



NOTAT

4. maj 2011

Supplerende høringsnotat vedrørende udkast til lovforslag om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (Effektivisering af sagsbehandlingen i Klagenævnet for Udbud)

1. Indledning

Udkast til lovforslag om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter blev sendt i høring den 11. april 2011 med høringsfrist den 26. april 2011.

De væsentligste bemærkninger fra de hørte parter til de enkelte emner i lovforslaget er gennemgået og kommenteret i 2. ordførernotat.

Efter høringsfristens udløb har Advokatrådet den 2. maj afgivet hørings svar. Advokatrådet bemærkninger er gennemgået og kommenteret nedenfor.

2. Generelle bemærkninger

Advokatrådet finder, at lovforslaget ud fra en retssikkerhedsmæssig betragtning er betænkeligt. Herudover finder Advokatrådet, at der er 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 høringsprocessen. Advokatrådet har således bemærket, 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 indkomne hørings svar.

3. Hørings svar til konkrete emner og kommentarer hertil

Kommenteringen af hørings svaret vil ske med udgangspunkt i følgende overordnede opdeling:

- 3.1. Justering af officialprincippet
- 3.2. Ændring af nævnssammensætningen

3.1. Justering af officialprincippet

3.1.1. Klagenævnet kan ikke tage spørgsmål op af egen drift

Advokatrådet finder, at forslaget om, at Klagenævnet for Udbud alene kan tage stilling til nedlagte påstande og anbringender, er en markant ændring af hele det udbudsretlige håndhævelsessystem. Forslaget medfører således, at Klagenævnet for Udbud i sin sagsbehandling overgår fra at være underlagt officialmaksimen til at være underlagt forhandlingsmaksimen. Advokatrådet tilkendegiver, at forslaget er ensbetydende med, at nævnets sagsbehandling underkastes parternes forberedelse – herunder parternes evt. enighed om, at visse overtrædelser uanset grovhed ikke skal påses. Samtidig hermed har nævnet i henhold til bemærkningerne fortsat ansvaret for, at sagen er tilstrækkelig oplyst. Ifølge Advokatrådet er dette en betænkelig konstruktion set ud fra en retssikkerhedsmæssig synsvinkel. Konstruktionen bør derfor, hvis den opretholdes, i det mindste suppleres med, at Klagenævnet for Udbud har samme ”procesvejledningspligt og –beføjelse”, som de almindelige domstole.

Kommentar

Klagenævnet kan i dag tage påstande og forhold op af egen drift, som parterne ikke har gjort gældende. Med lovforslaget foreslås det, at klagenævnet ikke kan træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller de retlige og faktiske forhold (anbringender), som parterne har gjort gældende. Dette forslag medvirker til at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af ressourcerne i Klagenævnet for Udbud og nedbringe sagsbehandlingstiden. Ændringen af officialprincippet vil ikke fjerne klagenævnets adgang til at oplyse sagen, inden nævnet træffer afgørelse. Klagenævnet vil derfor fortsat kunne kræve enhver oplysning, som er nødvendig for, at klagenævnet kan træffe afgørelse i en sag. Ligeledes kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt erhvervsorganisationer fortsat anlægge sager ved klagenævnet og dermed være med til at sikre lige vilkår for små virksomheder.

Det fremhæves i bemærkninger til lovforslaget, at klagenævnet fortsat kan opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, idet nævnet skal vejlede parterne om, hvilke elementer af klagen, der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, fx at klagers påstand er uklar, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til behandling for nævnet. Klagenævnet kan således – ligesom domstolene i civile sager - stille spørgsmål og yde vejledning i fornødent omfang. Vejledningen bør dog ikke strække sig ud over parternes oprindelige påstande eller anbringender, og klagenævnet kan dermed ikke længere bistå med formulering af brugbare påstande og faktiske og retlige forhold, som går ud over disse. Dette svarer til situationen ved domstolene i civile sager.

3.1.2. Klagenævnet har mulighed for at afvise uegnede klager

Advokatrådet finder, at forslaget om, at Klagenævnet for Udbud skal afvise en klage, såfremt klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling ved Klagenævnet for Udbud er betænkeligt. Advokatrådet bemærker, at dette højst sandsynligt vil indebære, at en række ordregivende myndigheders (påståede) tilsidesættelser af udbudsreglerne aldrig

vil blive efterprøvet, eller først vil blive efterprøvet ved domstolene efter kontraktunderskrift, medmindre tidspunktet for vurderingen af klagens egnethed fastlægges til efter klagerens fuldstændige indsigt i udbudsforretningen.

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

Kommentar

Det er ikke hensigten med lovforslaget at pålægge klagenævnet en pligt til at afvise en klage på rene formalia. Det præciseres derfor i lovforslaget, at klagenævnet kan, men ikke skal, afvise en klage, der er uegnet til danne grundlag for sagens behandling. Det præciseres samtidig, at klagenævnet fortsat er underlagt vejledningspligten i henhold til forvaltningslovens § 7. Dette betyder, at klagenævnet skal vejlede parten om, hvilke elementer af klagen, der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling. Samtidig præciseres i bemærkningerne, at klagenævnet kan fastsætte en frist inden for hvilken, klager gives mulighed for at udforme klagen, så den kan antages til behandling af klagenævnet. Det præciseres, at en sådan frist især bør gives, hvis det er åbenbart, at en klager ikke kan nå at indgive en ny klage inden for klagefristen.

Hvis klagen efter udløbet af denne frist fortsat er uegnet til at danne grundlag for behandling, kan klagenævnet afvise klagen.

3.2. Ændring af nævnssammensætningen

Advokatrådet bemærker, at forslaget om, at 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 *ikke* alle er ”teknisk sagkyndige”, men at flere af de sagkyndige således er jurister (heriblandt advokater og professorer). Bemærkningerne 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.

Kommentar

Som hovedregel er der sagkyndige i Klagenævnet for Udbud, hvoraf kun ca. 1/3 har juridisk baggrund.

Efter den gældende § 10, stk. 2, deltager der i behandlingen af en sag ved klagenævnet som udgangspunkt et medlem fra klagenævnets formandskab og derudover to sagkyndige medlemmer. Med lovforslaget foreslås, at afgørelsen i konkrete sager som udgangspunkt skal træffes af et medlem fra klagenævnets formandskab og et sagkyndigt medlem. Formålet med dette er dels at lette sagsbehandlingen i Klagenævnet for Udbud. Samtidig gør sagernes juridiske kompleksitet, herunder i forhold til EU-retten, at det er nødvendigt, at den juridiske dommer ikke kan komme i mindretal. Det bemærkes endvidere, at formanden for klagenævnet fortsat har mulighed for i særlige tilfælde - eksempelvis som følge af sagens særligt komplekse eller principielle karakter - at udvide antallet af sagkyndige, som skal deltage i afgørelsen af den enkelte klagesag. Hermed sikres det, at der er tilstrækkelig teknisk sagkundskab i forbindelse med sagens behandling, hvis dette skønnes nødvendigt i forhold til sagens kompleksitet. Lovforslaget findes således at have den rette balance mellem på den ene side hensynet til en effektiv sagsbehandling i Klagenævnet for Udbud og på den anden side hensynet til, at der er tilstrækkelige faglige kompetencer til stede ved behandlingen af en sag.