

Advokatrådet

ADVOKAT 
SAMFUNDET

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Nyropsgade 30
1780 København V

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98
FAX 33 36 97 50

moc@kfst.dk

DATO: 02-05-2011
SAGSNR.: 2011 - 1485
ID NR.: 119407

Høring - forslag til lov om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter

Ved e-mail af 11-04-2011 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Indledningsvis bemærkes, at den korte høringsfrist, Påsken taget i betragtning, ikke giver mulighed for mere omfattende vurderinger af forslaget, ligesom det efter Advokatrådets opfattelse er beklageligt, at der ikke er afsat bedre tid til en bred debat om lovforslag og de indkomne høringssvar.

Høringsforslagets § 1, nr. 4 indeholder et forslag om, at såfremt en klage er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling ved Klagenævnet for Udbud, skal nævnet afvise klagen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen angiver, at forslaget er en konsekvens af overgangen til at lade nævnet arbejde efter forhandlingsmaksimen, jf. forslaget § 1, nr. 7 nedenfor.

Fra en retssikkerhedsmæssig betragtning finder Advokatrådet forslaget betænkeligt, idet forslaget højst sandsynligt vil indebære, at en række ordregivende myndigheders (i hvert fald påståede) tilsidesættelser af udbudsreglerne aldrig vil blive efterprøvet eller først vil blive efterprøvet ved domstolene efter kontrakten er underskrevet, medmindre tidspunktet for vurderingen af klagens egnethed fastlægges til efter klagerens fuldstændige indsigt i udbudsforretningen, svarende til tidspunktet "for forberedelsens afslutning" ved de almindelige domstole.

Det er i den forbindelse væsentligt at se bestemmelsens indhold i en udbudsretlig kontekst, og dermed i nær sammenhæng med reglerne om stand still og opsættende virkning, samt konsekvensen af at indlede en klagesag allerede i stand still perioden. Uanset indførelsen af sanktionen "uden virkning" i 2010 er det således fortsat den altovervejende hovedregel, at en underskrevet kontrakt er ensbetydende med, at en

tvist mellem en indklaget ordregivende myndighed og en klagende leverandør alene angår spørgsmålet om den materielle tilsidesættelse af udbudsreglerne og et evt. efterfølgende erstatningsopgør.

I et udbud, hvor den ordregivende myndighed har tilsidesat sine forpligtelser efter udbudsreglerne, kan en fravalgt leverandør som f.eks. ikke har modtaget en behørig eller forståelig begrundelse for tildelingsbeslutningen eller som måske endda har en begrundet mistanke om, at udbudsreglerne er tilsidesat, være nødt til at indgive en klage til Klagenævnet for Udbud inden den udbudte kontrakt underskrives, hvis leverandøren ønsker at levere på kontrakten.

I den praktiske verden betyder det, at klage skal indleveres i den stand still periode som løber 10 eller 15 dage efter meddelelse om tildelingsbeslutningen, hvorefter klagen automatisk har midlertidig opsættende virkning.

På dette tidspunkt har de færreste leverandører tilstrækkelig indsigt i den ordregivende myndigheds håndtering af udbudsforretningen til at kunne udforme endelige påstande og anbringender, idet typisk alene en udbudsbekendtgørelse, et sæt udbudsbetingelser med bilag og en tildelingsbeslutning er tilgået den pågældende leverandør. Dermed kan klageudformning og nedlæggelse af påstande i sagens natur alene tage udgangspunkt i denne begrænsede indsigt.

Det bemærkes i den forbindelse, at aktindsigt i henhold til offentlighedsloven (og forvaltningsloven) typisk først imødekommes efter udløbet af stand still perioden. Det bemærkes yderligere, at eftersom sagsbehandlingen ved Klagenævnet for Udbud ændres fra officialmaksimen til forhandlingsmaksimen, jf. nedenfor, kan en ordregivende myndighed endvidere med fordel tænke strategisk ift. oplysninger fremsendt til en potentielt klagende leverandør.

Såfremt den pågældende leverandør som følge af manglende indsigt - hvilken indsigt i øvrigt alene kan opnås via den (indklagede) ordregivende myndighed - pålægges risikoen for korrekt udformning af påstande, udformning af anbringender og tilvejebringelse af relevant faktum for at undgå en beslutning om afvisning, er der en ikke ubetydelig risiko for, at ellers berettigede klager vil blive afvist under den nu forslåede bestemmelse.

En sådan afvisning vil indebære risiko for, at ordregivende myndigheder indgår kontrakter efter tilsidesættelse af udbudsreglerne, hvilket hverken myndighederne eller leverandørerne har en interesse i.

Sådanne konsekvenser er ikke udtryk for målrettet og effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, og bidrager heller ikke til at reducere hindringer for konkurrence om offentlige opgaver - tværtimod vil konsekvenserne efter Advokatrådets opfattelse formentlig være i modstrid med det EU-retlige effektivitetsprincip.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at de påpegede retssikkerhedsmæssige risici ikke imødegås ved en henvisning til, at den klagende leverandør enten kan antage en advokat - som ikke kan få større indsigt end leverandøren indenfor stand still perioden - eller efter at have fået sin klage afvist ved Klagenævnet for Udbud kan anlægge retssag ved de almindelige domstole.

På dette tidspunkt vil kontrakten som altovervejende hovedregel være underskrevet og dermed endelig tabt for leverandøren.

Forslagets § 1, nr. 7 med bemærkninger medfører i den foreslåede § 10, stk. 1, 2. pkt., at Klagenævnet for Udbud i sin sagsbehandling overgår fra at være underlagt officialmaksimen til at være underlagt forhandlingsmaksimen. Nævnet underlægges således alene at tage hensyn til de nedlagte påstande og fremførte anbringender under en klagesag, og kan således ikke længere fremsætte forslag til påstandsformulering, fremkomme med opfordringer eller udforme spørgsmål af egen drift.

Der er efter Advokatrådets opfattelse tale om en markant ændring af hele det udbudsretlige håndhævelsessystem, hvilket i sig selv tilsiger en meget grundig forberedelse af lovforslaget, herunder i forhold til høringsproceduren.

Det er i den forbindelse endvidere væsentligt at tage udgangspunkt i, at Klagenævnet for Udbud er første sagkyndige instans i forhold til efterprøvelse af de udbudsretlige regler - som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er det på det konkurrenceretlige område - hvorfor der bør være væsentlige og velovervejede argumenter for at fravige det traditionelle udgangspunkt om officialmaksimen.

Klagenævnets sagsbehandling underkastes parternes forberedelse - herunder parternes evt. enighed om, at visse overtrædelser uanset grovheden ikke skal påses eller måske skal lægges til grund slet ikke at være begået - uanset, at nævnet i henhold til forslagets bemærkninger fortsat har ansvaret for, at sagen er tilstrækkelig oplyst. En konstruktion, der i sig selv forekommer betænkelig fra en retssikkerhedsmæssig synsvinkel. Derfor bør konstruktionen, hvis den opretholdes, i det mindste suppleres med, at Klagenævnet for Udbud har samme "procesvejledningspligt og -beføjelse", som de almindelige domstole.

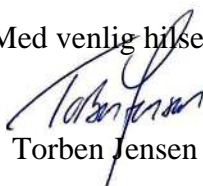
Konstatere det, at en klagende leverandør har afgivet et ukonditionsbaseret tilbud, men hvor dette ikke er gjort gældende af den ordregivende myndighed, vil Klagenævnet for Udbud ikke kunne tage denne konstatering til indtægt eller udforme et spørgsmål herom i forbindelse med vurderingen af en begæring om opsættende virkning (spørgsmålet om uopsættelighed og interesseafvejning) eller ved vurderingen af en erstatningspåstand. Situationen var senest aktuel i en kendelse af 4. marts 2011, hvor konstateringen overflødiggjorde en stillingtagen til øvrige påstande, og dermed virkede procesbesparende.

Håndhævelsen af de grundlæggende udbudsretlige principper vil således i højere grad bero på parternes synspunkter og strategiske beslutninger under klagesagen end på principperne i sig selv. Også dette bør efter Advokatrådets opfattelse vurderes i henhold til det EU-retlige effektivitetsprincip.

I forlængelse heraf skal endvidere bemærkes, at forslaget om klagenævnets sammensætning og udfald i tilfælde af stemmelighed *de facto* betyder, at en klagesag altid vil få det udfald, som klagenævnets formand vurderer som det rigtige, uanset at inddragelse af sagkyndige traditionelt altid har været af stor betydning i dansk udbudsret.

Advokatrådet finder det i den forbindelse nødvendigt at påpege, at de sagkyndige ved Klagenævnet for Udbud *ikke* alle er "tekniske sagkyndige", men flere af de sagkyndige er således jurister (heriblandt advokater og professorer) på tilsvarende vis som klagenævnets formandskab. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens præmis i forarbejderne til høringsforslagets punkt 2.1, 5. afsnit om, at forslaget skal "*sikre, at de juridiske dommere ikke er i mindretal*" synes således ikke at komme til sin ret, når sammensætningen af de sagkyndige tages i betragtning.

Med venlig hilsen



Torben Jensen