveren kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren oplyser om størrelsen af den del af kontrakten, som forventes løst af underleverandører. Dette dokumentationskrav skal ses i sammenhæng med § 177, stk. 1, som fastslår, at ordregiveren kan kræve, at tilbudsgiver i sit tilbud angiver, hvilke dele af den udbudte kontrakt tilbudsgiveren har til hensigt at give til underentreprenører, og i så fald hvilke underentreprenører.

Hvor § 177, stk. 1, vedrører specifikt tilbudsafgivelsen, vedrører § 155, nr. 11, egnethed og evt. udvælgelse til at afgive tilbud. Derudover giver § 155, nr. 11 – i modsætning til § 177, stk. 1 – ikke ordregiveren mulighed for at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren angiver, *hvilke* underentreprenører ansøgeren eller tilbudsgiveren agter at anvende, men vedrører alene størrelsen af den del af kontrakten, som forventes løst ved underentreprise.

12) *Vareprøver, beskrivelser eller fotografier samt attester, jf. § 155, nr. 12*

³⁸ Jf. lovebemærkninger til § 155, nr. 10.

For så vidt angår varekontrakter, kan ordregiveren stille krav om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren leverer:

- prøver, beskrivelser, fotografier, hvis autenticitet skal kunne attesteres på ordregiverens anmodning.
- attester, udstedt af officielt anerkendte kvalitetskontrolinstitutter eller anstalter, hvoraf fremgår, at varer, der er klart identificeret ved henvisning til tekniske specifikationer eller standarder, er i overensstemmelse med disse.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at ordregiveren kun kan bruge evt. vareprøver, attester, mv., modtaget i medfør af § 155, nr. 12, til at bedømme ansøgers eller tilbudsgivers evne til at gennemføre den relevante kontrakt, og ikke i forbindelse med evt. tilbudsevaluering.³⁹

3.4.1 Særlige problemstillinger i forbindelse med dokumentation for teknisk og faglig formåen

De enkelte dokumentationsformer kan i øvrigt give anledning til en række generelle spørgsmål, som gennemgås i det følgende.

Kan rammeaftaler eller løbende kontraktforhold være en reference og hvordan?

Når der kræves en referenceliste i henhold til § 155, nr. 1 eller 2, er det ansøgeren eller tilbudsgiveren, der angiver alle bygge- og anlægsarbejder eller de betydeligste leverancer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste henholdsvis fem eller tre år.

Rammeaftalen er en samling af leveringsaftaler og kan derfor illustrere ansøgerens eller tilbudsgiverens tekniske og faglige formåen. Ordregiveren skal dog være opmærksom på de forskelle, der kan være, når en rammeaftale udgør en reference i forhold til en almindelig kontrakt.

Det vil være relevant for ordregiveren at være opmærksom på, hvor mange leveringsaftaler der tildeles i medfør af en rammeaftale, der er udført på samme tid. Da en rammeaftale kan bestå af flere på hinanden følgende leverancer, viser en rammeaftale som reference ikke nødvendigvis, at en ansøger eller en tilbudsgiver formår at løse større opgaver, men at de evt. kan løse en række mindre opgaver over tid.

Derudover kan der opstå en problemstilling, hvis ordregiveren har begrænset antallet af referencer, som ansøgerne eller tilbudsgiverne har mulighed for at angive. I disse situationer kan en rammeaftale dække over flere leverancer, hvorved en ansøger eller tilbudsgiver muligvis angiver flere referencer end det antal, som ordregiveren har angivet som værende det maksimale antal.

For at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet anbefaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at ordregiveren på forhånd angiver, hvorledes ansøgere eller tilbudsgivere skal forholde sig til rammeaftaler ved beskrivelsen af referencer. Eksempelvis kan det anføres, at alene enkelte leverancekontrakter på en rammeaftale kan angives som reference.

Skal man kræve dokumentation for en referenceliste anført i ESPD'et?

Ansøgere og tilbudsgivere kan i ESPD'et anføre en referenceliste. Der kan derfor være sammenfald mellem de oplysninger, som angives i ESPD'et, og de oplysninger, der udgør den endelige dokumentation, jf. § 155, nr. 1 eller 2.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren i udbudsmaterialet kan angive, at referencelisten, som ansøgerne eller tilbudsgiverne angiver i ESPD'et, udgør den endelige dokumentation. I denne situation vil den vindende tilbudsgiver ikke skulle fremsende dokumentation for referencer

³⁹ I henhold til præmis 26 i EU-Domstolens dom af 24. januar 2008, C-532/06, *Lianakis*.

efterfølgende, idet listen i ESPD'et vil udgøre den endelige dokumentation. Det vil også være muligt for en ordregiver at angive i udbudsmaterialet, at den vindende tilbudsgiver skal bekræfte, at oplysningerne i ESPD'et udgør den endelige dokumentation.⁴⁰

Baggrunden for denne opfattelse er, at ESPD'et skal være en administrativ lettelse. Hvis der er sammenfald mellem de oplysninger, der afgives i ESPD'et, og den endelige dokumentation, vil det være en unødvendig administrativ byrde at flytte teksten fra ESPD'et over i et dokument, der efterfølgende kan indsendes som dokumentation.

Når der ikke er sammenfald mellem oplysningerne i ESPD'et og den endelige dokumentation, vil det altid være nødvendigt at indhente en endelig dokumentation fra den vindende tilbudsgiver og efter omstændighederne fra andre ansøgere eller tilbudsgivere. Det kan eksempelvis være tilfældet i forbindelse med en angivelse af liste over bygge- og anlægsarbejder, jf. § 155, nr. 1, hvis referencerne skal ledsages af attester for tilfredsstillende udførelse og resultat.

Kan referencer fra en medarbejders tidligere arbejdspladser bruges?

Ved krav om referencelister, jf. § 155, nr. 1 eller 2, kan det give anledning til tvivl, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere kan bruge referencer, som medarbejdere tidligere har været med til at udføre for andre virksomheder. Det er ikke eksplicit anført i ordlyden af bestemmelserne, hvem de refererede kontrakter skal være udført af.

§ 155, nr. 1 eller 2, vedrører dog *virksomhedens* tekniske og faglige formåen og ikke, som i § 155, nr. 7, de enkelte medarbejders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer. Derfor er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ansøgere og tilbudsgivere i henhold til § 155, nr. 1 og 2, ikke kan angive referencer til kontrakter, som medarbejdere har udført for tidligere arbejdspladser.

Referencer fra sammenslutninger, herunder konsortier

Det fremgår ikke direkte af udbudsloven eller lovbemærkningerne hertil, hvorledes en ansøger eller tilbudsgiver kan anføre referencer, der er udført som en del af en sammenslutning, herunder et konsortium. EU-Domstolen har konstateret, at en ansøger eller tilbudsgiver i hvert fald ikke kan støtte ret på referencer, der er udført af en sammenslutning af virksomheder, når det relevante arbejde er udført af andre medlemmer af sammenslutningen.⁴¹ Som følge heraf er det et krav, at ansøgeren eller tilbudsgiveren reelt og konkret har deltaget i gennemførelsen af det relevante arbejde.

Ordregiveren kan med fordel anmode ansøgere og tilbudsgivere om at beskrive deres rolle i en sammenslutning, herunder et konsortium, når der angives referencer for kontrakter, udført af en sammenslutning.⁴² Dette kan medvirke til, at ordregiveren ved vurderingen af egnethed samt eventuelt ved udvælgelsen alene lægger vægt på referencer, der er et udtryk for ansøgerens eller tilbudsgiverens formåen og ikke formåen hos andre deltagere i sammenslutningen.

3.5 DOKUMENTATION FOR RÅDIGHED OVER STØTTEENHEDER

Ansøgere og tilbudsgivere, som baserer sig på andre enheder, skal dokumentere, at de faktisk råder over den nødvendige formåen hos støtteenhederne, jf. § 144, stk. 2. Dokumentationen kan være i form af:

⁴⁰ Det er en forudsætning for denne mulighed i forhold til bygge- og anlægsarbejder, at § 155, nr. 1, skal forstås således, at der ikke er et krav om at kræve attester for tilfredsstillende udførelse af arbejdet som omtalt ovenfor.

⁴¹ Sag C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*.

⁴² Det skal bemærkes, at EU-Domstolens dom i C-387/14, *Esaprojekt*, vedrørte kontrakt om bygge- og anlægsarbejder. Idet der ikke er nogen saglig grund til at behandle deltagelse i sammenslutninger om udførelse af vare- eller tjenesteydelseskontrakter anderledes, vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der også for sådanne kontrakter alene er muligt for at lægge vægt på referencer for den del af kontrakten, som ansøgeren eller tilbudsgiveren reelt har deltaget i udførelsen af.

- en støtteerklæring,
- vedtægter,
- ejeraftaler, eller
- andre relevante selskabsdokumenter (i den situation, hvor et moderselskab baserer sig på datterselskabets formåen).⁴³

Det centrale er, at dokumenterne viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har ret til at råde over den formåen, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Det vil sige, at støtteerklæringen eller en anden form for dokumentation enten i sig selv skal udgøre en *juridisk forpligtelse* vedrørende støtte eller dokumentere, at der foreligger en juridisk bindende aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på.

Dokumentation for rådighed over støtteenheder skal vise, i hvilken grad enheden stiller økonomisk og finansiell formåen til rådighed, samt hvilken konkret teknisk og faglig formåen enheden stiller til rådighed i forbindelse med kontraktens opfyldelse. Såfremt en enhed alene stiller begrænset formåen til rådighed, er det alene den begrænsede formåen, som kan indgå i egnethedsvurderingen.

Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt støtteerklæringer fra enheder, som ansøgere og tilbudsgivere baserer sig på, udgør *dokumentation* i udbudslovens forstand eller eksempelvis foreløbigt bevis. Såfremt støtteerklæringer skal anses som dokumentation, kan de som udgangspunkt alene kræves af den vindende tilbudsgiver og dennes støtteenheder, jf. § 151, stk. 1, medmindre det er nødvendigt at kræve dokumentationen fra andre ansøgere og tilbudsgivere for at sikre korrekt gennemførelse af udbudsproceduren, jf. § 151, stk. 2.

Det fremgår af Klagenævnet for Udbud kendelse af den 23. juli 2019, *Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune*, at ordregiver ved vurderingen af en ansøgers eller en tilbudsgivers egnethed skal tage hensyn til de i ansøgningen/tilbuddet anførte støtteenheder, selvom ansøgningen eller tilbuddet ikke indeholder en støtteerklæring, som dokumenterer rådighed over støtteenheden. I den konkrete sag skulle støtteenhedens oplysninger inddrages ved egnethedsvurderingen.

I kendelsen af den 20. juni 2018, *Icomera AB mod DSB*, kom Klagenævnet for Udbud frem til, at det var berettiget at kræve, at støtteerklæringen skulle vedlægges anmodningen om udvælgelse. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på følgende forhold:

- at ordregiveren ”... havde et sagligt hensyn til at sikre, at proceduren, hvori indgik prækvalifikation, kunne gennemføres med de ansøgere, der var i stand til at fremlægge dokumentation for støtte”,
- at erklæringen ”... kunne nemt afgives ved at udfylde en kortfattet blanket, der indgik i udbudsbetingelserne”,
- at erklæringen alene var forpligtende, hvis ansøgeren blev tildelt kontrakten, og
- at pligten til at indsende støtteerklæringen på gennemsigtig måde var fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

Den konkrete sag omhandlede et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudslovens § 151 finder også anvendelse på forsyningsvirksomhedsdirektivets område.⁴⁴

⁴³ Jf. lovbemærkningerne til § 144, stk. 2.

⁴⁴ Jf. bekendtgørelse nr. 1624 af den 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (implementeringsbekendtgørelse for forsyningsvirksomhedsdirektivet), § 11.

Klagenævnet for Udbud har i *Icomera*-sagen efterprøvet, om ordregiveren var berettiget til at kræve støtteerklæringer sammen med ansøgningen om udvælgelse for at sikre, at udbudsproceduren blev gennemført korrekt (jf. § 151, stk. 2).

Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at støtteerklæringer i medfør af § 144, stk. 2, udgør *dokumentation*, således at der som udgangspunkt alene kan kræves støtteerklæringer og evt. anden dokumentation for rådighed over støtteenheder fra den vidende tilbudsgiver, jf. § 151, stk. 1. Ordregiver skal således inddrage oplysninger om støtteenheden i egnethedsvurderingen, selvom ansøgningen/tilbuddet ikke indeholder en støtteerklæring.

Dette udgangspunkt kan kun fraviges, hvis det er nødvendigt at kræve støtteerklæringer på et tidligere tidspunkt af hensyn til korrekt gennemførelse af udbudsproceduren, jf. § 151, stk. 2. I lyset af *Icomera*-kendelsen og lovbemærkninger til § 151, stk. 2, kan ordregiver være berettiget til at kræve, at ansøgere og tilbudsgivere fremlægger støtteerklæringer tidligere i udbudsproceduren, fx allerede sammen med ansøgningen i udbud med en udvælgelsesfase. Hvis støtteerklæringen i sådanne tilfælde ikke fremlægges som anmodet af ordregiver, er ordregiveren afskåret fra at inddrage oplysninger om støtteenheden i egnethedsvurderingen.

3.6 GYLDIGHEDSPERIODE FOR DOKUMENTATION VEDRØRENDE EGNETHED

Dokumentationen har til formål at påvise ansøgers eller tilbudsgivers formåen, og derfor vil den, på samme måde som dokumentation vedrørende udelukkelse som nævnt under afsnit 2.5 ovenfor, også kunne have en alder, hvor den ikke længere er egnet til at vise den faktiske formåen. Det vil være en konkret vurdering af de enkelte dokumentationskrav i §§ 141, 154, 155 samt § 144, stk. 2.

Vedrørende § 155, nr. 1 og 2, angående referencer, kan referencerne som anført ovenfor som udgangspunkt ikke gå mere end henholdsvis 5 (for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder, jf. § 155, nr. 1) og 3 (for så vidt angår varer og tjenesteydelser, jf. § 155, nr. 2) år tilbage. Ældre referencer vil som udgangspunkt ikke være egnede til at dokumentere den faktiske formåen. Det er dog som tidligere nævnt muligt at lægge vægt på ældre referencer, hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence.

En række dokumentationsformer for teknisk og faglig formåen i § 155 samt for rådighed over støtteenheders tekniske og faglige formåen angår forhold vedrørende udførelsen af kontrakten. Dokumentationens gyldighedsperiode skal i sådanne tilfælde fastsættes under hensyn til, hvorvidt dokumentationen giver tilstrækkelig sikkerhed for kravets opfyldelse i forbindelse med egnethedsvurderingen.

3.7 HVEM SKAL DER KRÆVES DOKUMENTATION FRA?

Ordregiveren skal kræve dokumentationen fra den *vindende tilbudsgiver*, jf. § 151, stk. 1. Derudover kan ordregiveren på ethvert tidspunkt i udbudsprocessen kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation, hvis dette er *nødvendigt* for, at udbudsproceduren gennemføres korrekt.

Ordregiver skal endvidere verificere, at de enheder, som ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, kan dokumentere, at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed, og at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. § 144, stk. 4. Det fremgår i denne forbindelse, at støtteenheder skal fremlægge dokumentationen på samme måde som ansøger eller tilbudsgiver.

Såfremt en støtteenhed ikke kan opfylde et relevant krav til egnethed, skal ordregiveren kræve, at ansøger eller tilbudsgiver erstatter enheden, jf. § 144, stk. 5. Ordregiver skal fastsætte en passende frist for

ansøger/tilbudsgiver til at erstatte støtteenheden. Efter udskiftning skal ordregiveren verificere, at den nye støtteenhed opfylder det relevante egnethedskrav.

I den tidligere nævnte *Alstom*-kendelse, har Klagenævnet for Udbud vurderet reglen om udskiftning af en støtteenhed.⁴⁵ Klagenævnet fastslog, at reglen kan finde anvendelse i ”... *en situation, hvor det viser sig, at en støttende virksomhed (enhed) ikke (som forudsat i ansøgningen/tilbuddet) bidrager tilstrækkeligt til ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af det relevante udvælgelseskriterium*”. Ordregiveren er således forpligtet til at kræve udskiftning i situationer, hvor et relevant minimumskrav til egnethed ikke kan opfyldes af ansøger/tilbudsgiver sammen med den valgte støtteenhed.

Klagenævnet fastslog i den forbindelse, at bestemmelsen efter omstændigheder finder anvendelse såvel før som efter udvælgelse og i tilfælde, hvor oplysninger i ESPD viser sig at være forkerte. Bestemmelsen kan ifølge Klagenævnet finde anvendelse, uanset om udskiftningen ønskes som følge af forhold, som ligger uden for ansøgers/tilbudsgivers kontrol. Endelig kan bestemmelsen finde anvendelse, uanset om ordregiveren har indskrænket anvendelsen heraf i udbudsmaterialet, da reglen giver rettigheder til ansøgere og tilbudsgivere, som ikke kan fraviges af ordregiveren.

Alstom-kendelsen giver også anledning til overvejelser om, hvorvidt ordregiveren er forpligtet til at kræve udskiftning, hvis ordregiveren ikke kan identificere den præcise støttende enhed, der kan udskiftes. Det var således ordregivers påstand under sagen, at ansøgeren havde baseret sin økonomiske og finansielle formåen på flere støttende enheder, hvorfor man ikke kunne isolere den manglende opfyldelse af minimumskravene til den relevante støtteenhed.

Klagenævnet kom frem til, at det i den konkrete situation entydigt kunne afgøres, hvilken støtteenhed der førte til, at ansøgeren ikke levede op til de stillede minimumskrav til egnethed, da der var afgivet et ESPD for den pågældende støtteenhed, som viste sig at være forkert.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en ansøger/tilbudsgiver også har ret til at udskifte en støtteenhed i medfør af § 144, stk. 5, selv om det ikke entydigt kan afgøres, hvilken støtteenhed der medfører, at minimumskrav til egnethed ikke kan opfyldes. Da egnethedsvurderingen foretages på baggrund af en samlet vurdering af ansøger/tilbudsgiver med alle støtteenheder, er det ikke afgørende for anvendelse af bestemmelsen, at ordregiver entydigt kan identificere, hvilken af støtteenhederne der er ”skyld i”, at minimumskravet ikke opfyldes.

Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt ordregivere kan kræve et bestemt niveau af egnethed hos *underleverandører*, som ikke er støtteenheder, eller om det alene er den valgte tilbudsgiver, der har til opgave at sikre, at underleverandørerne har den nødvendige formåen til opfyldelse af kontrakten.

Det er ikke reguleret i udbudsloven, hvorvidt ordregivere kan kræve dokumentation for underleverandørernes formåen.⁴⁶

EU-Domstolen har konstateret, at udbudsdirektivet ikke er til hinder for en klausul i kontrakten, der begrænser brugen af underleverandører i forbindelse med opfyldelse af afgørende dele af kontrakten, når ordregiveren ikke ved vurderingen af egnethed har vurderet underleverandøren.⁴⁷ Udbudsloven har i

⁴⁵ Som det fremgår af gennemgangen ovenfor i afsnit 2.3.6, vedrører sagen fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79. Da Klagenævnet for Udbud selv henviser til udbudslovens § 144, stk. 5, er dommen imidlertid også relevant på udbudslovens område.

⁴⁶ Udbudsloven regulerer kun mulighed for udelukkelse af underleverandører i medfør af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.

⁴⁷ C-314/01, *Siemens AG*, præmis 46.

overensstemmelse hermed i § 144, stk. 8, en mulighed for at kræve, at tilbudsgiveren selv skal udføre visse opgaver.

Om underleverandørernes økonomiske og tekniske formåen har Retten i Første Instans konstateret, at i modsætning til et konsortium, hvor den økonomiske og tekniske formåen skal undersøges, er en ordregiver ikke forpligtet til at undersøge, hvorvidt en underleverandør lever op til den krævede økonomiske og tekniske formåen.⁴⁸ Spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren er berettiget til at fastsætte krav til den økonomiske og tekniske formåen for underleverandører, besvares dog ikke af retten i den pågældende sag.

EU-Domstolen har i *Borta*-dommen⁴⁹ konstateret, at med hensyn til at forfølge et formål om, at et anlægsarbejde blev udført korrekt, kan der være mulighed for at begrænse brugen af underleverandører.⁵⁰ I den konkrete situation konstaterede EU-Domstolen dog, at man kunne forfølge det samme formål ved at kræve, at tilbudsgiverne i deres tilbud skulle angive den del af kontrakten, som de agtede at give i underentreprise, de underentreprenører, de agtede at gøre brug af, samt deres faglige formåen.

Det kan ikke udelukkes, at principperne fra ovennævnte domme kan forstås således, at ordregivere på forskellige måder kan forfølge et formål om en korrekt udført kontrakt ved at stille krav til underleverandørens formåen, herunder fastsætte krav i kontrakten til underleverandørens egnethed.⁵¹ Sådanne krav må dog ud fra proportionalitetsprincippet alene angå underleverandører, som skal udføre *centrale opgaver* i den udbudte kontrakt.

Ordregiveren kan fastsætte betingelser i kontrakten, der er forbundet med kontraktens genstand, jf. § 176. Såfremt underleverandører skal udføre visse dele af kontrakten, vil betingelser, der regulerer forhold for underleverandøren, være knyttet til kontrakten. Henset til ovennævnte domme kan ordregiveren muligvis i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, fastsætte bestemmelser om, at ordregiver skal godkende underleverandørernes formåen, før de kan anvendes i forbindelse med opgaver, der er centrale for korrekt opfyldelse af kontrakten.

3.8 DOKUMENTATION FRA NYSTARTEDE VIRKSOMHEDER OG VIRKSOMHEDER UNDER STIFTELSE

For så vidt angår den økonomiske og finansielle formåen, fremgår det af § 154, stk. 2, at en ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre den ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger. Selv om § 154, stk. 2, i sin ordlyd ikke er begrænset til specifikke typer virksomheder, er bestemmelsen især anvendelig for nystartede virksomheder samt virksomheder under stiftelse. Ofte stiller ordregiveren krav, der relaterer sig til flere af de foregående år – eksempelvis et krav om en bestemt omsætning, soliditetsgrad, egenkapital eller lignende – i hvert af de seneste tre regnskabsår. Nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse vil ikke kunne opfylde disse minimumskrav til egnethed.

På baggrund af § 154, stk. 2, skal ordregiveren vurdere, (1) om der er en gyldig grund til, at der ikke kan fremsendes de krævede former for dokumentation, samt (2) om den fremsendte dokumentation er passende og (3) godtgør den økonomiske og finansielle formåen. Det fremgår af lovbemærkningerne til

⁴⁸ T-59/05, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 93-99.

⁴⁹ Selv om *Borta*-dommen, C-298/15, angår et indkøb under tærskelværdien, inddrages principperne og forsyningsvirksomhedsdirektivet 2004/17 i dommen. Som følge heraf vurderes det relevant at inddrage dommen i vurderingen.

⁵⁰ C-298/15, *Borta*, præmis 56.

⁵¹ I C-298/15, *Borta*-dommen, henviser EU-Domstolen dog i præmis 57 til generaladvokatens forslag til afgørelse, hvor generaladvokaten anfører, at ordregiveren kunne kræve, at tilbudsgiveren skulle oplyse ressourcer hos underleverandører, som tilbudsgiveren råder over. Som følge heraf kan EU-Domstolens udtalelser forstås således, at der alene er tale om situationen, hvor en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders formåen. Rækkevidden af ordregiveres muligheder over for underleverandører, som ordregiveren ikke baserer sig på, er derfor ikke helt klar.

bestemmelsen, at det er en gyldig grund til at undlade at fremsende den krævede dokumentation, hvis ansøgere eller tilbudsgivere er nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse og som følge heraf ikke kan fremlægge eksempelvis de krævede regnskaber.

Betingelserne for anvendelse af § 154, stk. 2, gennemgås nærmere i det følgende.

3.8.1 Ad 1) Er der gyldig grund til, at der ikke kan fremsendes de krævede former for dokumentation?

Indledningsvis kan det konstateres, at § 154, stk. 2, alene finder anvendelse, når der er tale om en situation, hvor ansøgere eller tilbudsgivere ikke er i stand til at fremlægge dokumentation af en gyldig grund.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 154, stk. 2, at der foreligger en gyldig grund, når der er tale om forhold, der ikke kan tilskrives ansøgeren eller tilbudsgiveren. Som følge heraf vil det i henhold til lovgivningen ikke være en gyldig grund, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke rettidigt har igangsat indhentningen af dokumentationen. Derimod er det ifølge lovbemærkningerne en gyldig grund, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er under stiftelse og som følge heraf ikke kan fremlægge eksempelvis regnskaber. Det samme kan gøre sig gældende for nystartede virksomheder.

3.8.2 Ad 2) Er dokumentationen passende?

Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan fremsende ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende. § 154, stk. 2, er i sin ordlyd ikke begrænset til specifikke typer dokumentation, som er passende, og derfor vil det være en konkret vurdering fra ordregiveren, om den af ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsendte dokumentation er passende til at godtgøre den økonomiske og finansielle formåen. Som følge heraf kan ordregiveren vurdere, at en egenerklæring fra ansøger eller tilbudsgiver ikke vil være passende, hvis der er krævet revisorpåtegnede årsrapporter. Det skyldes, at en egenerklæring ikke er et udtryk for, at andre end ansøgeren eller tilbudsgiveren har verificeret tallene. Derimod kan en revisorerklæring være passende.

Ordregiver har mulighed for at anføre i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, hvilken dokumentation der efter ordregiverens opfattelse vil være passende, når ansøgere eller tilbudsgivere ikke kan aflevere den krævede dokumentation som følge af en gyldig grund – hvis en ordregiver eksempelvis har et minimumskrav om en egenkapital på 20 mio. kr., hvilket skal dokumenteres ved den seneste årsrapport, kan ordregiveren anføre, at ansøgere eller tilbudsgivere, der ikke har en årsrapport, kan aflevere en anfordringsgaranti på 20 mio. kr. eller en revisorerklæring om egenkapitalens størrelse.

Da § 154, stk. 2, giver ansøgere og tilbudsgivere mulighed for at fremlægge ethvert andet dokument end det, der er krævet af ordregiveren, medfører ordlyden af bestemmelsen efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren ikke har mulighed for alene at acceptere specifik alternativ dokumentation i henhold til § 154, stk. 2, men skal være åben for at modtage anden dokumentation. Dette hænger sammen med formålet bag bestemmelsen, som er at sikre, at virksomheder kan deltage i udbud, uagtet at de ikke kan aflevere den krævede form for dokumentation. Bestemmelsen sikrer bedre adgang for virksomheder, der er nystartede eller under stiftelse, hvilket kan give en bedre konkurrence som følge af flere deltagere med den krævede økonomiske og finansielle formåen.

Som i det tidligere anførte eksempel, kan ordregiveren dog fastsætte på forhånd, hvilken dokumentation de vil anse som passende. Derved skabes en sikkerhed for ansøgerne eller tilbudsgiverne for, hvilken dokumentation der kan accepteres. Ordregiveren foretager dermed også vurderingen på forhånd og vil blive bundet af denne vurdering, således at ansøgere eller tilbudsgivere ikke kan afvises, hvis de lever op til

kravet. Ansøgere og tilbudsgivere er dog heller i sådanne tilfælde afskåret fra at dokumentere deres formåen ved at fremlægge andre former for dokumentation.

3.8.3 Ad 3) Godtgør ansøgeren eller tilbudsgiveren sin økonomiske og finansielle formåen?

§ 154, stk. 2, om alternativ dokumentation er en lovbestemt undtagelse til de dokumentationskrav, som ordregiver har fastsat. Derimod kan kravene til den økonomiske og finansielle formåen *ikke* ændres. Dette skyldes, at formålet med kravene er at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere har den nødvendige kapacitet til at gennemføre kontrakten og derved skabe en større leveringssikkerhed. Endvidere vil alle ansøgere eller tilbudsgivere skulle levere den samme ydelse, hvorfor der ikke er en saglig grund til at behandle ansøgere og tilbudsgivere forskelligt ved at lempe kravene til økonomisk og finansiell formåen for visse typer virksomheder.

Selv om kravene til den økonomiske og finansielle formåen skal udformes som minimumskrav, jf. § 140, stk. 2, har ordregiveren i visse situationer mulighed for at vurdere, om dokumentation fremsendt i henhold til § 154, stk. 2, viser, at en ansøger eller tilbudsgiver har det nødvendige økonomiske og finansielle niveau, uden at det nødvendigvis betyder, at dokumentationen viser opfyldelse af de specifikke minimumskrav. Der kan være situationer, hvor minimumskravene *knytter sig til dokumentationsformen*, således at der eksempelvis kræves en minimumssoliditetsgrad i hvert af de seneste tre regnskabsår, hvilket skal dokumenteres ved årsrapporterne. Her vil det ikke være muligt for nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse at opfylde disse minimumskrav.

Reglen i § 154, stk. 2 vedrører efter sin ordlyd ikke opfyldelse af minimumskrav, men dokumentation af egnethed. Formålet med bestemmelsen er dog at sikre, at nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse kan deltage i udbud, uagtet at de ikke er i besiddelse af den krævede dokumentation. Såfremt § 154, stk. 2, skal have et selvstændigt indhold i alle situationer, herunder de situationer, hvor minimumskravet er knyttet til selve dokumentationsformen, skal bestemmelsen, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ud fra en formålsbetragtning forstås således, at de specifikke minimumskrav, som vedrører dokumentationsformen, ikke nødvendigvis skal opfyldes, men at det krævede niveau af økonomisk og finansiell formåen kan godtgøres på andre måder.

Det krævede niveau til den økonomiske og finansielle formåen kan derimod ikke lempes. I det føromtalte eksempel, hvor minimumskravet angår virksomhedens soliditetsgrad, kan en nystartet virksomhed eller en virksomhed under stiftelse, som af åbenlyse grunde ikke kan fremlægge årsregnskaber for de seneste tre år, således godtgøre sin soliditet ved fx at fremlægge en anfordringsgaranti på et passende beløb.

I de situationer, hvor det vil være muligt for nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse at leve op til de specifikke minimumskrav, *skal* dette ske. Det skyldes, at formålet bag § 154, stk. 2, er, at nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse skal kunne deltage, uanset at der er stillet specifikke krav til formerne for dokumentation, som ikke kan opfyldes af disse virksomheder. Derfor kan bestemmelsen ikke give hjemmel til at fravige dokumentationskrav eller specifikke minimumskrav vedrørende dokumentationsformer, hvis det er muligt for alle virksomheder at opfylde disse krav.

§ 154, stk. 2, betyder, at der vil være en forskellig behandling af de virksomheder, der kan levere de specifikke dokumentationsformer og opfylde minimumskravene, og de virksomheder, der ikke kan opfylde og levere de specifikke dokumentationsformer og eventuelt som følge heraf ikke kan opfylde de minimumskrav, der er knyttet til disse dokumentationsformer. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at denne forskel i behandlingen er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, idet der er tale om forskellige situationer, der som følge heraf skal behandles forskelligt. Det vil sige, at

minimumskravene til den økonomiske og finansielle formåen skal opfyldes, hvis det er muligt, og det krævede niveau skal opfyldes med andre midler, hvis minimumskravene er knyttet til dokumentationen på en måde, hvor det ikke er muligt for alle virksomheder at opfylde disse.

Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 28. juli 2016, *UCplus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl.*, taget stilling til spørgsmålet. Kendelsen angik et udbud om levering af danskuddannelse til voksne udlændinge, der er en light-ydelse omfattet af udbudslovens afsnit III.⁵²

I udbudsmaterialet havde ordregiveren angivet, at ansøgerne eller tilbudsgiverne som bevis for den økonomiske og finansielle formåen skulle have en minimumsomsætning på lovområdet for danskuddannelse til voksne udlændinge på 40 mio. kr. årligt i 2015. Derudover anførte ordregiveren i udbudsmaterialet følgende vedrørende nystartede virksomheder:

”Såfremt tilbudsgiver er en nystartet virksomhed, skal tilbudsgiver i stedet for kravene i pkt. 5.2 og 5.3, i medfør af principperne i udbudslovens § 154, stk. 2, fremlægge dokumentation for følgende (...)

Et bindende forhåndstilsagn om en bankgaranti i form af en anfordringsgaranti på dkk 10 mio. Udfyld udbudsbilag G.”

Klageren nedlagde i sagen påstand om, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, idet der var fastsat differentierede minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen for henholdsvis nystartede og etablerede tilbudsgivere.

Klageren opfyldte ikke kravet om en minimumsomsætning på 40 mio. kr., men kunne derimod have stillet en anfordringsgaranti på 10 mio. kr.

Klagenævnet for Udbud udtalte følgende:

”For nystartede virksomheder stilles der efter punkt 5.4, andet led, ikke samme krav om dokumentation for økonomisk og finansiell kapacitet koblet til lovområdet, som i punkt 5.2 (...) Selv om der i nogen grad kan stilles lempeligere krav til nyetablerede virksomheder, indebærer den betydelige forskel i de dokumentationskrav, der stilles i forhold til etablerede virksomheder, herunder virksomheder fra andre medlemsstater og EØS-området, henholdsvis nyetablerede virksomheder (både danske og udenlandske), en forskelsbehandling, som ikke kan begrundes i den forskellige situation, som virksomhederne er i.”

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Klagenævnet for Udbud i denne kendelse anfører, at der ikke kan være forskel i det krævede niveau til den økonomiske og finansielle formåen, som ordregiveren kræver. Det vil sige, at nystartede virksomheder kan komme med anden dokumentation, men for at sikre deres evne til at gennemføre den udbudte kontrakt skal denne dokumentation vise *samme niveau* af økonomisk og finansiell formåen, som øvrige virksomheder skal dokumentere.

I den konkrete sag var der stillet krav om en omsætning inden for et specifikt område. I den forbindelse bemærkede Klagenævnet for Udbud følgende:

”Afgrænsningen af det område, som omsætningen skal stamme fra, synes efter denne begrundelse i

⁵² Selv om sagen er omfattet af udbudslovens afsnit III om light-ydelser, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at kendelsen er relevant, idet ordregiveren i henhold til § 186 ved udbud af light-ydelser skal fastsætte procedurer for udbuddet, der er i overensstemmelse med principperne i § 2. Selv om der i udbudslovens afsnit III ikke er en bestemmelse, der svarer til § 154, stk. 2, vil det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være muligt at fastlægge en procedure indeholdende en regel, der svarer til § 154, stk. 2. Det skyldes, at reglen ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet, og § 186 fastlægger alene, at proceduren ikke må stride mod principperne i § 2. Der er en formodning om, at regler, der er en del af udbudslovens afsnit II, er i overensstemmelse med principperne fastsat i § 2, idet udbudslovens afsnit II er en implementering af udbudsdirektivet, og udbudsdirektivet kan ikke indeholde bestemmelser, der er i strid med traktaten, herunder de principper, der fremgår af traktaten.

højere grad relateret til et krav til tilbudsgivernes faglige ekspertise end et hensyn til leveringssikkerhed.”

Kravet om minimumsomsætning angik således ikke kun den økonomiske og finansielle formåen, men også den tekniske og faglige formåen. Som følge heraf ville en anfordringsgaranti ikke vise den samme formåen. Derfor var der en usaglig forskel på det minimumskrav, der blev stillet til etablerede virksomheder, og det minimumskrav, der blev stillet til nystartede virksomheder.

Det samme følger af den føromtalte kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 23. juli 2019, i sagen *Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern*. I denne sag, som angik et offentligt udbud af en kontrakt om indsamling og transport af affald, havde ordregiveren fastsat følgende minimumskrav til tilbudsgivers økonomisk og finansiell formåen:

- omsætning på minimum 30 mio. DKK,
- egenkapital på minimum 3 mio. DKK samt
- soliditetsgrad på minimum 15 %

i hvert af de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår.

Klageren havde støttet sig på et norsk moderselskab, som var en nystiftet virksomhed. Klageren, som ikke selv var en virksomhed under stiftelse, kunne selv opfylde kravet om minimumsomsætning, men ikke om egenkapital og soliditetsgrad. Det norske moderselskab kunne i sin egenskab af at være nystiftet kun påvise egenkapital og soliditetsgrad for år 2018 og dermed ikke for de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår. Moderselskabets egenkapital og soliditetsgrad for 2018 levede utvivlsomt op til det krævede minimumsniveau.

Ordregiveren fandt, at moderselskabets økonomiske og finansielle formåen ikke var passende i forhold til at kunne opveje klagerens egen manglende økonomiske og finansielle formåen, da dokumentationen ikke godtgjorde en solid økonomi over en periode på tre år, som var påkrævet.

Klagenævnet fandt, at kravet om, at dokumentationen skulle omfatte en periode på tre år ikke blot var et formelt dokumentationskrav, men skulle tjene til at godtgøre en stabil økonomi over en længere periode. Klagenævnet udtalte i den forbindelse:

”Kommunen foretog herved en vurdering, som ikke var bundet op på et formelt og ufravigeligt mindstekrav til egnethed, men som var konkret og baseret på Urbasers og moderselskabets dokumenterede økonomiske formåen sammenholdt med kontraktgenstanden og et sagligt hensyn til leveringssikkerheden.”

Klagenævnet lagde således vægt på, at ordregiveren foretog egnethedsvurderingen på baggrund af den fremsendte ”alternative” dokumentation, jf. § 154, stk. 2, og ikke blot konstaterede, at det formelle dokumentationskrav om fremlæggelse af tal for de sidste tre år ikke var opfyldt. Klagenævnet fandt i den konkrete sag ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens vurdering af, at den fremlagte dokumentation konkret ikke var passende til at dokumentere det påkrævede minimumsniveau af stabil økonomi.

Da de omtvistede minimumskrav til egnethed i både *UCplus-* og i *Urbaser-kendelserne* således ikke alene var knyttet til dokumentationsformen, men også havde et andet materielt indhold, er det fortsat, som tidligere beskrevet, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at i de tilfælde, hvor et minimumskrav

knytter sig til dokumentationsformen, så nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse ikke kan leve op til minimumskravene, kan de på andre måder vise, at deres økonomiske og finansielle formåen lever op til det niveau, som ordregiveren kræver. Dette kan eksempelvis være relevant, hvor ordregiveren kræver, at virksomhederne har en minimumsegenkapital over flere år. Dette niveau af økonomisk og finansiell formåen kan godtgøres på andre måder for nystartede virksomheder, eksempelvis ved en anfordringsgaranti. Hvis kravet derimod ikke udelukkende er knyttet til dokumentationsformen, men har et materielt indhold om fx kontinuitet – som var tilfældet i *Urbaser*-sagen – kan det være vanskeligt for nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse at fremlægge alternativ dokumentation, som lever op til dette krav.

I *Urbaser-sagen* baserede klageren sig på sit nystiftede moderselskab, der havde en egenkapital på 369 mio. norske kroner og en soliditetsgrad på 100 %. Moderselskabets egenkapital og soliditet skal ses i forhold til det i udbuddet stillede minimumskrav om en egenkapital på 3 mio. kr., samt en soliditetsgrad på 15 % over tre år. Ordregiver gjorde gældende, at indskudt egenkapital i et nystiftet selskab uden videre kan reduceres igen ved udlodning. Derfor ville en stor egenkapital (og dermed en høj soliditetsgrad) ikke kunne direkte sidestilles med en virksomhed, der kan påvise en sund økonomi over en årrække. Selvom Klagenævnet for Udbud ikke inddrager denne betragtning i begrundelsen for resultatet, kan det ikke udelukkes, at kendelsen er et udtryk for, at egenkapital og soliditetsgrad hos et nystiftet selskab ikke i sig selv er passende i forhold til at opveje tilbudsgiverens manglende økonomiske og finansielle formåen, når minimumskravet angår en minimums soliditetsgrad og egenkapital over en årrække. Det vil dog muligvis være tilstrækkeligt med en anfordringsgaranti, idet ordregiveren herved er sikret adgang til økonomiske midler, selvom virksomheden ikke kan påvise en stabil egenkapital og soliditetsgrad over en årrække.

4 UDVÆLGELSE

4.1 INDLEDNING

Ved begrænsede procedurer kan en ordregiver i henhold til § 145, stk. 1, vælge at begrænse antallet af ansøgere, der får mulighed for at afgive et tilbud. Ordregiveren skal foretage udvælgelsen på baggrund af *objektive og ikkediskriminerende kriterier*, jf. § 145, stk. 2.

Når en ordregiver vælger at begrænse antallet af ansøgere, der får mulighed for at afgive tilbud, fremgår det af § 148, stk. 1, nr. 3, at en ordregiver skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere i ESPD'et beskriver, hvordan ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier for udvælgelsen, jf. § 145, stk. 2. Ordregiveren skal beskrive udvælgelseskriterier ved overholdelse af gennemsigtighedsprincippet, således at det står ansøgerne klart, hvordan udvælgelsen vil blive foretaget. Ordregiveren kan ligesom ved tildelingen ikke lægge vægt på forhold, som ikke er beskrevet, og ordregiveren skal sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med vurderingen.

Det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 2, at ordregiveren har pligt til at verificere, at den vindende tilbudsgiver er udvalgt til at afgive tilbud, jf. § 159, stk. 2. Det betyder, at ordregiveren har en pligt til at indhente dokumentation for de oplysninger, der er benyttet til udvælgelsen. Det vil som udgangspunkt være de oplysninger, som ordregiveren har krævet, og som den formodede vindende tilbudsgiver har anført i ESPD'et.

Som tidligere nævnt, er ordregiveren kun forpligtet til at indhente dokumentation fra den vindende tilbudsgiver, jf. § 151, stk. 1. Ordregiveren kan dog også kræve dokumentation fra andre ansøgere eller tilbudsgivere, hvis det er nødvendig for korrekt gennemførelse af udbudsproceduren, jf. § 151, stk. 2. Dette kan eksempelvis være tilfældet i begrænsede procedurer, for at sikre, at de udvalgte ansøgere er i stand til at levere dokumentationen i tildelingsfasen, og dermed ikke forhindrer andre i øvrigt kvalificerede ansøgere i at deltage.

4.2 DOKUMENTATION VEDRØRENDE UDVÆLGELSE

Det fremgår ikke eksplicit af udbudsloven, hvilke former for dokumentation ordregiveren kan indhente i forbindelse med udvælgelsen. Det fremgår dog af lovbemærkningerne til § 152, stk. 2, at:

”Ordregiveren fastsætter ved udvælgelse, jf. § 145, hvordan ansøgerne skal dokumentere opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier. Hvis udvælgelsen sker på baggrund af ansøgernes økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen, kan det ske ved at kræve de dokumentationstyper, der fremgår af §§ 153-155 samt §§ 157 og 158.”

Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren kan kræve dokumentation for ansøgeres opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier i henhold til §§ 154, 155, 157 og 158, hvis kriterierne angår økonomisk og finansiell formåen eller teknisk og faglig formåen.

Ordregiveren er dog ikke begrænset til at kræve alene de nævnte former for dokumentation, da § 152, stk. 2, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering kun begrænser ordregivers adgang til at indhente dokumentation for udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, samt for minimumskrav til egnet, men ikke for udvælgelse.

Hvis de objektive og ikkediskriminerende kriterier angår andre forhold, kan ordregiveren kræve enhver form for passende dokumentation, der viser, hvordan ansøgeren opfylder kriterierne.

Ordregiver kan foretage udvælgelsen på baggrund af de oplysninger, der benyttes i forbindelse med vurderingen af ansøgernes egnethed. Det vil sige, at ordregiveren eksempelvis kan kræve, at ansøgere som minimum skal have to referencer for udførelse af noget konkret arbejde, før ansøgeren er egnet. Dernæst vil ordregiveren foretage udvælgelsen på baggrund af en kvalitativ vurdering af referencer, således at ansøgere, der har de bedste to referencer, som er en forudsætning for egnethed, vil blive udvalgt til at afgive tilbud. Ordregiveren skal i dette tilfælde beskrive, hvilke forhold der vil blive tillagt positiv betydning ved udvælgelsen. Det vil her ikke være nødvendigt for ordregiveren at indhente særskilt dokumentation for udvælgelsen, da dokumentation for egnethed vil være egnet til også at verificere udvælgelsen.

Hvis ordregiver foretager udvælgelsen på baggrund af de oplysninger, der vedrører økonomisk og finansiell formåen eller teknisk og faglig formåen, vil det være tilstrækkeligt, at ansøgerne i del V i ESPD'et blot henviser til de oplysninger, der er angivet i del IV vedrørende egnethed.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at Klagenævnet for Udbud i kendelsen af den 6. februar 2019, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*, har anerkendt, at en ordregiver ikke anså en ansøgning for ukonditionsmessig i en situation, hvor ansøgeren havde udfyldt ESPD, del V, ved at svare "nej" til opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier for udvælgelse og uden nærmere at angive, hvordan de var opfyldt. Klagenævnet kom frem til, at da ansøgeren havde udfyldt de øvrige dele af ESPD'et i relation til udvælgelse, herunder del IV om egnethed, var markering "nej" i del V udtryk for en *åbenbar fejl*, som ikke gav grundlag for afvisning af ansøgningen. Det bemærkelsesværdige ved kendelsen er, at ordregiveren ikke havde foretaget berigtigelse af ESPD'et (som denne efter Klagenævnets opfattelse var berettiget til), men blot i sin vurdering lagde til grund, at der var tale om en åbenbar fejl.

Hvis ordregiver foretager udvælgelsen på baggrund af andre oplysninger end økonomisk og finansiell eller teknisk og faglig formåen, er det op til ordregiver at forklare, hvilke oplysninger der skal anføres i ESPD'et, og hvilken dokumentation ordregiveren kræver i den forbindelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anbefaler, at ordregiveren primært ved udvælgelse anvender økonomisk og finansiell formåen eller teknisk og faglig formåen, idet ansøgere og tilbudsgivere er bekendte med disse og ofte vil være i besiddelse af den nødvendige dokumentation. Som følge heraf kan det medvirke til at holde omkostningerne forbundet med deltagelse i udbud nede. Dog fremgår det af lovbemærkningerne til § 152, stk. 2, at ordregiveren kan vælge andre kriterier, så længe de er objektive og ikkediskriminerende. Derfor kan ordregiveren vælge andre kriterier, når dette konkret vurderes hensigtsmæssigt.

5 GENERELT VEDRØRENDE DOKUMENTATION

5.1 INDLEDNING

Der er en række problemstillinger, der er relevante for samtlige typer af dokumentation, behandlet tidligere i dette dokument. Det er eksempelvis tidspunktet for indhentelse af dokumentation, samt hvad der er en passende frist for ansøgere og tilbudsgivere til at indhente dokumentationen. Disse problemstillinger, der går på tværs af dokumentationstyperne, gennemgås nedenunder.

5.2 TIDSPUNKT FOR INDHENTELSE AF DOKUMENTATION

Ordregiveren er som udgangspunkt kun forpligtet til at indhente dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, jf. § 151, stk. 1. Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med formålet bag ESPD'et, hvorefter ESPD-formularen har til formål at mindske den administrative byrde, som opstår, når ansøgere eller tilbudsgivere bliver mødt med et krav om at fremlægge et stort antal certifikater eller andre dokumenter i forbindelse med udelukkelsesgrundene og kriterierne for egnethed. Den administrative byrde mindskes yderligere af, at det som udgangspunkt alene er den vindende tilbudsgiver, der skal indlevere dokumentationen. Dette er et skifte i forhold til det tidligere udbudsdirektiv, hvor al dokumentation kunne indhentes fra alle ansøgere eller tilbudsgivere i ansøgningerne eller i tilbuddene i alle typer udbud. Indhentelse af dokumentation fra den vindende tilbudsgiver gennemgås i afsnit 5.2.1 – 5.2.2 nedenfor.

For at sikre en effektiv udbudsprocedure har ordregiveren dog mulighed for indhente dokumentation fra andre ansøgere og tilbudsgivere *på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren*, når det er nødvendigt for, at udbudsproceduren gennemføres korrekt, jf. § 152, stk. 2. Muligheden for indhente dokumentation ”*på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren*” behandles nedenfor i afsnit 5.2.3 – 5.2.4.

Derudover gennemgås problemstillinger i forbindelse med indhentelse af dokumentation i længerevarende udbudsprocedurer i afsnit 5.2.5 og passende tidsfrist til fremlæggelse af dokumentation i afsnit 5.2.6 nedenfor.

5.2.1 Dokumentation fra tilbudsgiver før tildeling

Som nævnt ovenfor, skal ordregiveren kræve, at den vindende tilbudsgiver fremlægger dokumentation inden tildeling af kontrakt, jf. § 151, stk. 1. Ordregiveren er forpligtet til hurtigst muligt og samtidig at underrette alle berørte tilbudsgivere om beslutningen om tildeling af en kontrakt, jf. § 171. På det tidspunkt, hvor ordregiveren kræver, at en tilbudsgiver fremlægger den egentlige dokumentation, er der endnu ikke truffet en beslutning om tildeling, hvorfor forpligtelsen i § 171 endnu ikke er indtrådt. Derudover vil det ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet at indhente dokumentationen fra en specifik tilbudsgiver, uden at de øvrige får kendskab til dette. Det skyldes, at der ikke blot skal indhentes dokumentation, men at ordregiveren også skal verificere, hvorvidt dokumentationen er bevis for de oplysninger, der fremgår af ESPD'et, og lever op til kravene til dokumentationen. Ordregiverens tildelingsbeslutning er således uafgjort på det pågældende tidspunkt.

Selv om ordregiveren ikke er forpligtet til at orientere alle tilbudsgivere om, at dokumentationen skal indhentes fra en bestemt tilbudsgiver, kan ordregiveren *vælge* at informere alle tilbudsgivere om, at såfremt en bestemt tilbudsgiver kan fremsende den relevante dokumentation, vil opgaven blive tildelt denne. Det bør i denne forbindelse understreges over for tilbudsgiverne, at der ikke er tale om en tildelingsbeslutning, men alene en orientering om processen.

Når ordregiveren har indhentet og verificeret dokumentationen, kan ordregiveren tildele kontrakten og underrette de berørte tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen i henhold til § 171. Derefter kan ordregiveren, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, § 3, stk. 1, tidligst indgå kontrakten efter udløbet af en standstill-periode på 10 dage.⁵³ Der opstår i den forbindelse spørgsmål om, hvorvidt ordregiveren kan indhente og verificere dokumentationen i standstill-perioden, som behandles umiddelbart nedenfor.

5.2.2 Indhentelse af dokumentation i standstill-perioden

Da indhentelse af dokumentation kan være tidskrævende, kan ordregiveren have interesse i at benytte standstill-perioden hertil. Det rejser spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren fx kan træffe en tildelingsbeslutning, der er betinget af, at tilbudsgiveren kan indsende dokumentationen i standstill-perioden.

Ordlyden af § 151, stk. 1, fastslår imidlertid, at dokumentationen skal indhentes *før* beslutning om tildeling. Det samme er tilfældet med ordlyden af § 159, stk. 2, hvorefter ordregiveren *inden* tildelingsbeslutningen skal verificere, at tilbudsgiveren ikke er udelukket, opfylder minimumskravene til egnethed og er udvalgt. Denne verifikation skal, i henhold til udbudslovens § 159, stk. 2, ske på baggrund af den fremsendte dokumentation, og derfor skal dokumentationen være krævet og modtaget inden tildelingsbeslutningen.

Standstill-perioden er reguleret i lov om Klagenævnet for udbud § 3. Standstill-perioden er indført med kontroldirektivet,⁵⁴ som fastslår følgende om standstill-perioden i præambelbetragtning nr. 6:

”Standstill-perioden bør give de berørte tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at gennemgå tildelingsbeslutningen og vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en klageprocedure.”

Kontroldirektivet er implementeret i dansk ret med håndhævelsesloven⁵⁵, som senere er ændret til lov om Klagenævnet for Udbud, dog uden at den relevante bestemmelse om standstill-perioden har ændret sig væsentligt. Af lovbemærkningerne til håndhævelsesloven fremsat den 27. januar 2010 fremgår følgende om formålet med indførelsen af en standstill-periode:

”Formålet med denne pause er at give forbigåede tilbudsgivere mulighed for at klage over indgåelsen af en rammeaftale eller ordregiverens tildelingsbeslutning på et tidspunkt, hvor ordregiveren og den vindende tilbudsgiver endnu ikke har underskrevet kontrakten, og hvor en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne stadig kan afhjælpes.”

Bestemmelserne i kontroldirektivet er en kodificering af retspraksis fra EU-Domstolen, og EU-Domstolen har i C-212/02 konstateret, at der skal være en:

*”... rimelig frist mellem det tidspunkt, hvor de bydende, hvis bud ikke er blevet antaget, underrettes om beslutningen om tildeling, og kontraktens indgåelse, således at det indtil kontraktens indgåelse bl.a. er muligt at fremsætte en begæring om foreløbige forholdsregler”.*⁵⁶

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 2, at ordregiveren inden tildelingsbeslutningen skal verificere en række forhold på baggrund af den fremsendte dokumentation. Derfor vil en ordregivers godkendelse af den fremsendte dokumentation være noget, som kan påklages, og som kan medføre, at den vindende

⁵³ Standstill-perioden regnes i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen. Ordregiveren kan, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 2, fastsætte en længere standstill-periode end de henholdsvis 10 og 15 dage.

⁵⁴ Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF.

⁵⁵ Lov nr. 492 af den 12. maj 2010.

⁵⁶ C-212/02, præmis 23.

tilbudsgiver skulle have været afvist. En forbigået tilbudsgiver kan derfor have interesse i at klage over ordregiverens vurdering af den vindende tilbudsgivers dokumentation og hvorvidt denne er tilstrækkelig. I et sådant tilfælde vil forbigående tilbudsgivere ikke have en standstill-periode på 10 dage til at vurdere, om der skal klages over ordregiverens godkendelse af dokumentationen, og det er ikke i overensstemmelse med formålet bag standstill-perioden.

På baggrund af det ovenfor beskrevne, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det ikke vil være muligt at træffe en betinget tildelingsbeslutning og indhente og verificere dokumentationen i standstill-perioden. Endvidere er det efter styrelsens vurdering forudsat i § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud, at standstill-perioden først kan påbegyndes efter den endelige tildelingsbeslutning.

5.2.3 Indhente dokumentation ”på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren”

Formålet med bestemmelserne om tidspunktet for indhentelse af dokumentation i § 151, stk. 2, sammenholdt med § 151, stk. 1, er at sikre en fair og objektiv udbudsprocedure og forhindre misbrug.

Som tidligere beskrevet kan ordregiveren i henhold til § 151, stk. 2, når som helst i udbudsprocessen kræve, at ansøgerne eller tilbudsgiverne fremlægger hele eller en del af dokumentationen, når dette er nødvendigt for, at udbudsproceduren gennemføres korrekt. Muligheden for at indhente dokumentation når som helst i udbudsprocessen skal ses i sammenhæng med, at et af formålene med udgangspunktet om, at der alene skal indhentes dokumentation fra den vindende tilbudsgiver, er at begrænse de administrative omkostninger forbundet med udbudsprocessen. Derfor må § 151, stk. 2, skulle anses som en undtagelse til hovedreglen i § 151, stk. 1. Det betyder, at det kun vil være i forbindelse med særlige procedurer eller særlige forhold, at § 151, stk. 2, kan anvendes. Hvad der kan karakteriseres som særlige procedurer eller særlige forhold, er beskrevet nærmere nedenfor i afsnit 5.2.4.

Det er ordregiverens vurdering, om der foreligger særlige forhold, der kan begrunde indhentelsen af dokumentation i medfør af § 151, stk. 2.⁵⁷ Idet det ikke er udtømmende specificeret i udbudsloven eller lovbemærkningerne hertil, hvornår det er nødvendigt at indhente dokumentation i løbet af udbudsprocessen, vil der, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, være et vist skøn for ordregiverne, hvad angår brugen af § 151, stk. 2. Selv om ordregiveren kan være berettiget til at indhente dokumentationen, bør ordregiveren dog overveje de administrative omkostninger i forbindelse hermed.

5.2.4 Hvornår foreligger der særlige procedurer eller særlige forhold?

Det følger af lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, at det er muligt at indhente dokumentation ved procedurer med to faser (begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber), hvor ordregiveren gør brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud.⁵⁸

Ved at indhente dokumentation fra de ansøgere, der bliver opfordret til at afgive tilbud, kan ordregiveren sikre sig, at disse ansøgere kan levere den efterspurgte dokumentation og dermed ikke optager en plads på bekostning af en forbigået ansøger, der er i stand til at levere dokumentationen. Det kan dermed være medvirkende til at sikre en effektiv konkurrence, når dokumentationen ved disse procedurer indhentes tidligt i processen.

⁵⁷ Det fremgår bl.a. af lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, ”Når ordregiveren skønner det nødvendigt at kræve dokumentationen i løbet af udbudsprocessen”. Endvidere fremgår det af præambelbetragtning nr. 84: ”Ordregivende myndigheder bør også have ret til at anmode om alle eller en del af de supplerende dokumenter, når som helst de måtte anse det for nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.”

⁵⁸ Der henvises til muligheden for at kræve dokumentation fremlagt i procedurer med to faser i lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, i udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 84.

Ordregiver kan i forbindelse med procedurer med to faser indhente dokumentation fra i hvert fald de ansøgere, som ordregiveren har til hensigt at opfordre til at afgive tilbud. Der opstår herefter et spørgsmål om, hvorvidt det kan være relevant at indhente dokumentation fra *alle* ansøgere.

Formålet med bestemmelsen om at nedbringe de administrative omkostninger forbundet med at aflevere dokumentationen taler imod, at det skal være muligt at indhente dokumentationen fra alle ansøgere.

I den tidligere omtalte kendelse fra Klagenævnet for Udbud i *Icomera*-sagen⁵⁹, kom Klagenævnet imidlertid frem til, at ordregiveren var berettiget til at anmode ansøgere om at fremsende en støtteerklæring fra eventuelle støtteenheder sammen med ansøgningen om udvælgelse, på trods af at støtteerklæring udgør dokumentation for egnethed i udbudslovens forstand. Klagenævnet havde i den konkrete sag udtalt, at hensynet til at undgå at belaste deltagende virksomheder unødigt ikke havde haft nogen væsentlig betydning for kravet om fremlæggelse af den pågældende dokumentation, da dokumentationen (støtteerklæringen) ”*nemt kunne afgives ved at udfylde en kortfattet blanket, der indgik i udbudsbetingelserne*”. Det kan derfor indgå i vurderingen af, om der kan indhentes dokumentation fra andre end den vindende tilbudsgiver, hvor byrdefuldt det er for virksomheder at indhente den pågældende dokumentation.

Derudover kan varetagelse af andre hensyn end hensynet til effektiv konkurrence medføre, at der skal indhentes dokumentation fra samtlige ansøgere.

Såfremt der ved en procedure med to faser kommer færre tilbud end det maksimale antal i udbudsbekendtgørelsen, vil det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ikke være muligt at indhente dokumentation efter § 151, stk. 2. Det skyldes, at lovbemærkningerne nævner muligheden for at indhente dokumentation ved procedurer med to faser med det formål, at ansøgere, der ikke kan aflevere dokumentationen, ikke deltager på bekostning af kvalificerede ansøgere. Når der er færre ansøgere, end der opfordres til at deltage, er der ingen risiko for, at kvalificerede ansøgere afvises, og derfor vil der ikke være den samme nødvendighed. Det er endvidere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at lovbemærkningerne ikke umiddelbart kan overføres til andre procedurer, hvor der ikke har været en udvælgelse, da der ikke er samme hensyn til at sikre, at udvalgte ansøgere ikke optager pladsen på bekostning af forbigåede ansøgere.

Hvad angår dynamiske indkøbssystemer kan hensynet til effektiv konkurrence ikke begrunde indhentelse af dokumentation fra alle ansøgere, idet det følger af § 104, stk. 3, at et dynamisk indkøbssystem til enhver tid skal være åbent for ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed. Som følge heraf sker der ved optagelse i systemet ikke en selektion, og derfor er der ikke risiko for, at ansøgere, som ikke kan fremlægge relevant dokumentation, kommer i systemet på bekostning af andre. Andre hensyn kan dog begrunde, at der er mulighed for at indhente dokumentation vedrørende et dynamisk indkøbssystem.

Det er kun muligt at indhente den dokumentation, der er nødvendig for en korrekt gennemførelse af udbudsprocessen, tidligt. Som følge heraf kan ordregiveren være begrænset af, hvilke dele af dokumentationen der skal indhentes. Hvis det er nødvendigt at indhente al dokumentation sammen med ansøgningerne eller tilbuddene, vil der ikke være behov for, at ansøgerne eller tilbudsgiverne afleverer et ESPD, da der i så fald ikke vil være behov for foreløbigt bevis.

⁵⁹ Kendelse af den 20. juni 2018, *Icomera AB mod DSB*.

Vedrørende hvad der konkret kan karakteriseres som et særligt forhold, kan behovet for en hurtig udbudsproces efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering under særlige omstændigheder karakteriseres som et forhold, der kan begrunde tidlig indhentelse, jf. § 151, stk. 2. Hvis der er tale om et akut behov i henhold til eksempelvis § 57, stk. 5, vil det være muligt at bruge hasteproceduren. I disse situationer kan der indhentes dokumentation i løbet af udbudsprocessen eller dokumentationen kan kræves afleveret i forbindelse med tilbuddet, jf. § 151, stk. 2. Dette fordi indhentelse af dokumentation kan forlænge processen, hvilket strider imod formålet med en hurtig proces for at afhjælpe et akut behov.

Det vil tale imod tidlig indhentelse af dokumentation i sådanne tilfælde, hvis det akutte behov skyldes forhold, der kan tilskrives ordregiveren. I så fald påfører ordregiveren ansøgerne og tilbudsgiverne en administrativ byrde på grund af dennes handlinger eller mangel på samme. Det taler således imod nødvendigheden af en tidlig indhentelse af dokumentationen, hvis ordregiveren med simple midler, fx en anden planlægning af udbudsprocessen, kunne have indhentet dokumentationen i overensstemmelse med systematikken i udbudsloven. Hvis ordregiveren fx har tilrettelagt udbudsproceduren således, at der ikke er afsat tid til indhentelse af dokumentation hos den vindende tilbudsgiver inden kontraktudløb og ordregiveren af den grund ønsker at indhente dokumentationen fra alle tilbudsgivere på et tidligere tidspunkt, er ordregiveren efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ikke berettiget hertil.

Ordregiveren kan efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ikke fastsætte en automatisk regel om, at det *altid* er nødvendigt at indhente dokumentation i ordregiverens udbud, da sådan en regel vil stride imod formålet med § 151. Ordregiveren skal derimod altid foretage en *konkret vurdering* af nødvendigheden af at indhente dokumentation på et tidlig tidspunkt.

Hvis ordregiveren i udbudsmaterialet stiller krav om, at alle ansøgere skal fremlægge endelig dokumentation sammen med ansøgningen eller tilbuddet, og dette krav ikke kan begrundes i § 151, stk. 2, kan ordregiveren ikke afvise en ansøger, som ikke fremlægger endelig dokumentation. Dette fordi et sådant krav vil være i strid med § 148 og § 151, og ordregiver kan ikke begrænse sine forpligtelser i henhold til udbudsloven ved at regulere de samme forhold anderledes i udbudsbetingelserne.

5.2.5 Indhentelse af dokumentation ved udbudsprocedurer, der løber over en længere periode

I forbindelse med udbudsprocedurer, der løber over en længere periode, kan spørgsmålet opstå, om ordregiveren, der allerede har indhentet dokumentation, kan eller skal indhente dokumentation på ny. Eksempelvis kan der i forbindelse med større bygge- og anlægskontrakter gå år, fra ansøgere bliver opfordret til at afgive tilbud, til tilbuddene afgives, og til der skal ske tildeling. I sådanne situationer kan ordregiveren i henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, indhente dokumentation fra de ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, med henblik på at sikre, at de ikke optager en plads fra en forbigået og kvalificeret ansøger.

Når ordregiver allerede har indhentet dokumentation tidligere i udbudsprocessen, vil der som udgangspunkt ikke være en *pligt* til at indhente dokumentationen igen forud for tildelingsbeslutningen. Ordregiver vil som udgangspunkt heller ikke være *berettiget* til at indhente dokumentation på ny i sådanne tilfælde.

Ordregiver er dog i tvivlstilfælde forpligtet til at foretage en *effektiv kontrol* af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningerne eller tilbuddene, jf. § 159, stk. 3. I forbindelse med udbud, der løber over flere år, kan der opstå tvivl om, hvorvidt den dokumentation, som eksempelvis er indhentet i forbindelse med udvælgelsen af ansøgere er egnet som dokumentation senere i udbudsprocessen. I disse situationer vil

denne tvivl medføre, at ordregiveren er forpligtet til at kontrollere oplysningerne eller dokumentationen, hvilket kan ske ved at indhente opdateret dokumentation.

I denne forbindelse er ordregiveren alene forpligtet til at indhente *den dokumentation, som har givet anledning til tvivl*. Derudover kan ordregiveren ikke kræve dokumentation fremlagt, når ordregiveren selv kan skaffe dokumentationen via en national database eller er i besiddelse af den fornødne dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer, jf. § 151, stk. 5. Bag denne regel ligger det samme hensyn til at mindske de administrative byrder og hensynet til proportionalitet, som også ligger til grund bag § 151 stk. 1 og 2.

5.2.6 Passende tidsfrist til at fremlægge dokumentation

Som det er nævnt flere gange ovenfor, skal ordregiveren fastsætte en passende frist for fremlæggelse af dokumentationen, jf. § 151.

Fremlæggelse af dokumentation er en forlængelse af det foreløbige bevis, som ansøgere og tilbudsgivere har afleveret i form af ESPD'et. Ordregiveren skal i den forbindelse kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere via ESPD'et tilkendegiver, at dokumentationen på ordregiverens anmodning kan fremlægges *uden ugrundet ophold*, jf. § 148, stk. 2, nr. 2. I den forbindelse er det væsentligt at vurdere, hvordan kravet om *"uden ugrundet ophold"* i § 148, stk. 2, nr. 2, passer sammen med en passende tidsfrist i § 151, stk. 1 og 2, samt hvad *"uden ugrundet ophold"* indebærer.

At ansøgere og tilbudsgivere skal kunne fremlægge dokumentation uden ugrundet ophold, indebærer, at man ser på den tid, det vil tage dem efter anmodning herom at fremskaffe dokumentationen. Det vil sige, at tidsfristen er den tid, det tager at fremskaffe dokumentationen, fraregnet forhold, der kan tilregnes ansøgeren eller tilbudsgiveren. Uden ugrundet ophold udgør således minimumstidsfristen, som ordregiveren kan fastsætte.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, at ordregiveren kan *"... fastsætte en passende frist, der betyder, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal fremlægge dokumentationen uden ugrundet ophold"*.

Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at en tidsfrist, der medfører, at en ansøger eller tilbudsgiver uden ugrundet ophold kan fremlægge dokumentationen, altid vil være en passende frist. Da fristen *"uden ugrundet ophold"* udgør en minimumsfrist, kan fristen være længere, men ikke kortere.

Det kan dog være forbundet med vanskeligheder at konstatere, hvor lang en tidsfrist uden ugrundet ophold konkret vil være. Det vil eksempelvis sjældent være oplyst, hvor lang tid den administrative behandling hos myndigheder vil være. Derfor vil det sjældent være muligt for ordregiver at fastsætte en præcis tidsfrist, der nøjagtigt svarer til den tid, det vil tage at indhente dokumentationen. Derfor skal fristen svare til rimelig tid til at indhente den efterspurgte dokumentation.

Såfremt ordregiveren fastsætter en tidsfrist, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke uden ugrundet ophold kan indhente og fremlægge dokumentationen, vil fristen ikke være passende i henhold til § 151, stk. 1 og 2. Ordregiveren vil i sådanne tilfælde ikke være berettiget til at udelukke den konkrete ansøger eller tilbudsgiver som følge af overskridelse af fristen.

Fastsættelsen af en passende tidsfrist skal i henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, ske *"... konkret under hensyntagen til den konkrete dokumentation, fremsendelsesmetode osv."*. Det vil sige, at tidsfristerne

skal fremsættes individuelt i forhold til den ansøger eller tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til. Når ordregiveren indhenter dokumentation fra flere ansøgere eller tilbudsgivere, eksempelvis i forbindelse med en begrænset udbudsprocedure, kan ordregiveren fastsætte en fælles frist.

Ved fastsættelse af tidsfrister for *danske* ansøgere og tilbudsgivere skal ordregiveren bl.a. tage højde for dokumentationen for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, samt, hvis de bliver anvendt i det konkrete udbud, i § 137, stk. 1, nr. 2 og 7. Danske ansøgere og tilbudsgivere kan i denne forbindelse som nævnt i afsnit 2.3.1 ovenfor fremlægge serviceattesten, der udstedes af Erhvervsstyrelsen. Ifølge Erhvervsstyrelsens hjemmeside tager det ca. to uger at udarbejde en serviceattest efter korrekt udfyldt anmodning herom.

For at anmode om en sådan serviceattest skal ansøgeren samle samtykkeerklæringer samt edserklæringer⁶⁰ fra personerne i virksomhedens registrerede ledelse. Den tid, det med rimelighed vil tage en virksomhed at samle disse erklæringer, samt Erhvervsstyrelsens sagsbehandlingstid vil udgøre det grundede ophold, og ordregiver skal derfor som hovedregel fastsætte en frist på minimum to en halv uge. Den øvrige dokumentation, der indhentes i hovedparten af tilfældene, vil kunne indhentes hurtigere end serviceattesten, idet ansøgerne eller tilbudsgiverne oftest er i besiddelse af den øvrige dokumentation. Som følge heraf kan tidsfristen på to en halv uge som udgangspunkt fungere som en passende tidsfrist for danske ansøgere og tilbudsgivere til at fremsende den samlede dokumentation. Fremsendelsesmetode, særlige former for dokumentation og andre forhold kan dog i konkrete situationer medføre, at tidsfristen skal være længere end to en halv uge, før der er tale om en passende tidsfrist i henhold til § 151, stk. 1 og 2.

I denne forbindelse skal det dog oplyses, at Erhvervsstyrelsen i mange situationer udsteder serviceattesten, før der er gået to uger, hvorfor fristen mere skal ses som en absolut tidsfrist for ansøgerne og tilbudsgiverne og ikke nødvendigvis som et udtryk for, hvor lang tid det konkret vil tage en ansøger eller tilbudsgiver at fremlægge den krævede dokumentation.

Når ordregiveren fastsætter en passende tidsfrist i forbindelse med et udbud, hvor der er *udenlandske* ansøgere eller tilbudsgivere, kan det ske på flere måder. Det kan eksempelvis ske ved kontakt til myndighederne i det pågældende land eller ved kontakt til den konkrete ansøger eller tilbudsgiver. Selv om der er et forhandlingsforbud, vil kontakt mellem tilbudsgiver og ordregiver om fristen, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet og ikke indebære en risiko for, at konkurrencen i udbuddet fordrejes, idet fristen ikke har indflydelse på resultatet af udbuddet. Derudover skal der som udgangspunkt alene indhentes dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, således at dialog her har endnu mindre betydning for udbuddets resultat.

Når ordregiveren har fastsat en passende tidsfrist, kan der opstå situationer, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke kan aflevere den krævede dokumentation inden udløbet af fristen. I den forbindelse opstår spørgsmålet, om ordregiveren har mulighed for at *forlænge* den fastsatte tidsfrist. Der kan fx komme nye oplysninger, der havde medført en anden frist, hvis ordregiveren havde været bekendt med disse oplysninger på tidspunktet for fastsættelse af fristen. I disse situationer vil det, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, være muligt at forlænge fristen. Det skyldes, at ordregiveren har pligt til at sikre, at tilbudsfristen er passende. Hvis ordregiveren bliver bekendt med forhold, der ville have medført en længere frist, hvis forholdene havde været kendt på tidspunktet for fristens fastsættelse, er den oprindeligt fastsatte frist ikke længere passende, og derfor har ordregiveren mulighed for at ændre den oprindelige

⁶⁰ Jf. udbudsloven § 152, stk. 2, 1. pkt.

frist, således at den bliver passende. Det vil fx være muligt at forlænge tidsfristen, hvis årsagen bag den manglende overholdelse ikke kan tilskrives ansøgeren eller tilbudsgiveren.

5.3 MANGLENDE FREMLÆGGELSE AF DOKUMENTATION

Ordregiveren skal *udelukke* ansøgere og tilbudsgivere fra udbudsproceduren, hvis de ikke er i stand til at fremsende dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og stk. 3, hvis relevant i § 137, stk. 1, nr. 1 og nr. 7, vedrørende fastsatte minimumskrav til egnethed i §§ 140-144 samt vedrørende udvælgelsen, jf. § 145, jf. § 136. Udelukkelsen skal kun ske, såfremt den passende frist for fremlæggelse af dokumentationen er udløbet, jf. lovbemærkninger til § 151, stk. 1.⁶¹

Udelukkelsen i medfør af § 136, nr. 3, kan dog ikke ske, hvis der ikke har været fastsat en passende frist, fx hvis den fastsatte frist har været for kort til, at tilbudsgiveren uden ugrundet ophold kunne fremlægge dokumentationen. Ordregiveren har ikke i sådan en situation mulighed for at konstatere, at ansøgere eller tilbudsgivere er ude af stand til at levere dokumentationen, jf. § 136, nr. 3, og kan derfor ikke udelukke de relevante virksomheder med henvisning hertil. Om fastsættelse af passende frist, se ovenfor i afsnit 5.2.6.

I henhold til § 151, stk. 4, kan ordregiveren anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at *supplere* eller *præcisere* dokumentation modtaget i medfør af §§ 153-155, 157 og 158. Muligheden i § 151, stk. 4, finder anvendelse, når fristen er udløbet og ordregiveren ikke på baggrund af den fremsendte dokumentation kan verificere, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, er egnet og udvalgt på et korrekt grundlag. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver kan anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at supplere eller præcisere dokumentation, før forpligtelsen til at udelukke, jf. § 136, nr. 3, indtræder. Såfremt det ikke skulle være muligt at anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at supplere eller præcisere dokumentation efter fristens udløb, ville § 151, stk. 4, i vidt omfang blive illusorisk.

Ordregiveren skal også ved anmodning om supplerende dokumentation fastsætte en passende frist for dokumentationens fremlæggelse, således at pligten til udelukkelse i sådanne tilfælde først indtræder, hvis ansøgere og tilbudsgivere ikke er i stand til at supplere eller præcisere dokumentationen inden for en passende frist.

5.4 HVORNÅR KAN ORDREGIVEREN IKKE KRÆVE DOKUMENTATION?

Udbudsloven indeholder visse begrænsninger i ordregiverens adgang til at kræve dokumentation. For det første kan ordregiver alene kræve den dokumentation, der henvises til i § 153, for så vidt angår dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, og i §§ 154, 155, 157 og 158, for så vidt angår dokumentation for, at minimumskravene til egnethed er opfyldt.

Dernæst er ansøgere eller tilbudsgivere ikke forpligtet til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren selv kan skaffe dokumentationen direkte gennem adgang til en *national database*, jf. § 151, stk. 5, nr. 1, eller hvis *ordregiveren allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation* fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer, jf. § 151, stk. 5, nr. 2. De to situationer gennemgås i henholdsvis afsnit 5.4.1 og 5.4.2 nedenfor.

⁶¹ Selv om lovbemærkningerne knytter sig til § 151, stk. 1, kan de formentligt også finde anvendelse i forbindelse med indhentning af dokumentation efter § 151, stk. 2, idet forskellen mellem § 151, stk. 1 og 2, angår tidspunktet for indhentelse af dokumentation og hvilke ansøgere og tilbudsgivere der skal fremlægge dokumentationen. Hvis en ansøger eller tilbudsgiver ikke fremlægger dokumentationen inden den fastsatte passende tidsfrist, vil konsekvensen imidlertid være den samme.

5.4.1 Ordregivere har adgang til dokumentation via en national database

Som nævnt ovenfor, kan ordregiver ikke forpligte en ansøger eller tilbudsgiver til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren selv kan skaffe dokumentationen gennem adgang til en national database. Dette gælder også for databaser i andre medlemsstater.

I henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 5, nr. 1, er en *national database* en database, der administreres af en offentlig myndighed. Som eksempel nævner lovbemærkningerne Det Centrale Virksomhedsregister⁶², hvorefter ordregiveren ikke kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver fremlægger årsregnskaber som dokumentation for aktørens økonomiske og finansielle formåen, hvis årsregnskaberne kan hentes direkte via denne database.

Ordregiveren kan godt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende årsregnskaberne, men det kan ikke medføre afvisning, hvis de ikke bliver sendt.

§ 151, stk. 5, nr. 1, *forudsætter*, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i henhold til § 148, stk. 2, nr. 3, har oplyst, i hvilken database ordregiveren kan opnå kendskab til de nødvendige oplysninger eller den relevante dokumentation, jf. § 148, stk. 2, nr. 3. Det er i øvrigt et krav, at databasen skal stilles til rådighed vederlagsfrit, og der skal være adgang til databasen på en direkte måde, hvilket betyder, at ordregiveren uanset nationalitet skal have samme adgang til databasen. Det kan dog sagtens kræves, at adgang til databasen kræver forudgående registrering. Databasen kan derudover godt være på andre EU-sprog. Hvis der er samme adgang til databasen for såvel indenlandske ordregivere som for udenlandske, kan ordregiveren ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere indsender den pågældende dokumentation.

5.4.2 Ordregiver er allerede i besiddelse af dokumentation

Såfremt en ordregiver tidligere har gennemført udbudsprocedurer, kan ordregiveren allerede være i besiddelse af den relevante dokumentation. I disse situationer kan ordregiveren ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger den dokumentation, som ordregiveren allerede er i besiddelse af.

Der opstår i den forbindelse spørgsmål om, hvad der skal forstås ved ”ordregiver”, idet der kan være ordregivere, som er organiseret med en række decentrale enheder, som foretager forskellige udbud.

Det er hverken i ordlyden af § 151, stk. 5, nr. 2, eller i lovbemærkningerne præciseret, hvad der forstås ved ”ordregiveren” i bestemmelsen. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering må begrebet ”ordregiveren” forstås som den enhed, der gennemfører et udbud, idet ansøgere eller tilbudsgivere alene kan have en forventning om, at kun de konkrete enheder, som tidligere har modtaget dokumentationen, kan være i besiddelse af den relevante dokumentation.

Denne bestemmelse kan endvidere ikke anvendes af ansøgere eller tilbudsgivere, hvis forskellige ordregivere har benyttet samme rådgiver, idet bestemmelsen alene forpligter ordregiveren.

Det anføres i lovbemærkningerne til § 151, stk. 5, nr. 2, at ordregiveren ikke har en yderligere forpligtelse til at arkivere og opbevare tilbud, end hvad der følger af anden lovgivning. Ansøgere eller tilbudsgivere kan således kun afvise at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren faktisk er (og ikke blot burde være) i besiddelse af dokumentationen fra tidligere udbud. Da en ansøger eller tilbudsgiver sjældent vil have fuldt

⁶² www.datacvr.virk.dk/data/

indblik i, hvilken dokumentation ordregiveren er i besiddelse af, må det forventes at høre til sjældenhederne, at en ansøger afviser at fremlægge dokumentation med henvisning til denne bestemmelse. Bestemmelsen giver dog mulighed for, at ordregiveren med henvisning hertil kan undlade at indhente visse oplysninger fra nogle tilbudsgivere, mens de samme oplysninger indhentes fra andre tilbudsgivere, uden at dette vil være i strid med ligebehandlings-princippet, jf. § 2.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering vil ordregivere kunne oprette en databank, hvor der opbevares dokumentation, der løbende kan opdateres.

Dette kan eksempelvis være relevant i forbindelse med rammeaftaler med flere leverandører, hvor tildelingen sker efter miniudbud. I disse situationer kan ordregiveren ved tildeling af et miniudbud hente den relevante dokumentation i databanken og derved undgå at skulle indhente dokumentation fra tilbudsgiveren forud for tildelingen.

Rammeaftaler kan som udgangspunkt have en løbetid på op til fire år, jf. § 95, stk. 2, og som beskrevet nedenfor under afsnit 5.6 kan ordregiveren i disse situationer ikke i hele perioden støtte ret på den dokumentation, der blev indsendt i forbindelse med tildeling af rammeaftalen. En databank kan give leverandørerne, rammeaftalen er indgået med, mulighed for løbende at opdatere dokumentationen, således at der ikke skal fremsendes dokumentation forud for den enkelte tildeling.

Ordregiveren kan ikke forpligte leverandører, der er indgået en rammeaftale med, til at opdatere dokumentationen, men alene give muligheden herfor. Dette skyldes, at hovedreglen i § 151, stk. 1, medfører, at det som udgangspunkt alene er den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, som kan afkræves dokumentation. En automatisk pligt til at fremsende fornyet dokumentation til en databank, selv om der ikke er sket tildeling, vil være i strid med § 151, stk. 1, og kan kun ske, hvis det er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt, jf. § 151, stk. 2.

Muligheden for at oprette og benytte en databank kan efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering også anvendes af indkøbscentraler, således at indkøbscentralen opbevarer dokumentationen. Dette kan ske ved, at ordregivere, der er parter i en rammeaftale indgået af en indkøbscentral, i henhold til rammeaftalen er forpligtet til at hente dokumentation i en databank oprettet og vedligeholdt af indkøbscentralen. Som tidligere beskrevet vil det alene være en mulighed for leverandørerne på rammeaftalen at opdatere dokumentationen løbende, idet der alene er en pligt til at indsende dokumentation forud for tildeling af den konkrete kontrakt. Indkøbscentralen kan derfor informere leverandørerne på en rammeaftale om, at de har mulighed for at opdatere dokumentationen, hvorved de undgår at skulle fremsende dokumentationen til den konkrete ordregiver, der har gennemført miniudbuddet. Ordregiveren kan forud for tildelingen kontakte indkøbscentralen og få oplyst, hvorvidt den konkrete tilbudsgiver har egnet dokumentation i databanken. Dokumentationen kan herefter fremsendes til ordregiveren, der i henhold til § 151, stk. 1, sammenholdt med § 159, stk. 2, kan verificere, at tilbudsgiveren er egnet og ikke er udelukkesgrundene.

I forbindelse med oprettelsen af en databank med dokumentation skal ordregiveren være opmærksom på persondatareglerne og registreringen af fortrolige personoplysninger. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 5.8.

5.5 DOKUMENTATION FOR OPLYSNINGERNE I ESPD'ET

En særlig problemstilling, som er relevant for alle typer dokumentation, er, hvorvidt ordregiveren altid er berettiget til alene at kræve dokumentation for oplysningerne afgivet i ESPD'et.

Ordregiveren kan som udgangspunkt kræve dokumentation for de oplysninger, der fremgår af ESPD'et. Dokumentation for oplysninger i ESPD'et giver et øjebliksbillede, der som udgangspunkt vil være tilstrækkeligt til at verificere, at tilbudsgiveren ikke er udelukket, er egnet og udvalgt.

Dog kan der være situationer, hvor perioden fra indlevering af ESPD'et til indhentelse af dokumentation forud for tildelingen er meget lang, eller hvor der går meget lang tid fra indhentelse af dokumentation til tildelingen. Eksempelvis kan der i visse komplekse udbud gå et til to år fra ESPD'et er afgivet, til tilbudsgiveren, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, skal aflevere dokumentationen.

Dokumentationen skal være konkret egnet til, at ordregiveren kan foretage verifikation af, hvorvidt en ansøger eller en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene og har den krævede økonomiske og tekniske formåen, jf. § 159, stk. 2.

Hvis dokumentation for ESPD'et kunne accepteres i alle situationer, ville der opstå situationer, hvor det øjebliksbillede, som oplysningerne i ESPD'et er, ikke kan danne grundlag for en verifikation. Indhentelse af dokumentation vil derfor i disse situationer ikke have noget formål, idet de ikke kan vise noget om de faktiske forhold. Eksempelvis kan det have betydning, hvis ordregiveren har valgt at benytte de frivillige udelukkelsesgrunde, der har en udelukkelsesperiode på to år. Dokumentation, der er ældre end to år, vil i disse situationer ikke gøre det muligt for ordregiveren at verificere, at ordregiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, når kontrakten tildeles.

Dernæst fremgår følgende af lovbemærkningerne til § 152, stk. 1:

”Dokumentationen skal derfor have en vis tidsmæssig tilknytning til udbudsprocessen, således den er egnet til at dokumentere et specifikt forhold.”

Bemærkningen viser således, at dokumentation kan være uegnet, såfremt der ikke er den nødvendige tidsmæssige sammenhæng til udbudsprocessen. Det samme gør sig gældende, selv om udbudsprocessen strækker sig over lang tid.

På baggrund af ovenstående, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregivere i visse situationer kan være nødsaget til at indhente nyere dokumentation end blot dokumentation for oplysningerne i ESPD'et. I modsat fald vil ordregiveren ikke med tilstrækkelig sikkerhed kunne konstatere, at der ikke tildeles offentlige kontrakter til tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrunde og som er uegnet, i strid med § 159, stk. 2.

Der vil i disse situationer ikke skulle foretages en ny vurdering, men blot verificeres, at den valgte tilbudsgiver opfylder minimumskravene til egnethed samt at tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Ordregiveren kan dog kun indhente nyere dokumentation i tilfælde, hvor dokumentationen for oplysninger i ESPD'et ikke viser de faktiske forhold for tilbudsgiveren, eller hvor der er tvivl herom.⁶³

Eftersom det er afgørende, om dokumentationen er egnet til at vise, hvad den skal om tilbudsgiverens forhold på tidspunktet for tildeling, bliver gyldighedsperioden for dokumentationen relevant. Gyldighedsperioden kan efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse benyttes til at vurdere, hvorvidt ordregiveren kan kræve dokumentation for oplysningerne, der er afgivet i ESPD'et eller skal

⁶³ Jf. også udbudslovens § 159, stk. 3 om ordregiverens undersøgelsespligt i tvivlstilfælde.

indhente nyere dokumentation. Gyldighedsperioden for dokumentation er nærmere behandlet ovenfor i afsnit 2.5, for så vidt angår dokumentation for ikke-udelukkelse, og i afsnit 3.6, for så vidt angår dokumentation for egnethed.

5.6 DOKUMENTATION I FORBINDELSE MED EN RAMMEAFTALE

Ordregiveren er forpligtet til at indhente dokumentation *før* tildelingsbeslutning, jf. § 151, stk. 1. Kravet om indhentelse af dokumentation i § 151, stk. 1, gælder ikke for de *leveringskontrakter*, der er baseret på en rammeaftale indgået med *én leverandør*, jf. § 151, stk. 3. Som følge heraf vil der ved rammeaftaler med én leverandør alene være pligt til at indhente dokumentation, jf. § 151, stk. 1, forud for tildelingen af rammeaftalen til den vindende tilbudsgiver. Derimod vil de enkelte leveringskontrakter indgået på baggrund af rammeaftalen *ikke* medføre en pligt til fornyet indhentelse af dokumentation.

Hvad angår rammeaftaler, der indgås med mere end én leverandør, skal der sondres mellem rammeaftaler, hvor den efterfølgende indgåelse af leveringsaftaler skal ske ved *direkte tildeling*, jf. § 98, stk. 1, nr. 1, eller efter en genåbning af konkurrencen (herefter beskrevet *miniudbud*), jf. § 98, stk. 1, nr. 2.

Kravet om indhentelse af dokumentation i § 151, stk. 1 finder heller ikke anvendelse ved tildeling af leveringskontrakter i medfør af en rammeaftale med flere leverandører, der er baseret på *direkte tildeling*, jf. § 151, stk. 3. Også her vil ordregiveren *før* tildeling af rammeaftalen være forpligtet til at indhente dokumentation fra *alle* de tilbudsgivere, der bliver optaget på rammeaftalen, jf. § 151, stk. 1.

Undtagelsen i § 151, stk. 3 kan derimod ikke finde anvendelse i de situationer, hvor leveringskontrakten tildeles på baggrund af et miniudbud, jf. § 98, stk. 1, nr. 2. Som følge heraf er ordregiveren forpligtet til at indhente dokumentation, inden *tildelingsbeslutningen om den enkelte leveringskontrakt træffes*.⁶⁴ I henhold til § 151, stk. 1, skal der indhentes dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et i henhold til § 148, dvs. dokumentation, som viser, at den valgte leverandør ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene og er egnet, hvis der er i udbuddet var fastsat minimumskrav til egnethed.

Ansøgere eller tilbudsgivere er ikke forpligtet til at fremlægge dokumentation, når ordregiveren allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer, jf. § 151, stk. 5, nr. 2. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse kan det samme princip gøre sig gældende i forhold til rammeaftaler, som tildeles på baggrund af miniudbud. Herefter vil ordregiveren ikke være forpligtet til at kræve dokumentation forud for tildelingen af en leveringskontrakt, hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af dokumentationen, og denne dokumentation stadig er egnet til at dokumentere de relevante forhold. Se afsnit 5.4.1 ovenfor vedrørende hvornår dokumentationen er konkret egnet. Her vil, som nævnt ovenfor, dokumentationens gyldighedsperiode være af betydning.

I henhold til serviceattesten, fremgår det af afsnit 2.5 ovenfor, at serviceattesten, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, er gyldig i 6-12 måneder fra datoen for udstedelse, medmindre der er konkrete forhold, som medfører en kortere eller længere gyldighedsperiode. Som følge heraf vil ordregiveren ved tildeling på baggrund af miniudbud som udgangspunkt støtte ret på serviceattesten i 6-12 måneder af løbetiden af en rammeaftale.

Hvad angår dokumentation af egnethed, vil det være en konkret vurdering, hvor lang tid ordregiveren kan anvende dokumentationen, der er indleveret forud for tildelingen af rammeaftalen. Eksempelvis kan referencer for de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser være op til tre år gamle, hvorfor

⁶⁴ Denne forståelse harmonerer endvidere med udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4, 2. afsnit.

ordregiveren, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, ikke vil være forpligtet til at indhente en ny referenceliste, hvis referencerne på listen er udført inden for de seneste tre år. Omvendt vil det være nødvendigt at indhente en ny referenceliste, hvis referencerne på listen er udført mere end tre år tilbage. Gyldigheden af dokumentationen vedrørende egnethed er nærmere behandlet under afsnit 3.6 ovenfor.

I forbindelse med tildeling af en leveringskontrakt kan det vurderes, om ordregiveren har mulighed for at justere minimumskravene til egnethed, således at de minimumskrav, der stilles til den konkrete leveringskontrakt, ikke nødvendigvis svarer til minimumskravene for den oprindelige aftale.

Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den vindende tilbudsgiver af en rammeaftale skal dokumentere, at denne lever op til minimumskravene til egnethed, som de var fastsat *til selve rammeaftalen*, således at der *ikke* kan justeres på minimumskravene til egnethed i forbindelse med den enkelte leveringskontrakt. Reglerne om dokumentation i § 159, stk. 2, sammenholdt med § 151, stk. 1, medfører, at ordregiveren skal verificere, at tilbudsgiveren lever op til de oprindeligt stillede minimumskrav til egnethed, og det vil være i strid med disse regler at ændre på de stillede krav til egnethed for de enkelte leveringskontrakter. Ordregiveren skal overholde proportionalitetsprincippet ved fastsættelse af minimumskrav til egnethed til selve rammeaftalen, herunder iagttagelse § 142, stk. 4, som fastslår, at krav om minimumsomsætning pr. år skal fastsættes på grundlag af den forventede maksimale værdi af specifikke leveringskontrakter, som vil blive gennemført samtidigt.

5.7 ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT

Det følger § 159, stk. 3, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgninger og tilbud. Dette er i overensstemmelse med fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, som fastslår, at ordregiver ikke har nogen generel undersøgelsespligt med hensyn til rigtigheden af de modtagne oplysninger. Kun i tvivlstilfælde er ordregiveren forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af rigtigheden af oplysningerne.⁶⁵

Hvornår der er tale om tvivlstilfælde vil afhænge af en konkret vurdering.

Den konkrete udformning af ansøgninger, tilbud, ESPD eller den fremsendte dokumentation kan give anledning til tvivl om, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, opfylder et fastsat minimumskrav til egnethed eller, hvis relevant, er udvalgt til at afgive tilbud.

Det fremgår af lovbemærkninger til § 137, at undersøgelsespligten kan indtræde, hvis ordregiveren modtager oplysninger eller dokumentation fra tredjepart, der sår tvivl om rigtigheden af ansøgerens eller tilbudsgiverens oplysninger, herunder erklæring i ESPD. Denne ”tredjepart” kan også være andre ansøgere eller tilbudsgivere.⁶⁶

Klagenævnet for Udbud har således i kendelsen af den 22. januar 2019 i sagen *G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S* fastslået, at ordregiveren var underlagt undersøgelsespligten som følge af en forbigået tilbudsgivers henvendelse og dokumentation for, at den vindende tilbudsgiver ikke kunne opfylde et relevant minimumskrav om autorisation.⁶⁷

⁶⁵ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelser af 28. marts 2007, *Fujitsu Siemens Computers A/S mod Finansministeriet, m.fl.*, 27. maj 2015, *Annelise Küsel mod Morsø Kommune*, 10. februar 2017, *Viking Medical Scandinavia ApS m.fl., mod Amgros I/S*, 23. juni 2017, samt Ufr 2012.2952 H.

⁶⁶ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. maj 2015, *Annelise Küsel mod Morsø Kommune*.

⁶⁷ Den konkrete kendelse vedrørte et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. § 159, stk. 3 eller § 164, stk. 2, som vedrører effektiv kontrol af oplysninger i tilbud, er ikke direkte anvendelig på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Pligten til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i ansøgninger og tilbud, m.v., følger imidlertid af

Det er imidlertid ikke alle oplysninger fra forbigåede ansøgere og tilbudsgivere, der udløser en undersøgelsespligt. Således kom Klagenævnet for Udbud i kendelsen af den 4. juli 2017, *Munck Gruppen A/S mod Rønne Havn A/S*, frem til, at ordregiveren ikke havde en undersøgelsespligt som følge af, at en forbigået ansøger havde fremlagt avisartikler om, at der var indledt efterforskning af bestikkelsesmistanke mod et bestyrelsesmedlem og en tidligere bestyrelsesformand hos en udvalgt ansøger. Klagenævnet lagde her vægt på, at de fremlagte oplysninger ikke kunne vise, at den relevante ansøger var omfattet af en udelukkelsesgrund. Klagenævnet udtalte i den forbindelse:

”Det forhold, at der indledes efterforskning mod et tidligere medlem af ledelsen, er ikke omfattet af udbudslovens § 135, og det kan allerede derfor ikke føre til, at Obrascón skulle have været udelukket. Oplysningerne om den anden person er heller ikke af en karakter, der gør, at Rønne Havn i medfør af udbudslovens § 135 ved modtagelsen af disse var forpligtet til at udelukke Obrascón fra deltagelse i udbuddet, allerede fordi de alene fremgår af avisartikler, og fordi det ikke heraf fremgår, at den pågældende ved en endelig afgørelse skulle være straffet for de forhold om bestikkelse, som han mistænkes for.”

Det kan udledes af Klagenævnets praksis, at ordregiveren har en pligt til at reagere på oplysninger, som konkret rejser tvivl om, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver befinder sig i en situation, som medfører udelukkelse, ikke opfylder et fastsat minimumskrav til egnethed, eller som kan påvirke ordregiveren vurdering om udvælgelse.⁶⁸ Det er således kun oplysninger, som, hvis deres rigtighed kan bekræftes, vil føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal udelukkes fra udbudsproceduren eller ikke ville blive udvalgt, som udløser undersøgelsespligten.

Ordregiveren har et skøn ved vurderingen af, hvornår der er tale om forhold, som rejser tvivl om oplysningernes og dokumentationens rigtighed.⁶⁹

Ordregiverens undersøgelsespligt gælder også efter tildelingsbeslutningen, jf. Højesterets dom af 15. juni 2012, *Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet* (Ufr 2012.2952 H). Ordregiver er således også forpligtet til at undersøge og eventuelt reagere på oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen. Modtages oplysninger først efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold.⁷⁰

5.8 PERSONDATARETLIGE FORHOLD VED DOKUMENTATION

Både ordregivere, ansøgere og tilbudsgivere er omfattet af persondatareglerne, når de indsamler og behandler personoplysninger.

Personoplysninger er enhver form for information om en identificeret eller identificerbar *fysisk person*, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 1. Eftersom persondatareglerne alene angår fysiske personer, giver oplysninger om ansøgernes eller tilbudsgivernes juridiske personer ikke anledning til persondataretlige udfordringer.

ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1.

⁶⁸ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 27. maj 2015, *Annelise Küsel mod Morsø Kommune*, og kendelse af den 22. januar 2019, *G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S*.

⁶⁹ Jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af den 10. februar 2017, *Viking Medical Scandinavia ApS, m.fl. mod Amgros I/S, m.fl.*

⁷⁰ Jf. Ufr 2012.2952 H og Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. august 2017, *Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet*.

Personoplysninger er opdelt i 1) almindelige personoplysninger, 2) følsomme personoplysninger og 3) oplysninger om strafbare forhold.

I forbindelse med en udbudsprocedure skal der indhentes dokumentation for, at den vindende tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. Udelukkelsesgrundene omfatter overtrædelser af straffeloven og finder også anvendelse i forbindelse med medlemmer af ledelsen (som gennemgået i afsnit 2.2.1 ovenfor). Oplysninger om fysiske personers overtrædelser af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, vedrører bl.a. domme for menneskehandel, bestikkelse og terrorisme. Sådanne oplysninger falder ind under oplysninger om strafbare forhold. Databeskyttelsesforordningens regler om behandling af oplysninger om strafbare forhold skal dermed iagttages. Derudover finder persondatareglerne anvendelse i alle situationer, hvor der behandles personoplysninger.

Ordregiver er dataansvarlig for de personoplysninger, som denne modtager fra ansøgere og tilbudsgivere i forbindelse med udbudsproceduren. Den dataansvarlige skal overholde de forpligtelser, som følger af databeskyttelsesforordningen⁷¹ og databeskyttelsesloven⁷², herunder reglerne om oplysningspligt, ret til indsigt og berigtigelse.

For nærmere oplysninger om den dataansvarliges forpligtelser kan der henvises til Datatilsynet:

www.datatilsynet.dk

⁷¹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF.

⁷² Lov nr. 502 af 23. maj 2018 om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.