

Notat til Forretningsudvalget vedrørende udbuds- og indkøbspolitik

0. Indledning

Nærværende notat er udarbejdet til baggrund for Forretningsudvalgets drøftelse af henvendelsen fra Else Kayser, Enhedslisten, angående Region Midtjyllands udbuds- og indkøbspolitik

1. Region Midtjyllands udbud af bankforretninger

Region Midtjylland har været i EU-udbud med regionens bankforretninger. Valget af bankforbindelse til regionen er på Forretningsudvalgets lukkede dagsorden.

Ved et EU-udbud sker den indledende udvælgelse af mulige tilbudsgivere på baggrund af de udvælgelseskriterier, som ordregiver opstiller. Kriterierne handler ud over virksomhedens personlige forhold typisk om, at virksomheden skal have en økonomisk/finansiell formåen og en faglig/teknisk formåen af en vis størrelsesorden. Eksempelvis var der i bankudbuddet stillet krav om, at tilbudsgiver skal have status af SIFI-bank.

Udvælgelsen foretages på baggrund af den dokumentation, som tilbudsgiverne har indsendt, og ordregiver kan efterspørge den dokumentation, som er oplyst i udbudsloven.

Bankudbuddets krav om, at tilbudsgivere skal have status af SIFI-bank skal minimere regionens modpartsrisiko over for banken. I tilfælde af en ny finanskriser kan regionen risikere, at regionens midler går tabt, hvis regionens bank havner i problemer. SIFI-banker er af staten udpeget til at være systemisk vigtige pengeinstitutter med et forretningsomfang af en størrelse, som er vurderet til at medføre omfattende negative konsekvenser for samfundet, hvis de kommer i økonomiske vanskeligheder. Der er derfor stillet særligt skærpede kapitalkrav for denne type banker, hvorfor SIFI-banker

generelt må anses for at være de mest sikre pengeinstitutter. Region Midtjylland har derudover et forretningsomfang af en størrelse, så kun de største af landets pengeinstitutter er i stand til at løfte opgaven med eksempelvis at dække regionens behov for en kassekredit på 2 mia. kr. Det har således også kun været nogle af de største af SIFI-bankerne, der har valgt at byde på bankudbuddet.

For at et tilbud fra en SIFI-bank kan komme i betragtning, skal tilbudsgiver samtidig erklære ikke at have overtrådt en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, som bliver nærmere oplyst i næste afsnit.

2. Mulighed for udelukkelse af leverandører i fremtidige udbud

Mulighederne for at udelukke en tilbudsgiver fra et udbud under henvisning til forskellige former for ulovlige forhold er specifikt reguleret i udbudsloven, som enten obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde.

Obligatoriske udelukkelsesgrunde

Udbudsloven indeholder en række obligatoriske udelukkelsesgrunde, som vedrører strafbare forhold. Hvis en tilbudsgiver er omfattet af en af disse udelukkelsesgrunde, er en ordregiver forpligtet til at udelukke virksomheden fra ordregivers udbud. Det er derfor ikke nødvendigt, at det fremgår af ordregivers indkøbspolitik.

En tilbudsgiver er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, hvis virksomheden eller et medlem af dennes bestyrelse eller direktion inden for de seneste 4 år er dømt ved endelig dom eller har vedtaget et bødeforlæg for et af følgende forhold:

1. Handlinger begået som led i en kriminel organisation (organiseret kriminalitet med en strafferamme på mindst 4 års frihedsstraf).
2. Bestikkelse.
3. EU-svig (afgivelse af urigtige eller vildledende oplysninger eller fortielse af oplysninger af betydning for en sags afgørelse med henblik på betaling til eller fra EU's budget).
4. Terrorhandlinger og strafbare handlinger med forbindelse til terror.
5. Hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme.
6. Børnearbejde og menneskehandel.

Selv i disse tilfælde kan en ordregiver dog ikke være sikker på at være berettiget til at udelukke den pågældende tilbudsgiver fra et

udbud. Hvis tilbudsgiveren fremlægger dokumentation for, at vedkommende er pålidelig til trods for dommen eller bøden (såkaldt *self-cleaning*), er ordregiver således ikke berettiget til at udelukke tilbudsgiveren fra udbuddet.

Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis tilbudsgiver dokumenterer at have foretaget tilstrækkelige foranstaltninger til at sikre sig mod, at noget tilsvarende sker igen. Typisk vil dette omfatte både personalerelaterede foranstaltninger og indførelse af relevante kontrolprocedurer. ATEA-sagen er et eksempel på, at der er sket *self-cleaning*. Her har Moderniseringsstyrelsen og SKI med bistand fra Kammeradvokaten vurderet, at ATEA i øjeblikket ikke kan udelukkes fra udbud til trods for dommen for bestikkelse.

Frivillige udelukkelsesgrunde

Udbudsloven oplister desuden en række udelukkelsesgrunde, som en ordregiver kan vælge skal finde anvendelse i konkrete udbud. En enkelt af disse frivillige udelukkelsesgrunde vil potentielt kunne give mulighed for at udelukke virksomheder, som anvender skattely, medvirker til systematisk, ulovlig skatteunddragelse eller deltager i hvidvask. Det drejer sig om § 137, stk. 1, nr. 3: *"ordregiveren kan påvise, at [...] tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om [...] tilbudsgiverens integritet"*.

Ordregiver har bevisbyrden for, at betingelserne i bestemmelsen er opfyldt. Det vil sige, for at forsømmelsen er begået i forbindelse med tilbudsgivers udøvelse af sin erhvervsvirksomhed, og for at den pågældende forsømmelse sår tvivl om tilbudsgivers integritet. Som eksempler nævnes i lovbemærkningerne bl.a. overtrædelse af skatteregler og handlinger, som er omfattet af de ovennævnte 6 obligatoriske udelukkelsesgrunde vedrørende strafbare forhold, men hvor der endnu ikke foreligger en endelig dom.

Der ses ikke i retspraksis eller klagenævnspraksis at være taget stilling til "hvor meget der skal til" i forbindelse med forhold vedr. skattely, medvirken til systematisk ulovlig skatteunddragelse samt deltagelse i hvidvask. Det må dog forventes, at der vil være forholdsvis høje dokumentationskrav i tilfælde, hvor en tilbudsgiver ikke er dømt (heller ikke i første instans) for det pågældende forhold. I modsat fald risikerer man at forbryde sig mod det grundlæggende retsprincip om, at tvivlen skal komme den anklagede til gode.

Ved vurderingen af, om bevisbyrden er løftet i tilfælde, hvor der ikke foreligger en dom, kan det formentlig indgå, om der er rejst tiltale – og anklagemyndigheden således har vurderet, at der er tilstrækkeligt

bevis til en dom – eller om der alene er tale om en sag, som f.eks. foregår i medierne.

Det må således altid bero på en konkret vurdering, om en tilbudsgiver kan udelukkes under henvisning til denne udelukkelsesgrund. Anvendelse af udelukkelsesgrunden i et udbud vil dog under alle omstændigheder udvide området for, hvilke forhold, der kan begrunde en udelukkelse af en tilbudsgiver.

Ligesom ved de obligatoriske udelukkelsesgrunde gælder det her, at ordregiver alligevel ikke kan udelukke den pågældende tilbudsgiver, hvis vedkommende kan dokumentere tilstrækkelig *self-cleaning*.

3. Muligheder for konkrete tiltag

I løbet af en kontraktperiode kan der opstå en situation, hvor leverandøren bliver dømt for at overtræde en af de i udbudsloven opstillede obligatoriske udelukkelsesgrunde. Dette vil ikke i sig selv give regionen ret til at ophæve aftalen, når først kontrakten er indgået, med mindre det specifikt står anført i kontrakten.

I forbindelse med kontraktindgåelsen med vinderen af regionens bankudbud, har administrationen derfor til hensigt at indføje en klausul i kontrakten, der giver mulighed for at ophæve kontrakten, hvis den vindende tilbudsgiver bliver omfattet af en eller flere af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, som er anført i udbudsloven. Det betyder, at i fald den bank, der ender med at blive tildelt kontrakten, bliver dømt skyldig i eksempelvis hvidvask, så kan Regionsrådet beslutte, at regionen skal ophæve kontrakten med den pågældende bank.

En lignende klausul kan man vælge generelt at skrive ind i Region Midtjyllands kontrakter, således at det står anført, at det vil udgøre væsentlig misligholdelse (som berettiger regionen til at ophæve kontrakten), hvis leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, eller leverandøren i kontraktperioden dømmes eller vedtager bødeforlæg for anvendelse af skattely eller medvirken til ulovlig skatteunddragelse.

Man kan ligeledes vælge at anføre i regionens indkøbspolitik, at tilbudsgivere, som anvender skattely, medvirker til systematisk ulovlig skatteunddragelse eller deltager i hvidvask vil blive udelukket fra Region Midtjyllands udbud i det omfang, dette lovligt lader sig gøre. I praksis kan man implementere dette ved at medtage den ovenfor nævnte frivillige udelukkelsesgrund i regionens udbud.

Regionsrådet kan vælge at inddrage regionens revision i en drøftelse af mulige kontrolmekanismer til sikring af, at regionens leverandører

ikke overtræder de obligatoriske udelukkelsesgrunde i kontraktperioden. Region Midtjylland og regionens revision har dog kun begrænset adgang til leverandørers organisationer, hvorfor eventuelle kontroller må bero på information oplyst af leverandøren på tro og love. På denne baggrund kan det vise sig vanskeligt at opbygge fintmaskede kontrolmekanismer, der står mål med det ressourceforbrug, sådanne kontrolmekanismer vil kræve.