



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Gennemgang af reglerne om dokumentation

Dato: 30. juni 2017

Sag: OK-16/10415-1

KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN

ERHVERVSMINISTERIET

Indledning	3
Udelukkelse	7
1. Indledning	7
2. Hvem skal ordregiveren kræve dokumentation fra?	7
2.1. Udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1	7
2.2. Øvrige udelukkelsesgrunde	8
2.3. Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på	8
2.4. Sammenslutninger, herunder konsortier	9
2.5. Underleverandører	9
3. Dokumentation vedrørende udelukkelse	9
3.1. Forskellige dokumentationskrav	11
3.1.1. Danske ansøgere og tilbudsgivere	11
3.1.2. Danske ansøgere eller tilbudsgivere med udenlandske medlemmer af ledelsen	12
3.1.3. Ansøgere og tilbudsgivere fra andre medlemsstater	13
3.1.4. Ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU	13
3.1.5. Ledelsesmedlemmer med dobbelt statsborgerskab	14
3.1.6. Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på	14
3.1.7. Underleverandører	14
3.2. Verifikation af dokumentationen	15
3.2.1. Verifikation af dokumentation fra danske virksomheder	16
3.2.2. Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater	17
3.2.3. Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra lande uden for EU	18
3.3. Gyldighedsperiode for dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde	18
3.4. Tidspunktet for udelukkelse	19
3.5. Manglende fremlæggelse af dokumentation vedrørende udelukkelse	21
3.6. Self-cleaning	21
3.6.1. Dokumentation i forbindelse med self-cleaning	22
3.6.3. Tidsfrist vedrørende dokumentation for self-cleaning	23
Egnethed	24
4. Indledning	24
4.1. Egnethed til udøvelse af det pågældende erhverv	24
4.2. Økonomisk og finansiell formåen	24
4.3. Teknisk og faglig formåen	25
4.4. Gyldighedsperiode for dokumentation vedrørende egnethed	29
4.5. Hvem skal der kræves dokumentation fra?	30
4.6. Dokumentation fra underleverandører	30
4.7. Dokumentation fra nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse	32
4.7.2. Er dokumentationen passende?	32
4.7.3. Godtgør ansøgeren eller tilbudsgiveren sin økonomiske og finansielle formåen?	33
Udvælgelse	36
5. Indledning	36
6. Dokumentation ved udvælgelse	36
Generelt vedrørende dokumentation	38
7. Indledning	38
8. Tidspunkt for indhentelse af dokumentation	38
8.1. Dokumentation fra tilbudsgiver før tildeling	38
8.2. Indhente dokumentation ”på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren”	39
8.2.1. Hvornår foreligger der særlige procedurer eller særlige forhold?	39
8.3. Indhentelse af dokumentation i standstill-perioden	41
8.4. Indhentelse af dokumentation ved udbudsprocedurer, der løber over en længere periode ..	42
8.5. Passende tidsfrist til at fremlægge dokumentation	42
9. Manglende fremlæggelse af dokumentation	44
10. Hvornår kan ordregiveren ikke kræve dokumentation?	45
10.1. Ordregivere har adgang til dokumentation via en national database	45
10.2. Ordregiver er allerede i besiddelse af dokumentation	46
11. Dokumentation for oplysningerne i ESPD’et	47
12. Dokumentation i forbindelse med en rammeaftale	49
13. Persondatarelige problemstillinger ved dokumentation	50

Indledning

Denne gennemgang af reglerne om dokumentation er et uddybende bilag til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *ESPD - Dokumentation og e-Certis* fra juni 2017, der også indeholder et afsnit om e-Certis og dokumentation. Mens ESPD-vejledningen alene indeholder en overordnet beskrivelse af problemstillingerne forbundet med dokumentation, indeholder denne gennemgang en mere detaljeret gennemgang. Derudover indeholder gennemgangen problemstillinger, som ikke vil være relevant for alle, der arbejder med udbud, og derfor ikke er egnede til at fremgå af ESPD-vejledningen. Det kan eksempelvis være problemstillinger, der alene opstår i særlige situationer. ESPD-vejledningen indeholder ikke elementer vedrørende dokumentation, som ikke er behandlet i denne gennemgang. Som følge heraf kan denne gennemgang læses selvstændigt.

Reglerne om dokumentation i udbudsloven¹ er en delvis videreførelse af reglerne i det tidligere udbudsdirektiv,² men indeholder også en række nye elementer, herunder et krav om indhentelse af dokumentation forud for tildelingen. Dokumentationen skal vise, at ansøgere og tilbudsgivere ikke er udelukket, opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat og er udvalgt til at afgive tilbud, hvis det er relevant. Ordregiver er forpligtet til at verificere de anførte forhold på baggrund af dokumentationen, inden der kan ske tildeling. Som følge heraf spiller reglerne om dokumentation en væsentlig rolle i udbudsprocessen, men der er også en række problemstillinger forbundet med dokumentation. Som følge heraf er der et behov for en gennemgang af reglerne om dokumentation, der beskriver rettigheder og pligter forbundet med dokumentation. Formålet med denne gennemgang er at beskrive reglerne på en måde, hvor praktikere kan drage nytte af beskrivelserne og eksemplerne. Endvidere vil vi fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens side komme med vores vurdering af problemstillingerne knyttet til dokumentation. Det skal i denne forbindelse påpeges, at den konkrete udformning af udbudsmaterialet, herunder de specifikke minimumskrav og krav til dokumentation i kontrakten, er afgørende for vurderingen af ansøgere og tilbudsgivers egnethed. Der er alene tale om en gennemgang af reglerne, og derfor skal denne gennemgang sættes i forhold til den konkrete udformning af kravene i udbudsmaterialet.

Der er en række problemstillinger, som ikke er behandlet i denne gennemgang. Problemstillinger, der knytter sig til det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), er behandlet nærmere i ESPD-vejledningen. Om og hvornår det er muligt at supplere eller præcisere indsendt dokumentation, vil blive behandlet i nærværende gennemgang. Spørgsmålet om pligten til i tvivlstilfælde at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet vil heller ikke blive behandlet nærmere i denne gennemgang.

I forhold til udbudsprocessen, kan det indledningsvis anføres, at kravene til indhentelse af dokumentation er en ny proces i forhold til det tidligere udbudsdirektiv. Den nye proces medfører, at der som udgangspunkt alene kan indhentes dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, hvilket er i modsætning til indhentelse af dokumentation efter udbudsdirektivet fra 2004, hvor ordregiverne kunne indhente dokumentation fra alle ansøgere eller tilbudsgivere.

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

- **ESPD:**³ Som noget nyt i forhold til tidligere er ESPD'et indført. Udbudslovens § 148 indeholder de nærmere regler om ESPD'et. For flere oplysninger om ESPD'et henvises til ESPD-vejledningen.⁴

¹ Udbudsloven implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (*EU-Tidende* nr. L 94 af 28. marts 2014, s. 65). Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 er i det følgende benævnt som "udbudsdirektivet".

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

³ Medmindre andet er angivet i teksten, er henvisninger til bestemmelser en henvisning til bestemmelser i udbudsloven.

⁴ Vejledningen kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, www.kfst.dk.

Selv om ESPD'et ikke er genstand for denne gennemgang af reglerne om dokumentation, er der en sammenhæng mellem ESPD'et og dokumentationen, idet oplysningerne er de samme. 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.⁵ Disse oplysninger skal kræves i henhold til § 152, således at § 152 fastsætter rammerne for den dokumentation, ordregiver skal indhente. Der skal indhentes dokumentation for følgende:
 - **Obligatoriske udelukkelsesgrunde:** De obligatoriske udelukkelsesgrunde medfører, at ansøgere eller tilbudsgivere, der enten er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for en af overtrædelserne i § 135, stk. 1 eller 3, skal udelukkes fra udbudsproceduren. Endvidere fremgår det af § 135, stk. 2, at ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når personer, der er medlemmer af bestyrelsen, direktionen eller tilsynsrådet, er dømt for overtrædelser af de relevante obligatoriske udelukkelsesgrunde ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg. Endelig skal ordregiver udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis den dømte person har beføjelse til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i bestyrelsen, direktionen eller tilsynsrådet (denne samlede personkreds i § 135, stk. 2, kaldes i det efterfølgende for "ledelsen"). I forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde skal ordregiveren indhente dokumentation i henhold til § 153, hvorefter der som udgangspunkt skal indhentes dokumentation fra en kompetent retslig eller administrativ myndighed, der viser, at ansøgerne eller tilbudsgiverne ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Idet det er ordregiverne, der skal påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver befinder sig i udelukkelsesgrundene i § 136, skal der ikke indhentes dokumentation for disse, og derfor er § 136 ikke relevant i forhold til indhentelse af dokumentation.
 - **Frivillige udelukkelsesgrunde:** De frivillige udelukkelsesgrunde fremgår af § 137. For at gøre brug af én af de frivillige udelukkelsesgrunde skal ordregiver på forhånd oplyse i udbudsbekendtgørelsen, hvilke specifikke udelukkelsesgrunde ordregiver vil gøre brug af. Eftersom ordregiver altid er bundet af de betingelser, som ordregiver selv opstiller, bliver ordregiveren forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at de finder anvendelse. Omvendt kan en ordregiver ikke udelukke en ansøger eller tilbudsgiver med hjemmel i de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis det ikke er oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at ordregiveren vil gøre brug af disse. I forhold til dokumentation vil det alene være § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, der er relevant, når ansøgere eller tilbudsgivere skal fremlægge dokumentation. Det skyldes, at i forhold til de øvrige udelukkelsesgrunde vil det være ordregiveren, der skal påvise, at ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. Dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, skal overholde § 153, hvorefter der som udgangspunkt skal indhentes dokumentation fra en kompetent retslig eller administrativ myndighed.
 - **Self-cleaning:** § 138 indeholder muligheden for ansøgere eller tilbudsgivere kan dokumentere deres pålidelighed, på trods af at de er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde. Denne mulighed kaldes også for "self-cleaning" og gælder både for de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Ansøgere eller tilbudsgivere skal i henhold til § 138 dokumentere deres pålidelighed og dermed foretage self-cleaning. Det fremgår bl.a. af § 138, at ansøgere eller tilbudsgivere skal dokumentere, at der er truffet passende konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene. Som det fremgår af lovbemærk-

⁵ 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.

ningerne til § 138, kan det eksempelvis være afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Self-cleaning er behandlet nærmere under pkt. 3.6.

- **Egnethed:** I henhold til § 140 kan ordregiveren fastsætte krav til ansøgeres og tilbudsgiveres egnethed. Disse krav skal i henhold til § 140, stk. 2, være udformet som minimumskrav. Der kan fastsættes krav til udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141, den økonomiske og finansielle formåen, jf. § 142, og den tekniske og faglige formåen, jf. § 143. I forhold til dokumentation er der i § 154 en liste over dokumentationsformer, som ordregiveren kan kræve i forhold til den økonomiske og finansielle formåen. Denne liste er ikke udtømmende, hvorfor ordregiveren kan fastsætte andre dokumentationskrav end dem, der fremgår af § 154. I forhold til den tekniske og faglige formåen indeholder § 155 en liste over dokumentationskrav. Denne liste er udtømmende, og derfor kan ordregiveren alene stille krav til dokumentation for teknisk og faglig formåen, der er inden for rammerne af § 155.
- **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.
- **Hvornår der skal indhentes dokumentation:** I henhold til § 151, stk. 1, skal ordregiveren som 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 de administrative omkostninger forbundet med at deltage i et udbud. 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.
- **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.

Det fremgår af § 151, stk. 1, at i forhold til 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 af oplysningerne og dokumentationen, jf. § 159, stk. 3. I forhold til ordregivers verifikation af de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, herunder mindstekrav i kravspecifikationen, er der ikke fastsat særskilte krav til dokumentationen. Som følge heraf er det ordregiveren, der fastsætter de nærmere rammer for dokumentationen for disse forhold. Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen, konstateret, at det er i overensstemmelse med udbudsloven at fastlægge en procedure, hvor tilbudsgiverne alene skulle erklære, at mindstekravene ville blive opfyldt, men ikke skulle vedlægge yderligere dokumentation. Udbudsloven indeholder nærmere regler om dokumentation vedrørende udelukkelse, egnethed og udvælgelse, vil disse regler blive behandlet i denne gennemgang. Derimod vil dokumentation for øvrige krav, herunder mindstekrav i kravspecifikationen, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateria-

le, ikke blive behandlet nærmere, eftersom det er ordregiveren, der selv fastsætter eventuelle rammer for denne dokumentation.

Processen i udbudsloven har været styrende for opbygningen af denne gennemgang af reglerne om dokumentation, således at dokumentation vedrørende henholdsvis udelukkelse, egnethed og udvælgelse behandles selvstændigt. Derudover indeholder denne gennemgang af reglerne om dokumentation også en række emner, der er generelle i forhold til dokumentation, såsom konsekvenserne af manglende fremsendelse af dokumentation.

Målgruppen for gennemgangen er såvel ordregivere som ansøgere og tilbudsgivere. Udbudslovens bestemmelser om dokumentation henvender sig til ordregivere, og som følge heraf vil gennemgangen primært beskrive de rettigheder og pligter, som ordregivere har som følge af udbudsloven. Disse informationer er dog også relevant for ansøgere og tilbudsgivere, da reglerne indeholder rettigheder for ansøgere og tilbudsgivere. Eksempelvis skal ordregiveren som udgangspunkt kræve en bestemt type dokumentation vedrørende udelukkelse fra ansøgere eller tilbudsgivere, men ordregiver skal også acceptere anden dokumentation, der lever op til kravene i udbudsloven. Denne information kan være relevant for ansøgere eller tilbudsgivere, der ikke er i besiddelse af den krævede dokumentation, men anden relevant dokumentation.

Idet de enkelte dele af gennemgangen angår forskellige typer dokumentation, kan konklusionerne i afsnittet om dokumentation for udelukkelse ikke nødvendigvis overføres til andre dele. Den sidste del af gennemgangen fra pkt. 7 og frem vedrører dog generelle problemstillinger, der går på tværs af de enkelte dokumentationstyper, såsom hvornår der kan indhentes dokumentation, og hvornår er ordregiveren ikke berettiget til at kræve dokumentation.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal indledningsvis gøre opmærksom på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 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 således ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud eller EU-Domstolen vil kunne være af en anden holdning end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Udelukkelse

1. Indledning

Ordregiver er forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, § 136 samt, hvis relevant, § 137. I forhold til udelukkelsesgrundene i § 136 samt hovedparten af udelukkelsesgrundene i § 137 vil det være ordregiveren, der skal påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en specifik udelukkelsesgrund. 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. Ordregivere skal som udgangspunkt kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal aflevere en specifik type dokumentation, hvilket vil sige, at ordregiverne skal finde ud af, hvilken dokumentation, der skal kræves fra en konkret ansøger eller tilbudsgiver. 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 dog blive afdækket, hvem der skal kræves dokumentation fra i forhold til udelukkelse. Dernæst vil blandt andet den konkrete dokumentation samt verifikation af dokumentation, blive behandlet.

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 til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152. Det følger af § 152, stk. 1, at ordregiveren skal kræve den dokumentation, der henvises til i §§ 153-155, 157 og 158, som bevis for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, og for at minimumskravene til egnethed er opfyldt, jf. § 140.

§ 152, stk. 1, anfører alene, hvad ordregiveren skal kræve dokumentation for, men ikke hvem der skal kræves dokumentation fra.

2.1. Udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1

I forhold til § 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 ledelsen er dømt eller har modtaget et bødeforlæg vedrørende udelukkelsesgrundene beskrevet i § 135, stk. 1. For at verificere, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke skal udelukkes, skal der som følge heraf indhentes dokumentation fra fysiske personer, hvilket er nyt i forhold til tidligere. Selv om der i § 152, stk. 1, alene er henvist til § 135, stk. 1 eller 3, og dermed ikke henviser til personkredsen i § 135, stk. 2, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der skal indhentes dokumentation fra alle, der kan begrunde udelukkelse. Det skyldes for det første, at § 152, stk. 1, alene nævner udelukkelsesgrundene, men ikke angår personkredsen, der skal kræves dokumentation fra. Dernæst er formålet i § 151, stk. 1, samt § 159, stk. 2, at der ikke tildeles en udbudt kontrakt til ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrundene, og som det fremgår af § 135, stk. 2, så medfører det udelukkelse, hvis personer i ledelsen hos ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1.⁶

⁶ 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.

Det vil dog 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, jf. § 159, stk. 3, hvor der er forhold, der giver anledning til tvivl, at ordregiveren er forpligtet til at undersøge forholdene nærmere.

Det fremgår af § 135, stk. 2, at udelukkelsesgrundene angår personer i bestyrelsen, men bestemmelsen nævner ikke noget med 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 suppleanterne faktisk indtræder i bestyrelsen. Hvis en suppleant imidlertid er indtrådt i bestyrelsen på tidspunktet for ansøgningen eller tilbudet, bliver denne omfattet af personkredsen og dermed dokumentationsforpligtelsen. Endvidere kan der være konkrete forhold, som begrundes, at suppleanter er omfattet.

En kommune, en region eller en statslig myndighed kan i visse situationer afgive tilbud i forbindelse med et udbud. Eksempelvis 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.

I disse situationer vil en ordregiver være forpligtet til at behandle disse som andre økonomiske aktører, idet der ikke i udbudsloven sondres mellem forskellige økonomiske aktører.⁷ Hvis opgaverne er omfattet af udbudslovens afsnit III, ”light-regimet”, vil der ikke være de samme krav til dokumentation som efter udbudslovens afsnit II. Såfremt en kommune eller region deltager i et udbud efter ”light-regimet”, hvor der stilles de samme dokumentationskrav som ved et udbud efter udbudslovens afsnit II, eller hvis udbuddet er omfattet af afsnit II, vil udelukkelsesgrundene, minimumskrav til egnethed og kriterier for udvælgelse også finde anvendelse over for offentlige myndigheder, der agerer som ansøger eller tilbudsgiver i en udbudsproces. Som følge heraf er ordregiveren forpligtet til at kræve dokumentation fra offentlige myndigheder på samme måde som fra andre økonomiske aktører. 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 være 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 eller tilsynsforpligtelsen. Det vil sige, at de personer, der har det samme ansvar og 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.

2.2. Øvrige udelukkelsesgrunde

I forhold til 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.

2.3. Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på

Ansøgere eller tilbudsgivere kan basere sig på andre enheder i forhold til kriterierne for egnethed eller i forhold til udvælgelsen. Det fremgår af § 144, stk. 4, at ordregiveren skal verificere, at de enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, kan dokumentere:

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.

1. at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed, jf. § 140, og
2. 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.

Bestemmelsen medfører dermed, at enheder, som en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, ikke må være omfattet af udelukkelsesgrundene, og at dette skal kunne dokumenteres. Endvidere fremgår det 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 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 forhold til vurderingen af udelukkelse, og derfor skal udelukkes i samme situationer.

I forbindelse med den konkrete dokumentation, som ordregiveren kan kræve fra enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, henvises til pkt. 3.1.6.

2.4. Sammenslutninger, herunder konsortier

Når ansøgeren eller tilbudsgiveren er en sammenslutning, 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 under pkt. 2.1 og pkt. 2.2.

2.5. Underleverandører

I henhold til udbudsdirektivets artikel 71, stk. 6, litra b), kan medlemsstaterne forpligte ordregiver til at kræve erklæring og dokumentation fra underleverandører. Der er ikke i udbudsloven indført en pligt for ordregiveren til at kræve erklæring eller dokumentation fra underleverandørerne. Derimod er det alene anført i § 177, stk. 5, at ordregiver kan kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere erklærer, at underleverandørerne ikke er omfattet af de udelukkelsesgrunde, der er beskrevet i §§ 135-137.

Derudover fremgår det af § 177, stk. 5, at hvis ordregiveren konstaterer, at en underleverandør er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde i henhold til §§ 135-137, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren erstattes. I forhold til, hvilken konkret dokumentation vedrørende udelukkelse der kan kræves fra underleverandører, henvises der til pkt. 3.1.7, hvor det fremgår, at det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering vil være muligt for en ordregiver i udbudsmaterialet at beskrive, at underleverandører skal aflevere et ESPD i henhold til § 148 samt dokumentation i henhold til § 153. I forhold til underleverandørers dokumentation af egnethed, henvises til pkt. 4.6.

3. Dokumentation vedrørende udelukkelse

Det fremgår af § 152, stk. 1, at ordregiveren skal kræve dokumentation, der viser, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. I forhold til udelukkelsesgrundene i § 136, nr. 1-3, og § 137, stk. 1, nr. 1 og 3-6, er det ordregiveren, der skal påvise, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af disse udelukkelsesgrunde. Som følge heraf indeholder udbudsloven ikke en pligt til at indhente dokumentation for udelukkelsesgrundene i § 136, nr. 1-3, og § 137, stk. 1, nr. 1 og 3-6.

Udelukkelsesgrundene finder ikke direkte anvendelse på udbud efter udbudslovens afsnit III, tilbudsindhentning efter udbudslovens afsnit IV eller markedsafdækning efter afsnit V. Dette skyldes, at udelukkelsesgrundene er

placeret i afsnit II og derfor knytter sig til udbud, der foretages i henhold til dette afsnit. Dog vil de bestemmelser i afsnit II, der er udtryk for principperne om ligebehandling, gennemsigtig og proportionalitet, kunne finde analog anvendelse i forhold til udbudslovens øvrige afsnit. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver kan vælge at benytte udelukkelsesgrundene i forbindelse med udbudslovens afsnit III, IV og V. Det skyldes, at det ikke vil være i strid med principperne at benytte disse, så længe det på forhånd er præciseret, at udelukkelsesgrundene finder anvendelse i forhold til det konkrete udbud, tilbudsindhentning eller markedsafdækning. Som følge heraf er der eksempelvis ikke ved brug af afsnit III, IV og V en pligt til at indhente oplysninger om eventuelt ubetalt forfalden gæld til det offentlige, men ordregiveren har mulighed herfor.

Det fremgår af § 151, stk. 1, at ordregiveren før beslutning om tildeling af kontrakten skal "kræve", at ansøger eller tilbudsgiver fremlægger dokumentation i henhold til § 152. Det fremgår 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.⁸ Når ordregiveren som udgangspunkt skal kræve den dokumentation, der fremgår af e-Certis, kan ordregiveren ikke blot anføre, at tilbudsgiverne skal dokumentere, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Idet det fremgår af udbudsloven, at ordregiver skal kræve dokumentation, og som udgangspunkt den der fremgår af e-Certis, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver som udgangspunkt skal specificere, hvilken dokumentation ansøgere eller tilbudsgivere skal fremsende for at dokumentere, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

Det fremgår dog af § 153, stk. 1, nr. 1 og 2, at ordregiveren skal "acceptere" følgende dokumentation:

- Et uddrag fra det relevante register eller tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, eller
- Et certifikat udstedt af den kompetente myndighed i det pågældende land som bevis for, at ansøgeren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i de i § 135, stk. 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, beskrevne tilfælde.

I de tilfælde, hvor en medlemsstat ikke udsteder dokumentationen beskrevet i § 153, stk. 1, nr. 1 og/eller 2, kan dokumentationen erstattes af:

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

Idet ordregiver skal acceptere de former for dokumentation, der fremgår af § 153, stk. 1, nr. 1 og 2, samt stk. 2, vil ordregiver ikke være berettiget til at afvise ansøgere eller tilbudsgivere, der kommer med anden dokumentation end krævet, hvis dokumentationen er omfattet af § 153.

Der er imidlertid flere medlemsstater, der endnu ikke har opdateret e-Certis, og i disse situationer vil det ikke være muligt for ordregiver at konstatere, hvilken dokumentation der skal kræves. I disse situationer kan ordregiver rette henvendelse til den relevante myndighed i den pågældende medlemsstat med henblik på at få oplyst, hvilken dokumentation der er relevant i det pågældende land. Derudover er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren i denne situation kan anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at fremsende dokumentation som bevis for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, men uden at specificere, hvilken specifik dokumentation der kræves. Herved er det tilbudsgiveren, der vælger, hvilken dokumentation der påviser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Hvis den fremsendte dokumentation giver anledning til tvivl, er ordregiveren forpligtet til at foreta-

⁸ e-Certis er en online database, som indeholder oversigter over certifikater og oplysninger, som økonomiske aktører kan bruge i forbindelse med at afgive ansøgning eller tilbud. e-Certis kan tilgås via følgende hjemmeside: ec.europa.eu/growth/tools-databases/ecertis/.

ge 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 under pkt. 3.2.2.

3.1. Forskellige 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.

3.1.1. 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 i forhold til 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 forhold til udelukkelsesgrundene.

Sammen med en anmodning om en serviceattest hos Erhvervsstyrelsen skal der indgives et samtykke til, at Erhvervsstyrelsen må indhente oplysninger fra Kriminalregisteret vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, for ansøgerne eller tilbudsgiverne samt medlemmer af ansøgernes eller tilbudsgivernes ledelse.

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.⁹ Oplysningerne fremgår af straffeattesten i to til fem år. To år for bøder og tiltalefrafald med vilkår, mens betingende domme fremgår i tre år. Endeligt vil ubetingede straffe fremgå i fem år.

Oplysningerne fra Kriminalregisteret er imidlertid ikke fuldt ud dækkende i forhold til den dokumentation, der kræves i forhold til § 135, stk. 1. Det skyldes, at det fremgår af § 138, stk. 5, 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. Oplysningerne i den private straffeattest vil i mange tilfælde alene vil fremgå i en periode, der er kortere end fire år, og derfor kan oplysningerne ikke kunne stå alene i forhold til udbudsprocessen. 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 forhold til 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 erklærer, at man ikke inden for de seneste fire år ved endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for én eller flere af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, som ikke er indeholdt i den private straffeattest.

Som følge heraf er serviceattesten i forhold til udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, en kombination af dokumentation af oplysninger indhentet fra Kriminalregisteret og en tro og love-erklæring.

Serviceattesten rummer også oplysninger vedrørende § 135, stk. 3, hvorefter ordregiver er forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der har ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger. Denne udelukkelsesgrund hænger sammen med § 137, stk. 1, nr. 7, hvorefter ordregiveren er forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere med gæld på under 100.000 kr., såfremt ordregiveren har tilkendegivet, at udelukkelsesgrunden vil blive benyt-

⁹ Den private straffeattest indeholder også overtrædelser af lov om euforiserende stoffer og lov om tilhold, men de er irrelevante i forhold til udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1.

tet.¹⁰ Erhvervsstyrelsen indhenter i forbindelse med udstedelsen af serviceattesten oplysninger fra ATP og SKAT, hvorefter det fremgår af serviceattesten, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere har ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Vedrørende den frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 2, angående ansøgere eller tilbudsgivere, der er erklæret konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, indhenter Erhvervsstyrelsen oplysninger fra skifteretten, 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 i forhold til 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 ikke rummer samtlige af de oplysninger, som ordregiver skal bruge til at verificere, at ansøgere eller tilbudsgivere (og dennes ledelse) ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1. 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.

I forhold til 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.¹¹ Lovbemærkninger sikrer hermed 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 forhold til dokumentation er det centralt at se på den enkelte enhed, der ansøger eller afgiver tilbud. Er der tale om et datterselskab, der ansøger eller afgiver tilbud, 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 en integreret del af en hovedvirksomhed. Domme for forhold omfattet af udelukkelsesgrundene angår virksomheden og ikke en specifik afdeling, kontor eller filial, idet disse er en del af hovedvirksomheden.¹² 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, som ordregiveren skal kræve. Dokumentation, der alene hidrører fra en afdeling, et kontor eller en filial, vil ikke vise, om hovedvirksomheden eller dennes ledelse er dømt for forhold, der er omfattet af udelukkelsesgrundene.

3.1.2. Danske ansøgere eller tilbudsgivere med udenlandske medlemmer af ledelsen

Udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder var i 2016 ikke omfattet af serviceattesten, hvilket har medført, at disse medlemmer skulle indhente og aflevere særskilt dokumentation. Erhvervsstyrelsen har fra begyndelsen af 2017 justeret serviceattestsystemet, således at serviceattesten også kan rumme udenlandske med-

¹⁰ Det følger af lovbemærkningerne til § 137, stk. 1, at principperne, jf. § 2, herunder proportionalitetsprincippet, skal overholdes. Bagatelagte forhold kan således ikke føre til udelukkelse af ansøgere eller tilbudsgivere.

¹¹ Dette harmonerer med præambelbetragtning nr. 14 i udbudsdirektivet

¹² 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.

lemmer af ledelsen i danske virksomheder. De udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder skal udfylde navn og fødselsdato i anmodningen om serviceattesten, hvorefter Erhvervsstyrelsen indhenter de relevante oplysninger fra Kriminalregisteret i Danmark. Straffeattesterne indeholder som tidligere beskrevet ikke straffe, der er ældre end to år, samt overtrædelser af andre love end straffeloven samt lov om euforiserende stoffer og lov om tilhold. 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.

Der indhentes oplysninger fra det danske Kriminalregisteret for udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder. Baggrunden for denne løsning er, at der i § 153, stk. 1 og 2, om dokumentation henvises til dokumentation fra det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted. Som følge heraf vil det som udgangspunkt være landet, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret, der skal indhentes dokumentation fra. Det betyder, at ansøgere og tilbudsgivere, herunder deres medlemmer af ledelsen, kan indhente dokumentation fra Kriminalregisteret i Danmark i forhold til § 135, stk. 1. 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.

3.1.3. Ansøgere og tilbudsgivere fra andre medlemsstater

I forhold til virksomheder fra andre lande i EU 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. I forhold til verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater henvises til pkt. 3.2.2.

Dog fremgår det af § 153, stk. 1, at ordregiveren skal acceptere dokumentation som oplyst i § 153, stk. 1, nr. 1 og 2, samt stk. 2. Ansøgere og tilbudsgivere kan derfor aflevere anden dokumentation end den, der fremgår af e-Certis og er krævet af ordregiver, såfremt dokumentationen lever op til kravene i § 153, stk. 1, nr. 1 og 2, eller stk. 2.

3.1.4. Ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU

Såfremt en ansøger eller tilbudsgiver har hjemsted uden for EU, finder reglerne om dokumentation i § 153 tilsvarende anvendelse. Det fremgår af § 152, stk. 2, at ordregiver alene kan kræve de certifikater, attester, erklæringer og anden dokumentation. Som følge heraf kan ordregiveren alene kræve og acceptere bestemte typer dokumentation. § 152 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.

Som tidligere beskrevet kan ordregiver dog undlade at kræve specifik dokumentation, men blot kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation i henhold til § 153. Herefter kan ansøgere og tilbudsgivere fremlægge den dokumentation, som efter ansøgernes eller tilbudsgivernes opfattelse sætter ordregiverne i stand til at verificere, at ansøgerne eller tilbudsgiverne ikke er omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde. Verifikation af dokumentationen er behandlet nærmere under pkt. 3.2.

3.1.5. 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 udenlandsk medlem af ledelsen, der har dobbelt statsborgerskab, kan serviceattesten finde anvendelse, jf. pkt. 3.1.2.

Hvor ordregiveren ikke har krævet dokumentation fra et specifikt land, vil det være det konkrete ledelsesmedlem, der vælger, hvilken dokumentation der fremsendes til ordregiveren. Det er herefter ordregiverens opgave at 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.

3.1.6. Enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 144, stk. 4, nr. 2, at i forbindelse med udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, skal ”enheden 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.”

Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til § 144, stk. 4, nr. 2, at i de situationer, hvor ordregiveren ”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.”

På baggrund heraf vil enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, skulle fremlægge et særskilt ESPD samt 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, følger det af § 144, stk. 5, at ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte enheden.¹³ I den forbindelse fremgår det af lovbemærkningerne til § 144, stk. 5, at ”ordregiveren alene kan acceptere en erstattende enhed, når det vurderes, at erstatningen ikke kan have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til udvælgelsen”. Det betyder, at den nye enhed ikke må være omfattet af udelukkelsesgrundene, samt at det skal vurderes, hvorvidt det forhold, at ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på en ny enhed, kan have haft afgørende betydning i forhold til udvælgelsen. Det kan være relevant, hvis den nye enhed ikke har en tilstrækkelig formåen.

3.1.7. Underleverandører

I henhold til § 177, stk. 5, kan ordregiver kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal erklære, at underleverandørerne ikke er omfattet af de udelukkelsesgrunde, der er beskrevet i §§ 135-137. Der er ikke nærmere formkrav til erklæringen, men det fremgår dog 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*”. Som følge heraf kan ansøgere eller tilbudsgivere fremlægge et ESPD på vegne af underleverandøren. Derudover fremgår det af § 151, stk. 1, at ordregiveren før beslutning om tildeling skal kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152. Dette kan begrunde indhentelse af dokumentation.

¹³ Reglerne om self-cleaning i § 138 finder dog anvendelse.

Der skal sikres gennemsigthed om dokumentationskravene, hvorfor det skal være beskrevet i udbudsmaterialet, hvilken dokumentation underleverandørerne skal fremlægge, hvis de skal fremsende dokumentation. 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. Denne forståelse af reglerne harmonerer endvidere med udbudsdirektivets artikel 71, stk. 6, litra b), hvor 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”*. Disse bestemmelser i direktivet giver mulighed for indhentelse af ESPD samt dokumentation.

Hvis det viser sig, at en underleverandør er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene, følger det af lov-bemærkningerne til § 177, stk. 5, at reglerne om self-cleaning i § 138 finder anvendelse. 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.

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. Dette skal forstås således, at hvis en underleverandør ikke kan eller vil foretage self-cleaning, så skal underleverandøren erstattes.

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 ansøgere og tilbudsgivere ikke på tidspunktet for ansøgning eller tilbud have valgt, hvilke konkrete underleverandører der vil blive benyttet. 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, 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.

Når ordregiver kræver, at der fremlægges ESPD og dokumentation fra underleverandører, kan der være situationer, hvor underleverandørerne først udpeges, efter kontrakten er tildelt. I forhold til disse situationer fremgår det af lov-bemærkningerne til § 177, stk. 5, at underleverandøren fremlægger det fælles europæiske udbudsdokument eller anden dokumentation uden ubegrundet ophold, efter at underleverandøren er blevet udpeget.

I forhold til spørgsmålet dokumentation vedrørende egnethed fra underleverandører, henvises der til pkt. 4.6.

3.2. Verifikation af dokumentationen

Ordregiveren kan være i tvivl om, hvorvidt den af ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsendte dokumentation er tilstrækkelig til at vise, at ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Som tidligere beskrevet skal ordregiveren som udgangspunkt kræve de former for dokumentation, der fremgår af e-Certis. Ordregiveren kan dog ikke afvise dokumentation, der lever op til kravene i § 153. Når ordregiver undersøger, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere har fremsendt fyldestgørende dokumentation, kan der opstå tvivl. I disse tilfælde følger det af § 159, stk. 3, at ordregiveren skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen.

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.

I det følgende 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.

3.2.1. Verifikation af dokumentation fra danske virksomheder

I forhold til danske virksomheder vil serviceattesten som tidligere beskrevet være tilstrækkelig dokumentation. Anden dokumentation såsom straffeattester (suppleret med en tro og love-erklæring for de dele, der ikke fremgår af straffeattesten) og erklæringer fra relevante myndigheder vil ligeledes være tilstrækkelig dokumentation i forhold til udbudsloven.

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 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.

Konkret gør ordregiverne dette ved at verificere, at serviceattesten indeholder logoer og beskrivelser fra følgende myndigheder:

- Erhvervsstyrelsen
- Danmarks Domstole
- Politiet
- ATP
- SKAT.

Ordregiver skal konkret verificere, at alle ovenstående myndighedspunkter er positive, og at logoer fremgår. Helt konkret skal ordregiveren verificere følgende:

- 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, 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, 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. i forhold til § 135, stk. 3, og § 137, stk. 7.

I forhold til 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, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er hjemmehørende.

Det 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 fra § 137, stk. 1, nr. 2, ikke fremgår direkte af serviceattesten, indgår de dele i den undersøgelse, som Erhvervsstyrelsen foretager.

Såfremt serviceattesten ikke indeholder alle de tidligere beskrevne dele, herunder alle logoer fra myndigheder, 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.

Ledelsen i virksomheder udskiftes jævnligt. Det er ansøgeren eller tilbudsgiveren, der har pligt til at indsende dokumentation fra den relevante personkreds. Ordregiveren kan lægge til grund, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt dokumentation for 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.

3.2.2. Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra andre medlemsstater

I forhold til ansøgere eller tilbudsgivere fra andre lande i EU kan ordregiver undersøge e-Certis.¹⁴ 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. Det er de enkelte medlemsstater, der angiver i e-Certis, hvilken dokumentation som ansøgere og tilbudsgivere fra den pågældende medlemsstat kan bruge som dokumentation i udbudsprocessen.

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. Som følge heraf vil det forhold, at danske tilbudsgivere kan få udstedt en serviceattest som dokumentation, ikke medføre, at ansøgere og tilbudsgivere fra andre medlemsstater skal have den samme type dokumentation. Der kan eksempelvis fremlægges en tro og love-erklæring, jf. § 153, stk. 2, hvis betingelserne herfor er opfyldt. 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.

¹⁴ Som tidligere beskrevet er e-Certis en online database, 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.

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 online værktøj, 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.

3.2.3. Verifikation af dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere fra lande uden for EU

I forhold til 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 i forhold til § 135, stk. 1) ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7.

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.

3.3. Gyldighedsperiode for dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde

Danske ansøgere og tilbudsgivere kan 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 dokumentation, hvis serviceattesten er egnet til at vise, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. I denne forbindelse kan en konkret serviceattests alder være relevant. Det vil bero på en konkret vurdering, hvor lang tid serviceattesten vil være gyldig. Eksempelvis kan dokumentets alder og branchen 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 egnede 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 6 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 6 måneder gammel serviceattest ikke er egnet. 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 i forhold til denne periode. I vurderingen af, om gyldighedsperioden for serviceattesten, bør ordregiveren efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse inddrage hensynet til udbudsomkostninger i vurderingen, 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.¹⁵

I forhold til 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 angive, hvor lang tid den enkelte dokumentation er gyldig. Dog vil der være en mulighed for medlemsstater til ikke 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 ses i forhold til 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 serviceattesten skal bruges som dokumentation for den samlede personkreds.

3.4. 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.

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.

I forhold til udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, fremgår følgende af lovbemærkningerne til § 135, stk. 1: ”Bestemmelsens stk. 1 medfører, at ordregiveren er forpligtet til når som helst i løbet af proceduren at udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren enten før eller under udbudsproceduren ved endelig dom dømmes for eller vedtager et bødeforlæg for et eller flere af de forhold omfattet af § 135, stk. 1. Forpligtelsen til at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver i henhold til denne bestemmelse gælder indtil kontraktindgåelse.” Det fremgår af lovbemærkningerne til § 138, stk. 5, at udelukkelsesperioden er på fire år, og tidspunktet for vurdering er tidspunktet for beslutning om tildeling. Endvidere fremgår det af § 185, stk. 1, nr. 2, at ordregiveren kan bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør, når leverandøren er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137 på tidspunktet for tildelingen af kontrakten, hvorefter leverandøren skal udelukkes fra udbudsproceduren.

Det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 2, at en ordregiver alene kan tildele kontrakten, når ordregiveren har verificeret, at den valgte tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Det er således ikke muligt at tildele kontrakten, hvis en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene. 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 i forhold til udelukkelsesgrundene, 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.

¹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i et konkret udbud af konsulenttydelser efter en konkret vurdering af branche fastsat en gyldighedsperiode på 12 måneder.

Situationen er den samme vedrørende de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, hvor det fremgår af lovbemærkningerne, at ”forpligtelsen gælder fra det tidspunkt, hvor ordregiveren tager stilling til ansøgeren eller tilbudsgiverens egnethed og indtil kontraktindgåelse”.

I forhold til § 135, stk. 3, fremgår det af lovbemærkningerne, 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, der er afgørende”.

Hvis det konstateres i kontraktens løbetid, at leverandøren er omfattet af udelukkelsesgrunde, 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 i §§ 135-137 på tidspunktet for tildelingen af kontrakten. I denne forbindelse kan det overvejes, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere har mulighed for at foretage en self-cleaning. 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 opsiges. Ordregiveren har ikke mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, hvis denne påviser sin pålidelighed ved at have foretaget en self-cleaning. I forhold 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 § 135, stk. 1, ikke angår forhold, der er knyttet til kontraktens udførelse. Det vil dog bero på en konkret vurdering i forhold til udelukkelsesgrundene, 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. Det kan være en mere nærliggende læsning, at alle vilkårene i kontrakten skal være knyttet til kontrakten, således at der skal foretages en konkret vurdering af det enkelte vilkår. Herved vil der også skulle foretages en vurdering af den

enkelte udelukkelsesgrund, og om den er knyttet til udførelsen af kontrakten. Denne læsning kan endvidere være årsagen til, 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.

3.5. Manglende fremlæggelse af dokumentation vedrørende udelukkelse

Det følger af § 136, nr. 3, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal udelukkes, hvis der i det pågældende udbud er givet groft urigtige oplysninger, er tilbageholdt oplysninger, eller hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene, de fastsatte minimumskrav til egnethed eller udvælgelsen, hvis relevant.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 151, stk. 1¹⁶, at en ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra udbudsproceduren, jf. § 136, nr. 3, hvis ansøger eller tilbudsgiver ikke fremlægger dokumentation inden udgangen af en passende fastsat frist.¹⁷

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. Hvis ansøgere eller tilbudsgivere ikke har fået en passende frist, har ansøgere eller tilbudsgivere forudsætningsvis ikke fået den nødvendige mulighed for at fremlægge dokumentationen. Når der ikke er givet en passende frist, kan ordregiveren ikke konstatere, at ansøgere eller tilbudsgivere er ude af stand til at levere dokumentationen, og som følge heraf finder udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 3, ikke anvendelse.

Når ordregiveren har fastsat en passende frist, kan der opstå forhold, som betyder, at fristen ikke længere vil være passende. Det 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.

3.6. 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, 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 for overtrædelser af de pågældende udelukkelsesgrunde.

Som det fremgår af § 138, stk. 1, er muligheden for self-cleaning relevant i forhold til samtlige udelukkelsesgrunde, idet der er henvist til §§ 135-137 i bestemmelsen. Konkret vil det betyde, at såvel de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 som de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, hvis ordregiveren anvender disse i det konkrete udbud. I forhold til § 136 vil det ikke være muligt at foretage en self-cleaning, såfremt udelukkelsesgrundene relaterer sig til det konkrete udbud. Udelukkelsesgrundene i § 136 er et udtryk for et krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og derfor vil det som udgangspunkt ikke være muligt at foretage en self-cleaning i disse situationer. I forhold til § 136, nr. 1 og nr. 2, er disse udelukkelsesgrunde alene relevante i forhold til det konkrete udbud, og derfor vil self-cleaning ikke være nødvendig, idet ordregiveren ikke kan udelukke en ansøger

¹⁶ Selv 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, alene 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.

¹⁷ Se nærmere om fastsættelsen af den passende frist under pkt. 8.5.

eller tilbudsgiver, eksempelvis fordi der i henhold til § 136, nr. 1, har været en interessekonflikt i et andet udbud. I forhold til § 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. Som det fremgår af § 138, stk. 6, er ordregiveren forpligtet til at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af § 136, nr. 3. Som følge heraf vil der være mulighed for self-cleaning for ansøgere eller tilbudsgivere, der i tidligere udbud har været omfattet af § 136, nr. 3.

3.6.1. Dokumentation i forbindelse med self-cleaning

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

1. I fornødent omfang har dokumenteret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren 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,
2. I fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og
3. Har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Der er tale om betingelser, der alle skal opfyldes, eftersom opstillingen af krav indeholder et ”og” mellem andet og tredje krav. 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. Det vil ikke være relevant at dokumentere, at der er ydet erstatning, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er blevet pålagt eller har påtaget sig at yde erstatning.

I forhold til nr. 1 kan relevant dokumentation fra ansøgere eller tilbudsgivere være en erklæring fra de parter, der har modtaget erstatning. Det kan også være revisorerklæringer, der viser, at erstatning er udbetalt. Det er som beskrevet alene den erstatning, som er blevet pålagt, eller som ansøgeren eller tilbudsgiveren har påtaget sig at yde.

I forhold til nr. 2 vil den relevante myndighed ved overtrædelser af straffeloven oftest være politiet. Ved overtrædelser af konkurrenceloven kan det være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK), der er den relevante undersøgelsesmyndighed. En ansøger eller tilbudsgiver kan fx dokumentere sit aktive samarbejde med en undersøgelsesmyndighed ved at fremlægge en erklæring fra den relevante undersøgelsesmyndighed. En redegørelse fra ansøgeren eller tilbudsgiveren kan også være tilstrækkelig til at vise, at der har været et aktivt samarbejde. Dette krav er alene relevant, hvis politiet eller andre relevante myndigheder har foretaget undersøgelser, eventuelt med henblik på at indlede en straffesag. Dokumentation for samarbejde med undersøgelsesmyndighederne er primært relevant i forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde, men kan også være relevant i forhold til forhold omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. Eksempelvis 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.

I forhold 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 dokumentation for afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd. Det kan også være dokumentation for relevant reorganisering af medarbejdere, gen-

nemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.

3.6.2. 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.

Som det fremgår af lovbemærkningerne til § 138, vil det bero på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed, dvs. at der er foretaget self-cleaning.

I vurderingen kan der indgå en række momenter: Ved vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed skal ordregiveren foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag, og i denne vurdering kan ordregiveren – ud over hensynet til karakteren af forseelserne og de trufne foranstaltninger – tillige inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling. Endvidere skal foranstaltningerne vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder angående overtrædelsen af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 138, at det i forhold til 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 en afdeling, der eksempelvis har begået en alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, jf. § 137, stk. 1, nr. 3, ikke nødvendigvis bevirker, at der sår tvivl om virksomhedens øvrige afdelingers integritet. I en sådan lignende situation kan ordregiveren tillægge dette betydning ved vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation for pålidelighed til den udførende afdelings 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.

3.6.3. 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, overtrædelse som har medført udelukkelsen 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 har fået mulighed for at dokumentere self-cleaning.

Egnethed

4. 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 forhold til:

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 udbudsbeholdningen.

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

4.1. 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 udstedes hos Erhvervsstyrelsen. I denne forbindelse skal det påpeges, at det fremgår af § 151, stk. 5, nr. 2, 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, og i dette tilfælde kan de relevante oplysninger fremskaffes via www.cvr.dk.

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. Som følge heraf kan det være en konkret vurdering, hvilken dokumentation der er nødvendig for at vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er i besiddelse af en bestemt autorisation eller et medlemskab.

4.2. Økonomisk og finansiel formåen

I henhold til § 154 kan ordregiver kræve visse former for dokumentation, når ansøgere eller tilbudsgivere skal påvise deres økonomiske og finansielle formåen. Listen i § 154 indeholder dokumentationsformer som årsregnskaber og erklæringer fra ansøgere eller tilbudsgivere.

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 principperne i § 2, hvilket bl.a. betyder, at proportionalitetsprincippet skal overholdes, hvorefter ordregiveren alene kan kræve dokumentation, der er egnet til at dokumentere den økonomiske og finansielle formåen hos ansøgerne eller tilbudsgiverne.

4.3. 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 kan kræve dokumentation for ansøgers og tilbudsgivers tekniske og faglige formåen på de oplyste måder.

De enkelte dokumentationsformer kan give anledning til en række spørgsmål, og i det følgende besvares nogle af spørgsmålene:

- **Skal der kræves attest for tilfredsstillende udførelse af bygge- og anlægsarbejdet ved referencer?**

Det følger af § 155, nr. 1, at ordregiver som dokumentation for ansøgers eller tilbudsgivers tekniske og faglige formåen kan kræve referencelister ”over alle de bygge- og anlægsarbejder, der er udført inden for de seneste 5 år, ledsaget af attester for tilfredsstillende udførelse og resultat for de betydeligste arbejder”.

Ordregiveren kan kræve referencelister ledsaget af attester for tilfredsstillende udførelse, jf. § 155, nr. 1, men ordregiveren kan have en interesse i, at der alene fremlægges en referenceliste uden attester, idet det kan være forbundet med administrative omkostninger for ansøgere og tilbudsgivere at skulle indhente disse attester.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse kan § 155, nr. 1, forstås på to måder i forhold til 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. Således er § 155, nr. 1, en sikring af proportionalitet, hvorved ordregiveren ikke kræver mere, end der er nødvendigt.

For det andet kan § 155, nr. 1, læses som en måde, hvorpå der sikres realitet i tilbuddene. Denne læsning af § 155, nr. 1, betyder ifølge ordlyden, at der skal kræves attester for tilfredsstillende udførelse og resultat for de betydeligste arbejder. Attesterne er herved en sikkerhed for, at ansøgerne og tilbudsgiverne ikke blot opfinder eller overdriver referencer. Endvidere giver det en sikkerhed for, at bygge- og anlægsprojektet er afsluttet, hvilket også kan læses ind i § 155, nr. 1, idet ordlyden af bestemmelsen angår en liste over de bygge- og anlægsarbejder, der er ”udført” inden for de seneste fem år.

Forståelsen af § 155, nr. 1, vil derfor være afgørende for, om der er pligt til at indhente attester sammen med referencelisterne. Det fremgår ikke klart af § 155, hvorledes dokumentationskravet i nr. 1 eller i de øvrige numre skal forstås. Det fremgår dog, at ordregiveren kan kræve en referenceliste over ”alle” de bygge- og anlægsarbejder, ”der er udført inden for de seneste 5 år”. § 155, nr. 1, indeholder en undtagelse hertil, hvorefter der kan tages hensyn til bygge- og anlægsarbejder, der er udført mere end fem år tidligere, ”når det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence”. Bestemmelsen sikrer herved, at ordregiver som udgangspunkt ikke kan kræve referencer, der er ældre end fem år. Dette kan indikere, at dokumentationskravet i § 155, nr. 1, udgør en overordnet ramme, men ikke et detaljeret dokumentationskrav, der skal opfyldes nøjagtigt.

Såfremt der var tale om et specifikt dokumentationskrav, ville det endvidere betyde, at ”alle” bygge- og anlægsarbejder udført inden for de seneste fem år skal fremgå, idet dette fremgår af ordlyden af § 155, nr. 1. Dette skal ses i forhold til 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 sin egnethed 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. Ordregiveren har som følge heraf mulighed for at reducere antallet af krævede referencer, eksempelvis ved at kræve en liste over de fem betydeligste arbejder.

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.

Dog er denne konklusion behæftet med en vis usikkerhed. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke er bekendt med, at EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud har taget eksplicit stilling til spørgsmålet. Dog har Kammarrätten 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.¹⁸ I sin afgørelse konkluderer Kammarrätten, 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. Endvidere viser attesterne, at der er tale om afsluttede arbejder.¹⁹

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

- **Er der indholdsmæssige krav til de attester for tilfredsstillende arbejde, der kan kræves i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder?**

Der findes ikke noget indholdsmæssigt krav til typen af attest, der kan benyttes. Ordregiver kan fastsætte sådanne krav, så længe de er i overensstemmelse med principperne. 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.²⁰ Det må antages, at attester, der indeholder disse oplysninger, vil være egnede til at være attester for bygge- og anlægsarbejder efter udbudsloven.

- **Kan der kræves attester for tilfredsstillende arbejde i forbindelse med varer og tjenesteydelser?**

I modsætning til § 155, nr. 1, nævner § 155, nr. 2, ikke attester for tilfredsstillende udførelse og resultat. Som tidligere beskrevet har § 155, nr. 1, til formål at sikre proportionalitetsprincippet, hvilket betyder, at der ikke kan kræves yderligere dokumentation end det, der fremgår af bestemmelsen, men det vil være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at kræve mindre dokumentation.

I § 155, nr. 2, henvises der ikke til muligheden for at kræve attester for tilfredsstillende arbejde, og 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 leveringerne eller tjenesteydelserne med henblik på effektivt at kontrollere, at oplysningerne i referencen er korrekte.

¹⁸ Bestemmelsen om dokumentationskrav til bygge- og anlægsarbejder fremgår af den svenske implementering af udbudsdirektivet 2004/18 i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Den relevante bestemmelse vedrørende referencelister fremgår af 11 kap. 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.

¹⁹ På baggrund af dommen fra Kammarrätten 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.

²⁰ Artikel 48, stk. 2, litra a), i udbudsdirektiv 2014/18.

- **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.

Som beskrevet består en rammeaftale af flere leveringsaftaler, og i den forbindelse kan det være relevant for ordregiveren at være opmærksom på, hvor mange leveringsaftaler der er udført på samme tid. En rammeaftale kan bestå af flere på hinanden følgende leverancer. Derfor viser en rammeaftale ikke nødvendigvis, at ansøgerne eller tilbudsgiverne formår at løse større opgaver, men siger alene noget om, ansøgerne eller tilbudsgivernes evne til at 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 angivelse 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 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 efterfølgende, idet listen i ESPD'et udgør 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.

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. 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.²¹

²¹ 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.

- **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 fremgår af § 155, nr. 1 og 2, at ordregiveren kan kræve referencelister over arbejder eller leveringer, der er udført inden for de seneste tre/fem år. Det er ikke eksplicit anført i ordlyden i § 155, nr. 1 eller 2, hvem disse referencer skal være udført af. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er det mest nærliggende læsning af § 155, nr. 1 og 2, at ordregiver alene kan anmode om en referenceliste for arbejde udført af virksomheden, der ansøger eller afgiver tilbud, idet dokumentationen skal være egnet til at vise den formåen, som ansøgeren eller tilbudsgiveren er i besiddelse af. Det vil sige, at ansøgere og tilbudsgivere i henhold til § 155, nr. 1 og 2, ikke kan lægge vægt på referencer, som medarbejdere har udført for tidligere arbejdspladser.

I forhold til § 155, nr. 7, om uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer er det, i modsætning til § 155, nr. 1 og 2, præciseret i lovbemærkningerne, at ansøgere eller tilbudsgivere kan angive udførelsen af arbejder, leverancer eller tjenesteydelser, som medarbejdere har udført i forbindelse med tidligere ansættelser.

Henset til ordlyden af § 155, nr. 1 og 2, samt ordlyden og lovbemærkningerne til § 155, nr. 7, er det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering § 155, nr. 7, som er den relevante bestemmelse i forhold til at lægge vægt på referencer fra tidligere ansættelser.

- **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 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.²² 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 ansøgeren eller tilbudsgiveren angiver referencer for bygge- og anlægsarbejde udført af en sammenslutning. 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. Idet der ikke er nogen saglig forskel i forhold til referencer, der angår varer og tjenesteydelser, vil situationen være den samme for disse ydelser, og som følge heraf vil der også alene være mulighed for at lægge vægt på referencer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren reelt og konkret har deltaget i ved udførelsen af opgaven.

- **Skal der være referencer fra hvert af de seneste tre/fem år?**

Hensynet til proportionalitet medfører, at referencerne, jf. § 155, nr. 1 og 2, skal være fra en periode knyttet til kontraktudførelsen, således at de er egnede til at vise ansøgernes og tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen. Som følge heraf kan der ikke kræves referencer, der er ældre end henholdsvis tre eller fem år. Det er imidlertid op til ansøgeren eller tilbudsgiveren at vurdere, hvad der udgør de betydeligste leveringer i løbet af perioden. Disse referencer kan eksempelvis alle være udført inden for det seneste år.

²² Sag C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*.

Ordregiveren har mulighed for at sætte en begrænsning på antallet af referencer, som vil indgå i vurderingen. I det tilfælde vil det være ansørgernes eller tilbudsgiverens opgave at udvælge de bedste referencer, der indgår i ordregiverens vurdering af egnethed. Muligheden for at begrænse antallet af referencer kan under hensyntagen til omkostningerne forbundet med afgivelse af tilbud anbefales.

I denne forbindelse fremgår det af lovbemærkningerne til § 155, nr. 2, at ordregivere kan *”konkret kan kræve lister over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser fra en periode, der er kortere end 3 år.”*

- **Begrænsning i forhold til angivelse af uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer**

I henhold til § 155, nr. 7, kan en ordregiver 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 de ledende medarbejdere.

Det vil dog også være muligt at tillægge relevante medarbejders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer betydning i forbindelse med tildelingen. Ordregiver kan kun vælge underkriterier, der har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som har forbindelse med kontraktens genstand, jf. § 163, stk. 1, og præmis 30 i EU-Domstolens dom af 26. marts 2015, C-601/13 *Ambisig*. Det fremgår af præmis 31 i denne dom (som det også er fastslået i § 162, stk. 3, nr. 2), at kvaliteten af gennemførelsen af en offentlig kontrakt på afgørende vis kan være afhængig af den faglige formåen hos de personer, der er pålagt at gennemføre kontrakten. Dermed har den faglige formåen, der er nødvendige forbindelse til kontraktens genstand, når den er konkretiseret i forhold til kontrakten. Denne formåen udgøres af deres faglige erfaring og deres uddannelse (dvs. de oplysninger, der kan kræves i henhold til § 155, nr. 7).

Selv om uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer kan tillægges betydning i forbindelse med såvel egnetheden som tildelingen, er det præciseret i § 155, nr. 7, sidste led, at det kun er muligt at kræve dokumentation for de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, ”når disse ikke evalueres som et kriterium for tildeling”.

Selv om det sidste led er ny i forhold til det tidligere udbudsdirektiv, er der ikke tale om en ændring af den gældende retstilstand. Det følger af retspraksis fra EU-Domstolen, at egnethedsvurderingen, jf. § 140, samt udvælgelsesvurderingen, jf. § 145, er særskilt fra tildelingen af kontrakten og er omfattet af forskellige regler.²³

Når det fremgår af § 155, nr. 7, at uddannelsesmæssig og faglige kvalifikationer kan benyttes vedrørende vurderingen af egnethed, hvis *”disse ikke evalueres som et kriterium for tildeling”*, er det 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 konsekvens af det forskellige sigte, som vurderingen af egnethed og tildeling har.

4.4. Gyldighedsperiode for dokumentation vedrørende egnethed

Dokumentationen har til formål at påvise ansøgers eller tilbudsgivers formåen, og derfor vil dokumentationen, på samme måde som dokumentation vedrørende udelukkelse som nævnt under pkt. 3.3, også kunne have en alder, hvor den ikke længere er egnet til at vise den faktiske formåen. Det vil være en konkret vurdering i forhold til det enkelte dokumentationskrav i § 155.

²³ I henhold til præmis 25 i EU-Domstolens dom af 24. januar 2008, C-532/06, *Lianakis*.

I forhold til § 155, nr. 1 og 2, angående referencer er det anført, at der kan kræves en liste over alle bygge- og anlægsarbejder udført inden for de seneste fem år eller en liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser inden for de seneste tre år. Denne angivelse af henholdsvis fem og tre år vil tillige være passende i forhold til at dokumentere ansøgernes eller tilbudsgivernes formåen. Ældre referencer vil som udgangspunkt ikke være egnede til at dokumentere den faktiske formåen. Dog er det i både § 155, nr. 1 og 2, fastsat, at ordregiveren kan tage hensyn til dokumentation for relevant arbejde, varer eller tjenesteydelser, der er udført for mere end henholdsvis fem og tre år siden. Dette kan dog alene ske, når det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence. Som det fremgår af lovbemærkningerne, kan det eksempelvis være relevant ved udbud der kun sjældent udbydes, såsom opførelsen af en bro eller lignende.

I forhold til § 155, nr. 1-12, vil det som beskrevet være en konkret vurdering, men en række af dokumentationskravene angår forhold, der skal benyttes i forbindelse med udførelsen af kontrakten. Derfor skal dokumentationen vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren på det konkrete tidspunkt opfylder de konkrete krav, og der vil det ikke være tilstrækkeligt med dokumentation, der ikke med tilstrækkelig sikkerhed viser, at tilbudsgiveren opfylder minimumskravene til egnethed.

4.5. 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.

Derudover fremgår det af § 144, stk. 4, at en ordregiver skal 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. Det fremgår i denne forbindelse, at den enhed, som en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren skal dokumentere, at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed.

I forbindelse med enheder, som ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, skal ansøger eller tilbudsgiver i henhold til § 144, stk. 2, fremlægge dokumentation, der godtgør, at ansøgeren eller tilbudsgiveren faktisk råder over den nødvendige formåen. Dokumentationen kan i henhold til lovbemærkningerne til § 144, stk. 2, eksempelvis være vedtægter, ejeraftaler eller andre relevante selskabsdokumenter, fx i den situation, hvor et moderselskab baserer sig på datterselskabets formåen. 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. Dokumentationen skal vise, i hvilken grad enheden stiller økonomisk og finansiel formåen til rådighed, samt hvilken konkret teknisk og faglig formåen enheden stiller til rådighed i forbindelse med kontraktens opfyldelse. En enhed stille en begrænset formåen til rådighed. I denne situation, er det alene den begrænsede formåen, som kan indgå i egnethedsvurderingen af ansøgerens egnethed.

Støtteerklæringen eller den anden dokumentation i forbindelse med enheder, man baserer sig på, skal efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse sidestilles med anden dokumentation. Det betyder, at denne dokumentation som udgangspunkt alene kan kræves af den vindende tilbudsgiver, jf. § 151, stk. 1, og de enheder, som den vindende tilbudsgiver baserer sig på.

4.6. Dokumentation fra underleverandører

Ansøgere og tilbudsgivere vælger selv, hvorledes de ønsker at strukturere sig i forbindelse med et udbud. Ansøgere og tilbudsgivere kan som følge heraf vælge at basere sig på andre enheders formåen, hvis dette er nødvendigt for at opfylde minimumskravene til egnethed. Dette er beskrevet tidligere. I forbindelse med udførelsen af en kontrakt ses det dog ofte, at den vindende tilbudsgiver anvender underleverandører, uden at den valgte tilbudsgiver

ver baserer sig på underleverandøren. Idet ansøgere eller tilbudsgivere beslutter, hvorledes de ønsker at strukturere sig, kan ordregivere ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere bruger specifikke underleverandører.

I denne forbindelse er det dog relevant at vurdere, hvorvidt ordregivere kan kræve et bestemt niveau af egnethed for de enkelte underleverandører, eller om det alene er den valgte tilbudsgiver, der har til opgave at sikre, at underleverandørerne har den nødvendige formåen, således at leverancen svarer til det tilbudte.

Det er ikke reguleret i udbudsloven, hvorvidt ordregivere kan kræve dokumentation for underleverandørernes formåen. § 177, stk. 5, angår alene udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.

EU-Domstolen har i *Holst Italia*-dommen konstateret, at ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrundelse, at tilbudsgiveren ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressourcer, som han tilbudsgiver selv er i besiddelse af.²⁴ Derfor er det muligt for en tilbudsgiver at basere sig på andre i forhold til opfyldelse af kravene til egnethed. Det vil sige, at i de situationer, hvor en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på en underleverandørs formåen, kan der stilles krav til denne underleverandørs økonomiske og tekniske formåen. Denne mulighed fremgår direkte af udbudsloven og er beskrevet ovenfor.

EU-Domstolen har endvidere konstateret, at udbudsdirektivet ikke er til hinder for en klausul i kontrakten, der begrænser brugen af underleverandører i forhold til opfyldelse af afgørende dele af kontrakten, når ordregiveren ikke ved vurderingen af egnethed har vurderet underleverandøren.²⁵ Udbudsloven har i § 144, stk. 8, en mulighed for at kræve, at tilbudsgiveren selv skal udføre visse opgaver, hvilket kan have den samme effekt, idet disse opgaver herved ikke kan overdrages til underleverandører.

I forhold til muligheden for 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.²⁶ 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*-dommen²⁷ konstateret, at i forhold til at forfølge et formål om, at et anlægsarbejde blev udført korrekt, kan der være mulighed for at begrænse brugen af underleverandører.²⁸ 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.²⁹

I henhold til § 176 kan ordregiveren fastsætte betingelserne i kontrakten, der er forbundet med kontraktens genstand. Såfremt underleverandører skal udføre visse dele af kontrakten, vil betingelser, der regulerer forhold for underleverandøren, være knyttet til kontrakten. Henset til ovennævnte domme kan det ikke udelukkes, at ordregiveren i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, kan fastsætte bestemmelser om, at ordregiver skal godkende

²⁴ C-176/98, *Holst Italia*, præmis 26 og 27.

²⁵ C-314/01, *Siemens AG*, præmis 46.

²⁶ T-59/05, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 93-99.

²⁷ 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.

²⁸ C-298/15, *Borta*, præmis 56.

²⁹ EU-Domstolen henviser 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 i forhold til underleverandører, som ordregiveren ikke baserer sig på, er derfor ikke helt klar.

underleverandørnes formåen, før de kan anvendes i forbindelse med opgaver, der er centrale for en korrekt opfyldelse af kontrakten.

Selv om ordregiveren ikke kan kræve, at underleverandørerne er udpeget på tidspunktet for afgivelse af ansøgning eller tilbud, kan ansøgere eller tilbudsgivere med fordel oplyse, hvilke underleverandører der vil blive anvendt. Det skyldes, at en ordregiver i denne situation kan vurdere, hvorvidt underleverandørerne har den krævede formåen, og ansøgeren eller tilbudsgiveren opnår dermed en sikkerhed for, at underleverandørerne kan anvendes i forbindelse med kontraktens udførelse.

4.7. Dokumentation fra nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse

§ 140, stk. 2, fastslår, at kravene til egnethed skal fastsættes som minimumskrav. Ordregiveren kan kræve de typer dokumentation, der er oplyst i § 154, stk. 1, og § 155 som dokumentation for, at ansøgere eller tilbudsgivere lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed. Som tidligere beskrevet ovenfor er listen over typer af dokumentation vedrørende den økonomiske og finansielle formåen i § 154 ikke udtømmende, mens listen vedrørende den tekniske og faglige formåen i § 155 er udtømmende.

I forhold til den økonomiske og finansielle formåen fremgår det dog af § 154, stk. 2, at en ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen 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 af 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. Det fremgår således også af lovbemærkningerne, at det er en gyldig grund, hvis ansøgere eller tilbudsgivere er nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse og som følge heraf ikke kan fremlægge eksempelvis regnskaber.

På baggrund af § 154, stk. 2, skal ordregiveren vurdere, om der er en gyldig grund til, at der ikke kan fremsendes de krævede former for dokumentation, om dokumentationen er passende, og om dokumentationen godtgør den økonomiske og finansielle formåen. Betingelserne gennemgås i det følgende.

4.7.1. 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 i forhold til nystartede virksomheder.

4.7.2. Er dokumentationen passende?

Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan fremsende ethvert andet dokument, når ordregiveren vurderer det passende. § 154, stk. 2, er i sin ordlyd ikke begrænset til specifikke typer af 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 vurde-

re, 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. Eksempelvis hvis en ordregiver har et minimumskrav, hvorefter ansøgere eller tilbudsgivere skal have en egenkapital på 20 mio. kr., hvilket skal dokumenteres ved den seneste årsrapport. I disse situationer kan ordregiveren eksempelvis anføre, at ansøgere eller tilbudsgivere, der ikke har en årsrapport, kan aflevere en anfordringsgaranti på 20 mio. kr. eller en revisorerklæring, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har en egenkapital på 20 mio. kr.

Som skrevet ovenfor, fremgår det af § 154, stk. 2, at ansøgeren eller tilbudsgiveren kan fremlægge ethvert andet dokument end de dokumenter, som ordregiveren har krævet, når dokumentationen godtgør den økonomiske og finansielle formåen. Idet der gives mulighed for at fremlægge ethvert andet dokument end det, der er krævet af ordregiveren, medfører ordlyden efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren ikke har mulighed for alene at acceptere specifik 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 dokumentation. Som følge heraf er der tale om en mulighed for virksomheder, der er nystartede eller under stiftelse, hvilket kan give en bedre konkurrence som følge af flere deltagere med den 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.

4.7.3. 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 til den økonomiske og finansielle formåen er at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere har den nødvendige økonomiske 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 af 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 specifik omsætning 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. § 154, stk. 2, kan benyttes af ansøgere eller tilbudsgivere til at ”godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen”. Der er ikke i ordlyden henvist direkte til opfyldelse af minimumskrav, og der er heller ikke noget i lovbemærkningerne, der henviser til minimumskrav. Formålet med § 154, stk. 2, er dog at sikre, at nystartede virksomheder og virksomheder under stiftelse kan deltage, uagtet at de ikke er i besiddelse af den krævede dokumentation. I visse situationer har ordregiver fastsat minimumskrav, der er knyttet til dokumentationsformer, der ikke kan opfyldes af nystartede virksomheder eller virksomheder under stiftelse. Såfremt § 154, stk. 2, skal have et selvstændigt indhold i alle situationer, skal bestemmelsen, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, ud fra en formålsbetragtning forstås således, at de specifikke minimumskrav ikke opfyldes, men at det krævede

niveau af økonomisk og finansiel formåen kan godtgøres på andre måder. Det krævede niveau til den økonomiske og finansielle formåen kan derimod ikke lempes.

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 vil formålet ikke kunne udgøre hjemmel til at fravige dokumentationskrav eller specifikke minimumskrav, 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 forskellige behandling 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 mfl.*, 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.³⁰

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 udbudsbi-lag G.”

Klageren nedlagde i sagen påstand om, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, idet der var fastsat differentierede minimumskrav til økonomisk og finansiel 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 finansiel kapacitet koblet til lovområdet, som i punkt 5.2 (...)

³⁰ 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.

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 forbindelse kan det vurderes, om kendelsen skal tages til indtægt for, at der skal stilles det samme minimumskrav til alle virksomheder, uanset om de er etablerede eller nystartede. Det er som tidligere beskrevet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, 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 på et tilsvarende beløb.

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

Som følge heraf er der ikke alene tale om et krav, der angår den økonomiske og finansielle formåen, men også den tekniske og faglige formåen. Som følge heraf vil en anfordringsgaranti ikke vise den samme formåen, idet anfordringsgarantien alene viser den økonomiske og finansielle formåen. Derfor var der en usaglig forskel i det minimumskrav, der blev stillet til etablerede virksomheder, og det minimumskrav, der blev stillet til nystartede virksomheder.

Udvælgelse

5. 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. Beskrivelsen af de objektive og ikkediskriminerende kriterier skal ske i overensstemmelse med 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, jf. § 145, til at afgive tilbud. 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.

6. Dokumentation ved udvælgelse

Af § 152, stk. 2, fremgår det, at ordregiver ikke kan kræve andre former for dokumentation end dem, der er beskrevet i §§ 153-155, 157 og 158, samt dokumentation krævet i henhold til § 141. Det fremgår ikke eksplicit af § 152, stk. 2, at der kan indhentes dokumentation forbundet 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.”*

Som følge heraf skal § 152, stk. 2, sammenholdt med lovbemærkningerne, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, forstås således, at ordregiveren kan kræve dokumentation for ansøgers opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier i henhold til §§ 154 og 155 samt §§ 157 og 158, hvis kriterierne angår økonomisk og finansiell formåen eller teknisk og faglig formåen. Hvis de objektive og ikkediskriminerende kriterier angår andre forhold, kan ordregiveren kræve passende dokumentation, der viser, hvordan ansøgeren opfylder kriterierne. § 152, stk. 2, begrænser således kun ordregivers adgang til at indhente dokumentation, når dokumentationen angår udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, samt minimumskravene til egnethed.

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 udførelsen af noget konkret arbejde, før ansøgeren er egned. Dernæst kan ordregiveren eksempelvis ved udvælgelsen lægge vægt på antallet af den bestemte type referencer, således at ansøgerne konkurrerer på, hvor mange referencer de har ud over de to referencer, der er en forudsætning for, at de er egnede. 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. Hvis ordregiver foretager udvælgelsen på baggrund af andre oplysninger, 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.

Generelt vedrørende dokumentation

7. Indledning

Der er en række problemstillinger, der er relevante for samtlige typer af dokumentation, og de er behandlet nedenfor. Det er eksempelvis tidspunktet for indhentelse af dokumentation, samt hvad der er en passende frist for ansøgere og tilbudsgivere til at indhente dokumentation. Disse problemstillinger, der går på tværs af dokumentationstyperne, er samlet nedenfor.

8. Tidspunkt for indhentelse af dokumentation

Tidspunktet for indhentelse af dokumentation kan være relevant for ordregiver i forhold til at fastlægge tidsplanen for udbuddet. Derudover kan der være mulighed for at indhente dokumentation på forskellige tidspunkter alt afhængig af, hvilken situation der er tale om. Som udgangspunkt kan ordregiveren alene indhente dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten. I den forbindelse kan det overvejes, hvorvidt ordregiveren kan benytte standstill-perioden til at indhente dokumentation, så der forud for standstill-perioden alene træffes en betinget tildelingsbeslutning.

8.1. Dokumentation fra tilbudsgiver før tildeling

I henhold til udbudslovens § 151, stk. 1, skal ordregiveren før beslutning om tildeling af kontrakten kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger den krævede dokumentation.

Det er en forudsætning for at kunne tildele kontrakten, at ordregiveren ved gennemgang af dokumentationen har verificeret, at der ikke er grundlag for at udelukke tilbudsgiveren, at tilbudsgiveren opfylder minimumskravene til egnethed, samt, hvis relevant, at tilbudsgiveren er blevet udvalgt. Ordregiveren kan ikke verificere disse forhold uden dokumentationen, og som følge heraf kan ordregiveren ikke tildele en kontrakt, før ordregiveren har modtaget dokumentationen fra tilbudsgiveren, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til. I henhold til § 171 skal ordregiveren hurtigst muligt og samtidigt underrette alle berørte tilbudsgivere om beslutningen om tildeling af en kontrakt. 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, der er til dokumentation. Såfremt dokumentationen blev indhentet efter tildelingsbeslutningen, ville ansøgere og tilbudsgivere ikke i standstill-perioden kunne klage over eventuelle vurderinger foretaget af ordregiveren. Forholdet til standstill-perioden er nærmere behandlet under pkt. 8.3.

Ordregiveren kan som udgangspunkt alene kræve dokumentation af den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til. Såfremt ordregiveren ønsker at indhente oplysninger fra flere tilbudsgivere, skal det ske i henhold til § 151, stk. 2, hvilket er beskrevet nærmere under pkt. 8.2.

Selv om der ikke er en pligt i § 171 til at orientere alle tilbudsgivere om, at dokumentationen skal indhentes fra en 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 dokumentationen, kan ordregiveren tildele kontrakten og underrette de berørte tilbudsgivere om beslutningen 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, hvis underretningen er sket ad elektronisk vej, eller 15 kalenderdage, hvis underretningen er sket pr. brev.³¹

8.2. 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. Dette 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 egnethed³². Den administrative byrde mindskes endvidere af, at det som udgangspunkt alene er den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, der skal indlevere dokumentation. 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 af udbud.

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. Selv om der når som helst i udbudsprocessen kan indhentes dokumentation, når dette er nødvendigt, skal dette ses i sammenhæng med, at et af formålene med § 151, stk. 1, 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 under pkt. 8.2.1.

Det er dog ordregiverens vurdering, om der foreligger særlige forhold, der kan begrunde indhentelsen af dokumentation, jf. § 151, stk. 2.³³ Idet det ikke er udtømmende specificeret i udbudsloven eller lovbemærkningerne hertil, hvornår det er nødvendigt at indhente dokumentation i løbet af processen, vil der, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, være et vist skøn for ordregiverne i forhold til brugen af § 151, stk. 2.

8.2.1. 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.³⁴

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.

Ordregiver kan i forbindelse med procedurer med to faser indhente dokumentation fra de ansøgere, som ordregiveren har til hensigt at opfordre til at afgive tilbud. Derimod kan denne mulighed ikke udstrækkes, således der kan indhentes dokumentation fra alle ansøgere, idet formålet med bestemmelsen er at mindske de administrative omkostninger forbundet med at aflevere dokumentation. Selv om argumentationen om at sikre en effektiv konkurrence ikke kan udstrækkes til at indhente dokumentation fra andre ansøgere, kan anden argumentation medføre, at der skal indhentes dokumentation fra samtlige ansøgere. Derudover vil der, efter Konkurrence- og Forbru-

³¹ 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.

³² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ESPD-vejledning. Derudover fremgår formålet af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 84.

³³ Det fremgår bl.a. af lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, ”Når ordregiveren skønner det nødvendigt at kræve dokumentationen i løbet af udbudsproceduren”. 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.”

³⁴ 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.

gerstyrelsens vurdering, ikke være mulighed for at indhente dokumentation, hvis der ved en procedure med to faser kommer færre tilbud, end det maksimale antal i udbudsbekendtgørelsen. Det skyldes, at lovbemærkningerne nævner muligheden for at indhente dokumentation ved procedurer med to faser med det formål, at ansøgere, der ikke kan aflevere dokumentation, 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.

I forhold til 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 kommer i systemet på bekostning af andre. Andre hensyn kan dog begrunde, at der er mulighed for at indhente dokumentation vedrørende et dynamisk indkøbssystem.

Der er ikke i lovbemærkningerne henvist til øvrige forhold, der kan begrunde indhentelse af dokumentation tidligt i udbudsprocessen. Idet § 151, stk. 2, alene er hjemmel til at indhente den dokumentation, der er nødvendig for en korrekt gennemførelse af udbudsprocessen, er der ikke hjemmel til at indhente andre dele af dokumentationen, der ikke er nødvendige. Som følge heraf kan ordregiveren være begrænset i forhold til, 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.

I forhold til, hvad der konkret kan karakteriseres som et særligt forhold, kan behovet for en hurtig udbudsproces efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering under visse særlige omstændigheder karakteriseres som et forhold, der kan begrunde brugen af § 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 kræves dokumentationen afleveret i forbindelse med tilbuddet, jf. § 151, stk. 2, idet indhentelsen af dokumentation kan forlænge processen, hvilket ikke imødekommer behovet for en hurtig proces til at afhjælpe et akut behov.

Det vil tale imod brugen af § 151, stk. 2, hvis behovet skyldes forhold, der kan tilskrives ordregiveren. Dette skyldes, at ordregiveren ved brugen af § 151, stk. 2, påfører ansøgerne og tilbudsgiverne en administrativ byrde på grund af deres handlinger eller mangel på samme. Henset til, at et af formålene bag reglerne i § 151, stk. 1 og 2, er at mindske de administrative byrder, kan det tale imod nødvendigheden af en tidligere indhentelse af dokumentationen, hvis ordregiveren med simple midler, fx en anden planlægning af udbudsprocessen, kunne have indhentet dokumentationen i overensstemmelse med systematikken i udbudsloven. Eksempelvis hvis ordregiveren har tilrettelagt udbudsproceduren, således at der ikke er afsat tid til indhentelse af dokumentation inden kontraktudløb, når ordregiveren har identificeret den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele den nye kontrakt. En adgang for ordregiveren til at tilrettelægge udbudsproceduren, således at der skabes et grundlag for at bruge § 151, stk. 2, vil betyde, at ordregiveren i alle situationer kan anvende § 151, stk. 2, og det har, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, ikke været intentionen bag de nye regler. På samme måde vil det, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, være i strid med formålet, hvis ordregiver fastsætter en automatisk regel om, at det altid er nødvendigt at indhente dokumentation i ordregiverens udbud, idet dette ville medføre en situation, som var gældende under det gamle udbudsdirektiv, men som det nye udbudsdirektiv og udbudsloven forlader til fordel for en konkret vurdering af nødvendigheden.

8.3. Indhentelse af dokumentation i standstill-perioden

Afholdelsen af standstill-perioden rejser spørgsmålet, om standstill-perioden kan benyttes til at indhente dokumentation fra den vindende tilbudsgiver. Eksempelvis hvis ordregiveren træffer en tildelingsbeslutning, der er betinget af, at tilbudsgiveren kan indsende dokumentationen i standstill-perioden. Det fremgår som tidligere beskrevet af § 151, stk. 1, at ordregiveren forud for tildelingsbeslutningen skal kræve, at tilbudsgiveren fremlægger dokumentation. Dernæst fremgår det af lov om Klagenævnet for Udbud § 3, at ordregiveren tidligst må indgå kontrakten efter udløbet af en standstill-periode, der regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har sendt underretning om tildelingen af kontrakten. Ordlyden af disse bestemmelser skal, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, forstås således, at ordregiverens vurdering skal være endelig på tidspunktet for tildeling, og der kan som følge heraf ikke træffes betingede tildelingsbeslutninger med henblik på at indhente dokumentation i standstill-perioden. En sådan ordlydsfortolkning finder endvidere støtte i udbudslovens § 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.

Af lovbemærkningerne til håndhævelsesloven fremsat den 27. januar 2010³⁵ 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.”* Endvidere er kontroldirektiverne³⁶ relevante i forhold til forståelsen af standstill-perioden, idet reglerne om standstill-perioden i lov om Klagenævnet for Udbud stammer fra kontroldirektiverne. Angående standstill-perioden fremgår følgende af 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.”*

Bestemmelserne i kontroldirektivet er en kodificering af retspraksis fra EU-Domstolen, og EU-Domstolen har i præmis 23 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”*.

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 tilbudsgiver skulle være afvist. Når der alene er truffet en betinget tildelingsbeslutning, kan det derfor ikke udelukkes, at en forbigået tilbudsgiver vil klage over de forhold, der gør tildelingsbeslutningen betinget, dvs. ordregivers vurdering i henhold til udbudslovens § 159, stk. 2, af, om den fremsendte dokumentation er tilstrækkelig. I sådan et tilfælde vil forbigåede tilbudsgivere ikke have en standstill-periode på 10 dage til at vurdere, om der skal klages over ordregiverens godkendelse af dokumentationen, og det vil derfor ikke være i overensstemmelse med formålet bag standstill-perioden.

På baggrund af det ovenfor beskrevne medfører ordlyden af udbudslovens § 151, stk. 1, sammenholdt med § 159, stk. 2, og formålet bag standstill-perioden, at der ikke kan være betingede tildelingsbeslutninger, hvor dokumentationen indhentes og verificeres i standstill-perioden. Endvidere er det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering forudsat i § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud, at standstill-perioden først kan påbegyndes efter den endelige tildelingsbeslutning.

³⁵ Håndhævelsesloven er en forløber for lov om Klagenævnet for Udbud, og bestemmelsen om standstill-perioden har ikke ændret sig væsentligt siden.

³⁶ Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF.

8.4. 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, indtil tilbuddene afgives, og til der skal ske tildeling. I denne situation 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, vil der som udgangspunkt ikke være en pligt til at indhente dokumentationen igen forud for tildelingsbeslutningen. Derudover er formålet bag § 151, stk. 1 og 2, at begrænse de administrative byrder hos ansøgere og tilbudsgivere ved, at de kun skal sende dokumentationen til ordregiveren, når ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til den konkrete tilbudsgiver, eller når det er nødvendigt for en korrekt gennemførelse af udbudsproceduren. Henset til formålet bag § 151, stk. 1 og 2, vil en ordregiver som udgangspunkt ikke være berettiget til at indhente dokumentation på ny, når ordregiveren allerede i udbudsprocessen har indhentet dokumentationen. Dog følger det af § 159, stk. 3, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningerne eller tilbuddene. I forbindelse med udbud, der løber over flere år, kan der opstå tvivl om, hvorvidt den indhentede dokumentation er egnet som dokumentation. 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. Ved vurderingen af gyldighedsperioden for dokumentationen vedrørende egnethed vil det være en konkret vurdering. Emnet er nærmere behandlet under pkt. 4.4. 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.

Et andet spørgsmål i denne forbindelse er, om ordregiveren i alle situationer har ret til at indhente dokumentation forud for tildelingsbeslutningen, hvis ansøgere eller tilbudsgivere tidligere i processen har fremlagt dokumentationen. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiveren begrænses af proportionalitetsprincippet og alene kan indhente den nødvendige dokumentation. Det vil ikke være nødvendigt at indhente dokumentation på ny, hvis ansøgere eller tilbudsgivere allerede har afleveret dokumentation, og dokumentationen ikke har givet anledning til tvivl, jf. § 159, stk. 3.

Det er de samme hensyn om at mindske de administrative byrder og proportionalitet, der også ligger til grund for § 151, stk. 5, nr. 2, hvorefter ansøgere eller tilbudsgivere ikke er forpligtet til at fremlægge dokumentation, som ordregiveren allerede er i besiddelse af fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer.

8.5. Passende tidsfrist til at fremlægge dokumentation

Det fremgår af § 151, stk. 1, at ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge den krævede dokumentation. Det samme fremgår af § 151, stk. 2, hvorefter ordregiveren når som helst i processen kan kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal fremlægge dokumentation, når dette er nødvendigt for en korrekt gennemførelse af proceduren.

Fremlæggelse af dokumentation er en forlængelse af det foreløbige bevis, som ansøgere og tilbudsgivere har afleveret i form af ESPD'et. Det fremgår af § 148, stk. 2, nr. 2, at ordregiveren skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere via ESPD'et tilkendegiver, at dokumentationen på anmodning herom kan fremlægges uden ugrundet ophold. I den forbindelse er det væsentligt at vurdere, hvordan kravet om 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 kan fremlægge dokumentation uden ugrundet ophold, indebærer, at man ser på den tid, det vil tage ansøgere eller tilbudsgivere 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 minimumstidsfristen, som ordregiveren kan fastsætte. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering vil en tidsfrist, der medfører, at en ansøger eller tilbudsgiver uden ugrundet ophold kan fremlægge dokumentationen, altid være en passende frist. Dette harmonerer endvidere med lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, hvoraf det fremgår, at ordregiveren kan *"fastsætte en passende frist, der betyder, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal fremlægge dokumentationen uden ugrundet ophold"*. Idet den tid, det tager at fremlægge dokumentation uden grundet 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 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 for en ansøger eller tilbudsgiver at indhente dokumentationen uden ugrundet ophold. Derfor skal ordregiveren fastsætte en passende tidsfrist, forstået som en tidsfrist, som giver ansøgerne og tilbudsgiverne en 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 det ikke være en passende tidsfrist i henhold til § 151, stk. 1 og 2. Når en ansøger eller tilbudsgiver ikke får en passende frist til at indhente og aflevere dokumentation til ordregiveren, kan ordregiveren ikke på baggrund af ansøgerens eller tilbudsgiverens overskridelse af en ikkepassende tidsfrist udelukke den konkrete ansøger eller tilbudsgiver. Se nærmere herom under pkt. 3.5.

Fastsættelsen af en passende tidsfrist skal i henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, fastsættes *"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 i forhold til danske ansøgere og tilbudsgivere skal ordregiveren blandt andet tage højde for dokumentationen for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 og 3, samt, hvis ordregiver har tilkendegivet dette, § 137, stk. 1, nr. 2 og 7. Danske ansøgere og tilbudsgivere kan i denne forbindelse 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 edserklæringer³⁷ 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 og 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 og 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 og en halv uge, før end det er 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 er 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 forhandlingsfor-

³⁷ Jf. udbudsloven § 152, stk. 2, 1. pkt.

bud, så 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 der som udgangspunkt alene indhentes dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til. Selv om der i henhold til § 151, stk. 2, indhentes dokumentation fra flere eller alle tilbudsgivere, vil det ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet, når ordregiveren henvender sig til tilbudsgiverne i forbindelse med fastsættelse af den passende frist, idet fristen ikke har indflydelse på resultatet af udbuddet.

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 fastsættelsen af fristen. Det vil sige, at en frist, der indledningsvis var passende, ikke nødvendigvis er en passende frist, når fristen udløber. 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 passende, og derfor har ordregiveren mulighed for at ændre den oprindelige frist, således at den bliver passende. Der vil være mulighed for at forlænge tidsfristen, hvis årsagen bag den manglende overholdelse af tidsfristen ikke kan tilskrives ansøgeren eller tilbudsgiveren eller blot skyldes uagtsom adfærd fra ansøgerens eller tilbudsgiverens side.

9. Manglende fremlæggelse af dokumentation

I henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, skal ordregiveren udelukke en tilbudsgiver eller ansøger fra udbudsproceduren, jf. § 136, nr. 3, hvis ansøger eller tilbudsgiver ikke fremlægger dokumentation inden udgangen af en passende fastsat frist³⁸.

Det følger af § 136, nr. 3, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal udelukkes, hvis der i det pågældende udbud er givet groft urigtige oplysninger, er tilbageholdt oplysninger, eller hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og, hvis det er relevant, i § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, de fastsatte minimumskrav til egnethed i §§ 140-144 eller udvælgelsen i § 145.

Selv 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, alene 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.

Såfremt ansøgere eller tilbudsgivere ikke fremlægger dokumentationen inden udløbet af den fastsatte passende tidsfrist, følger det af lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, at ordregiveren skal udelukke ansøgere eller tilbudsgivere fra udbudsproceduren.

Følgende fremgår af lovbemærkningerne: ”*Ordregiveren skal, hvor tilbudsgiveren ikke fremlægger dokumentation inden udgangen af en passende fastsat frist, udelukke tilbudsgiveren fra udbudsproceduren, jf. § 136, nr. 3.*”

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at lovbemærkningerne skal forstås således, at den obligatoriske udelukkelsesgrund forpligter ordregiveren til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, efter en passende frist er udløbet. Det skyldes, at i den situation, hvor ordregiveren har givet ansøgeren eller tilbudsgiveren en passende frist til at fremsende supplerende dokumentation, men dette ikke sker, kan ordregiveren i henhold til lovbemærkningerne til § 151, stk. 1, konstatere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er i stand til at fremsende

³⁸ Se nærmere om fastsættelsen af den passende frist under pkt. 8.5.

den supplerende dokumentation, hvorfor der er grundlag for at udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren i henhold til den obligatoriske udelukkelsesgrund i § 136, nr. 3.

Dog finder § 136, nr. 3, ikke anvendelse, hvis der ikke har været fastsat en passende frist. Ordregiveren har ikke mulighed for at konstatere, at ansøgere eller tilbudsgivere er ude af stand til at levere dokumentationen, jf. § 136, nr. 3, når disse ikke har fået en passende frist, og som følge heraf finder § 136, nr. 3, alene anvendelse, når der er angivet en passende frist. Endvidere fremgår det direkte af lovbemærkningerne til § 151, at § 136, nr. 3, finder anvendelse, når der ikke kan fremlægges dokumentation inden en ”passende fastsat frist”.

Når ordregiveren har fastsat en passende frist, kan der opstå forhold, som betyder, at fristen ikke længere vil være passende. Det 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.

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. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at muligheden for at supplere eller præcisere kan benyttes, uagtet at § 136, nr. 3, medfører en forpligtelse til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ikke fremsender den krævede dokumentation inden udløbet af den passende frist. 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 er udvalgt på et korrekt grundlag. Såfremt det ikke skulle være muligt efter fristens udløb at anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at supplere eller præcisere dokumentation, vil § 151, stk. 4, i vidt omfang blive illusorisk. Som følge heraf skal lovbemærkningerne til § 151 efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering forstås således, at ordregiver kan anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at supplere eller præcisere dokumentation, før forpligtelsen til at udelukke, jf. § 136, nr. 3, indtræder.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 151, stk. 4, at bestemmelsen giver samme muligheder som efter § 159, stk. 5. Muligheder og begrænsninger i forhold til at supplere eller præcisere indsendt dokumentation vil ikke blive behandlet nærmere i denne gennemgang af reglerne om dokumentation.

10. 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 §§ 152-155, 157 og 158 vedrørende dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, og at minimumskravene til egnethed er opfyldt, jf. § 140.

Dernæst følger det af § 151, stk. 5, nr. 1, at ordregiver ikke kan kræve, og at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er forpligtet til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren selv kan skaffe dokumentationen direkte gennem adgang til en national database. Derudover kan ordregiveren i henhold til § 151, stk. 5, nr. 2, ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation, hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer. § 151, stk. 5, nr. 1 og 2, behandles i det følgende:

10.1. Ordregivere har adgang til dokumentation via en national database

I henhold til § 151, stk. 5, nr. 1, fremgår det, at en ordregiver ikke kan kræve eller forpligte en ansøger eller tilbudsgiver til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiveren selv kan skaffe dokumentationen gennem adgang til en national database. Dette gælder også, selv om ansøgere eller tilbudsgivere er fra en anden medlemsstat, og hvor databasen er i en anden medlemsstat.

I henhold til lovbemærkningerne til bestemmelsen er en national database en database, der administreres af en offentlig myndighed. Som eksempel nævner lovbemærkningerne Det Centrale Virksomhedsregister³⁹, hvorefter ordregiveren ikke kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver fremlægger årsregnskaber som dokumentation for aktørens økonomiske og finansielle formåen, hvis årsrapporterne kan hentes direkte via denne database.

Ordregiveren kan dog anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende årsrapporterne, men det kan ikke medføre afvisning af tilbudsgiver eller ansøger, hvis de ikke indsender årsrapporterne.

§ 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.

Det er 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. Som følge heraf er det eksempelvis ikke en betingelse, at der skal være adgang uden forudgående registrering, eller at databasen er på et af hovedsprogene i EU. Hvis der er samme adgang til databasen for såvel indenlandske ordregivere som udenlandske ordregivere, kan ordregiveren ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere indsender den pågældende dokumentation.

10.2. Ordregiver er allerede i besiddelse af dokumentation

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

Der kan dog være ordregivere, som er organiseret med en række decentrale enheder, eller hvor forskellige afdelinger hos ordregiveren foretager udbud. Det er hverken i ordlyden af § 151, stk. 5, nr. 2, eller i lovbemærkningerne præciseret, hvad der forstås ved "ordregiveren" i bestemmelsen. Begrebet "ordregiveren" skal forstås som den enhed, der gennemfører et udbud, idet ansøgere eller tilbudsgivere alene kan have en forventning om, at en ordregiver er i besiddelse af den relevante dokumentation, hvis det er den konkrete enhed, som tidligere har modtaget dokumentationen.

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. I disse situationer kan ansøgeren eller tilbudsgiveren 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 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, med de samme oplysninger indhentes fra andre tilbudsgivere, uden at dette vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. § 2.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering vil ordregivere eller indkøbscentraler 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 tilde-

³⁹ www.cvr.dk.

lingen. Rammeaftaler kan som udgangspunkt have en løbetid på op til fire år, jf. § 95, stk. 2, og som beskrevet nedenfor under pkt. 11 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 på rammeaftalen mulighed for løbende at opdatere dokumentationen, således at der ikke skal fremsendes dokumentation forud for den enkelte tildeling. Ordregiveren kan ikke forpligte leverandører på en rammeaftale 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 til, 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 på 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 den dokumentation, de har indsendt i forbindelse med rammeaftalen, 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, men ikke omfattet af udelukkelsesgrundene.

I forhold til oprettelsen af en databank med dokumentation skal ordregiveren være opmærksom på persondata-reglerne og registreringen af fortrolige personoplysninger. Se nærmere herom under pkt. 13.

11. Dokumentation for oplysningerne i ESPD'et

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

Det fremgår af § 151, stk. 1, at en ordregiver skal kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et. Oplysningerne i ESPD'et stammer fra den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har til rådighed på det tidspunkt, hvor ESPD'et afgives. Dog fremgår det af § 159, stk. 2, at en ordregiver alene kan tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, samt at tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, at tilbudsgiveren er egnet og udvalgt. Udbudsloven anfører ikke eksplicit, om det i alle situationer vil være tilstrækkeligt at kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, eller om der kan være en pligt til at indhente de nyeste oplysninger forud for beslutning om tildeling.

§ 151, stk. 1, er udgangspunktet, hvorefter ordregiveren som udgangspunkt kan kræve dokumentation for de oplysninger, der fremgår af ESPD'et. Dokumentation for oplysninger i ESPD'et giver et øjebliksbillede, hvilket 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 tildeling er meget lang. Det samme kan gøre sig gældende i situationer, hvor går meget lang tid fra indhentelse af dokumentation til tildeling. Eksempelvis kan der under visse komplekse udbud gå et-to år fra ESPD'et, er afgivet, indtil tilbudsgiveren, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, skal aflevere dokumentation.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at § 159, stk. 2, har til formål at sikre, at ordregiveren ikke tildeler kontrakter til tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrundene, eller som er uegnede. Såfremt dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et, ikke er egnet til at vise, om en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene og har den krævede økonomiske og tekniske formåen, vil det ikke være muligt at foretage verifikationen i henhold til § 159, stk. 2.

Hvis dokumentation for ESPD'et kunne accepteres i alle situationer, ville der opstå situationer, hvor det øjeblikksbillede, 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. Det samme gør sig gældende i forbindelse med rammeaftaler med genåbning af konkurrencen. Såfremt ordregiveren alene skal kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, er det tvivlsomt, om den dokumentation, der indhentes ved afslutningen af rammeaftalens løbetid, viser, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrundene samt tilbudsgiverens økonomiske og tekniske formåen på tidspunktet for tildelingen.

I disse situationer vil der være en sådan tvivl om, hvorvidt dokumentationen viser de faktiske forhold for tilbudsgiveren, at ordregiveren ikke kan verificere, at tilbudsgiveren er egnet og ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. I tvivlstilfælde skal ordregiveren i henhold til § 159, stk. 3, foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation. Såfremt ordregiveren i alle situationer kunne kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, ville der opstå situationer, hvor dokumentationen ikke viser de forhold, som ordregiveren skulle verificere, og dermed ville verifikationen i § 159, stk. 2, kunne være illusorisk og medføre, at opgaver ville blive tildelt til tilbudsgivere, der enten er uegnede eller omfattet af udelukkelsesgrundene.

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."* Selv om disse lovbemærkninger angår § 152, stk. 1, der indeholder forpligtelsen til at kræve dokumentation, viser lovbemærkningerne, 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.

Den modsatte konklusion, hvorefter ordregiveren altid kan kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, vil betyde, at i visse situationer ville ordregiveren ikke med en tilstrækkelig sikkerhed kunne konstatere, at der ikke tildeles offentlige kontrakter til tilbudsgiver, der er egnet og ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. § 159, stk. 2, har til formål at modvirke dette.

Henset til at der skal være effektivitet bag reglerne, lovbemærkningerne til § 152 og ordlyden af § 159, stk. 2, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er den mest nærliggende konklusion, at ordregivere i visse situationer kan være nødsaget til at indhente nyere dokumentation end blot dokumentation for oplysningerne i ESPD'et. Der vil i disse situationer ikke skulle foretages en ny vurdering, men det skal blot verificeres, at den valgte tilbudsgiver opfylder minimumskravene til egnethed samt at tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Selv om der kan være et krav om at indhente den nyeste dokumentation, er der ikke en generel pligt hertil, idet ordregiver som udgangspunkt kan henholde sig til § 151, stk. 1, hvorefter ordregiver kan kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et. Det vil alene være i de situationer, hvor dokumentationen ikke viser de faktiske forhold for tilbudsgiveren, eller hvor der er tvivl herom, at ordregiveren er forpligtet til at indhente anden dokumentation. Denne konklusion harmonerer med lovbemærkningerne til § 159, stk. 2, hvor det fremgår, at der ikke for ordregiveren er *"en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. Alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, har ordregiveren en pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt."*

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, der er beskrevet under pkt. 3.3 og pkt. 4.4, relevant. Gyldighedsperioden kan efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse benyttes i forhold til at vurdere, hvorvidt ordregiveren kan kræve dokumentation for oplysningerne, der er afgivet i ESPD'et.

12. Dokumentation i forbindelse med en rammeaftale

Det fremgår af § 151, stk. 1, at ordregiveren før beslutning om tildeling af en kontrakt skal kræve dokumentation i henhold til § 152, stk. 1, fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten eller rammeaftalen til.

I den forbindelse fremgår det dog af § 151, stk. 3, at kravet om indhentelse af dokumentation i § 151, stk. 1, ikke gælder for kontrakter, der er baseret på en rammeaftale indgået med én leverandør, jf. § 97, eller en rammeaftale indgået med mere end én leverandør, hvor de efterfølgende træk på rammeaftalen sker på baggrund af en direkte tildeling, jf. § 98, stk. 1, nr. 1.

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 leveringsaftaler indgået på baggrund af rammeaftalen ikke medføre en pligt til fornyet indhentelse af dokumentation.

I forhold til 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 bebeskrevet miniudbud), jf. § 98, stk. 1, nr. 2. Undtagelsen i § 151, stk. 3, om pligten til at indhente dokumentation forud for tildelingen af de enkelte leveringskontrakter finder anvendelse ved rammeaftaler med direkte tildeling, idet der i § 151, stk. 3, er henvist til § 98, stk. 1, nr. 1. Dog vil ordregiveren før tildeling af rammeaftalen være forpligtet til at indhente dokumentation, jf. § 151, stk. 1, idet undtagelsen i § 151, stk. 3, alene angår kontrakter baseret på rammeaftaler, dvs. de konkrete leveringskontrakter indgået på baggrund af rammeaftalen. § 98, stk. 1, nr. 1, angår rammeaftaler, der indgås med flere leverandører, og det betyder, at flere tilbudsgivere i løbet af rammeaftalens varighed kan tildeles leveringskontrakter. § 151, stk. 1, medfører, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, en forpligtelse til at indhente dokumentation fra alle tilbudsgivere, der bliver optaget på rammeaftalen. Det skyldes, at § 151, stk. 1, har til formål at sikre, at alle tilbudsgivere, der tildeles kontrakter, ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og opfylder minimumskravene til egnethed. Idet alle tilbudsgivere, der optages på en rammeaftale, kan tildeles leveringskontrakter, vil § 151, stk. 1, omfatte alle tilbudsgivere, der optages på rammeaftalen.

Undtagelsen i § 151, stk. 3, angår specifikt leveringskontrakter, der tildeles på baggrund af en rammeaftale med én leverandør, jf. § 97, samt leveringskontrakter, der er baseret på en rammeaftale indgået med mere end én leverandør, og hvor leveringskontrakten tildeles på baggrund af en direkte tildeling, jf. § 98, stk. 1, nr. 1. Det betyder således, at undtagelsen ikke kan finde anvendelse i de situationer, hvor leveringskontrakten tildeles på baggrund af et miniudbud, jf. § 98, stk. 1, nr. 2. Som følge heraf finder hovedreglen i § 151, stk. 1, anvendelse, når ordregiveren gennemfører et miniudbud, og ordregiveren er således forpligtet til at indhente dokumentation, inden tildelingsbeslutningen træffes.⁴⁰ I henhold til § 151, stk. 1, skal der indhentes dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et i henhold til § 148. Idet ESPD'et indeholder oplysninger om såvel udelukkelsesgrunde som egnethed, vil ordregiveren forud for tildeling af en leveringskontrakt på baggrund af et miniudbud skulle indhente dokumentation, som viser, at den valgte leverandør ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, samt at den valgte leverandør er egnet, hvis der er fastsat minimumskrav til egnethed.

Ordregiveren eller indkøbscentralen kommer dog i besiddelse af dokumentationen, når der tildeles kontrakter efter miniudbud. Når ordregiveren allerede er i besiddelse af dokumentationen fra tildeling af rammeaftalen, kan

⁴⁰ Denne forståelse harmonerer endvidere med udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4, 2. afsnit.

denne dokumentation benyttes forud for tildeling af leveringskontrakter på baggrund af miniudbud, hvis der er en tilstrækkelig tidsmæssig tilknytning til tildelingen af rammeaftalen.

Det følger af § 151, stk. 5, nr. 2, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke er forpligtet til at fremlægge dokumentation, når ordregiveren allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer. 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 væk er egnet til at dokumentere de relevante forhold.

Som beskrevet under pkt. 11 kan ordregiveren dog ikke kræve den dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, når dokumentationen ikke er egnet til at vise, at en tilbudsgiver er egnet og ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Som følge heraf spiller gyldighedsperioden for dokumentation en relevant rolle ved rammeaftaler med miniudbud.

I henhold til serviceattesten fremgår det under pkt. 3.3, 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.

I forhold til 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 i henhold til de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser være op til tre år gamle, hvorfor 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. Gyldigheden af dokumentationen vedrørende egnethed er nærmere behandlet under pkt. 4.4.

I forbindelse med tildeling af en leveringskontrakt kan det vurderes, om ordregiveren har mulighed for at justere minimumskravene til egnethed til den konkrete leveringskontrakt. Når ordregiverne tildeler rammeaftalen, skal minimumskravene til egnethed fastsættes i henhold til proportionalitetsprincippet. I § 142, stk. 4, kommer proportionalitetsprincippet fx til udtryk, således at ordregiveren som udgangspunkt ikke kan kræve, at en ansøgers eller tilbudsgivers minimumsomsætning pr. år er højere end den dobbelte anslåede værdi af specifikke kontrakter på rammeaftalen, som vil blive gennemført samtidigt. I forhold til dokumentation for de konkrete leveringskontrakter er det relevant at vurdere, hvorvidt ordregiveren skal indhente dokumentation for, at den valgte tilbudsgiver lever op til minimumskravene for egnethed, som de var fastsat i forhold til den oprindelige rammeaftale.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den vindende tilbudsgiver på en rammeaftale skal dokumentere, at denne lever op til minimumskravene til egnethed, som de var fastsat i den oprindelige rammeaftale. Det fremgår af § 159, stk. 2, at ordregiveren alene kan tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbudsgiveren ikke er egnet og ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. § 159, stk. 2, sammenholdt med § 151, stk. 1, hvor det fremgår, at ordregiveren skal kræve dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, medfører, at ordregiveren skal verificere, at tilbudsgiveren lever op til de oprindeligt stillede minimumskrav til egnethed.

13. Persondataretlige problemstillinger ved dokumentation

Både ordregivere og ansøgere og tilbudsgivere er omfattet af persondatalovens anvendelsesområde, når de foretager en elektronisk behandling af personoplysninger, eller når der foretages en manuel behandling af personoplysninger, som er indeholdt i et register.

Personoplysninger er enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person. Eftersom persondataloven alene angår fysiske personer, giver oplysninger om ansøgernes eller tilbudsgivernes juridiske personer ikke anledning til udfordringer i forhold til persondataretten.

Der er tre typer personoplysninger i persondataloven: 1) følsomme oplysninger, 2) oplysninger om andre rent private forhold og 3) almindelige ikkefølsomme oplysninger.

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. Oplysninger om fysiske personers overtrædelser af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1, vedrørende blandt andet domme for menneskehandel, bestikkelse og terrorisme er fortrolige oplysninger, og som følge heraf finder persondataloven anvendelse i forbindelse med udbud. Derudover finder persondataloven anvendelse i alle situationer, hvor der behandles personoplysninger.

Forud for ordregivers behandling af fortrolige oplysninger skal der foretages en anmeldelse til Datatilsynet. Det vil være en konkret vurdering, hvorvidt ordregivere kommer i besiddelse af fortrolige oplysninger om en identificeret fysisk person.

For ordregivere har Datatilsynet udarbejdet en anmeldelseskladde, hvor ordregiver kan foretage én samlet anmeldelse af de behandlinger af fortrolige personoplysninger, som en ordregiver foretager i forbindelse med udbud. Anmeldelseskladden er skabt for at give en nem og hurtig adgang til at anmelde behandling af fortrolige oplysninger. Datatilsynets anmeldelseskladde kan findes her:

datatilsynet.dk/blanketter/offentlig-sektor/sagsbehandling/

Ordregivere har i mange situationer allerede foretaget anmeldelser af behandlingen af fortrolige oplysninger i forbindelse med sagsbehandlingen på andre områder end udbudsområdet. Ordregiveren bør, inden der indsendes en ny anmeldelse ved brug af anmeldelseskladden, undersøge, hvorvidt der allerede er foretaget en anmeldelse, som dækker den konkrete behandling af personoplysningerne.

Virksomheder kan foretage en anmeldelse til Datatilsynet i forbindelse med personaleadministrationen. For at gøre arbejdet lettere for virksomhederne har Datatilsynet udarbejdet en standard, som kan bruges som kladde for anmeldelse af personaleadministration. Det vil sige, at der er en hurtig og nem adgang til anmeldelse via anmeldelseskladden, som kan tilgås via følgende link:

datatilsynet.dk/blanketter/privat-sektor/personaleadministration/personaleadministration-anmeldelseskladde/

For nærmere oplysninger om persondatarelige problemstillinger i forbindelse med udbud se:

<https://www.datatilsynet.dk/>

Konkrete spørgsmål kan stilles til Datatilsynet via følgende e-mailadresse:

dt@datatilsynet.dk