

Nye regler for pålideligheds- vurderinger i udbud

For udbud, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort efter 1. januar 2023, gælder en ny fremgangsmåde for pålidelighedsvurderinger (også kaldet "self-cleaning"), når en virksomhed er omfattet af en udbudsretlig udelukkelsesgrund. Vi kigger herunder nærmere på udelukkelsesgrundene og dykker ned i den nye fremgangsmåde for self-cleaning.

Hvis en virksomhed er omfattet af en udelukkelsesgrund i medfør af udbudslovens §§ 135-137, er udgangspunktet, at virksomheden skal udelukkes og ikke kan tages i betragtning til den udbudte kontrakt. Virksomheder, som befinder sig i en udelukkelsesgrund, har dog altid ret til at afgive en pålidelighedserklæring, og ordregiver skal på den baggrund vurdere, om virksomheden alligevel er pålidelig – og kan komme i betragtning i forbindelse med udbuddet. Vurderingen kaldes også en pålidelighedsvurdering og følger af udbudslovens § 138.

Som et led i pålidelighedsvurderingen skal virksomheden have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed (også kaldet "self-cleaning"). Hvis virksomhedens redegørelse/dokumentationen vurderes tilstrækkelig, kan ordregiveren ikke udelukke virksomheden fra udbuddet.

Det er op til ordregiveren at vurdere, om den udførte self-cleaning er tilstrækkelig.

Ved udbud iværksat efter udbudslovens afsnit II, forsyningsvirksomheds-

direktivet eller koncessionsdirektivet, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort efter 1. januar 2023, skal ordregiver i forbindelse med pålidelighedsvurderinger følge en ny fremgangsmåde, hvilket beskrives nedenfor.

Hvad omfatter de udbudsretlige udelukkelsesgrunde?

Udelukkelsesgrundene, som finder anvendelse i EU-udbud, er todelt: Der er de obligatoriske udelukkelsesgrunde efter §§ 135-136 og de frivillige udelukkelsesgrunde efter § 137. De obligatoriske udelukkelsesgrunde kan ikke fravælges af en ordregiver, mens de frivillige udelukkelsesgrunde skal tilvælges på forhånd af ordregiver, hvis de skal finde anvendelse.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde omfatter virksomheder, hvor virksomheden eller personer i dennes ledelse ved endelig dom er dømt eller har modtaget bødeforlæg for en række "alvorlige forhold", herunder bestikkelse, svig, børnearbejde og hvidvask. Derudover omfatter de obligatoriske udelukkelsesgrunde interessekonflikter, konkurrencefordrejning, forsømmelser, som rejser tvivl om virksomhedens integritet, eller afgivelse af urigtige oplysninger.

De frivillige udelukkelsesgrunde finder kun anvendelse, hvis det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at ordregiver har tilvalgt dem. De frivillige udelukkelsesgrunde omfatter bl.a. virksomhedens overtrædelse af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler, konkurrenceforvridende aftaler og tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt.

Hvordan kan en virksomhed "rense sig selv"?

Kravet om, at en virksomhed skal gives adgang til at "rense sig selv" (self-cleaning), følger af udbudslovens § 138. Ifølge udbudslovens § 138, stk. 3, skal det fremsendte materiale i forbindelse med self-cleaning indeholde følgende dokumentation for at være tilstrækkeligt:

1. Dokumentation for at tilbudsgiver eller ansøger har ydet den erstatning, som er blevet pålagt, eller som virksomheden har påtaget sig at yde
2. En redegørelse for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne
3. Dokumentation for at der er truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunden(e).

De første to forhold vil ikke være relevante ved alle udelukkelsesgrunde, men alene grunde hvor erstatning og/eller undersøgelsesmyndigheder er involveret. Derimod vil beskrivelsen af passende forebyggende foranstaltninger altid være relevant, uanset hvilken udelukkelsesgrund virksomheden er omfattet af.

Som dokumentation for erstatning skal der fremlægges materiale, der beviser, at erstatningen er ydet. Det kan fx være en kvittering eller revisorerklæring. Hvis virksomheden endnu ikke er pålagt at udrede erstatning,

men har påtaget sig at yde erstatning, skal dette ligeledes dokumenteres.

Som dokumentation for forbedret samarbejde med myndigheder er det oplagt at indhente en udtalelse fra den relevante myndighed. Denne kan eventuelt suppleres af en redegørelse og tro- og loveerklæring fra virksomheden.

Som dokumentation for at der er truffet passende foranstaltninger, er det ikke tilstrækkeligt at sende en hen-sigtserklæring om tiltag, virksomheden ønsker at gennemføre. Virksomheden skal konkret dokumentere implementering af ændringer, som er relevante at ændre i forhold til udelukkelsen. Det kan fx være en compliancepolitik, undervisning af medarbejdere og afbrydelse af forbindelser til personer og organisationer, der er involveret i den udelukkelsesberettigede adfærd.

Vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Det er ordregiver, som skal foretage pålidelighedsvurderingen og dermed vurdere, om den indsendte self-cleaning-dokumentation er tilstrækkelig til at lade virksomheden indgå i udbudsprocessen. Den nye procedure, som er implementeret pr. 1. januar 2023, indebærer, at ordregiver - inden denne kan træffe beslutning om virksomhedens pålidelighed - skal indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Altså skal den vejledende udtalelse indgå som grundlag i ordregivers beslutning.

Udtalelsen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har alene vejledende karakter og baserer sig kun på det foreliggende grundlag – altså det materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtager fra ordregiver. Ordregiver skal således fortsat foretage sin egen pålidelighedsvurdering, og i den forbindelse er ordregiver ikke bundet af udtalelsen, men har mulighed for at lægge denne til grund.

Formålet med at indføre kravet om en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ifølge lovbemærkningerne at samle viden og erfaringer, der skal sikre et bedre kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderinger af dokumentation for pålidelighed. Dette skal på sigt skabe en ensretning i ordregiverens beslutning om virksomhedernes dokumentation af pålidelighed, så der gælder ens dokumentationskrav i forskellige udbud.

Ordregiver er forpligtet til at afvente den vejledende udtalelse, hvilket betyder, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandlingstid bliver afgørende for en smidig og hurtig udbudsproces. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke villet udmelde bindende krav for egen sagsbehandlingstid, men har alene oplyst, at styrelsen i løbet af 2023 forventer at fastlægge mål for sagsbehandlingstiden.

Samtidig har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggjort en række vejledninger, skabeloner og guides henvendt til både ordregiver og tilbudsgiver. Disse kan findes på styrelsens hjemmeside her, hvis man søger på "enhed for pålidelighedsvurdering".

Horten anbefaler

- Ordregiver bør altid nøje overveje behovet for at tilvælge de frivillige udelukkelsesgrunde. Det er vigtigt, at den nye proces ikke bliver løftestang til at fravælge udelukkelsesgrunde, som er relevante og vigtige i forhold til virksomhedernes egnethed som samarbejdspartner.
- Da ordregiver er forpligtet til at afvente den vejledende udtalelse, skal ordregiver sørge for at fremsende alt relevant materiale til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Brug de skabeloner mv., som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen stiller til rådighed, for at lette sagsbehandlingen.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandling medfører et ekstra trin i udbudsprocessen. Det skal ordregiver indtænke i tidsplanen for et udbud.



Annelouise Dalgaard Pedersen
Partner, advokat
adp@horten.dk



Sune Schmidt Jensen
Advokatfuldmægtig
ssj@horten.dk