



Utestengelse fra offentlige kontrakter

Holmsbu 1. september 2017, partner/advokat Marie Braadland, Grette

Tema for foredraget. Oversikt.

Tema for foredraget

- Typetilfeller
 - Typetilfeller som kan medføre utestengelse i senere konkurranser
 - » Skatteunndragelse, alvorlig økonomisk kriminalitet, annen kriminalitet, alvorlige feil, tidligere kontraktsbrudd
 - Hvem er «leverandøren»?
 - utfordringer ved ESPD
- «Self cleaning»
- Konsekvenser for rådgivning og strategivalg

Anskaffelsesforskriften

- Loven + del I
 - Fra 100.000,- kr
 - T.o.m. 1,1 millioner kr
- Loven + del I og II
 - Over 1,1 millioner kr
 - Opp t.o.m.
 - » Varer og tjenester: 1,75 millioner kr for ikke-statlige oppdragsgivere
 - » Bygg og anlegg: 44 millioner kr
- Loven + del I + del III (EU-direktivene)
 - Varer og tjenester: Fra 1,1/1,75 millioner kr
 - Bygg- og anleggsanskaffelser: Fra 44 millioner kr

Avvisningsreglene

- Hensyn: Sikre det offentliges integritet, hindre «useriøse» leverandører, likebehandling, rettssikkerhet, proporsjonalitet
- Loven + del I
 - Generelle prinsipper
- Del II og del III
 - Pga. forhold ved leverandøren
 - » Skal-avvisningsgrunner
 - Kan unnlate ved allmenne hensyn
 - » Kan- avvisningsgrunner
 - Med mindre uforholdsmessig
 - Pga. forhold ved tilbudet
 - » Skal-avvisningsgrunner
 - » Kan-avvisningsgrunner
 - Egne regler om «self-cleaning» og identifikasjon

§ 17-1 Det europeiske egenerklæringsskjemaet

(1) Oppdragsgiveren skal elektronisk fylle ut det europeiske egenerklærings-skjemaet som er fastsatt av departementet. Skjemaet skal gjøres tilgjengelig sammen med kunngjøringen av konkurransen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

(2) Leverandøren skal levere det europeiske egenerklæringsskjemaet sammen med forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet som foreløpig dokumentasjon for

- a) at han oppfyller kvalifikasjonskravene*
- b) at det ikke foreligger grunner for avvisning*
- c) at han oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier.*

Kan avvise leverandører som har...

- ... gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger som kan få vesentlig innflytelse på oppdragsgiverens beslutninger om avvisning, utvelgelse eller tildeling, eller som har unnlatt å gi slike opplysninger; (§ 24-2 (3) g))



Typetilfeller

Typetilfeller

- Skatte- og avgiftsunndragelse
- Alvorlige straffbare forhold



Skal-avvisningsgrunner (Del III)

- Brudd på andre lovregler og bransjekrav
- Mislighold av tidligere kontrakter
- Illojal opptreden i konkurransen
- Konkurs og insolvens



Kan- avvisningsgrunner

- (Unormalt lave tilbud)

SKATTE- OG AVGIFTSUNNDRAGELSER

«ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge»



FOA § 24-2

- **SKAL:** (1) b): «*når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, og **dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak**, med mindre avvisningen vil være **klart uforholdsmessig***»;
- **KAN:** (3) a): «*Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være **uforholdsmessig** ... når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, i **andre tilfeller** enn dem som er nevnt i første ledd bokstav b;*»
- DEL II: «Kan»

→ Ikke hvor kravet er betalt eller ved bindende betalingsavtale, jf. § 24-5 (3)

«Uforholdsmessig»

- KOFA 2011/320: NOK 200.000,- i skatterestanse var ikke ”ordnede forhold”, som oppdragsgiver hadde stilt krav om.
- KOFA 2004/238: NOK 3.281,- ble ansett som uforholdsmessig strengt som avvisningsgrunn.
- Dansk rett: Uforfalt gjeld til det offentlige på over DKK 100.000 kr utgjør absolutt avvisningsgrunn.



Allmenne hensyn

*(4) Oppdragsgiveren kan unnlate å avvise en leverandør etter **første ledd bokstav b, c eller d** eller annet ledd når **allmenne hensyn** gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.*

- ... where **urgently needed vaccines or emergency equipment** can only be purchased from an economic operator to whom one of the mandatory grounds for exclusion otherwise applies. (2004/18/EC, fortaleten (100))*
- ... for overriding reasons relating to the public interest such as public health or protection of the environment (Direktivets art. 57 (3))*
- ... hensynet til liv og helse, forhindre ødeleggelser på **eiendom**, eller ivaretagelse av andre **viktige samfunnsinteresser**. (Veileder 2006)*

ALVORLIG KRIMINALITET

- a) deltakelse i en kriminell organisasjon*
- b) korrupsjon*
- c) bedrageri*
- d) terrorhandlinger ...*
- e) hvitvasking ...*
- f) Barnearbeid ... menneskehandel.*



FOA § 9-2/24-2 (2) og (4)

(2) Oppdragsgiveren **skal** også avvise en leverandør når han er **kjent med** at leverandøren er **rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg** for følgende straffbare forhold:

- a) deltakelse i en kriminell organisasjon
- b) korrupsjon
- c) bedrageri
- d) terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e) hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f) barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(4) Oppdragsgiveren **kan unnlate å avvise** en leverandør etter første ledd bokstav b, c eller d eller **annet ledd når allmenne hensyn gjør det nødvendig** å inngå kontrakten med leverandøren → samme vurdering som ved skatt

→ § 24-6 (1) Inntil 5 år fra rettskraftig dom eller vedtatt forelegg

«Leverandøren»

§ 24-3. Identifikasjon

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 24-2 annet ledd, skal oppdragsgiveren sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens **administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan**, eller som har kompetanse til å **representere, kontrollere eller treffe beslutninger** i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

...

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter § 24-2, kan feil eller overtredelser begått av en **annen juridisk person** sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

→ Omfattes en UE, skal det kreves utskiftning av denne, jf. § 24-4 (1)

Korrupsjon

Er leverandøren selv eller en person, som er medlem av leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan eller har kompetanse til å representere eller kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, ved rettskraftig dom blitt dømt for korrupsjon ved en dom avsagt for ikke mer enn fem år siden, eller en avvisningsperiode fastsatt direkte i dommen som fortsatt gjelder?

Korrupsjon som definert i artikkel 3 i konvensjonen om bekjempelse av korrupsjon, som involverer tjenestemenn i De Europeiske Felleskapene eller i Den Europeiske Unions medlemsstater (EUT C 195 av 25.6.1997, s. 1), og i artikkel 2, stk. 1, i Rådets rammeavgjørelse 2003/568/RIA av 22. juli 2003 om bekjempelse av korrupsjon i den private sektor (EUT L 192 av 31.7.2003, s. 54). Denne avvisningsgrunnen omfatter også korrupsjon som definert i nasjonal rett for oppdragsgiveren eller leverandøren.

[Mer informasjon »](#)

Ditt svar? ☒ Ja ☐ Nei

Dato for
domsavsigelse

Grunn(er) for
domfellelse

Hvem som har blitt
dømt

I den grad det er
uttrykkelig fastsat i
dommen:
Avvisningsperiodens
varighet

Har leverandør gjennomført tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integritet som kontraktspart ("selvrehabilitering")? ☐ Ja ☐ Nei

LB-2016-16753 Forholdsmessighet?

- Styreleder, daglig leder og aksjonær ved tilbudsinngivelsen. Signerte tilbudsbrief, fremsto som nøkkelperson i selskapet.
- Tilbudet inngitt før dommen falt.
- Fratrådte ved varsel om avvisning.
- Dømt for bedrageri ved tilståelsesdom, skjedde under frivillig arbeid. Idømt samfunnsstraff. Bestilte ungdomsbilletter i strid med vilkår for dette.
- (Gjelder tidligere forskrift)

LB-2016-16753 forts.

- Om lovbruddet: *Noe nærmere vurdering av om avvisning vil være «forholdsmessig» eller «rimelig», gir bestemmelsen etter lagmannsrettens vurdering ikke noe rom for ... Det er også uten betydning om den ilagte straffen må anses som mild eller om den gjelder en side av leverandørens virksomhet som ikke har noe med de aktuelle tilbudte tjenestene å gjøre.*
- Om identifikasjonen: *At det bedrageriet A er dømt for, skjedde under frivillig arbeid og ikke hadde noe med X å gjøre, og at det ble idømt en mild (men ubetinget) dom på samfunnsstraff, får ingen direkte betydning for subsumsjonen. Identifikasjonsspørsmålet er etter lagmannsrettens mening som utgangspunkt et objektive spørsmål knyttet til vedkommende persons posisjon og stilling i virksomheten. Er personen sentral, inntreffer avvisningsplikten, som gjelder ved rettskraftig domfellelse for bedrageri, uavhengig av de nærmere omstendighetene.*

Eksempler fra tidligere praksis

- KOFA 2011/206: Ansatt i selskapet, eide 25 % av aksjene. Prosjektleder, underlagt daglig leder, «sentral administrativ rolle», selv om vedkommende ikke hadde nøkkelrolle ifbm. offentlige anskaffelser → identifikasjon
- KOFA 2013/111: (Samme person) Tidligere ansatt dømt for korrupsjon → ikke identifikasjon
- KOFA 2016/121: Styremedlem fratrådte vervet om lag en måned før tilbudsfristen i konkurransen. Ikke ansettelsesforhold i selskapet. Hadde ingen roller i selskapet da tilbud i konkurransen ble inngitt. A har heller ikke et eierforhold til tilbyder, men eide 50 % av aksjene i selskapet som eide 90 % av selskap som har en nettverksavtale med leverandøren → for avledet
- LH-2015-83824: Ikke i rettslig posisjon til å handle på vegne av selskapet, ingen ledende rolle eller en annen nøkkelposisjon i selskapets administrasjon eller styre → ikke identifikasjon
- Andre eksempler fra KOFA: Sak 2006/153 og 2009/28

BRUDD PÅ ANDRE LOVREGLER OG BRANSJEKRAV

- *Alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold*
- *Alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet.*



Del III § 24-2 (3)

*(3) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør, med mindre avvissningen vil være **uforholdsmessig**,*

*c) når oppdragsgiveren kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om **miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold** som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5;*

*i) når oppdragsgiveren kan dokumentere at leverandøren for øvrig har **begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet**.*

→ Inntil 3 år fra relevant hendelse, § 24-6 (2)

→ Identifikasjonsreglene gjelder tilsvarende, § 24-3 (2)

→ Kan kreve utskiftning av UE, § 24-4 (2)

Del II, FOA § 9-5 (3) b)

- «...Som mangler den nødvendige integritet som kontraktspart, eller ikke kan forventes å gjennomføre kontrakten med tilfredsstillende kvalitet, på en hensiktsmessig og forsvarlig måte eller til rett tid.»



Direktiv 2004/18/EC

- **Art. 57 (4) c):** ...Where the contracting authority can demonstrate by appropriate means that the economic operator is guilty of grave professional misconduct, which renders its integrity questionable;
- **Fortalen (101):** “Contracting authorities should further be given the possibility to exclude economic operators which have proven **unreliable**, for instance because of **violations of environmental or social obligations, including rules on accessibility for disabled persons or other forms of grave professional misconduct, such as violations of competition rules or of intellectual property rights**. It should be clarified that **grave professional misconduct** can render an economic operator’s **integrity questionable** and thus render the economic operator **unsuitable to receive the award of a public contract** irrespective of whether the economic operator would otherwise have the technical and economical capacity to perform the contract. ...» (Fortalen (101))

Forholdsmessighetsvurderingen

- *In applying facultative grounds for exclusion, contracting authorities should pay particular attention to the principle of proportionality. **Minor irregularities should only in exceptional circumstances lead to the exclusion of an economic operator.** However repeated cases of minor irregularities can give rise to doubts about the reliability of an economic operator which might justify its exclusion. (Fortalen (101))*

- Dept. fortolkningsuttalelse av 19.3.2013 (Om skatteparadis): Miljølovgivning, bransjebestemmelser, regnskapslovgivning, skattelovgivning så vel som god forretningsskikksregler.



Eksempler fra tidligere praksis

- KOFA 2006/153: «Uetisk samrøre»: Kundepleie som grenset til korrupsjon i form av gaver, middager osv. Avvisning ok.
- KOFA 2008/2: Leverandør tilbød middag og revybilletter ifbm. demonstrasjon av tilbudte kopimaskiner. Smøring ansett som alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske bransjekrav.
- KOFA 2011/179: Brudd på lønns- og arbeidsvilkår hos UE var ikke gyldig avvisningsgrunn, selv ved dom på forskriftsbrudd. Leverandøren var pliktig til å følge lover- og forskrifter, ingen forbehold.
MERK: Kan i dag kreve utskiftning av UE, jf. § 24-4
- TOBYF-2013-20981: Brudd på arbeidstidsbestemmelser og autorisasjonskontroll. Laget nytt kvalitetssystem. Ble ikke hørt med at avvisningen var uforholdsmessig. Leverandøren hadde ikke erkjent sitt ansvar, grunn til å tvile på om han ville begrense bruddene.

Forhold omfattet av § 24-2 (2) før dom/forelegg?

- *....Bearing in mind that the contracting authority will be responsible for the consequences of its possible erroneous decision, **contracting authorities should also remain free to consider that there has been grave professional misconduct, where, before a final and binding decision on the presence of mandatory exclusion grounds has been rendered, they can demonstrate by any appropriate means that the economic operator has violated its obligations, including obligations relating to the payment of taxes or social security contributions, unless otherwise provided by national law...***
(Fortalen (101))
- *Endvidere kan det være en alvorlig forsømmelse, hvis ordregiveren kan påvise, at virksomheden har begået handlinger, der er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde ... men hvor der ikke er faldet endelig dom (Vejledning om udbudsreglerne, Konkurrence og forbrugerstyrelsen)*

→ Hva om leverandøren er frifunnet i straffesak?

Beviskrav

- Dom (domstolene eller voldgift)
- Kjennelse fra domstolliknende administrativ nemnd
- Utenrettslig forlik
- Pålegg fra Arbeidstilsynet
- "*Syn og skøn*" (Sakkyndig erklæring)
- Dokumentasjon, uttalelser eller tilsvarende fra bransjeorganisasjoner vedrørende forsømmelsens faglige karakter
- Annen dokumentasjon, herunder dokumentasjon fra egne eller andres erfaringer

Fra Vejledning om udbudsreglerne, Konkurrence og forbrugerstyrelsen

ESPD – entreprenørens utfordring

Brudd på bestemmelsene om miljø

Er leverandøren kjent med å ha begått brudd på bestemmelser om miljø slik som de fremgår av nasjonal rett, den relevante kunngjøringen eller anskaffelsesdokumentene eller artikkel 18 (2) i direktiv 2014/24/EU.
Mer informasjon »

Ditt svar? ☐Ja ☒Nei

Brudd på bestemmelsene om sosiale forhold

Er leverandøren kjent med å ha begått brudd på bestemmelser om sosiale forhold slik som de fremgår av nasjonal rett, den relevante kunngjøringen eller anskaffelsesdokumentene eller artikkel 18 (2) i direktiv 2014/24/EU.
Mer informasjon »

Ditt svar? ☐Ja ☒Nei

Brudd på bestemmelsene om arbeidsforhold

Er leverandøren kjent med å ha begått brudd på bestemmelser om arbeidsforhold slik som de fremgår av nasjonal rett, den relevante kunngjøringen eller anskaffelsesdokumentene eller artikkel 18 (2) i direktiv 2014/24/EU.
Mer informasjon »

Ditt svar? ☐Ja ☒Nei

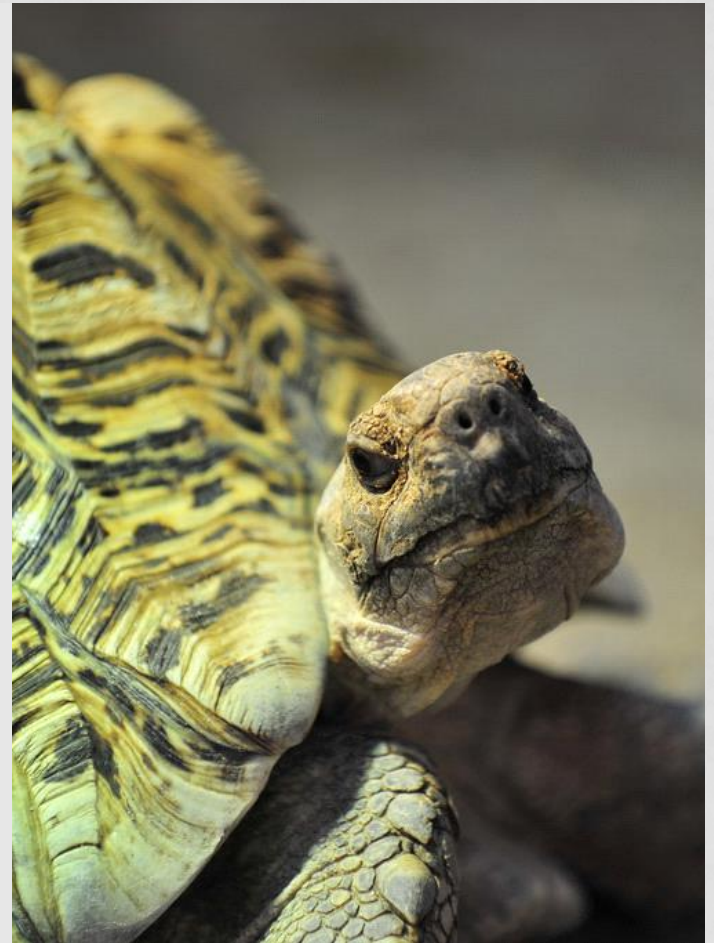
ESPD forts.

Alvorlige feil i yrkesutøvelsen Har leverandøren begått alvorlige feil i yrkesutøvelsen? Hvis det er relevant, se definisjoner i nasjonal rett, den relevante kunngjøring eller anskaffelsesdokumentene. Mer informasjon »	Ditt svar? ☒ Ja ☐ Nei Vennligst beskriv Har leverandør gjennomført tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integritet som kontraktspart ("selvrehabilitering")? ☒ Ja ☐ Nei Vennligst beskriv
--	---

... gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger som kan få vesentlig innflytelse på oppdragsgiverens beslutninger om avvisning, utvelgelse eller tildeling, eller som har unnlatt å gi slike opplysninger; (§ 24-2 (3) g))

MISLIGHOLD AV TIDLIGERE KONTRAKTER

«vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven»



Del III § 24-3 (3)

- *f) som tidligere har begått et vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner;*



Direktivet, fortalen

- *...They should also be able to exclude candidates or tenderers whose performance in earlier public contracts has shown major deficiencies with regard to substantive requirements, for instance failure to deliver or perform, significant shortcomings of the product or service delivered, making it unusable for the intended purpose, or misbehaviour that casts serious doubts as to the reliability of the economic operator. (101)*

Eksempler fra tidligere praksis

- C-465/11 (Forposta): Kan gi rett til avvisning, må være forsettlig/uaktsom opptreden av en viss alvorlighetsgrad. Forholdsmessighetsvurdering.
 - Polsk rett: Ga plikt til avvisning i tre år hvis ikke-utført del av kontrakten utgjorde minst 5 % av kontraktssum – i samsvar med direktivteksten?
- KOFA 2013/25: Mislighold av lærlingeklausul i tidligere, men pågående, kontrakt, «antesipert mislighold». Avvisningen knyttet seg imidlertid til at man anså det å være gitt misvisende opplysninger, og at opptredenen i under konkurransen var illojal.

Beviskrav. Dansk veileder.

”Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Ordregiveren kan fx påvise dette ved følgende dokumentation for ansøgeren eller tilbudsgiverens misligholdelse af en tidligere kontrakt:

- *En endelig dom*
- *Voldgiftskendelse*
- *En kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.*
- *Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer, kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse.”*

Heving av kontrakt, erstatning eller andre lignende sanksjoner

Har leverandør begått vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere kontrakt med en offentlig oppdragsgiver eller en tidligere konsesjonskontrakt, der bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller andre lignende sanksjoner?

[Mer informasjon »](#)

Ditt svar? ☒ Ja ☐ Nei

Vennligst beskriv

Har leverandør gjennomført tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integritet som kontraktspart ("selvrehabilitering")? ☒ Ja ☐ Nei

Vennligst beskriv

«Self cleaning»

§ 24-5. Tiltak for å unngå avvisning etter § 24-2

(1) Oppdragsgiveren kan ikke avvise en leverandør etter § 24-2 annet ledd (terror osv) eller tredje ledd bokstav c (alvorlige brudd på lov) , e (vri konkurransen), f (tidl. kontrakt) og i (alvorlige feil), dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart:

- a) **betalt** erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,*
- b) **aktivt samarbeidet** med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og*
- c) **truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak** for å forebygge gjentakelser.*

*(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiveren legge vekt på **grovheten** av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiveren ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal han gi leverandøren en begrunnelse.*

...

Direktivet, fortalen (102)

- *“Allowance should, however, be made for the possibility that economic operators can adopt compliance measures aimed at remedying the consequences of any criminal offences or misconduct and at effectively preventing further occurrences of the misbehaviour. **Those measures might consist in particular of personnel and organisational measures such as the severance of all links with persons or organisations involved in the misbehaviour, appropriate staff reorganisation measures, the implementation of reporting and control systems, the creation of an internal audit structure to monitor compliance and the adoption of internal liability and compensation rules. ...**”*

Eksempler fra tidligere praksis

- Eksempel fra praksis:
 - KOFA 2012/205: Taxiselskap avvist pga. manglende fartsskrivere ved tidligere oppdrag. Hadde blitt stoppet i kontroll og ilagt kjøreforbud to ganger, som tilsa et alvorlig brudd. Installerte fartsskrivere rett før tilbud, men det ble ikke ansett uforholdsmessig med avvisning.
 - TOBYF-2013-20981: Nytt kvalitetssystem for å hindre brudd på arbeidstidsbestemmelser. Leverandøren hadde ikke dokumentert effekten av systemet, og leverandørens holdning ga ikke oppdragsgiver tilstrekkelig sikkerhet for at reglene ville bli fulgt. Avvisning ok.
 - LB-2016-16753: Tiltak gjort i den korte perioden mellom den første avvisningen og de senere avvisningene, tiltak som raskt ble gjennomført som reaksjon på den første avvisningen, kan ikke innebære at avvisningsplikten ble suspendert.

Takk for oppmerksomheten!



Marie Braadland

Partner/advokat
mabr@grette.no
970 45 301