

II

(Meddelelser)

MEDDELELSER FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS INSTITUTIONER, ORGANER,
KONTORER OG AGENTURER

EUROPA-KOMMISSIONEN

**Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud
og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund**

(2021/C 91/01)

Indholdsfortegnelse

	<i>Side</i>
1. INDLEDNING	3
1.1. Selve problemet	3
1.2. Vanskelighederne ved at bekæmpe ulovlig samordning	4
1.3. Den hidtidige indsats for at bekæmpe ulovlig samordning	5
2. VÆRKTØJER PÅ EU-PLAN TIL BEKÆMPELSE AF ULOVLIG SAMORDNING	5
2.1. Den politiske vilje til at træffe foranstaltninger	5
2.2. De vejledende principper for at opfylde dette tilsagn	6
2.3. Formålet med denne meddelelse	7
3. STØTTE TIL MEDLEMSSTATER OG ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER	7
4. FORBEDRING AF SAMARBEJDET MELLEM DE NATIONALE CENTRALE MYNDIGHEDER OG KONKURRENCEMYNDIGHEDERNE	8
5. VEJLEDNING TIL ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER OM, HVORDAN UDELUKKELSESGRUNDEN VEDRØRENDE ULOVLIG SAMORDNING ANVENDES I HENHOLD TIL ARTIKEL 38, STK. 7), LITRA e), I DIREKTIV 2014/23/EU, ARTIKEL 57, STK. 4, LITRA d), I DIREKTIV 2014/24/EU OG ARTIKEL 80, STK. 1, I DIREKTIV 2014/25/EU	10
5.1. De gældende lovbestemmelser og deres gennemførelse indtil videre	10
5.2. Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning: omfanget af samordnet praksis og samspillet med udelukkelsesgrunden baseret på alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet	12
5.3. De ordregivende myndigheders kompetence til at anvende udelukkelsesgrunden: bred skønsmargen og grænser for deres skønsmargener	13
5.4. Begrebet »tilstrækkelig plausible indikationer«: faktiske omstændigheder, der kan betragtes som indikationer, hvad er »indikationer« i modsætning til »beviser«, og hvordan behandles ansøgere om straflempelse	14
5.5. Forbundne virksomheder, der deltager i den samme tildelingsprocedure: retten for aktører, der evt. mistænkes for ulovlig samordning, til at dokumentere deres uafhængighed ved afgivelse af tilbud	17

5.6. Fælles tilbudsgivning og underentreprise: en omhyggelig, men afbalanceret vurdering fra den ordregivende myndigheds side	18
5.7. Afhjælpende foranstaltninger, der træffes af de økonomiske aktører som omhandlet i direktivets artikel 57, stk. 6: aktørernes ret til at bevise deres pålidelighed og de ordregivende myndigheders behov for at foretage en forholdsmæssig vurdering af de fremførte argumenter	19
5.8. Betydningen af, at de ordregivende myndigheder informerer og/eller søger bistand fra konkurrencemyndigheden eller andre involverede centrale myndigheder	20
5.9. Fastsættelse af betingelserne for udelukkelse af en økonomisk aktør i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7 ...	21
BILAG	23
Midler og tips til effektivt at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud	23

1. INDLEDNING

1.1. Selve problemet

Offentlige udbud er en af de mest håndgribelige former for offentlige udgifter, da de har til formål at tilvejebringe bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som anvendes direkte af borgere (f.eks. en gade eller en lufthavn, de materialer, der anvendes på et hospital, og offentlige bustransporttjenester). Offentlige udbud tegner sig for en betydelig del af EU-medlemsstaternes BNP ⁽¹⁾, hvor de spiller en central rolle for den økonomiske vækst, den sociale udvikling og opfyldelsen af en stats centrale mål om at levere tjenester af høj kvalitet til borgerne. Borgerne har krav på, at de offentlige midler bruges på den mest effektive, gennemsigtige, ansvarlige og retfærdige måde, og de har ret til at anvende offentlige tjenester af høj kvalitet, så de i sidste ende kan have tillid til de offentlige institutioner.

Udtrykket ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud (også ofte kaldet »tilbudskoordinering«) henviser til ulovlige aftaler mellem økonomiske aktører, som har til formål at fordreje konkurrencen i forbindelse med udbudsprocedurer. Sådanne aftaler om ulovlig samordning mellem økonomiske aktører kan antage forskellige former, f. eks. fastsættelse af indholdet af deres tilbud på forhånd (navnlig prisen) for at påvirke udfaldet af proceduren, afholdelse fra at afgive tilbud, fordeling af markedet på grundlag af geografi, indgåelse af aftale med myndigheden eller genstanden for udbuddet eller indførelse af rotationsordninger for en række procedurer. Formålet med alle disse former for samordning at sætte en tilbudsgiver, der er udpeget på forhånd, i stand til at sikre sig en kontrakt, samtidig med at der skabes det indtryk, at der er tale om en konkurrencepræget procedure.

Ulovlig samordning underminerer i det væsentlige fordelene ved et retfærdigt, gennemsigtigt, konkurrencebaseret og investeringsorienteret marked for offentlige udbud ved at begrænse virksomhedernes adgang til dette marked og begrænse de offentlige indkøbers valgmuligheder. På det udbudsmarked, der er ramt af samordning, afskrækkes loydlige økonomiske aktører ofte fra at deltage i de pågældende udbudsprocedurer eller fra at investere i offentlige projekter. Dette har en særlig skadelig virkning på virksomheder, der søger eller har brug for at udvikle deres aktiviteter, navnlig små og mellemstore virksomheder. Det er lige så skadeligt for virksomheder, der kan og ønsker at udvikle innovative løsninger for at imødekomme den offentlige sektors behov. Samordning har længe været udpeget og behandlet som en væsentlig risikofaktor for effektiv udnyttelse af de offentlige midler. Det anslås at øge de omkostninger, som offentlige indkøbere betaler, sammenlignet med omkostningerne under normale markedsvilkår, med op til 60 % ⁽²⁾. Blot et enkelt tilfælde af samordning i en udbudsprocedure om en kontrakt på flere millioner vil koste de europæiske skatteydere millioner af euro i ekstra betalinger til skade for den effektive og ansvarlige udnyttelse af offentlige midler.

Ulovlig samordning er et tilbagevendende fænomen på markeder for offentlige udbud (herunder inden for vigtige økonomiske sektorer som f.eks. byggeri og anlæg, IT og sundhed). Tilfælde af ulovlig samordning opdages, efterforskes og retsforfølges regelmæssigt (administrativt og i mange tilfælde strafferetligt) i alle dele af verden, herunder i EU's medlemsstater ⁽³⁾. I nødsituationer, f.eks. under covid-19-pandemien, kan de offentlige myndigheders behov for på meget kort tid at indkøbe store mængder af forsyninger og tjenesteydelser til deres sundhedssystemer øge risikoen for hemmelige aftaler mellem visse økonomiske aktører, som i nogle tilfælde forsøger at udnytte nødsituationen og kunstigt begrænse konkurrencen for at maksimere deres gevinster på bekostning af de offentlige finanser. De skadelige virkninger af ulovlig samordning på de offentlige finanser kan vise sig at være endnu større i kølvandet på sådanne nødsituationer, hvor den økonomiske genopretning i vid udstrækning vil afhænge af den bedst mulige udnyttelse af de tilgængelige offentlige midler og af betydelige investeringer i kritiske økonomiske sektorer. Urimelige udgifter til unødige mængder bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser betyder færre offentlige midler til at løse statens centrale opgaver, større budgetunderskud og et meget akut behov for statslig låntagning, som bringer staternes finansielle stabilitet i fare og undergraver deres genopretning. Desuden underminerer virksomhedernes tilbageholdenhed med at deltage i offentlige projekter på markeder, der er berørt af ulovlig samordning, indsatsen for at tiltrække private investeringer i infrastruktur (f.eks. i forbindelse med koncessioner, der kræver private kapitalindskud).

Inden for EU-retten ⁽⁴⁾ er ulovlig samordning mellem økonomiske aktører omhandlet i artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), som udtrykkeligt forbyder vedtagelser eller samordnet praksis, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, og som kan påvirke

⁽¹⁾ Anslået til over 14 % af EU-medlemsstaternes samlede BNP.

⁽²⁾ Eksempelvis: <http://documents.banquemoniale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. I en verserende sag om påstået ulovlig samordning, der aktuelt undersøges i USA, og som involverer en række store medicinalfirmaer, er der nedlagt påstand om, at de virksomheder, der deltager i samordningen, kunstigt har fastsat priser for en række generiske lægemidler, som ligger hele 1000 % over deres normale markedspris.

⁽³⁾ Baseret på oplysninger modtaget af medlemsstaterne (se afsnit 2.2 i denne meddelelse).

⁽⁴⁾ Analyseret i afsnit 5.1 i denne meddelelse.

handelen mellem medlemsstater. Siden vedtagelsen af den seneste generation af EU's direktiver om offentlige udbud i 2014 har tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning udtrykkeligt været en mulig grund til at udelukke en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure ⁽⁵⁾.

1.2. Vanskelighederne ved at bekæmpe ulovlig samordning

Afsløring og behandling af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud skaber særlige udfordringer for de nationale myndigheder. Ulovlige aftaler mellem økonomiske aktører om samordning er pr. definition hemmelige, og i de fleste tilfælde indgås og gennemføres de på en meget omhyggelig og avanceret måde. Der er tegn på, at ulovlig samordning i mange (hvis ikke de fleste) tilfælde ikke opdages under tildelingsproceduren og i sidste ende først afsløres og retsforfølges (hvis overhovedet) af de kompetente myndigheder, længe efter at kontrakten er blevet gennemført. Langvarige hemmelige aftaler bliver endda i nogle tilfælde en del af selve aktiviteterne i visse økonomiske sektorer, hvor økonomiske aktører fristes eller er tilbøjelige til at deltage for at »sikre« deres adgang til og andel af markedet.

Markederne for offentlige udbud har særlige kendetegn, som gør dem mere sårbare over for ulovlig samordning end andre markeder. De ordregivende myndigheder følger sædvanligvis relativt stabile indkøbsmønstre med udbudsprocedurer, der ofte gentages, ensartede mængder og standardiserede vare- eller tjenesteydelsesspecifikationer uden større ændringer i forhold til tidligere procedurer. Denne forudsigelighed i efterspørgslen letter den ulovlige markedsdeling mellem aktørerne, da den sikrer et »rimeligt« afkast til hver aktør. Inden for en markedssektor kan der desuden være relativt få økonomiske aktører, der afgiver tilbud på offentlige kontrakter, ofte som følge af den ordregivende myndigheds fjerne beliggenhed eller det pågældende markeds beskedne størrelse. Knapheden på tilbudsgivere kan blive forstærket af de ordregivende myndigheders valg eller praksis, f.eks. hvis de vælger ikke at bruge åbne procedurer eller indfører strenge eller overspecificerede udbudskrav, som yderligere begrænser det antal tilbud, der indgives under en udbudsprocedure. Jo færre aktive aktører, der findes på et udbudsmarked, jo lettere er det at samordne praksis. Endelig kan de ordregivende myndigheder være underlagt en række krav om offentliggørelse af oplysninger om tildelingsprocedurerne, som er mere vidtgående end kravene i EU's direktiver om offentlige udbud (f.eks. offentliggørelse af oplysninger om, hvem der har afgivet et tilbud, og til hvilken pris). Dette kan gøre det lettere at udveksle oplysninger mellem samordnende aktører og at overvåge, at den ulovlige aftale overholdes af alle parter.

Selve problemet med at behandle sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning, forværres af de realiteter, som de ordregivende myndigheder ofte står over for, når de gennemfører udbudsprocedurer. Ordregivende myndigheder (navnlig små) mangler ofte tilstrækkeligt uddannet og erfarent personale til at opdage ulovlig samordning under en udbudsprocedure. De udbudsansvarlige ⁽⁶⁾ fokuserer sædvanligvis på at sikre, at proceduren opfylder de gældende grundlæggende proceduremæssige og retlige krav og gennemføres til tiden. Selv når udbudsansvarlige opdager mistænkelige tilbud, har de ofte ikke fuldt kendskab til de tilgængelige muligheder for at reagere eller de mekanismer, de kan bruge til at indhente ekspertbistand fra centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder. Udsigten til forsinkelser i tildelingsproceduren, som ofte medfører administrative, budgetmæssige eller endog politiske konsekvenser, kan desuden afskrække de udbudsansvarlige fra effektivt at håndtere sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning. Tvivl om en ordregivende myndigheds kapacitet eller endda vilje til målrettet at håndtere ulovlig samordning kan virke som en ekstra motivation for de økonomiske aktører til at indgå ulovlige aftaler.

⁽⁵⁾ Se artikel 57, stk. 4, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65) og artikel 38, stk. 7, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 1). Udelukkelsesgrunden omhandlet i direktiv 2014/24/EU kan også finde anvendelse på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243) i henhold til artikel 80, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.

⁽⁶⁾ I forbindelse med denne meddelelse forstås ved udtrykkene »udbudsansvarlige« eller »udbudspersonale« medarbejdere hos ordregivende myndigheder eller enheder, som i større eller mindre grad er involveret i udformningen, lanceringen og gennemførelsen af en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt. Denne definition berører ikke medlemsstaternes kompetence med hensyn til organisering af deres nationale forvaltning, beslutningsniveauerne, inddragelse af forskellige afdelinger i de samlede tildelingsprocedurer osv. I denne forstand tillægges kapaciteten til at afsløre og behandle sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning, og pligten til at sikre en pålidelig tildelingsprocedure enhver, der er involveret i proceduren, lige fra den medarbejder, der modtager og åbner tilbuddene, og op til den chef, der underskriver afgørelsen om tildeling af kontrakten.

Endelig er det endnu vanskeligere at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud, når det kombineres med korrupsion, som f.eks. når samordnende økonomiske aktører bestikker en person, som har indflydelse på tildelingsproceduren, for at sikre, at deres ulovlige adfærd ikke opdages. Selv om ulovlig samordning og korrupsion anses for særskilte problemer i forbindelse med offentlige udbud, for så vidt angår denne meddelelse, kan de forekomme samtidig og yderligere undergrave tildelingsprocedurens pålidelighed.

1.3. Den hidtidige indsats for at bekæmpe ulovlig samordning

Indtil vedtagelsen af direktiverne om offentlige udbud i 2014 blev samordnet praksis i forbindelse med offentlige udbud primært håndteret på EU-niveau ud fra et konkurrenceretligt perspektiv. Samordning blev anset som et typisk eksempel på en aftale mellem to eller flere uafhængige markedsaktører, som begrænser konkurrencen og er forbudt i henhold til artikel 101 i TEUF.

I årenes løb har både Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder (med beføjelse til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF) behandlet adskillige tilfælde af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud (⁽⁷⁾). De nationale konkurrencemyndigheder i de fleste EU-medlemsstater har udstedt specifikke retningslinjer for bekæmpelse af ulovlig samordning. Der er også blevet udarbejdet retningslinjer for synergier mellem udbuds- og konkurrencemyndigheder inden for rammerne af Det Internationale Konkurrencenetværk (⁽⁸⁾), som Kommissionen deltager i. Konkurrencemyndighederne har øget bevidstheden blandt de ordregivende myndigheder om, hvordan de kan træffe forebyggende foranstaltninger under planlægningen af offentlige udbudsprocedurer og uddanne de udbudsansvarlige i bekæmpelse af ulovlig samordning. I de senere år er metoder til at analysere data fra elektroniske indkøbssystemer blevet et yderligere værdifuldt redskab til at afsløre ulovlig samordning.

I november 2017 offentliggjorde OLAF håndbogen »Fraud in Public Procurement — A collection of Red Flags and Best Practices« (⁽⁹⁾), som blev udarbejdet på grundlag af medlemsstaternes ekspertinput i Det Rådgivende Koordineringsudvalg for Bekæmpelse af Svig (Cocofaf). Denne håndbog indeholder et afsnit om ulovlig samordning, hvor der er opstillet en omfattende og detaljeret liste over »røde flag« og tips til at opdage ulovlig samordning før udbudsfasen og under selve udbudsfasen.

Andre organer, navnlig OECD (⁽¹⁰⁾) og Verdensbanken (⁽¹¹⁾), har også beskæftiget sig med ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud.

2. VÆRTØJER PÅ EU-PLAN TIL BEKÆMPELSE AF ULOVLIG SAMORDNING

2.1. Den politiske vilje til at træffe foranstaltninger

Som tidligere nævnt har de europæiske og nationale konkurrencemyndigheder efterforsknings- og håndhævelsesbeføjelser til at straffe samordnet praksis og afskrække økonomiske aktører fra at indgå hemmelige aftaler i fremtiden. I de fleste tilfælde gennemføres håndhævelsen af konkurrencereglerne og sanktionerne, efter at skaden er sket, dvs. efter at kontrakten er blevet tildelt og i de fleste tilfælde gennemført. Selv om udpegelsen af samordnet praksis på dette senere tidspunkt har til formål at straffe ulovlig samordning og afskrække fra lignende praksis i fremtiden, tjener det ikke noget

(⁽⁷⁾) For sager undersøgt af Kommissionen, se f.eks. SPO-sagen (vedrørende byggefirmaer i Nederlandene) fra 1992 (sag IV/31.572 og 32.571), sagen om isolerede rør fra 1999 (sag IV/35.691/E-4), sagen om elevatorer og rulletrapper fra 2007 (sag (COMP/E-1/38.823), sagen om elkabler fra 2014 (sag AT.39610) samt sager nævnt i rapporten fra Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence om håndhævelse af konkurrencereglerne inden for lægemiddelsektoren, som blev vedtaget den 28.1.2019 (findes på https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_en.pdf).

(⁽⁸⁾) Navnlig kapitlet »Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies« i håndbogen om bekæmpelse af karteller udarbejdet af Det Internationale Konkurrencenetværk (ICN).

(⁽⁹⁾) Ulovlig samordning er også omhandlet i en undersøgelse iværksat af OLAF om »Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU«, som blev offentliggjort i juni 2013 (findes på https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

(⁽¹⁰⁾) Den 17.7.2012 vedtog OECD-Rådet »Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement« (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). I denne henstilling opfordres regeringerne til at stræbe efter offentlige udbudsprocedurer, som er udformet med det formål at fremme konkurrencen og mindske risikoen for tilbudskoordinering. Allerede i 2009 opstillede OECD's konkurrenceafdeling meget detaljerede retningslinjer og tjeklister for bekæmpelse af tilbudskoordinering i forbindelse med offentlige udbud. OECD's henstilling blev anvendt som udgangspunkt for vejledende tekster udstedt af nationale myndigheder vedrørende ulovlig samordning.

(⁽¹¹⁾) I 2013 udsendte Verdensbanken »Fraud and Corruption Awareness Handbook« henvendt til embedsmænd, der beskæftiger sig med offentlige udbud. Denne håndbog indeholder et særligt afsnit om ulovlig samordning. I 2011 udsendte Verdensbanken også særlige retningslinjer for bekæmpelse af ulovlig samordning i bygge- og anlægssektoren, som ifølge banken er den sektor, der sammen med lægemiddelsektoren er mest udsat for ulovlig samordning.

konkret formål for de udbudsprocedurer, der rent faktisk er berørt, og kan medføre, at kontrakten tildeles en aktør, som havde indgået en hemmelig aftale, til skade for den offentlige interesse. Europæiske og nationale konkurrencemyndigheder spiller en central rolle i bekæmpelsen af ulovlig samordning, men det er afgørende, at der tages fat om ulovlig samordning i den fase, hvor det er vigtigst, dvs. inden kontrakten tildeles. Dette kræver, at problemet også behandles ud fra et offentligt udbudsperspektiv, som betyder, at udbudsansvarlige tildeles beføjelser til effektivt at forebygge, afsløre og reagere på samordnet adfærd under selve proceduren. Dette omfatter anvendelse af de midler, der er omhandlet i direktiverne om offentlige udbud, navnlig muligheden for at udelukke en tilbudsgiver fra proceduren, hvis der er tilstrækkelig plausible indikationer på, at den pågældende har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrenceforvring ⁽¹²⁾.

I sin meddelelse fra 2017 med titlen »Udbud, der virker — i og for Europa« (COM(2017) 572) ⁽¹³⁾ udpegede Kommissionen seks strategiske prioriteter, hvor klare og konkrete tiltag kan omdanne offentlige udbud til et virkningsfuldt redskab i hver medlemsstats økonomipolitiske værktøjskasse og føre til betydeligt bedre udbudsresultater. Under den strategiske prioritet »Øget gennemsigtighed og integritet samt bedre data« meddelte Kommissionen, at den vil

»... udvikle værktøjer og igangsætte initiativer med henblik på at tackle problematikken og skabe opmærksomhed om vigtigheden af at minimere risikoen for ulovlig samordning på udbudsmarkeder. Dette vil omfatte tiltag med henblik på at forbedre ordregivende myndigheders viden om markeder, støtte til ordregivende myndigheder med hensyn til nøje planlægning og udformning af udbudsforløb og bedre samarbejde og udveksling af oplysninger mellem offentlige udbudsmyndigheder og konkurrencemyndigheder. Kommissionen vil også udarbejde retningslinjer for gennemførelsen af de nye EU-udbudsdirektiver om udelukkelsesgrunde på grund af ulovlig samordning«.

Ud over disse specifikke tiltag omfattede meddelelsen fra 2017 også den strategiske prioritet »Forbedret adgang til udbudsmarkeder«. I den sammenhæng

»... opfordrer Kommissionen tredjelande til at tiltræde WTO-aftalen om offentlige indkøb, og den bestræber sig løbende på at opnå enighed om ambitiøse kapitler om udbud i frihandelsaftalerne«.

Det anerkendes generelt, at man kan øge konkurrencen, undgå markedskoncentration eller oligopoler og dermed afskrække fra samordnet adfærd ved at åbne de internationale udbudsmarkeder og tillade nye økonomiske aktører at deltage i tildelingsprocedurer, navnlig i lande med et mindre marked for offentlige udbud og sektorer med begrænset forsyning.

Kommissionen bekræftede den 10. marts 2020 sit specifikke tilsagn om, at den vil udstikke retningslinjer for bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud, i sin meddelelse »Langsigtet handlingsplan for bedre gennemførelse og håndhævelse af reglerne for det indre marked« (COM(2020) 94 final) ⁽¹⁴⁾.

2.2. De vejledende principper for at opfylde dette tilsagn

For at opfylde sit politiske tilsagn om at bekæmpe problemet med ulovlig samordning arbejder Kommissionen på at udvikle værktøjer, der primært fokuserer på det personale, der gennemfører udbudsprocedurer i medlemsstaterne. Målet er at sikre, at de har de rigtige værktøjer, den uddannelse og den støtte, som vil sætte dem i stand til effektivt at håndtere ulovlig samordning i en tildelingsprocedure.

Kommissionens hensigt er ikke at dublere det arbejde, der indtil videre er udført, men at tage fat om de dele af de lovgivningsmæssige eller administrative rammer, hvor der fra markedets side er en klar og stigende efterspørgsel efter vejledning og konkrete tiltag.

Kommissionen henter sin inspiration i erfaringer og god praksis, der allerede findes i EU's medlemsstater. 21 medlemsstater har indgivet meget omfattende svar på ti spørgsmål, som Kommissionen stillede i februar 2019, og har dermed bidraget med praktiske input for at løse dette problem. Kommissionen vil tilstræbe løbende at inddrage de nationale udbuds- og konkurrenceeksperter i udviklingen af de annoncerede værktøjer for at sikre, at de skaber reel merværdi i kampen mod ulovlig samordning og fokuserer på de ordregivende myndigheders reelle behov.

⁽¹²⁾ Analyseret i afsnit 5.1 i denne meddelelse.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A52020DC0094>.

2.3. Formålet med denne meddelelse

I denne meddelelse beskrives de værktøjer, som Kommissionen fremlagde i ovennævnte meddelelse fra 2017, og som den forventer at udbrede for effektivt at bistå medlemsstaterne og deres ordregivende myndigheder i indsatsen for at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud. Disse værktøjer har til formål at:

- **støtte medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder i deres opbygning af kapacitet til at løse problemet**, navnlig ved at indarbejde metoder til at afskrække fra, afsløre og afhjælpe ulovlig samordning i Kommissionens igangværende initiativer vedrørende professionalisering på udbudsområdet. Metoderne sigter mod at forbedre markedskendskabet, tilpasse procedurerne, så de tilskynder så mange økonomiske aktører til at deltage som muligt og begrænser risikoen for ulovlig samordning, og skabe opmærksomhed (se afsnit 3)
- **fremme samarbejdet mellem nationale centrale udbuds-⁽¹⁵⁾ og konkurrencemyndigheder** for at sikre effektiv og vedvarende støtte til ordregivende myndigheder (se afsnit 4).

Denne meddelelse omfatter også den annoncerede præcise, brugervenlige og letlæselige **vejledning til de ordregivende myndigheder i anvendelsen af udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning**, som er omhandlet i direktiverne om offentlige udbud. Denne vejledning findes i afsnit 5 med et bilag, som beskriver et værktøjssæt til bedre at afskrække fra og afsløre ulovlig samordning og til at håndtere sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning.

3. STØTTE TIL MEDLEMSSTATER OG ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER

For at løse problemet med ulovlig samordning, inden tildelingsproceduren er afsluttet, kræver det, at medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder gør en fælles indsats for at opbygge den administrative kapacitet, der er nødvendig for at sikre, at tildelingsproceduren gennemføres korrekt. De foranstaltninger, som medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder kan overveje at træffe for at opbygge en sådan kapacitet, omfatter:

- **tilgængeliggørelse af ressourcer** (navnlig menneskelige ressourcer), som kan gennemføre tildelingsprocedurer og har kapacitet til at håndtere sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning
- **udnyttelse af tilgængelige administrative incitamenter til at belønne medarbejdere**, der gennemfører udbudsprocedurer og aktivt opdager, tager fat om og rapporterer mulige tilfælde af ulovlig samordning
- **organisering af uddannelses- og oplysningsarrangementer for udbudspersonale**. Uddannelse af personale vil først og fremmest tage sigte på at skabe opmærksomhed omkring den skadelige virkning af ulovlig samordning på tildelingsprocedurer, fremme en servicekultur i hele forvaltningen, som sikrer, at der tages effektivt fat om ulovlig samordning, og sikre, at udbudspersonalet får de praktiske færdigheder, der sætter dem i stand til at løse problemet i praksis. Kurser kan omfatte metoder til at forbedre markedskendskabet, udforme og gennemføre procedurer på en måde, der begrænser risikoen for ulovlig samordning, tilskynde aktører til at deltage i tildelingsprocedurer og udnytte alle tilgængelige værktøjer og metoder til at opdage ulovlig samordning under tildelingsproceduren. De udbudsansvarlige bør også uddannes i de grundlæggende konkurrenceretlige principper vedrørende karteller.

EU's medlemsstater er opmærksomme på betydningen af at professionalisere deres indkøbere i denne henseende. De fleste af dem har offentliggjort retningslinjer eller andre oplysninger om forebyggelse og afsløring af ulovlig samordning. Nogle medlemsstater har også udviklet (eller er ved at udvikle) praktiske værktøjer til screening af de foreliggende oplysninger, så de mere effektivt kan afsløre mistænkelige tilbud. De fleste medlemsstater organiserer oplysningskampagner og kurser i bekæmpelse af ulovlig samordning for ordregivende myndigheder og udbudsansvarlige.

For at henlede opmærksomheden på dette spørgsmål og støtte medlemsstaternes indsats arbejder Kommissionen på forskellige muligheder for at indarbejde bekæmpelsen af ulovlig samordning i dens igangværende initiativer vedrørende professionalisering på udbudsområdet (i overensstemmelse med Kommissionens henstilling om professionalisering fra 2017). Dette omfatter:

- medtagelse af faglige færdigheder til at forebygge og afsløre ulovlig samordning i ProcurCompEU (den europæiske kompetenceramme for udbudsansvarlige)⁽¹⁶⁾

⁽¹⁵⁾ I denne meddelelse forstås ved »centrale udbudsmyndigheder« den myndighed, afdeling eller institution, der på nationalt plan har beføjelse til at udforme, gennemføre, overvåge og/eller støtte håndhævelsen af lovgivningen om offentlige udbud på nationalt plan. Dette berører ikke medlemsstaternes kompetence med hensyn til tilrettelæggelsen af deres nationale forvaltning.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_da.

- deling af alle medlemsstaternes eksempler på god praksis og værktøjer, der er udviklet på nationalt plan, gennem Kommissionens ekspertgrupper eller tilgængelige digitale kommunikationskanaler
- fremme af inddragelsen af nationale konkurrencemyndigheder (navnlig medarbejdere, der har behandlet sager om ulovlig samordning i praksis) i oplysningsarrangementer og uddannelse af udbudsansvarlige med udgangspunkt i de nationale myndigheders umiddelbart tilgængelige ekspertise på området (se også afsnit 4)
- fremme af målrettede foranstaltninger til støtte for mindre ordregivende myndigheder i medlemsstaterne. Dette kan omfatte metoder, der sætter de nationale centrale udbudsmyndigheder i stand til at yde omfattende støtte til mindre ordregivende myndigheder, når de gennemfører tildelingsprocedurer, eller til at udvikle specifikke uddannelsesmoduler tilpasset deres specifikke behov
- udveksling af god praksis for tilskyndelse af udbudsansvarlige til aktivt at forfølge en mistanke om ulovlig samordning
- samarbejde med andre internationale organisationer (f.eks. OECD, WTO, Verdensbanken og EBRD) med henblik på at skabe en international pulje af viden om og erfaring med at bekæmpe ulovlig samordning, herunder viden om og erfaring med at åbne globale markeder og udforme og gennemføre procedurer på en konkurrencefremmende måde med deltagelse af så mange økonomiske aktører som muligt.

I overensstemmelse ovennævnte meddelelse fra 2017 lægges der særlig vægt på økonomiske sektorer, der anses for følsomme, fordi de enten er sårbare over for ulovlig samordning (f.eks. på grund af en koncentration af udbud eller efterspørgsel, f.eks. i begrænsede tildelingsprocedurer, der gennemføres på subcentralt eller lokalt plan) eller er vigtige på grund af deres økonomiske størrelse eller rolle i samfundet (f.eks. bygge- og anlægssektoren, sundhedssektoren og IT-sektoren).

4. FORBEDRING AF SAMARBEJDET MELLEM DE NATIONALE CENTRALE MYNDIGHEDER OG KONKURRENCEMYNDIGHEDERNE

Effektiv bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud kræver en samlet tilgang fra de ordregivende myndigheders side, hvor der gøres brug af viden og ekspertise inden for både udbud og konkurrence. Indførelsen af en samlet, stabil og effektiv ramme, som kan støtte de ordregivende myndigheder i denne opgave, kræver et fuldt udbygget samarbejde mellem de nationale centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder.

I nogle medlemsstater har disse myndigheder fastsat (eller er i gang med at gøre det) betingelserne for et tættere samarbejde om bekæmpelse af ulovlig samordning i en ad hoc-aftale. Sådanne aftaler fremmer i praksis udvekslingen af oplysninger, erfaringer og god praksis med henblik på at bekæmpe af konkurrencebegrænsende adfærd i forbindelse med offentlige udbud. I nogle medlemsstater, f.eks. Sverige og Tyskland, spiller konkurrencemyndigheden også en tilsynsrolle ved håndhævelsen af reglerne for offentlige udbud.

Uanset hvilken form et sådant samarbejde antager, opfordrer Kommissionen kraftigt de centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder i medlemsstaterne til at gå sammen om at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud. Dette vil sætte medlemsstaterne og deres centrale myndigheder i stand til at udforme og gennemføre mere effektive foranstaltninger til støtte for de ordregivende myndigheder, herunder:

- Indførelse af en sikker tjeneste (i form af et kontaktpunkt eller en hjælpetjeneste), der yder støtte til ordregivende myndigheder.
- Fremme af brugen af de værktøjer, der findes på EU-plan eller nationalt plan, som gør det muligt for enkeltpersoner eller virksomheder at træde frem og indberette ulovlig samordning, eller som tilskynder dem hertil, herunder whistleblower-ordninger eller straflempelsesprogrammer ⁽¹⁷⁾.
- Udarbejdelse af de trinvis praktiske ordninger, som de ordregivende myndigheder kan bruge til at indhente ekspertbistand fra centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder.
- Fremme af myndighedernes adgang til de oplysninger, de skal bruge for at udføre deres opgaver i forbindelse med håndteringen af sager, hvor der er mistanke om ulovlig samordning. Medlemsstaterne kunne inden for deres retlige rammer og under hensyntagen til EU's ⁽¹⁸⁾ og de nationale databeskyttelseskrav overveje at:
- give deres konkurrencemyndigheder adgang til elektroniske udbudsdata-baser (f.eks. tilgængelige nationale kontraktregistre) og tilbud i sager, der undersøges

⁽¹⁷⁾ Se et eksempel på et sådant værktøj, som Europa-Kommissionen har indført: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>.

⁽¹⁸⁾ Navnlig den generelle forordning om databeskyttelse (EU) 2016/679.

- tillade udveksling af tilgængelige oplysninger mellem udbuds- og konkurrencemyndigheder, således at disse myndigheder kan vurdere, om der tegner sig et mønster af ulovlig samordning mellem økonomiske aktører
- gøre det obligatorisk for ordregivende myndigheder at oplyse deres centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder om tilfælde, hvor de har udelukket en økonomisk aktør på grund af mistanke om ulovlig samordning (se også afsnit 5.8). Dette ville sætte de centrale myndigheder i stand til at spore og overvåge brugen af den udelukkelsesgrund, der er omhandlet i direktiverne, på nationalt plan og foretage den nødvendige opfølgning af sådanne sager (f.eks. når de undersøger sagerne i henhold til konkurrencereglerne eller overvejer at udelukke aktøren fra procedurerne i en periode).
- Oprettelse af en national database over sager, hvor økonomiske aktører blev udelukket på grund af ulovlig samordning, under behørig hensyntagen til national lovgivning samt EU's⁽¹⁹⁾ og de nationale databeskyttelseskrav. En sådan database vil give de ordregivende myndigheder lettilgængelige oplysninger om økonomiske aktører, der tidligere har været involveret i ulovlig samordning, og det vil gøre det lettere at vurdere integritet og pålidelighed. Det vil også hjælpe de centrale nationale myndigheder med at overvåge dels den måde, hvorpå forskellige ordregivende myndigheder håndterer lignende sager, og dels den måde, hvorpå beslutninger om at udelukke økonomiske aktører fra tildelingsprocedurer gennemføres i praksis.
- Indførelse af fakultative værktøjer for ordregivende myndigheder i de nationale rammer for offentlige udbud, som effektivt vil afskrække økonomiske aktører fra at indgå hemmelige aftaler. Dette kan omfatte:
- krav om, at hver tilbudsgiver skal indgive en særskilt erklæring om, at tilbuddet er afgivet uafhængigt, sammen med tilbuddet⁽²⁰⁾, og
- udtrykkelige bestemmelser i kontrakten, som giver den ordregivende myndighed ret til at hæve kontrakten eller kræve erstatning, hvis det konstateres, at entreprenøren har indgået en hemmelig aftale.
- Samarbejde om at analysere udbudsdata, så det bliver lettere at afsløre tegn på ulovlig samordning i forbindelse med udbudsprocedurer. Til det formål opfordres medlemsstaterne til på nationalt plan at indføre enkle og letanvendelige metoder til at indsamle og analysere store mængder data, som findes i elektroniske udbudsdata-baser (eventuelt ved hjælp af algoritmer, kunstig intelligens eller maskinlæring).
- Samorganisering af kurser i offentlige udbud og konkurrence for udbuds- og konkurrencepersonale, således at de to faggrupper får kendskab til hinandens arbejdsrammer og praksis.
- Indførelse af et system til i fællesskab regelmæssigt at gennemgå udvalgte tildelingsprocedurer med henblik på at udpege tilfælde af ulovlig samordning og overvåge udbud i følsomme sektorer.
- Gennemførelse af oplysningskampagner målrettet mod virksomheder, der deltager i offentlige udbud, hvor opmærksomheden henledes på de gældende lovkrav for deltagelse i offentlige udbudsprocedurer, de mulige konsekvenser af samordnet adfærd samt fordelene ved fair konkurrence på markedet for offentlige udbud for både offentlige indkøbere og virksomheder.

Kommissionen vil overveje, hvordan medlemsstaternes indsats for at skabe de nødvendige synergier på nationalt plan mellem centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder kan støttes (navnlig effektive og praktiske mekanismer for permanent samarbejde og udveksling af oplysninger og bistand), som f.eks.:

- Udnyttelse af drøftelser i Kommissionens ekspertgrupper til at fremhæve god praksis vedrørende nationale støttemekanismer over for udbudsansvarlige og vedrørende nationale samarbejdsmetoder mellem centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder. Dette vil ideelt set omfatte præsentationer fra medlemsstater, der har indført sådanne ordninger. Det Internationale Konkurrencenetværks vejledning (se afsnit 1.3) kan være en inspirationskilde for dette arbejde.

⁽¹⁹⁾ Se fodnote 18.

⁽²⁰⁾ Økonomiske aktører skal allerede erklære, om de har indgået hemmelige aftaler, når de indgiver det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD). Kommissionen vil eventuelt overveje, om denne bestemmelse i fremtiden skal suppleres af en erklæring om, at tilbudsgiveren har udarbejdet sit tilbud uafhængigt. OECD har udarbejdet et eksempel på denne type erklæring: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>.

- Tilrettelæggelse af et første fælles møde eller en workshop med deltagelse af fagfolk inden for offentlige udbud og konkurrenceeksperter. Kommissionen kan også overveje muligheden for at oprette, hvis det anses for nyttigt, et forum på EU-plan, som skal have til formål at tilskynde til grænseoverskridende samarbejde og udveksling af oplysninger, erfaringer og viden på dette område. Et sådant forum kan bruges til at drøfte og udveksle erfaringer med spørgsmål som f.eks. fælles praksis på EU-plan for dataindsamling og analyse af indikationer på ulovlig samordning på tværs af EU, gennemførelsen af »self-cleaning« (afhjælpende foranstaltninger), som er fastsat i EU-retten (se afsnit 5.7), og hvordan direktiv 2014/104/EU ⁽²¹⁾ fungerer i forbindelse med erstatning som følge af samordnet praksis.

Kommissionen vil endvidere overveje, hvordan samarbejdet og informationsudvekslingen kan fremmes på EU-plan mellem nationale centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder, i overensstemmelse med EU's ⁽²²⁾ og den nationale databeskyttelseslovgivning, med henblik på at muliggøre informationsdeling på tværs af EU om økonomiske aktører, som er blevet udelukket fra tildelingsprocedurer på grund af ulovlig samordning. Der kan hentes inspiration i eksisterende systemer, f. eks. informationssystemet for det indre marked ⁽²³⁾, Det Europæiske Konkurrencenetværks centrale informationssystem (Det Europæiske Konkurrencenetværkssystem) eller den mekanisme til udveksling af oplysninger, der er udviklet under Kommissionens frivillige ex ante-mekanisme for store infrastrukturprojekter ⁽²⁴⁾.

5. VEJLEDNING TIL ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER OM, HVORDAN UDELUKKELSESGRUNDEN VEDRØRENDE ULOVLIG SAMORDNING ANVENDES I HENHOLD TIL ARTIKEL 38, STK. 7), LITRA e), I DIREKTIV 2014/23/EU, ARTIKEL 57, STK. 4, LITRA d), I DIREKTIV 2014/24/EU OG ARTIKEL 80, STK. 1, I DIREKTIV 2014/25/EU

I dette afsnit beskrives Kommissionens ikkejuridisk bindende holdning til, hvordan udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning fastsat i artikel 38, stk. 7), litra e), i direktiv 2014/23/EU, artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU og artikel 80, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU finder anvendelse. Fokus rettes mod specifikke problemer, der er opstået for medlemsstaterne under gennemførelsen af direktiverne og de udbudsansvarlige under vurderingen af tilbud i tildelingsprocedurer. Disse synspunkter berører ikke medlemsstaternes kompetence ved gennemførelsen og anvendelsen af direktiverne, og de giver ikke anledning til nye regler eller forpligtelser. Det er kun EU-Domstolen, der har kompetence til at fortolke EU-lovgivningen omhandlet i denne meddelelse autoritativt.

Af hensyn til fuldstændigheden og anvendeligheden af denne vejledning indeholder bilaget til denne meddelelse også enkel og kortfattet rådgivning, som primært er henvendt til udbudsansvarlige, der forbereder og gennemfører tildelingsprocedurer for ordregivende myndigheder. Der udpeges en række midler og såkaldte »røde flag«, som det efter Kommissionens opfattelse vil være lettest for de udbudsansvarlige at anvende under hele tildelingsproceduren med henblik på at afskrække fra, afsløre og afhjælpe ulovlig samordning. Denne rådgivning afspejler det værdifulde arbejde, der i de senere år er udført af organisationer og tjenester som f.eks. OECD, OLAF og nationale konkurrencemyndigheder, som har udmøntet sig i omfattende og umiddelbart tilgængelig vejledning og god praksis for bekæmpelse af ulovlig samordning til de udbudsansvarlige.

5.1. De gældende lovbestemmelser og deres gennemførelse indtil videre

Samordning mellem økonomiske aktører er i EU-retten i henhold til artikel 101 i TEUF ⁽²⁵⁾, som lyder:

»1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt ...«.

Når ulovlig samordning ikke (potentielt) påvirker handelen mellem medlemsstater, kan den retsforfølges i henhold til nationale konkurrenceregler.

⁽²¹⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret.

⁽²²⁾ Se fodnote 18.

⁽²³⁾ Se betragtning 128 til direktiv 2014/24/EU.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>.

⁽²⁵⁾ Den 8.4.2020 vedtog Kommissionen meddelelsen »Midlertidige rammebestemmelser for konkurrencevurderingen i forbindelse med virksomhedssamarbejde som reaktion på nødsituationer under det nuværende covid-19-udbrud« (C(2020) 3200 final). Den vedrører håndteringen fra et konkurrenceretligt synspunkt af de former for samarbejde, som virksomhederne kan indgå i for at sikre forsyningen og en passende fordeling af væsentlige produkter og ydelser, som der er mangel på som følge af covid-19-udbruddet.

Inden 2014-generationen af direktiver om offentlige udbud trådte i kraft, kunne tilbudsgivere, der indgik aftaler om samordning, udelukkes fra udbudsprocedurer på grundlag af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18/EF, såfremt de ved en retskraftig dom var dømt for en strafbar handling, der rejste tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed (artikel 45, stk. 2, litra c)), eller de havde begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt havde konstateret (artikel 45, stk. 2, litra d))⁽²⁶⁾. Ved anvendelsen af sidstnævnte fakultative udelukkelsesgrund kunne de ordregivende myndigheder medtage overtrædelse af konkurrencereglerne, f.eks. ulovlig samordning, som begrundelse for en sådan udelukkelse, såfremt betingelserne i nævnte artikel var opfyldt⁽²⁷⁾.

I direktiverne om offentlige udbud fra 2014 er udelukkelsesgrundene ændret, idet der er indført nye obligatoriske og fakultative udelukkelsesgrunde, mulighed for, at økonomiske aktører kan påberåbe sig afhjælpende foranstaltninger, og en maksimal varighed af udelukkelsen. For første gang udpeges ulovlig samordning som en fakultativ grund til at udelukke økonomiske aktører fra tildelingsprocedurer. I artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU (herefter »direktivet«) bestemmes det nærmere, at de ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

»d) hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning«.

Denne fakultative udelukkelsesgrund afspejles også i artikel 38, stk. 7, litra e), i direktiv 2014/23/EU om koncessioner og kan finde anvendelse på udbud omfattet af direktiv 2014/25/EU om forsyningsvirksomhed i medfør af dets artikel 80, stk. 1⁽²⁸⁾.

I direktivets artikel 57, stk. 6, fastsættes den økonomiske aktørs ret til at anvende, hvad der generelt betegnes som afhjælpende foranstaltninger (»self-cleaning«) (nærmere omhandlet i afsnit 5.7):

»En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning«.

Endelig lyder direktivets artikel 57, stk. 7:

»Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.«

⁽²⁶⁾ Disse udelukkelsesgrunde fandt også anvendelse i henhold til direktiv 2004/17/EF, jf. direktivets artikel 54, stk. 4.

⁽²⁷⁾ Se Domstolens kendelse af 4.6.2019 i sag C-425/18, CNS, præmis 18 og 33.

⁽²⁸⁾ Henvisninger i denne meddelelses afsnit 5 til direktiv 2014/24/EU alene eller dets bestemmelser dækker således de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2014/23/EU og 2014/25/EU.

Medlemsstaterne har indberettet flere tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder har konsulteret den nationale konkurrencemyndighed om, hvordan de skulle håndtere mistænkelige tilbud. I nogle medlemsstater har de ordregivende myndigheder faktisk besluttet at udelukke økonomiske aktører på grund af mistanke om ulovlig samordning. Oplysningerne om sådanne udelukkelse er imidlertid ikke entydige, da de ordregivende myndigheder i de fleste medlemsstater ikke har pligt til at indberette sådanne beslutninger til de nationale centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder.

I en række medlemsstater er sager vedrørende gennemførelsen af udelukkelsesgrunden også blevet behandlet af de nationale domstole.

Direktiverne omhandler ikke specifikt virkningen af et eventuelt medhold ved indbringelsen af en ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke en økonomisk aktør for retten eller af en modstridende afgørelse i sagen fra den nationale konkurrencemyndigheds side, efter at tildelingsafgørelsen er truffet. Det tilkommer medlemsstaterne at bestemme en sådan virkning.

5.2. Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning: omfanget af samordnet praksis og samspillet med udelukkelsesgrunden baseret på alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet

Muligheden for at udelukke en økonomisk aktør på grund af mistanke om ulovlig samordning fortolkes ikke i direktivet som en sanktion for dennes adfærd før eller under tildelingsproceduren. Den tjener i stedet som et middel til at sikre, at principperne om ligebehandling og konkurrence overholdes under tildelingsproceduren, og sikre den kommende entreprenørs integritet, pålidelighed og egnethed til at gennemføre kontrakten ⁽²⁹⁾.

Med hensyn til den type adfærd, der er omfattet af udelukkelsesgrunden, har forskelle mellem ordlyden af direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), og ordlyden af artikel 101 i TEUF givet anledning til tvivl om, hvilke former for ulovlig praksis der skal tages i betragtning af den ordregivende myndighed ved anvendelsen af denne udelukkelsesgrund.

I direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), henvises der således alene til »en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning«, mens artikel 101 i TEUF omfatter alle aftaler, »der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«. Når direktivet fortolkes i overensstemmelse med traktaten, bør medlemsstaterne, når de gennemfører direktivet i national ret, kunne fastsætte, at ikke kun aftaler, men også samordnet praksis i forbindelse med offentlige udbud, som har til formål at fordreje konkurrencen, kan udløse anvendelsen af denne udelukkelsesgrund. Alternativt kan medlemsstaterne anse disse andre former for overtrædelser af konkurrencereglerne for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, som begrundet en eventuel udelukkelse af en økonomisk aktør i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, litra c) ⁽³⁰⁾.

Der kan også opstå visse spørgsmål med hensyn til forskellen mellem udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning fastsat i direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), og udelukkelsesgrunden vedrørende alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet fastsat i direktivets artikel 57, stk. 4, litra c). Indtil 2014-direktiverne trådte i kraft, udgjorde sidstnævnte bestemmelse grundlaget for at udelukke en økonomisk aktør fra tildelingsproceduren ved overtrædelse af konkurrencereglerne ⁽³¹⁾. Begge udelukkelsesgrunde kan stadig tjene det samme formål (en mulighed, der bekræftes ved betragtning 101 til direktivet, hvor overtrædelse af konkurrencereglerne udtrykkeligt betegnes som en form for alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet), og begge er fakultative for de ordregivende myndigheder og har nøjagtig samme virkning, dvs. udelukkelse af en tilbudsgiver fra proceduren. Udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning i artikel 57, stk. 4, litra d), blev tilføjet som et mere specifikt redskab, der udvidede de ordregivende myndigheders muligheder for at håndtere ulovlig samordning. Den vigtigste forskel mellem de to bestemmelser er øjensynligt den grad af vished, der kræves, for at den ordregivende myndighed kan udelukke en tilbudsgiver fra proceduren. For at anvende artikel 57, stk. 4, litra c), skal den ordregivende myndighed »med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser«. I henhold til artikel 57, stk. 4, litra d), kan den ordregivende myndighed derimod udelukke en tilbudsgiver, hvis den har »tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning«. Det er op til den ordregivende myndighed fra sag til sag at afgøre, hvilken af de to grunde den anser for at finde anvendelse, idet det anerkendes, at direktivet ikke på nogen måde er til hinder for, at en ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgiver på grund af mere end én udelukkelsesgrund.

⁽²⁹⁾ Se betragtning 101 til direktivet.

⁽³⁰⁾ Som bekræftet i betragtning 101 i direktivet.

⁽³¹⁾ Se Domstolens CNS-kendelse nævnt ovenfor, præmis 18 og 33.

5.3. De ordregivende myndigheders kompetence til at anvende udelukkelsesgrunden: bred skønsmargen og grænser for deres skønsmargener

Ved direktivets artikel 57, stk. 4), gives de ordregivende myndigheder vide skønsmargener med hensyn til, om en tilbudsgiver skal udelukkes fra proceduren, hvis der er tale om tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning.

I artikel 57, stk. 4, litra d), angives eller antydes det ikke nærmere, hvad der præcist kan betragtes som en indikation, eller hvordan en sådan indikation kan anses for tilstrækkelig plausibel til at udelukke tilbudsgiveren. EU-lovgivers hensigt synes at have været at give de ordregivende myndigheder mulighed for fra sag til sag at vurdere, om betingelserne for udelukkelse af en tilbudsgiver af denne grund er opfyldt, uden at være unødigt præskriptiv ⁽³²⁾. Den fakultative karakter af denne udelukkelsesgrund betyder, at de ordregivende myndigheder kan lade en tilbudsgiver deltage i en tildelingsprocedure, selv om de har tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning (medmindre de ordregivende myndigheder skal udelukke tilbudsgiveren i henhold til national ret — se nedenfor).

Domstolen har gentagne gange bekræftet, at det i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, er op til den ordregivende myndighed (og ikke en anden national instans eller et andet nationalt organ) uafhængigt at vurdere, om en økonomisk aktør skal udelukkes fra en bestemt tildelingsprocedure ⁽³³⁾. Domstolen har meget direkte fastslået følgende: »Den mulighed, som enhver ordregivende myndighed har for at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, er navnlig bestemt til at gøre det muligt for denne at vurdere hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed«, navnlig med henblik på at sikre »førstnævntes pålidelighed, som ligger til grund for den tillid, som sidstnævnte viser denne« ⁽³⁴⁾.

De ordregivende myndigheder har vide skønsmargener med hensyn til at udelukke en tilbudsgiver ved mistanke om ulovlig samordning. Der er dog visse begrænsninger, som er fastsat i direktivet.

For det første kan medlemsstaterne, når de gennemfører direktivet i national ret, forpligte de ordregivende myndigheder til at anvende de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i direktivets artikel 57, stk. 4, og til, artikel 57, stk. 4, litra d), for at udelukke en tilbudsgiver fra tildelingsproceduren, hvis de har tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning ⁽³⁵⁾.

I henhold til direktivets artikel 57, stk. 7, har medlemsstaterne desuden ret til at præcisere gennemførelsesbetingelserne for denne artikel i overensstemmelse med EU-retten, særligt med henblik på at sikre, at de ordregivende myndigheder benytter en ensartet til spørgsmålet på nationalt plan. I betragtning 102 til direktivet anerkendes det, at medlemsstaterne kan fastsætte sådanne betingelser, når de specifikt vurderer de afhjælpende foranstaltninger, som en tilbudsgiver har foreslået. Sådanne betingelser bør imidlertid ikke ændre, udvide eller begrænse omfanget af eller begrundelsen for de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artiklens stk. 4, begrænse de ordregivende myndigheders skønsmargener eller berøre eller foregribe deres afgørelser. Hensigten med sådanne betingelser er på nationalt plan at fastsætte betingelserne for de ordregivende myndigheders udøvelse af deres beføjelser i henhold til direktivet ⁽³⁶⁾.

For det andet kan en tilbudsgiver i henhold til direktivets artikel 57, stk. 6, vise sin pålidelighed ved at forelægge den ordregivende myndighed dokumentation, jf. nævnte stykke, for, at vedkommende har iværksat tilstrækkelige afhjælpende foranstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle overtrædelser (eller afhjælpende foranstaltninger). Betragtning 102 til direktivet lyder:

»Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag«.

Den ordregivende myndighed skal vurdere sådan dokumentation under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelserne og fremlægge en begrundelse, hvis den beslutter, at dokumentationen er utilstrækkelig til at lade tilbudsgiveren deltage i proceduren.

⁽³²⁾ Se Domstolens dom af 24.10.2018 i sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, præmis 23, dom af 19.6.2019 i sag C-41/18, Meca srl, præmis 28 og 31, og dom af 3.10.2019 i sag C-267/18, Delta Antrepriza, præmis 25-29.

⁽³³⁾ Se Vossloh Laeis-dommen, præmis 23, Meca-dommen, præmis 28, 31 og navnlig 34, Delta Antrepriza-dommen, præmis 25 og 27, CNS-kendelsen, præmis 34 og 35, samt Domstolens dom af 20.11.2019 i sag C-552/18, Indaco, præmis 24.

⁽³⁴⁾ Se Delta Antrepriza-dommen, præmis 26.

⁽³⁵⁾ De svar, som Kommissionen modtog på spørgeskemaet fra februar 2019, viser, at de fleste medlemsstater har valgt at lade denne udelukkelsesgrund være fakultativ for de ordregivende myndigheder i gennemførelsen af 2014-direktiverne.

⁽³⁶⁾ Se Meca-dommen, præmis 33, og Delta Antrepriza-dommen, præmis 25 og 27. Domstolen kræver, at sådanne betingelser skal »respektere de grundlæggende træk« samt »formålene med og principperne« for udelukkelsesgrundene. Se også Indaco-kendelsen, præmis 23 og 25, samt Domstolens dom af 30.1.2020 i sag C-395/18, Tim, præmis 36.

For det tredje finder proportionalitetsprincippet, som omfatter alle faser af tildelingsproceduren, også anvendelse i fasen for vurdering af mulig ulovlig samordning. Dette bekræftes af betragtning 101 til direktivet, som lyder:

»Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet.«

Den ordregivende myndighed skal også udvise proportionalitet ved vurderingen af de afhjælpende foranstaltninger, som den pågældende tilbudsgiver har foreslået. Direktivets artikel 57, stk. 6, har følgende ordlyd:

»De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen.«

I forbindelse med anvendelsen af denne udelukkelsesgrund kræver proportionalitetsprincippet generelt, at den ordregivende myndighed foretager en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske aktør⁽³⁷⁾, uafhængigt af tidligere afgørelser truffet af andre myndigheder (se afsnit 5.4) og med respekt for den økonomiske aktørs ret til at forelægge afhjælpende foranstaltninger (se afsnit 5.7).

For det fjerde begrænses den ordregivende myndigheds skønsmåling med hensyn til udelukkelse af en aktør fra tildelingsproceduren også af behovet for, at afgørelsen er veldokumenteret og behørigt begrundet. Hvis der er forelagt afhjælpende foranstaltninger, bestemmes følgende i direktivets artikel 57, stk. 6:

»Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.«

En behørigt begrundet afgørelse vil i væsentlig grad mindske risikoen for, at den pågældende økonomiske aktør får medhold i en retssag.

Generelt skal de ordregivende myndigheder på ethvert trin i tildelingsproceduren være bevidste om, at udelukkelse af en økonomisk aktør fra proceduren i realiteten medfører en begrænsning af konkurrencen og den offentlige indkøbers valgmuligheder. Det er en foranstaltning, der skal anvendes med forsigtighed (især i sektorer, hvor der er et begrænset antal aktive økonomiske aktører), og kun hvis den fremtidige entreprenørs integritet og pålidelighed ikke kan sikres ved andre og mindre drastiske foranstaltninger.

5.4. Begrebet »tilstrækkelig plausible indikationer«: faktiske omstændigheder, der kan betragtes som indikationer, hvad er »indikationer« i modsætning til »beviser«, og hvordan behandles ansøgere om straflempelse

Som nævnt i afsnit 5.3 angives det ikke i direktiverne, hvad der kan betegnes som »tilstrækkelig plausible indikationer«, som sætter en ordregivende myndighed i stand til at udelukke økonomisk aktør fra tildelingsproceduren på grundlag af udelukkelsesgrunden vedrørende ulovlig samordning.

Når muligheden for at udelukke en tilbudsgiver fra en igangværende tildelingsprocedure som følge af en mistanke om ulovlig samordning, kan det derfor generelt antages, at en ordregivende myndighed i henhold til direktivet har ret til at vurdere alle de faktiske omstændigheder, som den har kendskab til, og som kan rejse tvivl om den pågældende tilbudsgivers pålidelighed som en potentiel fremtidig entreprenør. Som en potentiel plausible indikation kan den ordregivende myndighed f.eks. lægge til grund, at tilbudsgiveren allerede har indgået en underentreprisekontrakt med en anden tilbudsgiver i samme procedure eller allerede har bestilt det materiale, der skal bruges til at gennemføre den pågældende specifikke kontrakt, længe inden evalueringen af tilbud er afsluttet. Andre aspekter, som de ordregivende myndigheder skal vurdere (via tilgængelige analysemetoder eller baseret på lister over såkaldte »røde flag«), omfatter:

- den generelle markedsadfærd for de tilbudsgivere, der deltager i proceduren (f.eks. tilbudsgivere, der aldrig afgiver tilbud i den samme tildelingsprocedure, tilbudsgivere, som kun afgiver tilbud i bestemte regioner, eller tilbudsgivere, som øjensynligt skiftes til at deltage i tildelingsprocedurer)
- tilbuddenes ordlyd (f.eks. de samme trykfejl eller udtryk i forskellige tilbud eller bemærkninger, der fejlagtigt er efterladt i teksten, og som indikerer ulovlig samordning mellem tilbudsgiverne)
- de priser, der tilbydes i tildelingsproceduren (f.eks. tilbudsgivere, der tilbyder en højere pris end under tidligere lignende procedurer, eller som tilbyder uforholdsmæssigt høje eller lave priser)
- administrative detaljer (f.eks. tilbud afgivet af den samme virksomhedsrepræsentant)⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Se CNS-kendelsen, præmis 34.

⁽³⁸⁾ Bilaget til denne vejledning indeholder en oversigt over almindeligt anvendte »røde flag«.

De ordregivende myndigheder skal på en forsigtig og forholdsmæssigt afpasset måde vurdere, om de indikationer på ulovlig samordning, der er konstateret i en igangværende tildelingsprocedure, er tilstrækkelig plausible til at udelukke en tilbudsgiver, ved at fokusere på de faktiske omstændigheder og undgå formodninger. Det vil f.eks. være vanskeligt at begrunde udelukkelsen af to tilbudsgivere fra tildelingsprocedure alene med den begrundelse, at de har indgivet deres tilbud elektronisk med nogle få minutters mellemrum.

Med hensyn til visse mere specifikke spørgsmål om, hvad der i henhold til direktivet kan betragtes som en tilstrækkelig plausibel indikation, bemærkes følgende:

For det første kan direktiverne i lyset af analysen i afsnit 5.3 anses for at give medlemsstaterne mulighed for at fastsætte nationale regler eller retningslinjer, der angiver, hvad en ordregivende myndighed kan anse for »tilstrækkelig plausible indikationer« i forbindelse med anvendelsen af udelukkelsesgrunden. Som nævnt bør de nationale regler være i overensstemmelse med direktivets ordlyd og ånd, som kun kræver »indikationer« på deltagelse i ulovlige aftaler, som fordrejer konkurrencen i en tildelingsprocedure, og ikke formelt bevis som f.eks. en domstolsafgørelse, der bekræfter en sådan deltagelse. Hvis EU-lovgiveren krævede fremlæggelse af bevis for at udløse denne udelukkelsesgrund, ville dette have været afspejlet i teksten, som det er tilfældet med direktivets artikel 26, stk. 4, litra b), og artikel 35, stk. 5. Domstolen har også bekræftet, at en overtrædelse af EU's regler om offentlige udbud, f.eks. konkurrencebegrænsende adfærd, »... kan føres ikke blot ved direkte beviser, men ligeledes ved indicier, forudsat at de er objektive og samstemmende, og at de indbyrdes tilknyttede tilbudsgivere gives mulighed for at fremlægge modbeviser«⁽³⁹⁾.

I praksis betyder dette, at de ordregivende myndigheder ikke skal have bevis for ulovlig samordning i en igangværende tildelingsprocedure, da dette ville være i strid med direktivets ordlyd. National lovgivning, der kræver en afgørelse fra en konkurrencemyndighed eller en domstolsafgørelse, som bekræfter, at den pågældende aktør deltog i ulovlig samordning i den igangværende tildelingsprocedure, inden den ordregivende myndighed kan afvise tilbuddet på grundlag af artikel 57, stk. 4, litra d), rejser derfor tvivl med hensyn til dens forenelighed med direktivet, eftersom en sådan afgørelse faktisk udgør bevis for ulovlig samordning⁽⁴⁰⁾. Dette ville i urimelig grad begrænse de ordregivende myndigheders beføjelse efter direktivet til at udelukke en tilbudsgiver på grundlag af tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning i stedet for på grundlag af beviser. Forhold, der kan anses for en indikation på ulovlig samordning, er f.eks. oplysninger, som den ordregivende myndighed har fået kendskab til gennem en undersøgelse iværksat af konkurrencemyndigheden, eller strafferetlige anklager mod aktørens ledelse for mistanke om ulovlig samordning i forbindelse med den igangværende tildelingsprocedure eller andre tildelingsprocedurer.

For det andet har den ordregivende myndighed, når den vurderer en tilbudsgivers integritet eller pålidelighed som omhandlet i direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), ret til at tage hensyn til ethvert forhold, som er tegn på konkurrencebegrænsende adfærd fra den pågældende tilbudsgivers side, uanset om det drejer sig om den igangværende tildelingsprocedure eller en anden tidligere eller aktuel procedure. I direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), angives det ikke, om de forhold, der giver anledning til tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning, skal vedrøre den igangværende tildelingsprocedure, eller om de kan vedrøre andre (tidligere eller igangværende) procedurer i en anden økonomisk sektor eller udbudsprocedurer, der er gennemført for den private sektor. Tværtimod bekræftes det udtrykkeligt i direktivets artikel 57, stk. 5, andet afsnit, at den ordregivende myndighed kan tage hensyn til »handlingerne begået eller undladt enten før eller under proceduren«. En anden ordregivende myndigheds tidligere beslutning om at udelukke den økonomiske aktør fra en tildelingsprocedure, en konkurrencemyndigheds afgørelse eller en national domstols dom, hvorved den økonomiske aktør eller et medlem af dennes ledelse eller personale blev fundet skyldig i ulovlig samordning i forbindelse med tidligere tildelingsprocedurer, kan derfor tages i betragtning af en ordregivende myndighed, når denne vurderer en tilbudsgivers pålidelighed i forbindelse med den igangværende procedure⁽⁴¹⁾. Den økonomiske aktørs deltagelse i et tidligere tilfælde af

⁽³⁹⁾ Se Domstolens dom af 17.5.2018 i sag C-531/16, Ecoservice projektai, præmis 37.

⁽⁴⁰⁾ I sin nylige dom af 11.6.2020 i sag C-472/19, Vert Marine, har Domstolen også understreget, at medlemsstaternes gennemførelsesbetingelser skal være forenelige med tidsfristerne i en tildelingsprocedure, så direktivets bestemmelser ikke berøves deres indhold (se dommens præmis 36 og 38).

⁽⁴¹⁾ Selv om de ordregivende myndigheder ikke er bundet af afgørelser, der er truffet i et andet land, kan de også tage hensyn til tilfælde, hvor den økonomiske aktør var involveret i ulovlig samordning et andet land.

ulovlig samordning er imidlertid ikke i sig selv en grund til at udelukke vedkommende fra en igangværende tildelingsprocedure, eftersom andre myndigheders afgørelser i tidligere sager ikke foregriber den vurdering, der foretages af den ordregivende myndighed, som gennemfører tildelingsproceduren, ifølge Domstolens praksis ⁽⁴²⁾. Det samme gælder, hvis en tilbudsgiver i et tidligere tilfælde blev mistænkt for ulovlig samordning, men hvor mistanken i sidste ende blev afvist, eller tilbudsgiveren alligevel ikke blev udelukket fra tildelingsproceduren. Den ordregivende myndighed er ikke bundet af en sådan tidligere afgørelse ved gennemførelsen af sin tildelingsprocedure ⁽⁴³⁾ og bevarer retten til at overveje at udelukke en tilbudsgiver fra tildelingsproceduren, hvis denne tilbudsgivers tidligere adfærd vækker troværdig og berettiget tvivl hos den ordregivende myndighed om tilbudsgiverens integritet og pålidelighed i forbindelse med den igangværende tildelingsprocedure.

Som nævnt i afsnit 5.3 skal den ordregivende myndighed begrunde, hvordan den er nået frem til sin endelige beslutning om at udelukke den pågældende aktør fra tildelingsproceduren, og navnlig hvordan specifikke forhold blev anset for at være tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning, som sår tvivl på tilbudsgiverens pålidelighed i forbindelse med den igangværende tildelingsprocedure. For at sætte den ordregivende myndighed i stand til at foretage en informeret vurdering skal en økonomisk aktør efter anmodning oplyse den ordregivende myndighed om eventuelle tidligere afgørelser truffet af en konkurrencemyndighed eller domstolsafgørelser, hvor aktøren er fundet skyldig i ulovlig samordning. Aktøren anmodes om at oplyse dette i spørgeskemaet i det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) eller lignende nationale formularer, som aktøren typisk skal indsende sammen med sit tilbud ⁽⁴⁴⁾. Hvis en økonomisk aktør tilbageholder de oplysninger, der kræves for at bekræfte, at der ikke foreligger udelukkelsesgrunde, fra den ordregivende myndighed, har myndigheden i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, litra h), ret til at udelukke den pågældende aktør fra tildelingsproceduren.

For det tredje er der eksempler på økonomiske aktører, som har indrømmet, at de tidligere har deltaget i ulovlig samordning, og som har samarbejdet med en konkurrencemyndighed for at opnå straflempe eller bødefritagelse og/eller i forbindelse med en forligsprocedure. Spørgsmålet er, om det ved national lov kan fastsættes, at sådant tidligere samarbejde automatisk fratager de ordregivende myndigheder muligheden for at betragte denne tidligere deltagelse i ulovlig samordning som en tilstrækkelig plausibel indikation på ulovlig samordning med henblik på at anvende udelukkelsesgrunden i tildelingsprocedurer, der gennemføres, efter at konkurrencemyndigheden har offentliggjort sin afgørelse.

Inden dette spørgsmål besvares, skal det bemærkes, at følgende gør sig gældende i de fleste jurisdiktioner:

- En afgørelse om straflempe eller forlig forudsætter, at den pågældende økonomiske aktør indrømmer at have deltaget i ulovlig samordning.
- Der kan f.eks. være tale om en økonomisk aktør, som blev undersøgt for ulovlig samordning og i sidste ende valgte at indgå forlig i sagen, men som indledningsvis afviste at samarbejde med konkurrencemyndigheden og undergravede eller hindrede undersøgelsen. Dette er det modsatte af, hvad den økonomiske aktør forventes at gøre for at genoprette sin pålidelighed som fremtidig entreprenør, i henhold til direktivets artikel 57, stk. 6.
- Endelig kræver en afgørelse i disse sager ikke, at den økonomiske aktør forpligter sig til at undgå lignende praksis i fremtiden eller træffe specifikke foranstaltninger. Den økonomiske aktør forpligter sig ikke til at træffe særlige foranstaltninger (afhjælpende foranstaltninger) for at genoprette sin pålidelighed og integritet i den forstand, der er fastsat i direktivet. Konkurrenceretten indeholder generelt ikke bestemmelser om udelukkelse af en økonomisk aktør fra fremtidige offentlige udbudsprocedurer som en sanktion for dennes konkurrencebegrænsende adfærd.

I lyset af ovenstående bør der skelnes mellem to tilfælde: på den ene side tildelingsprocedurer, som var genstand for undersøgelse og afgørelse fra den nationale konkurrencemyndigheds side, og som omfattede en ansøgning om straflempe eller forlig, og på den anden side tildelingsprocedurer, som blev gennemført efter offentliggørelsen af ovennævnte afgørelse.

- I det første tilfælde bør medlemsstaterne generelt frit kunne fritage ansøgere om straflempe, bødefritagelse eller forlig helt eller delvist fra enhver sanktion vedrørende den tildelingsprocedure eller de tildelingsprocedurer, som er omfattet af denne ansøgning, og hvor ulovlig samordning blandt aktørerne er blevet fastslået og sanktioneret ved en afgørelse

⁽⁴²⁾ Se Delta Antrepriza-dommen, præmis 27, og CNS-kendelsen, præmis 34.

⁽⁴³⁾ Medmindre der er truffet afgørelse om at udelukke den økonomiske aktør fra en tildelingsprocedure i en periode (se afsnit 5.9).

⁽⁴⁴⁾ Se Delta Antrepriza-dommen, præmis 36.

truffet af den nationale konkurrencemyndighed ⁽⁴⁵⁾. Dette kan garantere effektiviteten af de straflempelses- eller forligsordninger, der er fastsat af medlemsstaterne, eftersom det kan være et meget stærkt incitament for aktører til at træde frem og afsløre ulovlig samordning, hvis en økonomisk aktør, der indrømmer at have deltaget i ulovlig samordning, kan fritages for de alvorlige konsekvenser, der er fastsat i den nationale lovgivning.

Ovenstående bør også, når en tildelingsprocedure, der er genstand for den hemmelige aftale, som den nationale konkurrencemyndighed har besluttet at sanktionere, stadig er i gang på det tidspunkt, hvor konkurrencemyndigheden offentliggør sin afgørelse. Uanset de ordregivende myndigheders beføjelser i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), kan en økonomisk aktør, som har indrømmet sin deltagelse i den ulovlige samordning, samarbejdet med konkurrencemyndigheden, betalt de pålagte bøder og truffet relevante foranstaltninger for at genoprette sin pålidelighed, formentlig anses for at opfylde betingelserne for afhjælpning (»self-cleaning«) som omhandlet i direktivets artikel 57, stk. 6. Følgelig kan det anses for uforholdsmæssigt, hvis en ordregivende myndighed udelukker denne aktør fra en igangværende tildelingsprocedure, i forhold til hvilken den økonomiske aktørs afhjælpende foranstaltninger til dels allerede var afspjælet i den nationale konkurrencemyndigheds afgørelse.

- I det andet tilfælde er der imidlertid intet i direktivet, der kan fortolkes således, at medlemsstaterne kan anlægge en obligatorisk, generel og ukvalificeret formodning om pålidelighed for sådanne aktører, og/eller at de kan forpligte de ordregivende myndigheder til automatisk at acceptere deres deltagelse i tildelingsprocedurer, der udføres eller afsluttes, efter at den nationale konkurrencemyndighed har offentliggjort sin afgørelse. Dette ville reelt være i strid med de ordregivende myndigheders specifikke skønsbeføjelse (som er fastsat i direktivet og konsekvent er blevet bekræftet af Domstolen, som analyseret ovenfor) til at søge at opnå sikkerhed for eller forvisning om, at tilbudsgiveren er pålidelig, herunder ved eventuelt at anmode om dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 57, stk. 6, og vurdere, om de foranstaltninger, der er fremlagt af den økonomiske aktør, er tilstrækkelige til, at tilbudsgiveren fortsat kan deltage i tildelingsproceduren ⁽⁴⁶⁾. Som Domstolen også har understreget ⁽⁴⁷⁾, kan en sådan garanti for deltagelse i fremtidige tildelingsprocedurer endda anses for at være i direkte strid med bestemmelsen om afhjælpende foranstaltninger i artikel 57, stk. 6, (eller endda for at gøre den virkningsløs), da en økonomisk aktør med garanteret adgang til fremtidige tildelingsprocedurer ikke ville have noget som helst incitament til at træffe foranstaltninger for at genoprette sin pålidelighed.

En ordregivende myndigheds ret til at vurdere risikoen for ulovlig samordning, hvis en igangværende tildelingsprocedure har deltagelse af en tilbudsgiver, som tidligere har ansøgt om straflempelse eller har indgået forlig i en tidligere sag om ulovlig samordning, er rimeligt afbalanceret i forhold til forpligtelsen til på en forholdsmæssigt afpasset måde at vurdere de beviser, som den økonomiske aktør kan fremlægge i henhold til artikel 57, stk. 6, vedrørende de foranstaltninger, denne har truffet for at genoprette sin pålidelighed. Hvis den ordregivende myndighed beslutter at udelukke tilbudsgiveren, på trods af de afhjælpende foranstaltninger, denne har fremlagt, skal den ordregivende myndighed begrunde, hvorfor disse foranstaltninger anses for utilstrækkelige til, at tilbudsgiveren fortsat kan deltage i tildelingsproceduren.

5.5. Forbundne virksomheder, der deltager i den samme tildelingsprocedure: retten for aktører, der evt. mistænkes for ulovlig samordning, til at dokumentere deres uafhængighed ved afgivelse af tilbud

Ordregivende myndigheder behandler ofte spørgsmålet om, hvordan de skal håndtere særskilte tilbud indgivet i den samme tildelingsprocedure af økonomiske aktører, som på en eller anden måde er forbundne (f.eks. medlem af den samme koncern, en tilbudsgiver, som er datterselskab af en anden tilbudsgiver, virksomheder, som har samme bestyrelsesmedlemmer eller juridiske repræsentanter, eller virksomheder, som har aktier i det samme tredje selskab). En ordregivende myndighed kan have mistanke om, at de tilbud, der er indgivet af forbundne tilbudsgivere, er koordinerede (dvs. de er hverken selvstændige eller uafhængige), hvilket bringer overholdelsen af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgiverne i fare ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ I henhold til artikel 23, stk. 1, i direktiv (EU) 2019/1 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked har medlemsstaterne pligt til at sikre, at nuværende og tidligere direktører, ledere og andre ansatte i virksomheder, som har ansøgt konkurrencemyndigheder om bødefritagelse, beskyttes fuldt ud mod sanktioner, der pålægges i administrative og ikkestrafferetlige retssager, i forbindelse med deres deltagelse i det hemmelige kartel, som ansøgningen om bødefritagelse vedrører, for overtrædelser af nationale love, der hovedsageligt forfølger de samme mål som artikel 101 i TEUF. I betragtning 64 bekræftes det, at denne bestemmelse også omfatter nationale love vedrørende tilbudskoordinering. I Kommissionens meddelelse fra 2006 om bødefritagelse begrænses fritagelse til »en bøde, den ellers ville være blevet pålagt, hvis den afslører at have deltaget i et påstået kartel«.

⁽⁴⁶⁾ Se Vossloh Laeis-dommen, præmis 32.

⁽⁴⁷⁾ Se Indaco-kendelsen, præmis 27.

⁽⁴⁸⁾ Se Ecoservice projektai-dommen, præmis 29. Dette kan navnlig være tilfældet, når der er indikationer på, at en af virksomhederne har privilegeret adgang til den anden virksomheds metode til at udarbejde tilbuddet, eller at der er sket en form for koordinering ved udarbejdelsen af deres tilbud eller fastlæggelsen af deres prisstrategi.

Ifølge Domstolens praksis ⁽⁴⁹⁾ skal den ordregivende myndighed undgå generelle formodninger, der kan føre til automatisk afvisning af sådanne tilbud ⁽⁵⁰⁾. Myndigheden bør i stedet give de pågældende aktører mulighed for — med de beviser, de anser for hensigtsmæssige — at godtgøre, at deres tilbud er uafhængige og ikke bringer gennemsigtigheden i fare eller fordrejer konkurrencen i tildelingsproceduren ⁽⁵¹⁾. Dette kan f.eks. omfatte bevis for, at de pågældende tilbud blev udarbejdet uafhængigt, at forskellige personer var involveret i udarbejdelsen osv.

Den ordregivende myndighed har ret til at vurdere, om sådanne forklaringer giver tilstrækkeligt bevis for, at forbindelsen mellem aktørerne ikke har påvirket deres adfærd under tildelingsproceduren eller indholdet af deres tilbud, som omhandlet i direktivets artikel 57, stk. 4, litra d), og til at afgøre, om de berørte aktører skal have mulighed for at deltage i proceduren.

5.6. Fælles tilbudsgivning og underentreprise: en omhyggelig, men afbalanceret vurdering fra den ordregivende myndigheds side

I nogle tilfælde giver fælles tilbudsgivning anledning til tvivl hos den ordregivende myndighed, navnlig hvis medlemmerne af den koncern, som har afgivet fælles tilbud, nemt selv kunne have afgivet et tilbud (eller i endnu højere grad, hvis det var forventet, at de ville gøre dette). En række medlemsstater har truffet specifikke foranstaltninger på dette område ved at rådgive økonomiske aktører om, hvordan de kan deltage i fælles tilbudsgivning uden at blive anklaget for potentiel konkurrencebegrænsende adfærd ⁽⁵²⁾.

Den ordregivende myndighed har i henhold til direktivet en tilstrækkelig skønsmargen til at vurdere, om fælles tilbudsgivning indebærer risici for den korrekte gennemførelse af tildelingsproceduren, herunder navnlig om indikationer på ulovlig samordning, som kan udløse udelukkelsesgrunden i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, litra d). Når den ordregivende myndighed tager stilling til sådanne spørgsmål, skal den imidlertid sikre en balance mellem at undgå konkurrencerisici gennem fælles tilbudsgivning ⁽⁵³⁾ og at respektere aktørernes ret til at afgive tilbud i fællesskab (som anerkendt i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 10), artikel 19, stk. 2, og artikel 63, stk. 1). Det bør bemærkes, at virksomheder ofte anser strategiske partnerskaber eller samarbejde som et centralt aspekt af deres vækststrategi. Økonomiske aktører har ret til at træffe legitime forretningsmæssige beslutninger om de aktiviteter, de vil udføre, og de ordregivende myndigheder bør ikke som sådan begrænse denne ret, men bør i stedet vurdere risikoen for ulovlig samordning fra sag til sag.

Der kræves en lignende tilgang ved underentreprise: Den ordregivende myndighed bør nøje vurdere de tilfælde, hvor en foreslået underleverandør nemt selv kunne have deltaget i tildelingsproceduren og udført kontrakten uafhængigt. Den ordregivende myndighed kan anse tilfælde, hvor tilbudsgivere indgår underentrepriseaftaler med hinanden, som en potentiel indikation på ulovlig samordning, der skal undersøges i henhold til direktivets artikel 57, idet sådanne underentrepriseaftaler normalt giver parterne mulighed for at få kendskab til hinandens finansielle tilbud og derfor giver anledning til tvivl om parternes uafhængighed ved udarbejdelse af deres særskilte tilbud. Selv om underentrepriseaftaler som de ovennævnte kan anses for et »rødt flag«, der angiver potentiel ulovlig samordning, bør de ordregivende myndigheder undgå generelle formodninger om, at den vindende tilbudsgivers underentrepriseaftale med en anden tilbudsgiver i den samme procedure udgør ulovlig samordning blandt de berørte økonomiske aktører, uden at give disse aktører mulighed for at fremføre argumenter om det modsatte ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Domstolens dom af 16.12.2008 i sag C-213/07, *Michaniki*, præmis 42, 43 og 62, dom af 19.5.2009 i sag C-538/07, *Assitur*, præmis 30 og 32, dom af 8.2.2018 i sag C-144/17, *Lloyd's of London*, præmis 35, 36 og 38, samt *Ecoservice projektai-dommen*, præmis 38.

⁽⁵⁰⁾ Navnlig i lyset af Domstolens anerkendelse af, at forbundne virksomheders selskabsstruktur kan omfatte ordninger, som garanterer uafhængighed og fortrolighed ved udarbejdelse af tilbud under samme procedure (se dommen *Lloyd's of London*, præmis 37, og *Assitur-dommen*, præmis 31).

⁽⁵¹⁾ Se dom *Lloyds of London*, præmis 36 og *Assitur-dommen*, præmis 30.

⁽⁵²⁾ I overensstemmelse med »Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler« vedtaget af Kommissionen i januar 2011 (findes på [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=DA)).

⁽⁵³⁾ Et generelt åbent marked og et stort antal tilbud, der er modtaget under en tildelingsprocedure, kan anses for at begrænse den risiko, der kan være forbundet med et fælles tilbud, med hensyn til at begrænse konkurrencen.

⁽⁵⁴⁾ Se Domstolens dom af 22.10.2015 i sag C-425/14, *Impresa Edilux*, præmis 39.

5.7. Afhjælpende foranstaltninger, der træffes af de økonomiske aktører som omhandlet i direktivets artikel 57, stk. 6: aktørernes ret til at bevise deres pålidelighed og de ordregivende myndigheders behov for at foretage en forholdsmæssig vurdering af de fremførte argumenter

Som nævnt i afsnit 5.3 har økonomiske aktører, der befinder sig i en situation, som begrundet deres udelukkelse, i henhold til direktivets artikel 57, stk. 6, ret til at bevise deres pålidelighed, selv om der foreligger udelukkelsesgrunde ⁽⁵⁵⁾.

I artikel 57, stk. 6, beskrives de afhjælpende foranstaltninger («self-cleaning»), som økonomiske aktører kan forelægge den ordregivende myndighed i denne forbindelse. I betragtning 102 til direktivet gives der eksempler på sådanne afhjælpende foranstaltninger, herunder personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.

I samme betragtning henvises der til medlemsstaternes mulighed for i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7, »... at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde«, som bl.a. omfatter muligheden for på nationalt plan at fastlægge detaljerede kriterier eller retningslinjer for, hvordan de ordregivende myndigheder skal anvende bestemmelserne om afhjælpende foranstaltninger i praksis. Som analyseret i afsnit 5.3 bør sådanne nationale bestemmelser, der er indført i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7, være i overensstemmelse med anvendelsesområdet og begrundelsen for de respektive bestemmelser i direktivet, uden at der sættes spørgsmål ved den økonomiske aktørs ret til at forelægge argumenter om overensstemmelse eller den ordregivende myndigheds skønmæssige beføjelser til at vurdere dem ⁽⁵⁶⁾. Medlemsstaterne kan også vælge at overlade vurderingen af afhjælpende foranstaltninger til andre myndigheder end den ordregivende myndighed på centralt eller decentralt niveau. I denne forbindelse skal de dog sikre, at betingelserne for og formålet med overensstemmelsesordningen er opfyldt, navnlig med hensyn til gennemførelsen af en korrekt og hurtig vurdering af de afhjælpende foranstaltninger, som den økonomiske aktør har forelagt ⁽⁵⁷⁾.

De præcise oplysninger eller beviser, som den økonomiske aktør kan forelægge den ordregivende myndighed til vurdering, varierer afhængigt af den foreliggende sag. I lyset af proportionalitetsprincippet bør det være muligt at tage hensyn til, at den økonomiske aktør skal påvise, at denne har truffet de foranstaltninger, der er fastsat i artikel 57, stk. 6, som finder anvendelse i det konkrete tilfælde. Den økonomiske aktør skal f.eks. kun dokumentere, at denne har betalt eller forpligtet sig til at betale erstatning for sin ulovlige adfærd, hvis der er nedlagt påstand herom. Der kan desuden være tilfælde, hvor alene personaleforanstaltninger kan være tilstrækkelige til at overbevise den ordregivende myndighed om den økonomiske aktørs pålidelighed, uden at det er nødvendigt at træffe andre tekniske eller organisatoriske foranstaltninger.

I henhold til direktivet skal de ordregivende myndigheder evaluere de argumenter, der fremlægges af den berørte økonomiske aktør, inden de beslutter, om den økonomiske aktør skal udelukkes fra proceduren, selv når de mener, at de har bevis for, at den økonomiske aktør har deltaget i ulovlig samordning. Som Domstolen har bekræftet ⁽⁵⁸⁾, præciserer direktivet ikke, om forklaringer eller afhjælpende foranstaltninger skal indgives af tilbudsgiveren på eget initiativ eller efter anmodning fra den ordregivende myndighed. I fraværet af en udtrykkelig bestemmelse og i lyset af artikel 57, stk. 7, er det, som nævnt ovenfor, op til medlemsstaterne at afgøre, om de ordregivende myndigheder skal anmode aktørerne om at fremlægge sådanne forklaringer, inden de træffer en afgørelse, eller om denne mulighed bør overlades til den økonomiske aktørs initiativ. Hvis en tilbudsgiver i henhold til national lovgivning på eget initiativ skal forelægge afhjælpende foranstaltninger senest ved indgivelsen af sit tilbud, skal den ordregivende myndighed oplyse tilbudsgiverne om dette krav på en klar og præcis måde, når proceduren indledes ⁽⁵⁹⁾. I lyset af Domstolens praksis ⁽⁶⁰⁾ bør de ordregivende myndigheder under alle omstændigheder klart angive de oplysninger, som de økonomiske aktører skal medtage i deres tilbud, i udbudsdokumenterne, herunder oplysninger om deres forbindelser eller aftaler med andre tilbudsgivere, og eventuelle afhjælpende foranstaltninger, de har truffet efter en tidligere overtrædelse af konkurrencereglerne. Et krav om fremlæggelse af sådanne aftaler og oplysninger om eventuelle afhjælpende foranstaltninger findes allerede i det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) eller tilsvarende nationale formularer, som den økonomiske aktør generelt skal indgive sammen med sit tilbud.

⁽⁵⁵⁾ I Vert Marine-dommen (præmis 17) og i dom af 14.1.2021 i sag C-387/19, RTS, præmis 26 og 48, bekræftede Domstolen, at medlemsstaterne skal garantere denne ret, når de gennemfører direktiverne.

⁽⁵⁶⁾ Se Vert Marine-dommen, præmis 24.

⁽⁵⁷⁾ Se Vert Marine-dommen, præmis 28, 33, 35 og 36.

⁽⁵⁸⁾ Se RTS-dommen, præmis 33.

⁽⁵⁹⁾ Se RTS-dommen, præmis 36 og 42.

⁽⁶⁰⁾ Se Ecoservice projektai-dommen, præmis 23 og 25.

Direktivets artikel 57, stk. 6, giver en økonomisk aktør ret til at fremlægge beviser, som giver vedkommende mulighed for at forblive i tildelingsproceduren, og giver samtidig den ordregivende myndighed mulighed for ikke at udelukke en økonomisk aktør, som i tilstrækkelig grad har afhjulpet bekymringerne vedrørende dennes tidligere adfærd i forbindelse med udbudsprocedurer. Den eneste begrænsning af den økonomiske aktørs ret til at fremlægge afhjælpende foranstaltninger er, at den ikke gælder, så længe den økonomiske aktør er udelukket fra tildelingsproceduren i en periode fastsat ved en endelig dom i den medlemsstat, hvor denne dom er gyldig (se afsnit 5.9) ⁽⁶¹⁾. Denne bestemmelse er følgelig ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed fortsat lader en økonomisk aktør, der er trådt frem under proceduren og har indrømmet ulovlige aftaler med andre tilbudsgivere, som har samarbejdet aktivt med den ordregivende myndighed for at afklare situationen, og som har truffet alle nødvendige foranstaltninger for at forhindre yderligere overtrædelser, deltage i proceduren.

Under en tildelingsprocedure vurderer den ordregivende myndighed alle afhjælpende foranstaltninger, der fremlægges af en økonomisk aktør, som tidligere har indgået samordningsaftaler med andre økonomiske aktører, under hensyntagen til eventuel dokumentation fremlagt af den pågældende aktør ⁽⁶²⁾. Som nævnt i afsnit 5.3 skal den ordregivende myndighed vurdere den dokumentation, der fremlægges af den økonomiske aktør på en forholdsmæssigt afpasset måde, dvs. under hensyntagen til sagens grovhed og de særlige omstændigheder ⁽⁶³⁾ samt de konkrete foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet for at genoprette sin pålidelighed ⁽⁶⁴⁾.

Dette gælder også for økonomiske aktører, som har været involveret i tidligere tilfælde af ulovlig samordning, og som har deltaget i et straflempelses- eller bødefritagelsesprogram og/eller har indgået forlig i sagen (se afsnit 5.4.). I medfør af straflempelsesordningernes betydning for bekæmpelsen af karteller og behovet for at give ansøgere om straflempelse retssikkerhed og gennemsigtighed med hensyn til betingelserne for straflempelse bør medlemsstaterne tilskynde de ordregivende myndigheder til at sikre en forholdsmæssigt afpasset behandling af sådanne aktører, når de vurderer de effektive afhjælpende foranstaltninger, som de har truffet med henblik på at garantere deres pålidelighed og integritet. Domstolen har allerede bekræftet, »at i princippet bør en fremsendelse til den ordregivende myndighed af den afgørelse, som fastslår, at tilbudsgiveren har overtrådt konkurrencereglerne, men hvorved der på sidstnævnte anvendes en regel om bødenedsættelse, fordi denne har samarbejdet med konkurrencemyndigheden, være tilstrækkeligt til over for den ordregivende myndighed at bevise, at denne økonomiske aktør indgående har redegjort for forholdene og omstændighederne ved at samarbejde med denne myndighed...«, jf. direktivets artikel 57, stk. 6 ⁽⁶⁵⁾.

Hvis den ordregivende myndighed konkluderer, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har fremlagt, ikke er tilstrækkelige til at bevise den økonomiske aktørs integritet, skal myndigheden begrunde denne beslutning.

Et tæt samarbejde mellem den ordregivende myndighed og andre myndigheder, f.eks. konkurrencemyndigheden, myndigheder med ansvar for nationale virksomhedsregistre osv., gør det lettere at vurdere afhjælpende foranstaltninger. Disse myndigheder kan fra sag til sag yde værdifuld rådgivning om virkningen af disse foranstaltninger og de oplysninger (under behørig hensyntagen til EU's ⁽⁶⁶⁾ og den nationale databeskyttelseslovgivning), som den ordregivende myndighed f. eks. skal bruge til at vurdere, om den økonomiske aktør tilstrækkeligt og aktivt har samarbejdet med konkurrencemyndigheden i en tidligere sag, om de personer, der var involveret i den tidligere ulovlige samordning, er blevet erstattet, eller om de pålagte bøder eller erstatninger er blevet betalt. Med henblik på at afslutte tildelingsprocedurerne inden for en rimelig tidsramme bør myndighederne bestræbe sig på at gennemføre et sådant samarbejde omgående og udnytte de tilgængelige ressourcer bedst muligt.

5.8. Betydningen af, at de ordregivende myndigheder informerer og/eller søger bistand fra konkurrencemyndigheden eller andre involverede centrale myndigheder

Direktiverne kræver ikke, at den ordregivende myndighed søger rådgivning fra de nationale centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder, inden den beslutter, om en økonomisk aktør skal udelukkes fra en tildelingsprocedure. De ordregivende myndigheder bør dog generelt benytte sig af enhver tilgængelig form for bistand, når de opdager et mistænkeligt tilbud. Ekspertrådgivning fra disse myndigheder vil lette den samlede vurdering af sagen og hjælpe den ordregivende myndighed med at begrunde de trufne valg, og den vil dermed i væsentlig grad mindske risikoen for, at den pågældende økonomiske aktør får medhold i en retssag vedrørende den endelige afgørelse. For især mindre ordregivende myndigheder med begrænsede ressourcer kan bistand fra de centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder være afgørende for at imødegå ulovlig samordning, især hvis denne bistand har form af rådgivning om de indikationer, som den ordregivende myndighed har konstateret, eller bistand ved vurderingen af de afhjælpende foranstaltninger, som en tilbudsgiver har fremlagt. Med hensyn til sidstnævnte anerkendes det udtrykkeligt i betragtning 102 til direktivet, at

⁽⁶¹⁾ Som Domstolen for nylig har præciseret, har den økonomiske aktør ret til at fremlægge afhjælpende foranstaltninger for at godtgøre sin pålidelighed, så længe udelukkelsen i en periode ikke er blevet bekræftet ved en endelig dom (se Vert Marine-dommen, præmis 18).

⁽⁶²⁾ Se Vossloh Laeis-dommen, præmis 23.

⁽⁶³⁾ Se bl.a. Tim-dommen, præmis 50.

⁽⁶⁴⁾ F.eks. de konkrete foranstaltninger, der er truffet for at erstatte personer, som har været involveret i den ulovlige adfærd, eller, hvis dette ikke er sket på tidspunktet for tildelingsproceduren, de foranstaltninger, der er truffet for at sikre, at disse personer ikke kan involvere den økonomiske aktør i yderligere ulovlig konkurrencebegrænsende adfærd. Se Delta Antrepriza-dommen, præmis 37.

⁽⁶⁵⁾ Vossloh Laeis-dommen, præmis 31.

⁽⁶⁶⁾ Se fodnote 18.

medlemsstaterne har mulighed for at lade en anden myndighed vurdere de afhjælpende foranstaltninger, der er fremlagt af en tilbudsgiver, som er under mistanke for ulovlig samordning, med det formål at bevise vedkommendes pålidelighed. Som nævnt i afsnit 5.3 og 5.4 bør inddragelse af de nationale centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder i vurderingen af et potentielt tilfælde af ulovlig samordning ikke være til hinder for, at den ordregivende myndighed i sidste ende afgør, om en tilbudsgiver skal udelukkes fra en tildelingsprocedure.

Et gnidningsløst og effektivt samarbejde mellem en ordregivende myndighed, der gennemfører en tildelingsprocedure, og de nationale centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder om håndtering af en sag, hvor der er mistanke om ulovlig samordning, kræver, at begge parter anerkender betydningen af at løse problemet, anvende alle de tilgængelige ressourcer og udveksle oplysninger inden for rimelig tid. Allerede inden tildelingsproceduren indledes, bør de ordregivende myndigheder have kontaktpunkter hos den centrale nationale udbudsmyndighed og/eller konkurrencemyndighed, som straks kan kontaktes, hvis der opstår mistanke under proceduren. De centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder bør bestræbe sig på at reagere så hurtigt som muligt, hvis en ordregivende myndighed anmoder om bistand og rådgivning. De to parter bør være indstillede på i relevant omfang at dele oplysninger, som kan være afgørende for at afsløre og vurdere tilfælde af ulovlig samordning⁽⁶⁷⁾. Selv om de ordregivende myndigheder ikke rådfører sig med de centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder, anbefales det på det kraftigste, at de underretter disse myndigheder om enhver mistanke om ulovlig samordning, som de håndterer, og om alle endelige afgørelser, de træffer, om udelukkelse af økonomiske aktører fra tildelingsprocedurer.

Sidst, men ikke mindst bør enhver kontakt mellem den ordregivende myndighed og andre myndigheder i perioden mellem konstateringen af en mistanke om ulovlig samordning og (hvis det er tilladt i henhold til national lovgivning) det tidspunkt, hvor den økonomiske aktør anmodes om afklaringer, ske under streng fortrolighed, og oplysningerne bør ikke videregives til den mistænkte tilbudsgiver eller andre deltagere i tildelingsproceduren. Hvis dette ikke overholdes, vil disse samordnende tilbudsgivere ulovligt kunne bortskaffe beviser for deres aftale, når de bliver opmærksomme på de tiltag, der er iværksat mod dem, og det vil fratage de håndhævende myndigheder værdifulde beviser til brug for en fremtidig undersøgelse.

5.9. Fastsættelse af betingelserne for udelukkelse af en økonomisk aktør i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7

Som allerede nævnt⁽⁶⁸⁾ giver direktivets artikel 57, stk. 7, medlemsstaterne mulighed for at præcisere gennemførelsesbetingelserne for denne artikel. Disse betingelser kan omfatte fastsættelse af den maksimale periode, hvor en økonomisk aktør ikke kan deltage i offentlige udbudsprocedurer, kriterier for eller eksempler på, hvad der kan betragtes som en omstændighed, der begrundes i sådan udelukkelse, og den nationale instans, som har kompetence til at pålægge den (som bekræftet i betragtning 102 til direktivet). Hvis perioden for udelukkelse fra tildelingsprocedurer ikke er fastsat ved endelig dom, kan denne periode i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7, ikke overstige tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i artikel 57, stk. 4, nævnte tilfælde. I sin nylige retspraksis⁽⁶⁹⁾ har Domstolen præciseret, at »datoen for den relevante hændelse« med henblik på at fastlægge begyndelsestidspunktet for beregningen af udelukkelsesperioden er den dato, hvor den økonomiske aktørs ulovlige adfærd var genstand for en afgørelse truffet af en kompetent myndighed, uden hensyn til den dato, hvor de forhold, der gav anledning til denne afgørelse, opstod.

Direktivet er ikke til hinder for, at medlemsstaterne angiver, at udelukkelse kan pålægges i en periode i henhold til artikel 57, stk. 7, af en ordregivende myndighed, for så vidt angår dennes fremtidige tildelingsprocedurer, eller af et andet organ (f.eks. den nationale konkurrencemyndighed, den centrale udbudsmyndighed eller et særligt organ oprettet til dette formål) med et bredere anvendelsesområde.

I henhold til artikel 57, stk. 7, finder den maksimale udelukkelsesperiode på tre år kun anvendelse, når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom. Dette er ikke til hinder for national lov, der tillader de retslige myndigheder at overveje at anvende en endnu længere udelukkelsesperiode, hvis der afsiges endelig dom i en sag om ulovlig samordning, afhængigt af dens grovhed.

⁽⁶⁷⁾ Med forbehold af betingelserne i EU-retten og national ret (navnlig artikel 31 i direktiv (EU) 2019/1).

⁽⁶⁸⁾ Se afsnit 5.1 og 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Vossloh Laeis-dommen, præmis 37, 38 og 41.

Hvis en økonomisk aktør, der er blevet udelukket fra tildelingsprocedurer i en vis periode i henhold til direktivets artikel 57, stk. 7, indgiver et tilbud i løbet af udelukkelsesperioden, skal den ordregivende myndighed automatisk afvise dette tilbud uden yderligere vurdering. Når en økonomisk aktørs udelukkelsesperiode er udløbet, kan en ordregivende myndighed stadig beslutte at udelukke denne aktør fra en tildelingsprocedure, men kun hvis betingelserne for anvendelse af artikel 57, stk. 4, litra d, er opfyldt.

Endelig omhandler afgørelser om udelukkelse på grund af ulovlig samordning kun den økonomiske aktør, der anses for at have deltaget i samordning, og ikke andre økonomiske aktører, som på nogen måde er forbundet med den pågældende aktør (f.eks. moderselskaber, andre selskaber, der tilhører samme koncern, eller datterselskaber af de udelukkede virksomheder), og som ikke var involveret i de pågældende tildelingsprocedurer. Dette berører naturligvis ikke en ordregivende myndigheds ret til at udelukke enhver økonomisk aktør, som befinder sig i en af de situationer, der kan lægges til grund for udelukkelse, i henhold til direktiverne, fra en tildelingsprocedure.

BILAG

Midler og tips til effektivt at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud**1. Indledning**

Enhver indsats for at sikre reel konkurrence og mest valuta for pengene i forbindelse med offentlige udbud kræver, at indkøberne, især de offentlige udbudsansvarlige, fuldt ud er bevidste om en meget enkel kendsgerning: Uanset hvor godt en tildelingsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt organiseres og gennemføres, vil den ikke sikre det bedst mulige resultat for den offentlige indkøber, hvis de deltagende tilbudsgivere på forhånd har indgået en indbyrdes aftale om, hvem der skal vinde kontrakten. Ulovlig samordning mellem tilbudsgiverne betyder, at borgerne ikke får det bedst mulige produkt eller den bedst mulige tjenesteydelse til den bedst mulige pris, og det er til skade for offentlighedens interesser.

Den udbudsansvarlige, dvs. den ansvarlige for tildelingsproceduren, spiller en central rolle for at minimere risikoen for ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og håndtere ulovlig samordning, når det finder sted. Det er den person, der bedst kan begrænse risikoen under forberedelsen af proceduren, opdage ulovlig samordning, når tilbuddene vurderes, og bruge de værktøjer, der findes i EU-retten og national ret til aktivt at bekæmpe samordning og sikre, at tildelingsproceduren er konkurrencebaseret og retfærdig. Den udbudsansvarlige, som ofte arbejder under vanskelige forhold og med korte tidsfrister, opfordres til at tage dette yderligere skridt og yde en ekstra indsats for at sikre, at de offentlige midler anvendes fornuftigt.

For at støtte de udbudsansvarlige i dette arbejde har Kommissionen samlet en række kortfattede gode råd om, hvordan de kan:

- udforme tildelingsprocedurer på en måde, der afskrækker tilbudsgiverne fra ulovlig samordning (bilagets afsnit 2)
- opdage potentiel ulovlig samordning, når de vurderer tilbud (bilagets afsnit 3), og
- reagere på sådan mistanke om ulovlig samordning (bilagets afsnit 4).

For mere omfattende rådgivning henvises der til mere detaljeret vejledning, der er offentliggjort af OECD ⁽¹⁾ og OLAF ⁽²⁾ samt og af EU-medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheder.

2. Rådgivning om, hvordan tildelingsprocedurer udformes på en måde, der kan afskrække tilbudsgivere fra ulovlig samordning

- Når du opstiller den overordnede udbudsstrategi og udformer tildelingsprocedurerne, skal du **sigte mod maksimal deltagelse af tilbudsgivere** fra både dit eget land og fra udlandet.

Ved at gøre det lettere for økonomiske aktører at deltage, øges konkurrencen, og risikoen for ulovlig samordning minimeres. Deltagelsen af udenlandske økonomiske aktører begrænser desuden risikoen for ulovlig samordning i koncentrerede sektorer, hvor kun få nationale økonomiske aktører er aktive.

- Når du kender kontraktens genstand, og inden du planlægger og iværksætter tildelingsproceduren, skal du **udføre en grundig undersøgelse af det marked**, som skal levere den tjenesteydelse eller det produkt, der skal indkøbes.
 - Forsøg at indhente så mange oplysninger som muligt om, hvad der findes på markedet, de specifikationer, der kan tilbydes, de aktører, der er aktive i sektoren, de priser, der er anvendt i lignende tilfælde (for indkøb af samme type i både den offentlige og den private sektor), den ordregivende myndigheds forventede omkostninger osv.
 - Hvis du ikke har en klar idé om de forventede reelle markedsomkostninger ved den tjenesteydelse, de varer eller de arbejder, du vil udbyde, kan du ikke vurdere, hvor hensigtsmæssige eller rimelige tilbuddene er, eller om den tilbudte pris er manipuleret.
 - Brug internettet til at gennemse markedet, din nationale elektroniske udbudsdatabase til at finde eksempler fra tidligere indkøb af samme eller lignende art og officielle fagregistre over godkendte entreprenører.
 - Drøft sagen med kolleger i din afdeling eller i andre ordregivende myndigheder, som for nylig har købt den samme vare eller tjenesteydelse, og udnyt deres erfaringer.
 - Husk, at der ikke findes en regel, som forhindrer den udbudsansvarlige i at gennemføre grundige markedsundersøgelser, sådan som enhver ville gøre det inden et privat indkøb.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf.

- Når du planlægger dine indkøb, skal du **så vidt muligt undgå forudsigelighed** eller stabil gentagelse i de tildelingsprocedurer, du jævnligt gennemfører.

Viden om eller sikkerhed for, at du i de kommende år vil gennemføre tildelingsprocedurer hver sjette måned vedrørende den samme mængde af bestemte arbejder, produkter, tjenesteydelser eller leverancer med det samme anslåede budget og på de samme kontraktbetingelser, vil være særdeles befordrende for ulovlig samordnet adfærd, da samordnende økonomiske aktører da ved, at der vil være nok kontrakter til alle. Selv om det er nyttigt på forhånd at informere markedet om dine behov på mellemlang til lang sigt, skal du forsøge at organisere dine indkøb med en tilstrækkelig grad af diversitet med hensyn til tidsplan, mængde og budget. Dette gør det vanskeligt for samordnende aktører at opdele markedet mellem dem på en »retfærdig« måde.

- **Planlæg og iværksæt tildelingsprocedurerne så tidligt**, at du har tilstrækkelig tid til at vurdere og håndtere en mistanke om ulovlig samordning, uden at fristerne for afslutning af proceduren overskrides.
- Hvis det er muligt og hensigtsmæssigt i forbindelse med indkøbet, kan du **overveje at anvende centralt indkøb**, som kan give yderligere garantier for, at du har adgang til de ressourcer og den knowhow, der er nødvendig for at afsløre ulovlig samordning.

Centralt indkøb sker normalt gennem rammekontrakter. Selv om denne fremgangsmåde indebærer betydelige fordele for både den ordregivende myndighed og de økonomiske aktører (især med henblik på at opfylde offentlige behov og garantere hurtig forsyning), kan det i nogle tilfælde have skadelige virkninger, som kan være befordrende for ulovlig samordning. En rammekontrakt begrænser i princippet konkurrencen i en sektor, fordi ingen andre aktører end rammekontrahenterne vil kunne byde på en specifik kontrakt under rammekontrakten i en periode på op til fire år. Manglen på nye markedsaktører i denne periode kan øge risikoen for ulovlig samordning blandt rammekontrahenterne, især for rammekontrakter, hvor konkurrencen genåbnes i forbindelse med de specifikke kontrakter.

- Udform og gennemfør hver tildelingsprocedure på en måde, der tilskynder til **deltagelse af så mange økonomiske aktører som muligt**.
 - Fastsæt klare, rimelige, omfattende og letforståelige tekniske specifikationer og udvælgelseskriterier, der står i rimeligt forhold til de arbejder, tjenesteydelser eller varer, der skal indkøbes, og som opfylder europæiske og nationale krav.
 - Undgå vilkår, som er unødvendige, overkomplicerede, irrelevante eller diskriminerende (dvs. som er til fordel eller ulempe for bestemte aktører), som begrænser konkurrencen, og som i denne henseende giver anledning til tvivl om tildelingsprocedurens objektivitet og den ordregivende myndigheds pålidelighed som en potentiel fremtidig kunde.
 - Brug kvalitetsbaserede tildelingskriterier: Hvis prisen anvendes som det eneste tildelingskriterium, fremmes ulovlig samordning, da udfaldet af vurderingen bliver mere forudsigeligt og lettere kan manipuleres. Hvis tilbud vurderes på grundlag af kvalitetskriterier, er det vanskeligere for samordnende virksomheder at manipulere deres tilbud, da de ikke så let kan forudsige, hvordan vurderingsudvalget vil vurdere dem.
 - Gå så vidt muligt efter innovative løsninger på dine behov. Parter i en samordnende aftale, som oftest deltager i stabile og forudsigelige offentlige indkøb, kan i mange tilfælde ikke garantere leveringen af innovative tjenesteydelser eller forsyninger, i modsætning til nye markedsaktører, som kommer ind på markedet for at udfylde dette hul. Dette begrænser i væsentlig grad visheden blandt parterne i en samordnende aftale for, at et af medlemmerne vil vinde en kontrakt.
 - Giv de økonomiske aktører tilstrækkelig tid til at udarbejde og indgive deres tilbud: Uanset den minimumsfrist, der er fastsat i EU-direktiverne eller den nationale lovgivning, kan du fastsætte en længere frist for indgivelse af tilbud, hvor du tager højde for kompleksiteten af den tjenesteydelse eller vare, der skal leveres.
 - Undgå at opkræve gebyrer fra aktørerne for adgang til oplysninger om tildelingsproceduren.
 - Udnyt elektronisk udbud, hvor tilbudsgivere lettere kan få adgang til oplysninger og afgive tilbud.

- Offentliggør oplysningerne og udbudsbekendtgørelsen så bredt som muligt, og undgå offentliggørelse i ferieperioder, som reducerer aktørernes tid til at udarbejde deres tilbud.
- Afslut proceduren så hurtigt som muligt, således at perioden mellem fristen for modtagelse af tilbud og afgørelsen om tildelingen af kontrakten bliver så kort som muligt. Dette tilskynder økonomiske aktører til at deltage og begrænser samtidig den tid, som tilbudsgivere har til at indgå hemmelige aftaler (f.eks. forhandling om en tilbudsgivers tilbagetrækning fra procedure til gengæld for at deltage i kontrakten som underleverandør).
- Brug metoder til at **øge de økonomiske aktørers bevidsthed om de mulige konsekvenser og afskrække dem fra samordning.**
 - Medtag f.eks. bestemmelser og klausuler af følgende type i udbudsmaterialet:
 - Et krav om, at tilbudsgivere skal afgive en erklæring om, at de har udarbejdet deres tilbud uafhængigt af andre tilbudsgivere.
 - Sanktioner over for den fremtidige entreprenør, hvis denne vurderes at have deltaget i samordning i forbindelse med tildelingsproceduren, eller den udtrykkelige mulighed for, at den ordregivende myndighed kan opsiges kontrakten eller kræve erstatning af denne grund.
 - Oplysninger om mulige sanktioner i henhold til national lovgivning i tilfælde af ulovlig samordning (f.eks. udelukkelse fra offentlige udbud i en vis periode eller bøder i henhold til konkurrencelovgivningen).
 - Kræv, at tilbudsgiverne på de betingelser, der er fastsat i national ret, så hurtigt som muligt under proceduren skal oplyse, om de har hensigt at give en del af kontrakten i underentreprise.
 - Overvej omhyggeligt, hvilke oplysninger der skal fremlægges under tildelingsproceduren. Du skal ikke gå ud over, hvad der kræves i henhold til EU-lovgivningen og den nationale lovgivning. Undgå så vidt muligt at offentliggøre oplysninger (f.eks. hvem der har afgivet et tilbud, til hvilken pris, detaljerne om proceduren osv.), som kan lette kontakten mellem aktører eller sætte samordnende aktører i stand til nemt at kontrollere, om de har overholdt betingelserne i deres ulovlige aftale, når de deltager i tildelingsprocedurer.

3. Rådgivning om, hvordan potentiel ulovlig samordning opdages, når tilbud vurderes

- **Tag den tid, der kræves for i detaljer at undersøge de tilbud, der er indgivet under proceduren.** Ulovlig samordning opdages ofte ud fra små detaljer, som normalt ikke bemærkes, men som kan være plausible indikationer på, at nogle tilbud er blevet udarbejdet af den samme person eller er blevet koordineret mellem tilbudsgiverne. Hold øje med:
 - identiske fejl eller stavefejl i forskellige tilbud
 - forskellige tilbud udarbejdet med lignende håndskrift eller skrifttype
 - tilbud afgivet med en anden tilbudsgivers brevhoved eller kontaktoplysninger
 - forskellige tilbud med identiske fejleregninger eller identiske metoder til estimering af omkostningerne til bestemte varer
 - tilbud afgivet af den samme person eller med personer, der har de samme kontaktoplysninger.
- **Brug mere tid på tilbud, der ligger et godt stykke under de minimumsstandarder, der kræves ifølge udbudsdokumenterne,** som er ufuldstændige, eller som afgivet af en økonomisk aktør, som tydeligvis ikke kan gennemføre kontrakten.

Sådanne tilbud er en indikation på, at der kan være tale om samordning, som omfatter afgivelse af såkaldte »dæktilbud« (dvs. tilbud, som ikke har nogen chance for eller ikke har til formål at vinde kontrakten), der afgives for at manipulere vurderingen og nå frem til det ønskede udfald.
- **Undersøg omhyggeligt de priser, der tilbydes af tilbudsgiverne,** især priser, som ikke giver mening, fordi de enten er uforholdsmæssigt lave eller uforholdsmæssigt høje i forhold til de anslåede omkostninger ved kontrakten, uden nogen indlysende forklaring. Hold øje med:
 - indikationer på, at virksomhederne koordinerer deres priser, f.eks. de samme prisstigninger, som ikke kan forklares ved stigninger i markedsomkostningerne eller tilbageholdte rabatter, især på et marked, hvor der traditionelt gives rabatter
 - tilfælde, hvor der er stor forskel mellem det vindende tilbuds pris og andre tilbud

- tilfælde, hvor en bestemt leverandørs tilbud er meget højere for en bestemt kontrakt end for en anden lignende kontrakt
 - betydelige reduktioner i forhold til tidligere priser, efter at en ny eller sjældent forekommende økonomisk aktør har afgivet et tilbud, hvilket betyder, at en ny aktør kan have forstyrret et eksisterende kartel
 - lokale leverandører, der tilbyder højere priser for lokal levering end for levering til destinationer længere væk
 - lokale og ikkelokale virksomheder, der tilbyder samme leveringsomkostninger
 - tilfælde, hvor de fleste tilbudsgivere tilbyder den samme pris
 - tilfælde, hvor nogle tilbudsgivere tilbyder væsentligt forskellige priser i lignende procedurer.
- **Tjek, hvis det er muligt** (ved brug af elektroniske udbudsdata-baser, f.eks. nationale registre over kontrakter, eller andre tilgængelige IT-værktøjer), **om de modtagne tilbud matcher et tilbuds-mønster** baseret på tidligere lignende tildelingsprocedurer. Sådanne mønstre kan være en indikation på ulovlig samordning. For at identificere sådanne mønstre skal du kontrollere:
- den hyppighed, hvormed økonomiske aktører vinder eller taber kontrakter
 - aktører, som konsekvent tilbyder høje priser i nogle procedurer og lave priser i andre for den samme type levering, arbejde eller tjenesteydelse
 - om den samme aktør altid tilbyder den laveste pris
 - aktører, der afgiver tilbud, som kun vinder i bestemte geografiske områder
 - aktører, der regelmæssigt afgiver tilbud, men som ikke afgiver tilbud under din procedure, selv om det var forventet
 - aktører, som uventet trækker deres tilbud tilbage under proceduren
 - aktører, som altid afgiver tilbud, men som aldrig vinder
 - aktører, der skiftes til at vinde kontrakterne.
- Udnyt mulighederne inden for EU-retten og din nationale lovgivning til **at indhente oplysninger på ethvert trin i proceduren om, hvorvidt en tilbudsgiver har til hensigt at give en del af kontrakten i underentreprise, og i så fald til hvilken virksomhed.**

En vindende tilbudsgiver, som giver arbejde i underentreprise til tabende tilbudsgivere under den samme kontrakt, eller en vindende tilbudsgiver, som ikke accepterer at underskrive kontrakten, og senere optræder som underleverandør til den tilbudsgiver, som i sidste ende tildeles kontrakten, kan anses for tilstrækkelig plausible indikationer på ulovlig samordning.

- **Hold øje med tilbud, der afgives af et konsortium af økonomiske aktører**, som selv kunne have afgivet tilbud, eller som forventedes selv at afgive tilbud.

Et fælles tilbud kan være et legitimt forretningsvalg, afhængigt af de specifikke markedsforhold i forbindelse med udbudsproceduren, eller en nødvendighed, hvis aktørerne kun kan opfylde udvælgelseskriterierne eller har større chancer for at vinde kontrakten, hvis de afgiver tilbud som et konsortium. Hvis intet af ovenstående synes at være tilfældet, skal du omhyggeligt vurdere, om et fælles tilbud kan være en indikation på ulovlig samordning.

- **Hold også øje med tilbud, der er afgivet i tildelingsproceduren af økonomiske aktører, som på en eller anden måde er forbundet** (f.eks. tilbud afgivet af moderselskabet og dets datterselskab eller af to selskaber, der tilhører den samme koncern).

Selv om det ikke nødvendigvis er indlysende, at sådanne forbundne selskaber havde adgang til forberedelsen af hinandens tilbud, eller at de har samordnet, kan tilbud fra forbundne selskaber dække over en samordnende aftale, og du skal forvisse dig om, at alle tilbud er blevet udarbejdet fuldstændigt uafhængigt.

- **Vær særligt opmærksom på tilbud, der er afgivet af økonomiske aktører, som tidligere er blevet udelukket af din ordregivende myndighed eller af en anden ordregivende myndighed på grund af ulovlig samordning, eller som tidligere er blevet fundet skyldige i samordning af en national konkurrencemyndighed.**

Selv om en sådan konstatering ikke automatisk fører til udelukkelse af tilbudsgiveren fra en igangværende tildelingsprocedure, kan du under visse omstændigheder betragte det som en tilstrækkelig plausibel indikation på ulovlig samordning. Der er intet til hinder for, at du også tager tilfælde af ulovlig samordning med deltagelse af den samme økonomiske aktør, som er konstateret i udlandet, i betragtning. Hvis den økonomiske aktør er blevet udelukket fra alle tildelingsprocedurer i dit land i en periode og afgiver et tilbud i denne periode, skal du naturligvis udelukke vedkommende fra din tildelingsprocedure uden at vurdere det afgivne tilbud.

4. Rådgivning om, hvordan du skal reagere på en mistanke om ulovlig samordning

- Hvis du har konkluderet, at der er tilstrækkelig plausible indikationer på, at et antal økonomiske aktører har indgået hemmelige aftaler for at begrænse konkurrencen og eller på forhånd bestemme vinderen af en tildelingsprocedure, **kan du i henhold til EU-retten overveje at udelukke de involverede tilbudsgivere fra tildelingsproceduren.**
 - Inden du træffer en sådan afgørelse, skal du nøje vurdere de indikationer, du har, og dokumentere dine konklusioner (herunder alle relaterede kontakter).
 - Tag hensyn til aspekter, f.eks. karakteren og grovheden af de omstændigheder, der gav dig mistanke om en hemmelig aftale, tilbudsgiverens eventuelle forklaringer (se nedenfor) og situationen på markedet i sektoren.
 - Overvej kun de tilbudsgivere, der udgør en reel trussel mod konkurrencen, f.eks. kun de tilbudsgivere, der iværksatte eller ledede samordningen.
 - Husk, at et »rødt flag«, der indikerer ulovlig samordning, kan have en rimelig forklaring, som du skal tage i betragtning, inden du udelukker en tilbudsgiver fra proceduren.
- Udnyt mulighederne inden for EU-retten og din nationale lovgivning til **at give tilbudsgivere mulighed for at uddybe deres tilbud**, især med hensyn til de aspekter, der gav anledning til mistanken om ulovlig samordning.

Tilbudsgivere, der mistænkes for at have deltaget i samordning i forbindelse med en tildelingsprocedure, har i henhold til EU-retten ret til at forelægge dig argumenter for, at de ikke skal udelukkes fra proceduren. Dette omfatter bevis for, at de har truffet foranstaltninger til at genoprette deres pålidelighed (hvis de har været udelukket fra en tidligere procedure eller er fundet skyldige i ulovlig samordning by af en national konkurrencemyndighed), eller at deres deltagelse i proceduren ikke bringer den nødvendige reelle konkurrence i fare. Hvis du mener, at tilbudsgiverens argumenter eller de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet i henhold til EU-direktiverne eller den nationale lovgivning, er tilstrækkelige til at påvise vedkommendes pålidelig, skal du bevare tilbudsgiveren i proceduren. Dette vil øge konkurrencen, især når der er tale om koncentrerede markeder, hvor der kun er få aktive økonomiske aktører.

- Når du modtager og vurderer sådanne argumenter, må du ikke direkte beskyldte tilbudsgiverne for ulovlig samordning eller endda antyde, at dette kan ske, da det kan få samordnende tilbudsgivere til ulovligt at destruere beviser, som kan være nyttige i processen.
- Du skal respektere princippet om ligebehandling af tilbudsgivere (dvs. at alle berørte tilbudsgivere skal gives den samme mulighed for at imødegå eventuelle betænkeligheder, du måtte have ved deres tilbud), men du må aldrig drøfte disse betænkeligheder kollektivt med tilbudsgiverne.
- Når du vurderer de forklaringer, du eventuelt forelægges, skal du være opmærksom på enhver udtalelse, der kan bekræfte din mistanke, f.eks. tilbudsgivere, der begrundet deres priser ved at henvise til »branchepriser«, »standardpriser på markedet« eller »branchens prisoversigter«, tilbudsgivere, der oplyser, at de ikke sælger inden for et bestemt område eller til bestemte kunder, uden en rimelig forklaring, eller tilbudsgivere, der anvender samme argumenter eller endda samme terminologi som andre tilbudsgivere, når de forklarer den tilbudte pris.
- Undersøg de argumenter, der fremføres af tilbudsgiverne, på en forholdsmæssigt afpasset måde og med åbent sind.
- **Kontakt den nationale konkurrencemyndighed og/eller centrale udbudsmyndighed** (eller en anden kompetent myndighed, afhængigt af de ordninger, der er indført på nationalt plan), især hvis du er i tvivl, for at få råd og ekspertbistand i den specifikke sag.
 - Du kan også indhente råd fra din juridiske afdeling eller revisionsafdeling, hvis en sådan findes.

- Sørg for at hemmeligholde disse kontakter, og oplys hverken den tilbudsgiver, der er under mistanke, eller andre tilbudsgivere herom, for at undgå, at potentielt samordnede tilbudsgivere får tid til ulovligt at destruere bevismateriale, inden konkurrencemyndigheden beslutter at gribe ind.
 - Hvis du beslutter at udelukke en tilbudsgiver på dette grundlag, skal du **underrette den nationale konkurrencemyndighed og/eller den centrale udbudsmyndighed** og fremlægge så mange detaljer som muligt. Dette vil give dem mulighed for eventuelt at følge op på sagen og mere generelt holde øje med de ordregivende myndigheders anvendelse af denne udelukkelsesgrund på nationalt plan.
-