

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Visse oplysninger i kendelsen er ikke offentliggjort

A
(advokat Martin Skovbjerg, Køge)

mod

Vejdirektoratet
(erhvervsjuridisk rådgiver Paw Vindahl og
erhvervsjuridisk rådgiver Mia Iversen, begge København)

Klagenævnet har den 2. januar 2024 modtaget en klage fra A.

A har anmodet om, at klagenævnet i medfør af § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud tillægger klagen opsættende virkning.

Vejdirektoratet har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har den 4. januar 2024 meddelt Vejdirektoratets kontraktparter, DSV Transport A/S (herefter "DSV") og Lars E. Nielsen ApS, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

DSV og Lars E. Nielsen ApS har ikke besvaret henvendelsen.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-9 og svarskrift med bilag A-R.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere at Vejdirektoratet har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at udelukke A som tilbudsgiver iht. Udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, i forbindelse med tildelingsbeslutning ved udbud nr. VIN10.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2, ved at have udelukket A fra deltagelse i tildelingsbeslutning ved udbud nr. VIN10 som tilbudsgiver, med den begrundelse, at A ikke har fremlagt dokumentation for sin pålidelighed jf. jf. Udbudslovens § 138.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Vejdirektoratets beslutning af 21. december 2023 om at tildele de udbudte kontrakter til hhv. DSV Transport A/S og Lars E. Nielsen ApS.”

Vejdirektoratet har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 205-645481 af 19. oktober 2023, offentliggjort den 24. oktober 2023, udbød Vejdirektoratet som offentligt udbud efter udbudsloven syv delkontrakter vedrørende vintertjenester på statsvejnettets kørebaner i form af glatførebekæmpelse og snerydning. Tildelingskriteriet var pris.

Denne klage angår delkontrakterne K64-1, K78-2, K88-1 og K89.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende om proceduren:

”IV.1.1) Proceduretype

Offentligt udbud

Hasteprocedure

Begrundelse:

Der er tale om en hasteprocedure da Vejdirektoratet har været nødsaget til at opsigte ruterne K64-1, K67-2, K74, K78-2, K79-2, K88-1 og K89 i det tidligere udbud på grund af misligholdelse. Vintersæsonen for 2023/2024 er startet og derfor er der tale om en hasteprocedure for det nye udbud af ruterne.
...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7 fremgår følgende:

”7 Udelukkelse og egnethed

7.1 Udelukkelse

Tilbudsgiver, der befinder sig under omstændigheder som anført i udbudslovens § 134 a, §§ 135-136, og § 137, stk. 1, nr. 1, 2, 3 og 4 er udelukket fra at deltage i udbuddet. En Tilbudsgiver, der på et hvilket som helst tidspunkt under udbuddet bliver omfattet af en af udelukkelsesgrunde i § 134 a, §§ 135-136, og § 137, stk. 1, nr. 1, 2, 3 og 4, vil blive udelukket fra udbuddet, medmindre den pågældende inden for en af Vejdirektoratet fastsat rimelig frist fremlægger dokumentation, der viser Tilbudsgiverens pålidelighed, jf. udbudslovens § 138.

7.2 Foreløbig dokumentation vedrørende udelukkelse

Som foreløbig dokumentation for, at Tilbudsgiver ikke er udelukket efter udbudslovens § 134 a, §§ 135-136, og § 137, stk. 1, nr. 1, 2, 3 og 4, skal Tilbudsgiver med tilbuddet fremsende et udfyldt ESPD.

Hvis Tilbudsgiver er et konsortium, skal der for hver deltager i konsortiet som dokumentation for udelukkelse, fremlægges dokumentation i form af et udfyldt ESPD.

Den i afsnit 10 nævnte yderligere dokumentation skal kun fremsendes til Vejdirektoratet, såfremt Vejdirektoratet anmoder en eller flere tilbudsgivere om dette, hvilket Tilbudsgiver må påregne vil ske forud for Vejdirektoratets meddelelse om tildelingsbeslutningen.”

Den 19. oktober 2023 meddelte Vejdirektoratet B, at vejdirektoratet ønskede at ophæve kontrakt af 12. juli 2023 vedrørende vintertjeneste på ruterne K64-1, K67-2, K74, K78-2, K79-2, K88-1 og K89 som følge af B's væsentlige misligholdelse af kontrakten, hvor A var fungerende underleverandør.

Vejdirektoratet meddelte ved brev af 12. november 2023 til A, at A var omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, og som følge heraf skulle udelukkes fra deltagelse i udbud af vintertjenester på kørebaner. Af Vejdirektoratets brev af 12. november 2023 fremgår bl.a. følgende:

”Udelukkelse jf. udbudslovens §136, stk. 1, nr. 4

Vejdirektoratet har i vurderingen af udelukkelsen jf. udbudslovens §136, stk. 1, nr. 4, lagt til grund at C som er direktør både i A og i B, har begået alvorlige forsømmelser, som er med til at så tvivl om Virksomhedernes, samt C's integritet. Dette ses jf. ophævelsen af Kontrakten med B, hvor den udførende virksomhed var A. Vejdirektoratet har i forbindelse med ophævelsen af Kontrakten været nødsaget til at politianmelde B, for ombytning af nummerplader, samt at kører ulovligt i lastbiler som ikke var synet. Denne sag efterforskes stadig af politiet. Den uhæderlige adfærd er udført af virksomhederne, men C har selv også være direkte medarbejder til at udfører den uhæderlige adfærd. A har i forbindelse med en kontrakt med DSV Transport A/S optrådt som underleverandør i forbindelse med Vejdirektoratet kontrakt vedr. vintertjeneste VIN8. I forbindelse hermed sendte A faktura ind i forbindelse med den berettigede kompensation i forbindelse med Kontrakten, fakturaer som havde mistænkelig karakter. Disse fakturaer anses af Vejdirektoratet at have karakter af at være blevet produceret til formålet. Vejdirektoratet har også anmeldt dette forhold til politiet. Det er Vejdirektoratet vurdering at Vejdirektoratet på den baggrund skal udelukke A jf. udbudslovens §136, stk. 1, nr. 4.
...”

Den 13. november 2023 politianmeldte Vejdirektoratet B og A ved C. Af politianmeldelsen fremgår bl.a. følgende:

”Vejdirektoratet ønsker at anmelde to forhold, der vedrører henholdsvis virksomheden B [...] ved C og virksomheden A [...] ved C.

Begge forhold er blevet os bekendt i kraft af to forskellige kontrakter, som Vejdirektoratet har haft med virksomhederne om vintertjeneste på statsvejnettet.

Forholdene er af en sådan karakter, at Vejdirektoratet mener, at de bør komme til jeres kendskab.

Forholdene omfatter:

- 1) Tvivl om rigtighed af fakturaer for 564.000 kr. sendt til Vejdirektoratet fra A

- 2) Kørsel med forkerte nummerplader, anvendelse af nummerplader på lastbiler, der tilhører personbiler og kørsel med lastbiler, der ikke er godkendt ved syn.

Dette forhold vedrører en ny kontrakt med B ved C.

Forhold 1:

Vejdirektoratet har i perioden den 15/10 2022-30/4 2023 benyttet A som underleverandør på vores kontrakter om vintertjeneste på statsvejnettet.

I kontrakterne havde leverandørerne mulighed for at søge kompensation for de investeringer, de havde foretaget, hvis Vejdirektoratet opsagde kontrakterne inden investeringerne var afskrevet.

Vejdirektoratet opsagde kontrakterne før tid og leverandørerne var dermed berettiget til at søge kompensation.

A sendte vedlagte fakturaer til Vejdirektoratet med henblik på at få udbetalt kompensation for 564.000 kr.

Ved gennemgang af fakturaerne erfarede vi, at samme fakturanummer gik igen på andre fakturaer og sidehovederne på fakturaerne bar præg af at være konstrueret til lejligheden.

Da Vejdirektoratet tvivler på rigtigheden af fakturaerne og A, trods flere henvendelser fra Vejdirektoratet, ikke har dokumenteret at fakturaerne er korrekte, har Vejdirektoratet afvist at udbetale kompensationen til A.

Forhold 2

Vejdirektoratet har udbudt vintertjeneste på statsvejnettet og i den forbindelse tildelt kontrakter til bl.a. B ved C. I forbindelse med klargøring og montering til vintersæsonen 2023/24 har vores eksterne værkstedsleverandør SAWO foretaget nogle bekymrende registreringer på B, som har medført, at Vejdirektoratet har ophævet kontrakterne med øjeblikkeligt varsel.

Den 12. oktober 2023 møder en chauffør op på Vejdirektoratets materielgård i Roskilde med en lastbil, hvor der ikke er overensstemmelse mellem stelnummer og registreringsnummer. Vi indberetter dette til politiet, som oplyser, at de ikke vil sende en bil ud til virksomheden, da nummerpladerne højest sandsynlig vil være byttet om, inden de når frem.

De opfordrer os til at sende dokumentation til dem og så vil de tage en snak med vognmanden.

Dokumentationen i form af billeder er vedlagt.

På baggrund af disse erfaringer, foretog vi flere samkøringer mellem stel - og registreringsnumre, samt foretog tjek af nummerpladerne. Her opdagede vi, at flere biler kørte selv om de ikke var godkendt til syn, lige som nogle af nummerpladerne var til personbiler frem for lastbiler og enkelte nummerplader tilhørte biler, der var afmeldt ved Motorstyrelsen.
...

Ved brev af 22. november 2023 klagede A over udelukkelsen til Vejdirektoratet. Det fremgår heraf, at C fratrådte sin stilling som direktør og afstod fra sit ejerskab af A, og at hans ægtefælle D blev indsat som direktør i A. Det fremgår videre, at en chauffør havde modtaget en skriftlig advarsel som følge af ombytning af nummerpladerne, og at direktør D ville iværksætte initiativer om at etablere en bestyrelse bl.a. med henblik på at styrke deltagelsen i udbudsprocesser og tage initiativ til at sikre, at C fremover alene fungerer som chauffør.

Af Vejdirektoratets mail af 5. december 2023 til A fremgår bl.a. følgende:

”Vejdirektoratet ønsker forsat at udelukke A i forhold til udbudslovens §136, stk. 1, nr. 4, jf. e-mail fremsendt søndag d. 12. november 2023.

Konkurrence og forbrugerstyrelsen har ved gennemlæsning af dokumentationsmaterialet konstateret, at der ikke fremgår en dato på dokumentet, som indeholder D’s erklæring om initiativer, som hun vil iværksætte som ny direktør i A. I bedes derfor sende oplysninger om hvornår dette dokument er udarbejdet inden fristen nedenfor.

...

Den 6. december 2023 besvarede A Vejdirektoratets henvendelse med bl.a. følgende:

”Erklæringen (vedlagt) er underskrevet den 20. november 2023, og er dermed udstedt samtidig med udskiftningen af ledelseslaget i selskabet, dvs. på det tidspunkt hvor direktør D indtræder som ny direktør og anpartshaver. Det bedes derfor lagt til grund, at erklæringen er dateret den 20. november 2023. Såfremt det – aht. sagsbehandlingen - er tvingende nødvendigt at erklæringen fremtræder som dateret, da bedes dette oplyst.

Det kan oplyses, at A for nuværende ikke har yderligere dokumentation som ønskes fremlagt i sagen.

...

Vejdirektoratet indhentede efter udbudslovens § 138, stk. 1, en vejledende udtalelse om pålidelighed fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 20. december 2023 fremgår bl.a. følgende under styrelsens sammenfatningen:

”Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering, at A overfor Vejdirektoratet ikke har dokumenteret sin pålidelighed i relation til udbud nr. 2023/S 205-645481 af 19. oktober 2023 offentliggjort den 24. oktober 2023.

Det er ved vurderingen tillagt særlig vægt, at A ikke har fremlagt dokumentation, der adresserer ægtheden af fakturaerne, og alene har oplyst, at der er tale om ”modregning med diverse tilgodehavender”.

Der er desuden lagt vægt på, at A ikke har fremlagt dokumentation for, at virksomheden har foretaget tilstrækkelige foranstaltninger til forebyggelse af handlinger som dem, der førte til ombytning af nummerplader og kørsel i biler, som ikke er synet.”

Den 21. december 2023 meddelte Vejdirektoratet A, at delkontrakterne K64-1, K88-1 og K89 tildeles DSV, og at delkontrakt K78-2 tildeles Lars E. Nielsen ApS, på baggrund af Vejdirektoratets fastholdelse af A’ udelukkelse.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

A har under henvisning til det, som er anført vedrørende påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Vejdirektoratet har under henvisning til det, som er anført vedrørende påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har A gjort gældende, at betingelserne for at udelukke A i medfør af udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, ikke er opfyldt. Vejdirektoratet her dermed handlet i strid med principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet ved at udelukke A. De af B eventuelt begåede forhold, som har givet anledning til ophævelse af A’s kontrakt med Vejdirektoratet, kan ikke danne grundlag for en udelukkelse af søsterselskabet.

En ordregiver skal påvise, at alvorlige forsømmelser har fundet sted, jf. udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4. Der foreligger hverken endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn, udenretligt forlig, syn og skøn eller nogen form for dokumentation, udtalelse eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra Vejdirektoratets eller andres erfaringer med A. I Vejdirektoratets meddelelse til A af 12. november 2023 har Vejdirektoratet beskrevet indholdet af en politianmeldelse, som Vejdirektoratet har udarbejdet mod B, som er et søsterselskab til A. En myndigheds udarbejdelse af en politianmeldelse kan ikke danne grundlag for at anse det som påvist, at der er forhold, der begrunder en udelukkelse. Ingen selskaber eller personer er sigtet, tiltalt eller dømt i sagen, ligesom der ikke er indledt nogen efterforskning. Der foreligger ikke nogen vurdering fra politimyndigheden eller anklagemyndigheden af, om der eventuelt kan foreligge et strafbart forhold, som kan danne grundlag for en sigtelse, tiltale og eventuel dom. Indtil der foreligger en erkendelse eller dom, som fastslår, at man er skyldig i forsømmelser, der kan føre til udelukkelse, har C samt A ret til og krav på, at blive opfattet som uskyldig.

Endvidere følger det af udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, at det skal være ansøgeren eller tilbudsgiveren, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået så alvorlige forsømmelser, at disse fordrer en udelukkelse. Vejdirektoratet har i udelukkelsen af A anført, at tidligere direktør C har begået alvorlige forsømmelser, som er med til at så tvivl om virksomhedens samt C's integritet. Det må være udelukkelsens materielle indhold, at C har begået alvorlige forsømmelser som led i sin udøvelse af direktørhvervet i A. De handlinger, som tidligere direktør C måtte have begået som privatperson eller som direktør i B, kan ikke begrunde udelukkelse af A, da disse ikke er begået af tilbudsgiveren.

Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse bl.a., at Vejdirektoratet beskylder C som direktør i A for at have fremlagt fakturaer af mistænkelig karakter. Disse subjektive vurderinger og observationer, som har givet anledning til politianmeldelsen, er ikke tilstrækkelige til, at det kan anses for påvist, at tilbudsgiver A har begået alvorlige forsømmelser, som fordrer en udelukkelse.

Særligt vedrørende påstand 1 har Vejdirektoratet gjort gældende, at Vejdirektoratet har påvist, at A i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om A's integritet. Det må anses som en skærpende omstændighed, at A's forsømmelser er sket i sammenhæng med levering af ydelser med væsentlig samfundsmæssig betydning.

En ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om tilbudsgiverens integritet jf. udbudslovens § 136, stk.1, nr. 4. Bestemmelsen sigter at ramme bredt, idet den kan angå mange forskellige situationer, og at sådanne situationer ikke er begrænset til forhold, hvor der foreligger endelig dom, voldgiftskendelse eller lignende afgørelse. Bestemmelsen er heller ikke begrænset til tilfælde, hvor der er indgivet politianmeldelse, igangsat efterforskningsmæssige skridt eller lignende, jf. forarbejderne til udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4.

Kontrakten vedrørende levering af vintertjenester var indgået med virksomheden B og med A som vognmandsfirma på de lastbilskemaer, der blev udfyldt ved hver montering. Ombytning af nummerplader er derfor begået af A og af A's tidligere direktør som underleverandør til B. Uanset at B som den direkte kontraktpart står med det kontraktuelle ansvar over for Vejdirektoratet, ændrer det ikke på, at de alvorlige forsømmelser blev udført og begået af A.

Vejdirektoratet har indgivet en politianmeldelse på baggrund af to forhold. Første forhold i politianmeldelsen vedrører fremsendelse af fakturaer til Vejdirektoratet med henblik på udbetaling af kompensation i forbindelse med tidligere kontrakt om vintertjenester "VIN8". Vejdirektoratet kunne konstatere, at fakturaer var udstedt med samme fakturanummer, og at sidehovedet på fakturaerne gav anledning til tvivl om rigtigheden af fakturaerne. Vejdirektoratet modtog oplysninger fra den direkte kontraktpart under aftalen om, at underleverandøren A havde fremsendt falsk dokumentation. En forfalskning af fakturaer med henblik på opnåelse af en økonomisk kompensation er en overtrædelse af straffelovens § 171. Vejdirektoratet har givet A mulighed for at dokumentere rigtigheden af de fremsendte fakturaer. A har ikke sendt dokumentation, som bekræfter rigtigheden af fakturaerne. Henset hertil var der begrundet mistanke om rigtigheden af de fremsendte fakturaer.

Det andet forhold i politianmeldelsen vedrører kørsel med forkerte nummerplader, anvendelse af nummerplade på lastbiler, der tilhører personbiler, samt kørsel med lastbiler, der ikke er godkendt ved syn. Vejdirektoratets værkstedsleverandør havde iagttaget en række uoverensstemmende forhold i forbindelse med godkendelse af køretøjer til brug under aftalen. Værkstedsleverandøren havde konstateret, at samme køretøj var mødt op på adressen to gange med to forskellige nummerplader, og at der var uoverensstemmelser mellem registreringsnummer og stelnummer på et køretøj. Uberettiget anvendelse af nummerplader er en overtrædelse af bekendtgørelse om registrering af køretøjer.

Forfalskning af fakturaer, ombytning af nummerplader og kørsel i ikke godkendte køretøjer udgør alle alvorlige lovovertrædelser. Følgevirkningerne er ikke alene af økonomisk karakter, men kan potentielt også foranledige alvorlige fysiske skader, såfremt de ulovlige køretøjer benyttes på offentlige veje, idet der er tale om tunge køretøjer, der skal medvirke til at sikre sikker trafikafvikling under svære vejræssige forhold.

C har været direktør og ejer af A frem til den 20. november 2023. Endvidere er C fortsat ejer af og direktør i B. De tvivlsomme fakturaer er sendt direkte af C. C var endvidere chauffør af det køretøj, der mødte op til montering vedrørende rute K88-1 og K89 med to forskellige nummerplader, hvilket er verificeret ved C's underskrift. C har således været bekendt med og deltaget i ombytningen af nummerplader. I begge tilfælde er der tale om forsømmelser begået af C som direktør for A.

Vejdirektoratets udelukkelse af A er sket som følge af A's direkte medvirken i alvorlige forsømmelser. Endvidere har C som direktør og ejer i A begået alvorlige forsømmelser, der kan så tvivl om A's integritet. Adfærd udvist af en repræsentant, som strider mod faglig hæderlighed, kan være af betydning ved vurderingen af en virksomheds faglige hæderlighed, uanset at den pågældende repræsentant efterfølgende ikke længere repræsenterer virksomheden, jf. EU-domstolens dom af 20. december 2017 i sag C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA og Guerrato SpA mod Provincia autonoma di Bolzano m.fl. De alvorlige forsømmelser, som den tidligere ledelse har udført, har dermed også fremadrettet betydning for A som virksomhed, uanset at C ikke længere er ejer af eller direktør i selskabet.

Et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser kan være dokumentation fra egne erfaringer, jf. forarbejderne til udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4. En udelukkelse i medfør heraf skal således ikke afvente endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn, udenretligt forlig, syn og skøn osv. Vejdirektoratets fremlagte dokumentation, herunder politianmeldelse af A, er et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser i henhold til bestemmelsen.

Supplerende blev Vejdirektoratet opmærksom på, at A's årsrapport for regnskabsåret 2022 indeholder en erklæring fra en revisor, hvoraf det bl.a. fremgår, at selskabet i strid med momsloven har indberettet fejlagtige momsangivelser til SKAT, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar. Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, at overtrædelse af skatteregler kan anses som eksempler på alvorlige forsømmelser, som kan skabe tvivl om tilbudsgiverens integritet. Endvidere burde A have afkrydset, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om A's integritet.

Særligt vedrørende påstand 2 har A gjort gældende, at der ikke er hjemmel til at foretage og opretholde identifikationen mellem en fysisk person og tilbudsgiveren, når personen som led i self-cleaning ikke længere er direktør i det tilbudsgivende selskab. Vejdirektoratet har anført, at de påståede forsømmelser er begået af C, men denne person har ikke længere en rolle i ansøgeren A's, hverken som ejer eller direktør.

A har truffet konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene, som var mulige henset til udbuddets hastende karakter samt korte deadlines.

I Vejdirektoratets tildelingsmeddelelse er anført bl.a., at den nye direktør, D, var ansat som transportleder og har ejet alle vognmandstilladelserne i A før sin ansættelse som direktør i selskabet, hvorfor det vurderes, at det ikke er dokumenteret, hvilken forskel den nye direktør vil have for den daglige drift og forebyggelsen af lignende episoder med ikke synede lastbiler og ulovlige nummerplader. Vejdirektoratet vil således ikke acceptere, at self-cleaning kan ske ved udskriftning af direktionen hos tilbudsgiver. Endvidere fremgår det ikke af de oplyste referater af indholdet om politianmeldelsen, at den nye direktør skulle være anmeldt for de pågældende forhold.

Det udgør væsentlige sagsbehandlingsfejl, at Vejdirektoratet ikke har fremlagt politianmeldelsen for tilbudsgiveren på trods af opfordring hertil samt undladt at oplyse, hvilke formalia som er årsag til, at udelukkelse i henhold til udbudslovens § 137 opgives.

Særligt vedrørende påstand 2 har Vejdirektoratet gjort gældende, at A ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, som var egnede til at forebygge yderligere overtrædelser, og at A dermed ikke har dokumenteret den nødvendige pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Vejdirektoratet var derfor berettiget til at udelukke A i medfør af udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4.

En ordregiver har et betydeligt skøn ved vurderingen af, om der er truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, jf. bl.a. klagens netts kendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune.

Vejdirektoratet har foretaget en vurdering af den fremsendte dokumentation for pålidelighed, ligesom Vejdirektoratet har anmodet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en vejledende udtalelse. A har ikke fremlagt tilstrækkelig dokumentation for selskabets pålidelighed i forhold til de tvivlsomme fakturaer, kørsel med forkerte nummerplader, anvendelse af nummerplade på lastbiler, som tilhører personbiler, samt kørsel med lastbiler, som ikke er godkendt ved syn. A har vedrørende de tvivlsomme fakturaer alene fremsendt en redegørelse, der afviser, at de omtalte fakturaer skulle være forfalskede, samt en e-mail fra selskabets revisor, som angiver, at der er normalt samhandelsforhold mellem A og K. Pommergaards Autoservice. Revisoren forholder sig ikke konkret til de enkelte fakturaer, ligesom A ikke på anden vis har fremsendt dokumentation, som understøtter ægtheden af de omtalte fakturaer. A har vedrørende ombytning af nummerplader redegjort for rute K74, hvorefter A har dokumenteret, at der er givet en advarsel til en unavngiven medarbejder som følge af denne overtrædelse.

A har oplyst, at C er fratrådt sin stilling som direktør og har afstået sit ejerskab af A. A har vedlagt en udskrift fra Erhvervsstyrelsen, som viser, at D er indtrådt som direktør og har overtaget kapitalandelene fra C, og en erklæring fra direktør D. D har siden 2021 været fungerende transportleder hos A, hvor

de pågældende forhold, som har medført udelukkelse af A, er foregået. C fortsætter endvidere som chauffør hos A.

A har således ikke fremsendt dokumentation for, hvordan denne omorganisering vil sikre, at de omtalte forhold ikke vil ske igen, ligesom A ikke har oplyst konkrete tiltag, som den nye direktør vil iværksætte, eller hvornår dette vil ske. Endvidere har A ikke dokumenteret, at der er foretaget konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, der sikrer, at virksomhedens chauffør, herunder C, ikke fremadrettet vil begå alvorlige forømmelser.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1

Det følger af udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, at en ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Bestemmelsen implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra c, dog med den ændring, at udelukkelsesgrunden er gjort obligatorisk.

I forarbejderne til bestemmelsen er anført bl.a.:

”...

Den foreslåede bestemmelse i § 136, stk. 1, nr. 4, er formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser. Forsømmelsen skal angå ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, hvilket vil sige, at en alvorlig forsømmelse skal være begået i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed. Ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv skal forstås bredt, således bestemmelsen ikke alene omfatter alvorlige forsømmelser, der er direkte knyttet til kvaliteten af opgaveudførelsen. Andre alvorlige forsømmelser i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed kan endvidere være omfattet af denne bestemmelse.

Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan alene udelukkes, såfremt de forsømmelser denne tidligere har begået har været alvorlige forsømmelser, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet og dermed ansøgerens eller tilbudsgiverens troværdighed i forhold til udøvelsen af virksomhed.

Ansøgerens eller tilbudsgiverens alvorlige forsømmelser skal sætte berettiget spørgsmålstegn ved ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, hvilket betyder, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse.

Alvorlige forsømmelser, der kan skabe tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, kan eksempelvis være: Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Endvidere kan det være en alvorlig forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, men hvor der ikke er faldet endelig dom. Det kan efter omstændighederne også være tilfældet, hvis ordregiver kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har gjort grov brug af illegal arbejdskraft.

Endvidere kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til et udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer. Det er ikke afgrænset, hvilken dokumentation ordregiveren kan benytte for at vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

Når ordregiveren benytter udelukkelsesgrunden, skal det ske under overholdelse af og hensyntagen til principperne, jf. § 2, herunder proportionalitetsprincippet.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Det kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiveren kan påvise dette ved endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.”

Af udbudsdirektivets præambelbetragtning 101 fremgår bl.a.:

”...

I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan

påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser, herunder forpligtelser med relation til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, medmindre andet er fastsat i national lovgivning. De bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, for eksempel manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sået alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelse i national lovgivning.
...”

Vejdirektoratet tildelte delkontrakterne K64-1, K88-1 og K89 til DSV og delkontrakt K78-2 til Lars E. Nielsen ApS på trods af, at A havde afgivet tilbud med den bedste pris på delkontrakterne. Vejdirektoratet har dermed udelukket A fra udbudsproceduren. Begrundelsen er, at A ved udøvelse af sit erhverv havde begået alvorlige forsømmelser i form af forfalskning af fakturaer, ombytning af nummerplader og kørsel i ikke godkendte køretøjer, som medførte, at Vejdirektoratet den 19. oktober 2023 ophævede den daværende kontrakt med B, hvor A var fungerende underleverandør.

Det påhviler Vejdirektoratet som ordregiver at påvise, at A i forbindelse med udøvelse af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om A's integritet.

Efter forarbejderne til udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, kan ordregiver f.eks. løfte sin bevisbyrde, hvis der foreligger en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstils lignende administrativt nævn. Endvidere kan ”dokumentation fra egne eller andres erfaringer” efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen. Det er således ikke et krav, at der skal foreligge en endelig dom, idet Vejdirektoratets egen erfaring og valide oplysninger fra samarbejdspartnere kan udgøre tilstrækkelig begrundelse for at udelukke.

Vejdirektoratet har for klagenævnet fremlagt bl.a. Vejdirektoratets politianmeldelse af B og A ved C, dokumentation fra Vejdirektoratets værkstedsleverandør SAWO A/S og Vejdirektoratets anmodninger til A om at fremsende dokumentation for pålidelighed. Endvidere har A fremlagt bl.a. selskabets klage over udelukkelse med bilag og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse om pålidelighed.

Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om de forhold, som Vejdirektoratet den 13. november 2023 har politianmeldt, og karakteren af den dokumentation, som ligger til grund herfor, finder klagenævnet på det foreløbigt foreliggende grundlag, at Vejdirektoratet har påvist, at A i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om A's integritet, jf. udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4.

Af de samme grunde finder klagenævnet ikke grundlag for at konstatere, at Vejdirektoratet ved at udelukke A fra udbudsproceduren har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 1, at en ordregiver ikke kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137. Endvidere følger det af bestemmelsen, at ordregiveren ved vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed skal indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

”Det fremgår af udbudslovens § 138, stk. 1, at ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, kan forelægge dokumentation, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal anses for at være pålidelig. Kan ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumentere sin pålidelighed, kan ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke udelukkes. Det kan f.eks. være dokumentation, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund. Derudover kan det være dokumentation for foranstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har truffet. Hvis disse foranstaltninger er tilstrækkelige til at sikre ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund, kan ordregiveren ikke udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren.
...”

Endvidere følger det af udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, at en ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

”Det beror på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed. I denne forbindelse skal de ansøgere eller tilbudsgivere, hvor det er relevant, dokumentere de forhold, der fremgår af § 138, stk. 3. Såfremt ordregiveren konstaterer, at dokumentationen er tilstrækkelig, kan ordregiveren ikke udelukke den pågældende ansøger eller tilbudsgiver fra udbudsproceduren. Tilstrækkelig dokumentation kan navnlig omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den pågældende adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.

Derudover kan det tillægges betydning i forbindelse med udelukkelsesgrundene i §§ 136 og 137, om det er den afdeling eller enhed, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, som også skal udføre den konkrete opgave.

...

Ved vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed skal ordregiveren foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag, og i denne vurdering kan ordregiveren - ud over hensynet til karakteren af forseelserne og de trufne foranstaltninger - tillige inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling.

Endvidere skal foranstaltningerne vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene. Det vil alene være nødvendigt for ansøgeren eller tilbudsgiveren at dokumentere pålidelighed vedrørende de forhold, der i den konkrete situation kan begrunde udelukkelse.

...

Det følger af den foreslåede ændring af § 138, stk. 1, at ordregiveren skal indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed. Det indebærer pligt for ordregiver til at indsende oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om baggrunden for udelukkelse af den pågældende ansøger eller tilbudsgiver, samt den dokumentation som virksomheden har tilsendt ordregiveren med henblik på dokumentation af pålidelighed i medfør af udbudslovens § 138. Herudover indebærer det pligt til at afvente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvorvidt den indsendte dokumentation af pålidelighed vurderes tilstrækkelig i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3. Ordregiveren kan vælge at lægge den vejledende udtalelse til grund ved vurderingen af, om virksomheden skal udelukkes eller ej. Da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse alene er vejledende, er ordregiveren derimod ikke forpligtet til at følge denne.

...

Udbudslovens § 138 implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6 og 7. Af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, fremgår bl.a. følgende:

”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.

...

I udbudsdirektivets præambelbetragtning 102 er bl.a. følgende anført:

”Der bør imidlertid tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at

afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte 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 revisions struktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag.
...”

Ved vurderingen af, om Vejdirektoratet som ordregiver skal anerkende, at der er truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, har Vejdirektoratet et betydeligt skøn. Dette skøn kan alene tilsidesættes af klagenævnet, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering, eller hvis Vejdirektoratet har skønnet åbenbart forkert.

Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse om pålidelighed, at det er styrelsens samlede vurdering, at A i den konkrete sag ikke i tilstrækkelig grad har dokumenteret, at virksomheden har indført passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge handlinger som dem, der har ført til udelukkelse. Styrelsen har herved tillagt det særlig vægt, at A om de angiveligt falske fakturaer alene har anført, at der er tale om modregning med diverse tilgodehaver.

Efter en samlet vurdering af de foreløbigt foreliggende oplysninger finder klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte Vejdirektoratets vurdering af, at A ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 1. Den omstændighed, at C er fratruddet ledelsen, kan på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke anses for tilstrækkelig med henblik på at forebygge yderligere forsømmelser.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 2 til følge.

Ad påstand 3

Under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1 og 2, er der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Den første betingelse om *fumus boni juris* er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig