

Notat vedr. Storstrømsbroen

Indholdsfortegnelse

1.	INDLEDNING OG SAMMENFATNING	
2.	DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER	
2.1	Udbudsprocessen.....	
2.1.1	Tekniske dialog.....	
2.1.2	Prækvalifikation.....	
2.1.3	Udskydelse af tidsplan for fortsættelse af udbudsprocessen.....	
2.1.4	Dialogprocessen og tilbudsevalueringen	
2.2	Indhentede erklæringer og certifikater mv.....	
2.3	Hvidlister og anti-mafia undersøgelser.....	
2.4	Italienske retssager	
2.4.1	Sagerne mod Stefano Tomarelli og Alessandro Mazzi	
2.4.2	Sagerne mod Condotte og GLF	
2.4.3	Sagerne mod Duccio Astaldi og Stefano Tomarelli	
2.5	Særligt om Condottes økonomiske forhold	
3.	DEN RETLIGE RAMME.....	
3.1	Udelukkelse af en tilbudsgiver efter udbudsdirektivet	
3.1.1	Obligatoriske udelukkelsesgrunde	
3.1.2	Frivillige udelukkelsesgrunde.....	
3.1.3	Dokumentation i forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde.....	
3.1.4	Den nugældende udbudslov	
3.2	Annulation.....	
3.2.1	Mulige konsekvenser af annulation	
3.2.2	Praksis fra Klagenævnet for Udbud.....	
4.	VURDERING	
4.1	Udelukkelse af Konsortiet	
4.2	Annulation af udbuddet.....	
4.3	Afsluttende bemærkninger og anbefaling til den videre proces	

1. INDLEDNING OG SAMMENFATNING

Den 23. oktober 2017 tildelte Vejdirektoratet en totalentreprisekontrakt om projektering og opførelse af en ny Storstrømsbro til et italiensk konsortium (herefter ”Konsortiet”) bestående af følgende tre italienske selskaber:

- ITINERA S.P.A. (herefter ”Itinera”)
- SOCIETA’ ITALIANA PER CONDOTTE D’ACQUA S.P.A (herefter ”Condotte”)
- GRANDI LAVORI FINCOSIT S.P.A. (herefter ”GLF”)

Underskrift af kontrakten var planlagt til den 19. december 2017, men blev udskudt som følge af et hastesamråd samme dag i Folketingets Transport-, Bygnings- og Boligudvalg, hvor det blev besluttet at anmode Kammeradvokaten om at foretage en vurdering af følgende spørgsmål i lyset af straffesagerne i Venedig:

- 1) Foreligger der på nuværende tidspunkt en udbudsretlig udelukkelsesgrund i forhold til det italienske konsortium?
- 2) Foreligger der på nuværende tidspunkt et udbudsretligt grundlag for at annullere udbuddet?

I forhold til det første spørgsmål er det sammenfattende vores vurdering, at Konsortiet – under henvisning til **straffesagerne i Venedig** - ikke udbudsretligt kan udelukkes på det foreliggende grundlag, hvilket bl.a. betyder, at Vejdirektoratet ikke udbudsretligt har mulighed for at tildele kontrakten til en af de andre tilbudsgivere. Udelukkelse af Konsortiet på uberettiget grundlag vil medføre stor risiko for at skulle betale erstatning til Konsortiet i form af positiv opfyldelsesinteresse (mistet fortjeneste).

I forhold til det andet spørgsmål er det sammenfattende vores vurdering, at der vil være en betydelig risiko for, at en annullation af udbuddet med henblik på gennemførelse af et genudbud vil kunne blive anset for usagligt, hvis dette sker på grundlag af **straffesagerne i Venedig**.

I lyset af kontraktens betydelige økonomiske værdi, kan det dog ikke udelukkes, at annullation af udbuddet ikke vil være usagligt, hvis det sker på grundlag af de nyligt (9. januar 2018) fremkomne oplysninger om **Condottes økonomiske udfordringer og den igangsatte rekonstruktionsproces**, jf. pkt. 2.5. En sådan annullation må dog formentlig – henset til Konsortiets solidariske hæftelse over for Vejdirektoratet – forudsætte, at Vejdirektoratet finder, at der er reel usikkerhed om, hvorvidt Itinera og GLF kan løfte opgaven alene i teknisk og/eller økonomisk henseende.

Hvis udbuddet annulleres på usagligt grundlag for derefter at blive genudbudt på nogenlunde samme grundlag som tidligere, kan det efter vores opfattelse ikke udelukkes, at der vil

.....
kunne ifaldes et erstatningsansvar for positiv opfyldelsesinteresse (mistet fortjeneste) til Konsortiet.

Det er således sammenfattende vores vurdering, at der ikke på nuværende tidspunkt er noget til hinder for, at Vejdirektoratet indgår kontrakt med Konsortiet, forudsat at Vejdirektoratet er tryk ved Konsortiets samlede tekniske og økonomiske formåen i lyset af Condottes situation (den igangsatte rekonstruktionsproces), jf. pkt. 2.5.

Det er dog vores anbefaling, at Vejdirektoratet afventer kontraktindgåelsen og anmoder Konsortiet om at afgive en nærmere redegørelse i forhold til Condottes situation (den igangsatte rekonstruktionsproces).

På grundlag af denne redegørelse fra Konsortiet er det endvidere vores anbefaling, at Vejdirektoratet undersøger behovet for eventuel ekstra økonomisk sikkerhed fra Konsortiet. Det kunne eksempelvis være en moderselskabsgaranti fra Itinera og/eller GFL eller en forhøjelse af bankgarantien. Sådanne yderligere økonomiske sikkerheder vil dog skulle aftales nærmere med Itinera/GFL.

Forud for en kontraktindgåelse vil det efter vores opfattelse endvidere være hensigtsmæssigt, hvis der i kontrakten blev indsat en self-cleaning klausul med henblik på at håndtere eventuelle italienske strafferetlige domme mv., der måtte blive afsagt i løbet af kontraktperioden.

2. DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

I dette afsnit 2 beskriver vi først kort baggrunden og rammerne for den udbudsproces, der resulterede i ovennævnte kontrakttildelelse.

Herefter redegør vi nærmere for de erklæringer og certifikater mv., der efterfølgende blev indhentet fra det vindende konsortium forud for den planlagte kontraktunderskrift. I den forbindelse kommer vi også ind på de hvidlister ("white lists") og anti-mafia undersøgelser, der findes i Italien, og som har været omtalt i medierne i forbindelse med denne sag.

Til sidst beskriver vi de verserende sager i Italien, som vi har kendskab til, og som involverer to af selskaberne i Konsortiet.

Det bemærkes, at vi til brug for klarlæggelsen af de italienske forhold har været bistået af en italiensk advokat¹ (herefter benævnt "den Italienske Advokat"), og at vores beskrivelser i dette notat af de italienske forhold i vidt omfang er baseret på oplysninger fra den Italienske Advokat.

.....
¹ Advokatfirmaet "Pedersoli Studio Legale".

2.1 Udbudsprocessen²

2.1.1 Tekniske dialog

Som led i forberedelserne til udbudsprocessen inviterede Vejdirektoratet i august 2014 potentielle tilbudsgivere til ”teknisk dialog” omkring anlægget af den nye Storstrømsbro. Det er en fremgangsmåde, der særligt i store udbud ofte er en hensigtsmæssig måde at undersøge og øge sit kendskab til markedet på. Vejdirektoratet benyttede bl.a. denne del af processen til at spørge ind til de potentielle tilbudsgiveres økonomiske og tekniske formåen samt tekniske forhold ifm. anlægget af broen.

2.1.2 Prækvalifikation

I februar 2015 udsendte Vejdirektoratet udbudsbekendtgørelsen for kontrakten.

Det fremgik heraf, at der blev stillet et økonomisk mindstekrav om, at ansøgere skulle demonstrere en samlet årlig omsætning på mindst DKK 5 mia. i hvert af de 3 seneste disponible regnskabsår.

Endvidere blev der stillet et teknisk mindstekrav om, at ansøgere skulle have erfaring med totalentrepriser (projektering og anlæg) af nærmere bestemte vej- og jernbanebroer samt funderingsarbejder under vand.

For så vidt angår udelukkelsesgrundene, var det ikke i udbudsbekendtgørelsen anført, at de såkaldte ”frivillige udelukkelsesgrunde” ville blive anvendt³, hvorfor udelukkende de ”obligatoriske udelukkelsesgrunde” var gældende⁴.

Blandt de ansøgere, der opfyldte de økonomiske og tekniske mindstekrav, skulle udvælgelsen af de prækvalificerede ske på grundlag af de mest relevante referencer fra tilsvarende opgaver udført inden for de seneste 5 år.

Ansøgningsfristen var den 27. marts 2015, og der blev modtaget 7 anmodninger om prækvalifikation. Alle ansøgere opfyldte de økonomiske og tekniske mindstekrav. De to ansøgere, der ikke blev prækvalificeret⁵, havde mindre relevante referencer vedrørende jernbanebroer og større betonbroer end de fem prækvalificerede ansøgere⁶. Meddelelse om prækvalifikation blev udsendt i juni 2015.

² Vejdirektoratet har gennem hele udbudsprocessen været bistået af Kammeradvokaten som juridisk rådgiver og Cowi som teknisk rådgiver.

³ I udbudsbekendtgørelsen var kun indsat en generel henvisning til art. 45, stk. 3, om dokumentation, men ikke til de frivillige udelukkelsesgrunde i art. 45, stk. 2.

⁴ Jf. nærmere herom i pkt. 3.1 nedenfor.

⁵ China Communications Construction Company Ltd. (Kina) og BAM Infra BV (Holland) i konsortium med Max Bögl International SE (Tyskland).

⁶ 1. Joint venture: Vinci Construction Grand Projects SAS (FR), Hochtief Infrastructure GmbH (D) og MT Højgaard A/S (DK), 2. Joint venture: Per Aarsleff A/S (DK) og Ed. Züblin AG (D), 3. Joint Venture: Rizzani de Eccher s.p.a (IT), N.V. Besix S.A. (BE) og Acciona Infraestructuras S.A. (ESP), 4. Joint venture: Obrascon Huarte Lain, S.A. (ESP) og SK Engineering & Construction Company Ltd (KOR), 5. Joint venture: Itinera s.p.a (IT), Condotte s.p.a (IT) og Grandi Lavori Fincosit s.p.a (IT).

2.1.3 Udskydelse af tidsplan for fortsættelse af udbudsprocessen

Samtidig med udvælgelsen af de prækvalificerede blev det politisk ønsket at afvente med udsendelsen af udbudsmaterialet til den endelige tidsplan for Femern-forbindelsen var kendt.

Vejdirektoratet vurderede sammen med Kammeradvokaten, at denne udskydelse af tidsplanen var udbudsretlig mulig, og udbudsmaterialet blev herefter udsendt til de prækvalificerede i juli 2016.

2.1.4 Dialogprocessen og tilbudsevalueringen

Udbuddet blev gennemført som en ”konkurrencepræget dialog”, og der blev afholdt 3 dialogrunder med ansøgerne i perioden december 2016 – maj 2017⁷.

Tilbudsfristen var den 19. juli 2017, og Vejdirektoratet modtog tilbud fra 4 tilbudsgivere.

I overensstemmelse med sin gængse praksis, anvendte Vejdirektoratet under tilbudsevalueringen et såkaldt ”to-kuvert system”. Hvert tilbud var således opdelt i en kuvert med tilbudsprisen og en kuvert med den tekniske løsning. Vejdirektoratet gennemførte først den kvalitative evaluering af den tekniske løsning, som tilbudsgiverne herefter blev meddelt. Herefter blev priskuverten åbnet, hvorefter den samlede tilbudsevaluering kunne foretages, og vinderen af udbuddet kunne udpeges⁸.

2.2 Indhentede erklæringer og certifikater mv.

I forbindelse med prækvalifikationen fik Vejdirektoratet underskrevne tro- og loveerklæringer fra de prækvalificerede om, at disse ikke på ansøgningstidspunktet havde ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Endvidere fik Vejdirektoratet i forbindelse med tilbudsafgivelsen (som en del af tilbudslisten) en underskrevet erklæring fra tilbudsgiverne om, at der bl.a. ikke foreligger nogen obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde, jf. art. 45, stk. 1 og 2, og at der ikke er gæld til det offentlige for mere end DKK 100.000.

Efter kontrakttildelingen den 23. oktober 2017 har Vejdirektoratet bl.a. modtaget følgende dokumenter fra Konsortiet:

1. Certifikater udstedt af de italienske skattemyndigheder, der dokumenterer, at selskaberne ikke har udestående skattegæld⁹ eller krav vedr. sociale sikringsordninger.

⁷ Dialogmøderne blev inddelt i seks temaer: Tema 1: Økonomi, risici og cost drivers; Tema 2: Optimering af udbudsmaterialet; Tema 3: Udførelsesmetode, arbejdsprogram, arbejdsplads samt miljøforhold; Tema 4: Geotekniske forhold; Tema 5: Banetekniske forhold samt S&I / CSM og Tema 6: Tilbudsgivers supplerende emner.

⁸ Formålet med to-kuvert systemet er at betrygge tilbudsgiverne i, at der ikke bliver skelet til prisen, når den kvalitative evaluering bliver foretaget.

⁹ Det fremgår af certifikatet for Itinera S.P.A., at selskabet har påklaget et skattekrav på EUR 96.046 vedrørende skatteåret 2016. Sag verserer stadig, og der er derfor ikke truffet endelig afgørelse vedrørende kravet.

2. Straffeattester udstedt i sidste halvår af 2017 af det italienske justitsministerium for hvert af de 3 selskaber, hvoraf det fremgår, at selskaberne ikke er dømt for strafbare forhold. Det fremgår også heraf, at selskaberne ikke er erklæret konkurs.
3. Straffeattester udstedt i sidste halvår af 2017 af det italienske justitsministerium for ledende medarbejdere i de 3 selskaber, hvoraf det fremgår, at personerne ikke er dømt for strafbare forhold.
4. Opdaterede selskabsudskrifter for de 3 selskaber.
5. Certifikater udstedt i sidste halvår af 2017 af den italienske anklagemyndighed for hvert af de 3 selskaber, hvoraf det fremgår, at selskaberne ikke er tiltalt i verserende strafferetlige sager.
6. Certifikater udstedt i sidste halvår af 2017 af den italienske anklagemyndighed for ledende medarbejdere i de 3 selskaber, hvoraf det fremgår, at personerne ikke er tiltalt i verserende strafferetlige sager.

For så vidt angår certifikaterne i punkt 5 og 6, er de udstedt af det distrikt i Italien, hvor det/den pågældende selskab/person er hjemmehørende. Både Konsortiet og den Italienske Advokat har dog oplyst, at certifikaterne kun gælder for det distrikt, hvor de er udstedt, hvilket er årsagen til, at de i pkt. 2.4 nævnte sager, der verserer i Venedig, ikke fremgår af Condottes og GLF's certifikater. Certifikaterne kan således ikke tages som udtryk for, at der ikke er andre verserende sager i andre områder (distrikter) af Italien, da der ikke i den henseende findes et centralt register, der dækker hele Italien. Dette står i modsætning til straffeattesterne (punkt 2 og 3), som er fra centrale registre dækkende hele Italien.

Endvidere har Vejdirektoratet modtaget en såkaldt "legality rating" vedrørende Condotte udstedt af de italienske konkurrencemyndigheder. Det er en slags "akkrediteringsordning" for selskaber, og Condotte har modtaget den maksimale vurdering (3 stjerner)¹⁰.

2.3 Hvidlister og anti-mafia undersøgelser¹¹

Ud over de i pkt. 2.2 nævnte certifikater kan italienske selskaber søge om optagelse på såkaldte "hvidlister". Alle italienske selskaber kan søge om optagelse, men det er kun et krav for selskaber, der opererer inden for nærmere bestemte sektorer, som også omfatter visse typer af byggeanlægsarbejder.¹² Hvis et selskab er optaget på hvidlisten, betyder det, at der ikke er fundet tegn på mafia-forbindelser el.lign.

Alle 3 selskaber i Konsortiet har søgt om optagelse på hvidlisten, men på nuværende tidspunkt er kun Itineras ansøgning imødekommet. GLF ansøgte den 11. august 2017, og Condotte ansøgte den 24. april 2015 (og har senere hen gentagne gange fornyet sin ansøg-

¹⁰ Selv om det ikke kan erstatte en decideret anti-mafia kontrol, jf. pkt. 2.3, er det oplyst af den Italienske Advokat, at der også i en "3-stjernet legality rating" indgår et anti-mafia check af et vist omfang.

¹¹ Oplysningerne herom er baseret på de redegørelser og forklaringer, som vi har fået fra den Italienske Advokat.

¹² De pågældende "hvidliste-sektorer" er følgende: "1. Transport to landfills of waste on behalf of third parties; 2. Transport, including cross-border transport, and waste disposal on behalf of third parties; 3. Extraction, supply and transport of land and inert materials; 4. Production, supply and transport of concrete and bitumen; 5. Freight of machineries without operator; 6. Supply of worked iron; 7. Freight of machineries with operator; 8. Road transport on behalf of third parties; 9. Security services on work sites."

ning), men begges ansøgninger er fortsat under behandling. Itinera har over for den Italienske Advokat oplyst, at deres samlede ansøgningsproces varede i ca. 2 år. Den Italienske Advokat har oplyst, at det ikke er usædvanligt med lange sagsbehandlingstider, og at lange sagsbehandlingstider ikke i sig selv kan ses som et tegn på, at der foreligger mistænkelige forhold.

Hvor hvidlisten er et certifikat, som det enkelte selskab får udleveret, når/hvis selskabet bliver optaget på listen, findes der herudover i Italien en anden form for ”anti-mafia kontrol”, som det enkelte selskab hverken søger om eller har nærmere indsigt i. Det er en kontrol, der foretages alene af de italienske myndigheder, og som disse er forpligtede til at foretage (for kontrakter over en vis størrelse), inden der indgås kontrakt med private virksomheder.

Den Italienske Advokat har oplyst, at adgangen til de ”anti-mafia databaser” mv., der anvendes af de italienske myndigheder til brug for denne kontrol, ikke er tiltænkt myndigheder uden for Italien. Vi har ikke desto mindre bedt advokaten om at rette en forespørgsel herom til de italienske myndigheder på vegne af Vejdirektoratet. De italienske anti-mafia myndigheder har den 10. januar 2018 meddelt den Italienske Advokat, at en anmodning fra en udenlandsk myndighed om en ”anti-mafia kontrol” ikke vil blive imødekommet, da denne mulighed kun består for italienske myndigheder. Endvidere bekræftede myndigheden, at en lang sagsbehandlingstid for hvidliste-ansøgninger ikke i sig selv kan ses som tegn på mafia-forbindelser el.lign.

Konsortiet har oplyst, at alle 3 selskaber har indgået nye kontrakter eller tillæg til eksisterende kontrakter med italienske myndigheder i 2017. Dette kan ifølge den Italienske Advokat ses som en indirekte konstatering af, at de pågældende italienske myndigheder, der er forpligtede til at foretage ovennævnte ”anti-mafia kontrol” inden kontraktindgåelser, ikke har fundet noget til hinder for at indgå kontrakterne med selskaberne. Endvidere er en italiensk myndighed som udgangspunkt forpligtet til at ophæve en igangværende kontrakt, hvis der i løbet af kontraktperioden viser sig at bestå forbindelse mellem leverandøren og mafiaen.

2.4 Italienske retssager

Vi har kendskab til de nedenfor beskrevne korrupsionssager i Italien med tilknytning til Condotte og GLF. Sagerne vedrører et større byggeprojekt i Venedig (”MOSE” projektet), som konsortiet ”Venezia Nuova Consortium-CVN” var involveret i, og Condotte og GLF var en del af dette konsortium.

Sagerne, som vi har kendskab til, kan opdeles i følgende 3 kategorier:

2.4.1 Sagerne mod Stefano Tomarelli og Alessandro Mazzi

Den Italienske Advokat har oplyst, at ”Mose sagerne” blev indledt i 2013 og er delt op i 6 dele. Den første del (”Mose 1”) var straffesager mod ca. 50 individuelle personer, herunder

Stefano Tomarelli, der er tidligere teknisk direktør hos Condotte, og Alessandro Mazzi, der er tidligere bestyrelsesformand for GLF.

Begge blev afskediget i 2013/2014 af henholdsvis Condotte og GLF umiddelbart efter, at det blev meddelt, at de to mænd var under strafferetlig efterforskning. Endvidere har Condotte og GLF anlagt erstatningssager mod Tomarelli og Mazzi. I september 2017 blev flere af de tiltalte personer i ”Mose 1” dømt, og Tomarelli og Mazzi anmodede om såkaldt ”plea bargaining” (dvs. at den tiltalte fx kender sig skyldig i visse forhold mod, at anklagemyndigheden frafalder andre forhold).

2.4.2 Sagerne mod Condotte og GLF

I 2015 startede straffesager mod 8 selskaber, der var del af ovennævnte konsortium, herunder Condotte og GLF. Sagerne har endnu ikke taget form af egentlige retssager, men anklagemyndigheden har dog rejst tiltale mod selskaberne. Sagerne drejer sig dels om betalingen af nogle beløb, som påstås at have været anvendt til bestikkelse til gavn for selskaberne, og dels om selskabernes interne procedurer mv., og hvorvidt disse levede op til lovgivningens krav. En dommer skal nu tage stilling til den videre proces, og senest har der den 21. december 2017 været en høring om, hvorvidt de enkelte selskaber kunne anerkende anklagerne, eller om der i givet fald vil skulle gennemføres egentlige retssager. På høringen blev det dog besluttet at udskyde dette til en ny høring den 27. februar 2018.

Condotte og GLF har i en skriftlig erklæring til Vejdirektoratet bekræftet, at selskaberne ikke anerkender anklagerne, og at de i givet fald vil forsvare sig under en kommende retssag.

Den Italienske Advokat har oplyst, at det i tilfælde af en retssag mod selskaberne kan tage flere år, før der foreligger en endelig dom.

2.4.3 Sagerne mod Duccio Astaldi og Stefano Tomarelli

Ud over ”Mose 1 - sagen” (jf. pkt. 2.4.1) er Stefano Tomarelli også involveret i ”Mose 6”, der drejer sig om strafferetlige overtrædelser af skattelovgivningen.

Endvidere er den nuværende bestyrelsesformand for Condotte, Duccio Astaldi, involveret i ”Mose 6”, idet Duccio Astaldi har modtaget en såkaldt ”Notice of Investigation”. Ifølge den Italienske Advokat blev nogle foreløbige efterforskningsskridt afsluttet i november 2017, men der er ikke rejst tiltale i sagen. Om det sker, vil muligvis blive afgjort inden for de kommende måneder, men er på nuværende tidspunkt uvist.

2.5 Særligt om Condottes økonomiske forhold

Vi har den 9. januar 2018 fået oplyst af Konsortiet, at Condotte den 8. januar 2018 har indgivet begæring om en rekonstruktionsproces.¹³ Den Italienske Advokat har oplyst, at der er

¹³ På overordnet niveau minder processen umiddelbart om en ”rekonstruktion” efter danske regler. Den italienske betegnelse for processen i Italien er ”*concordato preventivo con continuità aziendale*”.

.....

tale om en domstols-styret proces, som selskaber, der er insolvente eller i en økonomisk krisesituation, kan benytte sig af. Formålet med processen er at forsøge at undgå en konkurs baseret på kreditorernes godkendelse af et forslag fra selskabet i forhold til håndtering af gælden.

Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår både af udbudsbekendtgørelsen, kontraktgrundlaget og af en indgået "Joint Venture Agreement" mellem selskaberne i Konsortiet, at der er solidarisk hæftelse mellem selskaberne over for Vejdirektoratet. Endvidere skal Konsortiet stille med en bankgaranti på 15 % af kontraktsummen.

3. DEN RETLIGE RAMME

3.1 Udelukkelse af en tilbudsgiver efter udbudsdirektivet

Totalentreprisen vedrørende Storstrømsbroen blev udbudt inden udbudslovens ikrafttræden og dermed i henhold til det tidligere gældende direktiv 2004/18/EF (herefter benævnt "udbudsdirektivet"). Reglerne om udelukkelse af en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure fremgår af dette direktivs artikel 45. Der skelnes i direktivet mellem udelukkelse som følge af en obligatorisk udelukkelsesgrund (pkt. 3.1.1) og udelukkelse efter en frivillig udelukkelsesgrund (pkt. 3.1.2).

3.1.1 Obligatoriske udelukkelsesgrunde

De obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer, at ordregiveren har pligt til at udelukke virksomheder, der er omfattet heraf.

Af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, følger:

"Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:

- a) deltagelse i en kriminel organisation [...]
- b) bestikkelse [...]
- c) svig [...]
- d) hvidvaskning af penge [...]"
(vores understregning)

Det følger således heraf, at en ordregivende myndighed er forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver/ansøger fra udbudsprocedurer, hvis denne ved ”endelig dom” er dømt for at deltage i en kriminel organisation, bestikkelse, svig eller hvidvaskning af penge¹⁴.

Det fastlås afslutningsvis i artikel 45, stk. 1, at ordregiverne kan anmode om dokumentation fra virksomhedsledere eller andre, der er bemyndigede til at repræsentere, træffe beslutninger vedrørende eller kontrollere ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis ordregiver er i tvivl om deres personlige forhold. Dette er i den juridiske litteratur udlagt således, at udelukkelsen også rammer en ansøger eller tilbudsgiver i de tilfælde, hvor en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde foreligger hos en direktør, andre ledere og et kontrollerende selskab.¹⁵ Bestemmelsens nærmere betydning er imidlertid uklar¹⁶.

3.1.2 Frivillige udelukkelsesgrunde

I modsætning til de obligatoriske udelukkelsesgrunde er det op til ordregiver at beslutte, om denne ønsker at anvende de frivillige udelukkelsesgrunde.¹⁷ Hvis ordregiver ønsker at gøre brug af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde, er det en udbredt opfattelse i den juridiske litteratur, at ordregiver på forhånd skal angive dette i udbudsbekendtgørelsen, og at der herefter også består en pligt til faktisk at anvende dem.¹⁸

¹⁴ I klagenævnets kendelse af 4. juli 2017, Munck Gruppen A/S mod Rønne Havn A/S, udtalte klagenævnet følgende i forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde i den nugældende udbudslovs § 135, hvorefter der også stilles krav om endelig dom/vedtaget bødeforlæg: ”Af de avisartikler, som Munck Gruppen har fremlagt, fremgår, at de personer, der i april 2017 var under mistanke for korruption, var henholdsvis et bestyrelsesmedlem/rådgiver og en tidligere bestyrelsesformand og CEO i Obrascón.

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

¹⁵ Michael Steinicke & Lise Groesmeyer: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, side 1131 f. Se også Jesper Fabricius: *Offentlige indløb i praksis*, 2. udgave 2012, Karnov Group Denmark A/S, side 390.

¹⁶ Uklarheden er nu ryddet af vejen i den gældende udbudslov, hvor det fremgår af § 135, stk. 2, at en ansøger/tilbudsgiver også skal udelukkes, hvor en person, der er medlem af ledelsen eller i øvrigt har nærmere bestemte beføjelse til at repræsentere ansøgeren/tilbudsgiveren, er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg i relation til de obligatoriske udelukkelsesgrunde (§ 135, stk. 1).

¹⁷ De frivillige udelukkelsesgrunde følger af art. 45, stk. 2, og omfatter tilfælde, hvor den økonomiske aktør

- a) er under konkurs, likvidation, skifte, tvangsakkord uden for konkurs eller lignende situationer,
- b) er begæret taget under en af de i pkt. a) nævnte procedurer,
- c) er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed,
- d) ved udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som ordregiver beviseligt har konstateret,
- e) ikke har opfyldt sine forpligtelser vedr. betaling af sociale sikringsordninger,
- f) ikke har opfyldt sine forpligtelser vedr. betaling af skatter og afgifter, og
- g) svigagtigt har givet urigtige oplysninger i nærmere bestemt sammenhæng.

¹⁸ Se i den forbindelse Michael Steinicke & Lise Groesmeyer: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, side 1133 f. Se også Jesper Fabricius: *Offentlige indløb i praksis*, 2. udgave 2012, Karnov Group Denmark A/S, side 393. Kravet fremgår ikke udtrykkeligt af udbudsdirektivet, men udspringer af det udbudsretlige princip om gennemsigtighed. Det er også præciseret i den nugældende udbudslov (§ 137), at anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde forudsætter, at den ordregivende myndighed anfører dette i udbudsbekendtgørelsen, og ifølge forarbejderne til bestemmelsen består der herefter en pligt til at anvende dem.

3.1.3 Dokumentation i forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde

Det fremgår af udbudsdirektivets art. 45, stk. 3, at *"en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed"* godkendes som *"tilstrækkeligt bevis for"*, at der ikke foreligger en obligatorisk udelukkelsesgrund.

Det følger således heraf, at en dansk ordregiver ikke udbudsretligt kan stille krav om fremlæggelsen af forskellige andre certifikater, herunder de i pkt. 2.3 nævnte certifikater m.v. (hvidlister mv.), i forhold til vurderingen af de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

3.1.4 Den nugældende udbudslov

Opdelingen i obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde er bibeholdt i udbudsloven, og med visse justeringer/ændringer er de enkelte udelukkelsesgrunde i vidt omfang også videreført i den nugældende udbudslov.

Med udbudsloven er dog indført en ny regulering om adgang til "self-cleaning" i forhold til anvendelsen af udelukkelsesgrundene, som det er også relevant at være opmærksom på i denne sammenhæng, selv om udbuddet vedrørende Storstrømsbroen er gennemført efter de tidligere gældende regler. Denne regulering beskrives derfor i det følgende.

3.1.4.1 Self-cleaning efter udbudslovens § 138

I medfør af udbudslovens § 138, stk. 1, kan en ordregiver ikke 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 de obligatoriske og/eller frivillige udelukkelsesgrunde i §§ 135-137. Ordregiver er således efter § 138, stk. 2, forpligtet til at foretage en høring af en ansøger eller tilbudsgiver forud for, at der træffes beslutning om udelukkelse, således at ansøger eller tilbudsgiver får lejlighed til at forelægge tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed.

Efter udbudslovens § 138, stk. 3, er en ansøgers eller tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren:

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

Der er tale om en konkret vurdering, og ansøgeren eller tilbudsgiveren skal alene dokumentere sin pålidelighed i forhold til den relevante udelukkelsesgrund. Der kan i vurderingen heraf tages hensyn til grovheden af og omstændighederne i øvrigt vedrørende den konkrete

.....
situation. Ordregiveren kan endvidere inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling.

For så vidt angår den første betingelse, er denne alene relevant, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren er blevet pålagt at yde erstatning eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af den konkrete udelukkelsesgrund.

For så vidt angår den anden betingelse, er denne alene relevant, såfremt handlingen omfattet af udelukkelsesgrunden har været genstand for en undersøgelse af en undersøgelsesmyndighed. Det aktive samarbejde er karakteriseret ved, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal udlevere relevante informationer og dokumentation og på andre måder gøre indgående rede for forhold og omstændigheder angående den konkrete udelukkelsesgrund. Det er dog ikke et krav, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger belastende dokumentation af egen drift. Det antages endvidere, at det aktive samarbejde primært drejer sig om oplysning af sagens faktum. Samarbejdet kan dokumenteres ved fx at fremlægge en erklæring fra myndigheden eller virksomheden selv.

For så vidt angår den tredje betingelse, kan de trufne foranstaltninger i medfør af forarbejderne navnlig bestå i afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelse af interne regler for ansvar og kompensation.

Vurderer ordregiveren, at tilbudsgiveren ikke er pålidelig med henvisning til utilstrækkelig dokumentation, skal dette begrundes overfor tilbudsgiveren, jf. udbudslovens § 138, stk. 4.

3.2 Annullation

Udbudsdirektivet indeholder ikke bestemmelser, som regulerer, hvornår ordregiver må aflyse et udbud. Det er derfor retspraksis samt praksis fra Klagenævnet for Udbud, som opstiller grænserne herfor. Det er i praksis slået fast, at ordregiver må aflyse et udbud, hvis aflysningen ikke forfølger et formål, som er i strid med princippet om ligebehandling, eller i øvrigt må anses for usagligt. Dette fremgår også af lovmærkningerne til den nugældende udbudslovs § 2:

”EU-Domstolen har fastslået, at iværksættelse af et offentligt udbud ikke indebærer en kontraheringspligt, og at ordregiveren derfor som udgangspunkt har ret til at aflyse et udbud. Retten til at aflyse er ikke betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller at der er tale om et undtagelsestilfælde. Ordregiveren er således berettiget til at aflyse et udbud, medmindre det konkret strider mod fællesskabsrettens grundlæggende principper, herunder gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.”

Ifølge domstols- og klagenævnspraksis¹⁹ er ordregivers adgang til at annullere et udbud alene begrænset ved, at annullationen ikke må stride mod fællesskabsrettens grundlæggende principper, herunder gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, eller være usaglig. Udbuddet kan annulleres helt frem til kontraktindgåelse og altså også efter, at kontrakten er tildelt, men endnu ikke underskrevet.²⁰

3.2.1 Mulige konsekvenser af annulation

Klagenævnet for Udbud har kompetence til at tage stilling til, om ordregivers aflysning af udbuddet er i overensstemmelse med udbudsreglerne. I forbindelse med en klage påhviler det klageren at bevise, at aflysningen har været begrundet i usaglige hensyn.

Såfremt en annulation af udbuddet ikke har forfulgt usaglige formål, er udgangspunktet, at ordregiver ikke bliver erstatningsansvarlig overfor deltagerne i udbudsprocessen.²¹

Såfremt ordregivers annulation af et udbud forfølger usaglige hensyn, kan det ikke udelukkes, at ordregiver kan blive erstatningsansvarlig for positiv opfyldelsesinteresse til dén tilbudsgiver, som ellers ville have vundet den udbudte kontrakt, hvis ordregiver umiddelbart efter annullationen genudbyder en stort set tilsvarende kontrakt, der herefter indgås med vinderen af genudbuddet.²²

Erstatning for positiv opfyldelsesinteresse udmåles som udgangspunkt som klagerens mistede avance ved ikke at få tildelt den udbudte kontrakt. Klageren skal for at få erstatning for positiv opfyldelsesinteresse dels bevise, at klager var den rette vinder af udbuddet, og dels bevise sit tab.

3.2.2 Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud har haft en omfattende praksis vedrørende ordregivers mulighed for at aflyse et udbud. Nedenfor følger eksempler på årsager, som klagenævnet har vurderet at være hhv. saglige og usaglige grunde til at aflyse et udbud:

¹⁹ Retsstillingen vedrørende ordregivende myndigheders adgang til at annullere et udbud eller en licitation synes afklaret ved UfR 2011.3129 H, der følger principperne i EU-Domstolens afgørelser i dom af 18. juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingénieurs) og dom af 16. oktober 2003, C-244/02 (Kauppatalo Hansel Oy). Se også klagenævnets kendelse af 16. august 2012 (Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening) og kendelse af 30. august 2012 (Svejgaard-Galst Advokataktieselskab mod Frederiksberg Kommune).

²⁰ Jf. klagenævnets kendelse af 4. juni 2015, Hoffmann A/S mod Region Hovedstaden.

²¹ Det kan imidlertid ikke udelukkes, at det kan forholde sig anderledes, såfremt ordregivers annulation skyldes fejl og mangler i udbudsmaterialet eller udbudsprocessens gennemførelse, eller såfremt ordregiver har handlet illoyalt overfor tilbudsgiverne. Klagenævn for Udbud tillagde således klageren negativ kontraktinteresse i kendelsen af 24. juli 2009, Lyreco Danmark A/S mod Varde kommune, hvor ordregiveren sagligt havde annulleret udbuddet som følge af en fejlbehæftet udbudsprocedure.

²² Der er EU-retlig praksis fra Retten i Første Instans (dom af 28. januar 2016 i sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA, Bruxelles (Belgien) mod Europa-Kommissionen, der er blevet opretholdt af EU-Domstolen, jf. C-198/16 P af 19. oktober 2017), der kunne tyde på, at der i forbindelsen med annulation kun kan ifaldes erstatning for den negative kontraktinteresse (omkostningerne ved at deltage i tilbuddet mv.). Efter vores opfattelse kan dommen dog ikke uden videre overføres til danske forhold, og omstændigheder i sagen adskiller sig også væsentligt fra den aktuelle situation beskrevet i dette notat.

Saglige årsager

- Der er kun én egnet tilbudsgiver²³.
- Der er sket fejl i udbudsproceduren, bl.a.:
 - Udbudsbetingelserne er uklare eller ugenomsigtige²⁴.
 - Der er sket sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier²⁵.
 - Der er mistanke om inhabilitet eller interessekonflikter²⁶.
 - Ordregiver har brugt de forkerte retsregler²⁷.
 - Der er mangler ved udbudsmaterialet²⁸.
 - Der er sket fejl i tilbudsvurderingen²⁹.
- Ordregiver ønsker, at der er et bredt internationalt felt af deltagere i en projektkonkurrence³⁰.
- Ændrede budgetmæssige og strukturelle forhold³¹.
- Ordregiver kan ikke få opfyldt det tilsigtede formål ved gennemførelse af tilbudet³².
- Ordregiver ønsker selv at udføre opgaven³³.

Der findes enkelte sager, hvor Klagenævnet for Udbud har fundet, at ordregivers aflysning af et udbud var usaglig. Herunder følger eksempler på usaglige årsager til aflysning, hvor det ifølge praksis ikke var lovligt for ordregiver at aflyse et udbud.

Usaglige årsager:

- Ordregiver ønsker at afbøde virkningen af en klage til klagenævnet³⁴.
- Ordregiver angiver en urigtig begrundelse for aflysningen³⁵.
- Der er stor spredning i de afgivne bud³⁶.
- Ordregiver ønsker at undgå at indgå kontrakt med en bestemt tilbudsgiver³⁷.

²³ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. maj 2011, Falck Danmark A/S mod Brand og Redning Djursland.

²⁴ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. november 2009, A/S Jens Jensen og sønner m.fl. mod Viborg Kommune.

²⁵ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S.

²⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. februar 2001, Zealand Care A/S mod Frederikshavn Kommune og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark mod Greve Spildevand A/S.

²⁷ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. september 2010, Getinge Danmark A/S mod Region Midtjylland.

²⁸ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. april 1996, Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2011, Nykøbing Dag- og Industrirenovation mod Skive Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. juni 2015, Hoffmann A/S mod Region Hovedstaden, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. december 2011, Nørmark Privathospital mod Region Sjælland og Østre Landsrets dom af 16. august 2000 i sag B-1654-97.

²⁹ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. oktober 2008, TagVision A/S mod Egedal Kommune.

³⁰ jf. Østre Landsrets dom af 3. maj 2002, i sag B-2585.

³¹ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2006, Alliance Clean & Care A/S mod Retten i Odense.

³² jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. august 2012, Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening.

³³ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. april 2001, Dansk Transport og Logistik mod Nykøbing Falster Kommune.

³⁴ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Undervisningsministeriet. Afgørelsen blev indbragt for domstolene (16. august 2000 i sag B-1654-97) og omgjort af Landsretten, som fandt, at der ikke var grund til at antage, at det egentlige formål med aflysningen var et ønske om at afbøde klagen til Klagenævnet.

³⁵ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. februar 2011, Dansk Glas A/S mod Christians Sogn Menighedsråd. Sagen er dog afgjort efter Klagenavnets tidligere praksis, hvor indklagede havde bevisbyrden for, at aflysningen er saglig.

³⁶ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune.

³⁷ jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. februar 2011, Dansk Glas A/S mod Christians Sogn Menighedsråd. Sagen er dog afgjort efter Klagenavnets tidligere praksis, hvor indklagede har bevisbyrden for, at aflysningen er saglig.

4. VURDERING

4.1 Udelukkelse af Konsortiet

Det er vores vurdering, at de frivillige udelukkelsesgrunde ikke er ”aktiveret” i udbudsbeholdningen³⁸, og det derfor alene er de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der finder anvendelse.

Anvendelsen af de obligatoriske udelukkelsesgrunde forudsætter, at der foreligger en endelig dom vedrørende et af selskaberne eller ansatte ledende medarbejdere. Det er dokumenteret ved fremlæggelse af straffeattester for selskaberne og de pågældende medarbejdere, at dette ikke er tilfældet. Der er heller ingen konkrete holdepunkter for at antage, at dette skulle ændre sig inden for den nærmeste fremtid.³⁹

Stefano Tomarelli og Alessandro Mazzi, som er de nu dømte personer, der tidligere var ansat hos Condotte og GLF, blev afskediget tilbage i 2013/2014. Disse domme (fra september 2017) har derfor næppe betydning i relation til udelukkelsesgrundene, da de pågældende personer ikke længere repræsenterer selskaberne.⁴⁰

De verserende sager mod Condotte og GLF og den igangværende efterforskning af Condottes bestyrelsesformand, Duccio Astaldi, kan heller ikke føre til udelukkelse af Konsortiet, da disse sager endnu ikke har ført til en endelig dom (og det i øvrigt er uvist, om det vil ske).

I forhold til italienske hvidlister og anden italiensk anti-mafia kontrol er det vores vurdering, at der ikke er udbudsretligt grundlag for at kræve yderligere dokumentation end den i udbudsdirektivets art. 45, stk. 3, nævnte (dvs. de straffeattester, som vi har fået). I øvrigt bemærkes, at der efter det af den Italienske Advokat oplyste ikke på nuværende tidspunkt er tilgængelige oplysninger, der indikerer, at Konsortiet skulle have mafia-forbindelser el.lign. Som nævnt i pkt. 2.3, kan den lange sagsbehandlingstid for hvidliste-ansøgningerne ikke i sig selv ses som tegn på mistænkelige forhold, og en anmodning fra Vejrektoratet til de italienske myndigheder om at foretage en ”anti-mafia kontrol” på selskaberne vil blive afvist.

Det er derfor vores vurdering, at Konsortiet ikke udbudsretligt kan udelukkes på det foreliggende grundlag, og at der derfor heller ikke kan indgås kontrakt med en af de andre tilbudsgivere.

³⁸ Som anført i pkt. 2.2 fik Vejdirektoratet dog i forbindelse med tilbudsafgivelsen også en erklæring fra tilbudsgiverne om, at der hverken foreligger obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde, jf. art. 45, stk. 1 og 2.

³⁹ På høringen, der blev udskudt til den 27. februar 2018, jf. pkt. 2.4.2, er det forventningen, at en dommer tager stilling til, om der skal indledes egentlige retssager, men der vil ikke på den dag falde domme i sagerne. Der vil formentlig gå år, inden der falder dom.

⁴⁰ I øvrigt er det usikkert, om art. 45, stk. 1, i det tidligere udbudsdirektiv overhovedet skal fortolkes således, at ledelsesmedlemmer skal identificeres med selskabet i relation til udelukkelsesgrundene.

Det bemærkes, at udelukkelse af Konsortiet på uberettiget grundlag vil medføre stor risiko for at skulle betale erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse (mistet fortjeneste)⁴¹.

I forhold til de frivillige udelukkelsesgrunde bemærkes endvidere, at det for Vejdirektoratet og mange andre statslige ordregivere ikke var usædvanligt i udbud efter udbudsdirektivet kun at benytte de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Det kan der være forskellige overvejelser bag, men anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde kan efter omstændighederne medføre vanskelige fortolkningsspørgsmål, eksempelvis i forhold til hvornår der foreligger en *"alvorlig fejl"*, der *"beviseligt"* kan konstateres.⁴² Endvidere vil aktiveringen af de frivillige udelukkelsesgrunde vedrørende konkurs mv.⁴³ efter omstændighederne kunne stille en ordregiver i en vanskelig situation. Hvis fx en mindre betydningsfuld deltager i et konsortium bliver begæret konkurs, men konsortiet i øvrigt består af flere andre solide virksomheder, som ordregiver føler sig helt tryk ved, kan det skabe usikkerhed om ordregivers mulighed for at lade konsortiet fortsætte i udbudsprocessen, når denne udelukkelsesgrund er aktiveret (og derfor også skal bruges).

4.2 Annullation af udbuddet

Til brug for vurderingen af, om udbuddet lovligt kan annulleres, lægger vi til grund, at der straks efter en annullation ville blive gennemført et fornyet udbud med henblik på snarest muligt at kunne indgå kontrakt om projektering og anlæg af Storstrømsbroen. Endvidere lægger vi til grund, at et sådant fornyet udbud i al væsentlighed ville ske på samme grundlag, herunder samme kravspecifikation, kontraktgrundlag osv.

Hvis udbuddet blev annulleret på grundlag af straffesagerne i Venedig mod Condotte og GLF samt efterforskningen mod Condottes bestyrelsesformand, Duccio Astaldi, vil der efter vores opfattelse være en betydelig risiko for, at annullation af udbuddet vil blive anset for usaglig. Der er herved lagt vægt på, at sagerne/efterforskningen efter vores opfattelse ikke i sig selv findes at skabe en sådan usikkerhed om kontraktforholdet, at det kan begrunde en annullation af udbuddet.

I lyset af kontraktens betydelige økonomiske værdi, kan det dog ikke udelukkes, at annullation af udbuddet ikke vil være usagligt, hvis det sker på grundlag af de nyligt (9. januar 2018) fremkomne oplysninger om Condottes økonomiske udfordringer og den igangsatte rekonstruktionsproces, jf. pkt. 2.5. En sådan annullation må dog formentlig – henset til Konsortiets solidariske hæftelse over for Vejdirektoratet – forudsætte, at Vejdirektoratet finder, at der er reel usikkerhed om, hvorvidt Itinera og GLF kan løfte opgaven alene i teknisk og/eller økonomisk henseende.

Hvis udbuddet annulleres på usagligt grundlag for derefter at blive genudbudt på nogenlunde samme grundlag som tidligere, kan det efter vores opfattelse ikke udelukkes, at der vil

⁴¹ Det vil altid være en konkret vurdering for den enkelte kontrakt, men erfaringsmæssigt vil der formentlig være tale om 5 – 10 % af kontraktværdien.

⁴² Jf. art. 45, stk. 2, litra d).

⁴³ Jf. art. 45, stk. 2, litra a) og b).

.....
kunne ifaldes et erstatningsansvar for positiv opfyldelsesinteresse (mistet fortjeneste) til Konsortiet.

Det bemærkes endvidere, at et eventuelt genudbud vil skulle ske efter udbudsloven, herunder den i pkt. 3.1.4.1 omtalte bestemmelse om adgangen til ”self-cleaning” (§ 138). Virksomheder, der måtte deltage i et genudbud, og som måtte være omfattet af en (obligatorisk eller frivillig⁴⁴) udelukkelsesgrund, vil således skulle have mulighed for ”self-cleaning”, før de eventuelt vil kunne udelukkes fra udbuddet.

4.3 Afsluttende bemærkninger og anbefaling til den videre proces

Under henvisning til pkt. 4.1 og 4.2 er det sammenfattende vores vurdering, at der ikke på nuværende tidspunkt er noget til hinder for, at Vejdirektoratet indgår kontrakt med Konsortiet, forudsat at Vejdirektoratet er tryk ved Konsortiets samlede økonomiske og tekniske formåen i lyset af Condottes situation (den igangsatte rekonstruktionsproces), jf. pkt. 2.5.⁴⁵

I den forbindelse bemærkes, at kontrakten indeholder en klausul⁴⁶, hvorefter Vejdirektoratet kan ophæve kontrakten, hvis ”*entreprenøren er kommet under rekonstruktionsbehandling og ikke inden 5 arbejdsdage, og med rekonstruktørens samtykke, tilkendegiver at ville videreføre entrepriseaftalen*”.

Endvidere fremgår følgende af samme bestemmelse: ”Hvis entreprenørens økonomiske forhold i øvrigt viser sig at være således, at han må antages at være ude af stand til at opfylde entrepriseaftalen, kan bygherren hæve aftalen. Hæveretten er betinget af, at entreprenøren ikke har stillet eller på bygherrens opfordring ikke straks, og med rekonstruktørens samtykke, stiller betryggende sikkerhed for aftalens opfyldelse.”

Det er på den baggrund vores anbefaling, at Vejdirektoratet afventer kontraktindgåelsen og anmoder Konsortiet om at afgive en redegørelse med følgende indhold:

1. Udførlig beskrivelse af, hvordan Konsortiet vil opfylde kontrakten, mens Condotte befinder sig i rekonstruktionsprocessen.
2. Udførlig beskrivelse af, hvordan Konsortiet vil opfylde kontrakten, hvis Condotte måtte gå konkurs efter kontraktens underskrift, eller rekonstruktionsprocessen i øvrigt måtte føre til, at Condotte udtræder af Konsortiet undervejs i kontraktperioden.
3. Beskrivelserne i ovenstående punkter skal omfatte både de tekniske og økonomiske aspekter.

⁴⁴ Det bemærkes, at rekonstruktionsprocessen for Condotte, jf. pkt. 2.5, efter omstændighederne vil kunne være omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2.

⁴⁵ Det bemærkes, at der udbudsretligt heller ikke er noget til hinder for at udskyde kontraktindgåelsen, eksempelvis indtil Condottes økonomiske situation måtte være mere afklaret, jf. pkt. 2.5, eller der måtte være kommet større klarhed over de verserende sager i Italien, jf. pkt. 2.4 (idet dog også bemærkes, at en hurtig afklaring af disse sager ikke synes sandsynlig). Konsortiet vil dog kun være bundet af sit tilbud indtil vedståelsesfristen den 19. marts 2018, og en forlængelse af vedståelsesfristen vil i givet fald skulle aftales med Konsortiet.

⁴⁶ Særlige betingelser (SB) ad § 42, stk. 2.

-
4. Dokumentation for, at rekonstruktionsprocessen ikke ændrer ved de forhold, som Condotte tidligere har dokumenteret, herunder straffeattesterne vedrørende de obligatoriske udelukkelsesgrunde og certifikaterne vedrørende gæld til det offentlige.

På grundlag af denne redegørelse fra Konsortiet er det endvidere vores anbefaling, at Vejdirektoratet undersøger behovet for eventuel ekstra økonomisk sikkerhed. Det kunne eksempelvis være en moderselskabsgaranti fra Itinera og/eller GFL eller en forhøjelse af bankgarantien. Sådanne yderligere økonomiske sikkerheder vil dog skulle aftales nærmere med Itinera/GFL.

Forud for en kontraktindgåelse vil det efter vores opfattelse endvidere være hensigtsmæssigt, hvis der i kontrakten blev indsat en self-cleaning klausul med følgende overordnede indhold:

- Konsortiet skal orientere Vejdirektoratet om enhver ny udvikling i relation til de verserende straffesager i Venedig og i relation til eventuelle nye straffesager incl. opstart af efterforskning, rejsning af tiltale mv.
- Hvis der falder dom i nogen af straffesagerne (uanset om det er endelig dom), eller hvis der fremkommer oplysninger om mafia-forbindelser el.lign. i relation til Konsortiet og/eller dets underleverandører, skal Konsortiet omgående iværksætte en ”self-cleaning proces” i henhold til udbudsloven og det gældende udbudsdirektiv (2014/24/EU). Denne self-cleaning proces skal være gennemført uden ugrundet ophold.
- Self-cleaning processen skal være egnet til at forhindre lignende sager fremover (det vil skulle defineres nærmere i klausulen), og processen skal godkendes af Vejdirektoratet.
- Hvis Vejdirektoratet ikke kan godkende den foreslåede self-cleaning proces, denne ikke gennemføres som aftalt, Konsortiet ikke overholder sin orienteringspligt over for Vejdirektoratet, eller Konsortiet har fortiet andre verserende sager, er Vejdirektoratet berettiget til at ophæve kontrakten. I tilfælde af sådan ophævelse skal Vejdirektoratet kun betale for allerede udførte arbejder i overensstemmelse med kontrakten, men skal ikke herudover betale for tabt fortjeneste eller for andre tab, som Konsortiet måtte blive påført som følge af kontraktens ophør.
- Hvis det skønnes hensigtsmæssigt og muligt i henhold til gældende udbudsregler, kan Vejdirektoratet i stedet for at ophæve kontrakten stille krav om, at den dømte virksomhed udtræder af Konsortiet.

Det bemærkes afslutningsvist, at Konsortiet allerede har accepteret indsættelse af en self-cleaning klausul i kontrakten, og at Konsortiet har ”principgodkendt” ovenstående indhold af en sådan klausul.

.....

.....
København, den 10. januar 2018
Kammeradvokaten

Kristian Hartlev
Advokat

Christian Clausen
Advokat