

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Kampmannsgade 1, 1780 København V.
Telefon: 33 30 77 00 - Telefax: 33 30 76 00 - mail: kflu@eogs.dk - Internet-adresse: www.kflu.dk

moc@kfst.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att. Mette Olling Vang

Vedr.: 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.

Klagenævnet kan til fulde tilslutte sig det, der angives at være formålet med lovændringen, nemlig at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af Klagenævnet for Udbuds resurser til at håndhæve udbudsreglerne.

Efter klagenævnets opfattelse er det nu fremsatte lovforslag (L 204 af 29. april 2011) imidlertid ikke egnet til at sikre formålet.

Klagenævnet skal således opfordre til, at der foretages et grundigt udvalgsarbejde, før der gennemføres indgribende ændringer på et område af stor samfundsmæssig betydning som det omhandlede.

Fra det første udkast, som klagenævnet fremkom med sine bemærkninger til den 29. marts 2011, over det udkast til lovforslag, som blev sendt i høring, til det nu fremsatte lovforslag er der på meget kort tid sket markante ændringer. Ændringerne er imidlertid ikke gennemarbejdede, og det fremsatte lovforslag afspejler ikke de faktiske forhold.

Klagenævnet skal i det følgende begrænse sine bemærkninger således:

1. Ad § 6, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.
2. Ad § 10, stk. 1, 2. pkt., i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.
3. Ad § 10, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

1. Ad § 6, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Klagenævnets hørings svar af 29. marts 2011 til udkastet til lovforslaget har givet anledning til, at lovforslaget indeholder en ny bestemmelse i § 6, stk. 2, hvorefter klagenævnet kan afvise klagen, såfremt klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at klagen således kan afvises, hvis den ikke indeholder en påstand eller en påstand, som er uklar.

Som det fremgår af klagenævnets hørings svar af 29. marts 2011, modtager klagenævnet mange klageskrifter uden angivelse af påstande eller uden påstande, som med mening kan danne grundlag for en afgørelse. De fleste af disse klager kommer fra virksomheder, som har valgt at indgive klage uden advokatbistand. Klagenævnet yder i dag – inden for rammerne af det, klagen angår – bistand til at formulere klagen som påstande eller til at formulere brugbare påstande, sådan at klagen alligevel kan behandles på et meningsfuldt grundlag. Forslaget til § 6, stk. 2, sammenholdt med bemærkningerne om, at klagenævnets vejledningspligt ikke kan ”gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande”, vil betyde, at sådanne klager, om end berettigede, fremover vil skulle afvises.

En bestemmelse som § 6, stk. 2, sammenholdt med bemærkningerne vil efter klagenævnets opfattelse i praksis udgøre en betydelig hindring for, at små og mellemstore virksomheder kan indgive klage på egen hånd. Virksomhederne vil være henvist til at antage advokatbistand med deraf følgende udgifter, såfremt de skal kunne komme igennem med klager.

Klagenævnet skal præcisere, at vejledningspligten også i dag udøves inden for rammerne af det, klagen drejer sig om. Typisk vil der være tale om vejledning med hensyn til citering af de rette bestemmelser i de omhandlede retsregler, eller vejledning om logisk gruppering og/eller rangordning af påstandene med henblik på at skære sagen til.

Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at en manglende adgang til – inden for rammerne af den indgivne klage – at yde bistand til formu-

lering af brugbare påstande ikke vil fremme en målrettet og effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Klagenævnet vil skulle foretage en vanskelig – og resursekrævende – afvejning af, om påstandene er så uklare, at de kan føre til afvisning efter den nu foreslåede § 6, stk. 2, eller – trods en ubehjælpssom formulering – ikke kan afvises og i stedet helt eller delvist må realitetsbehandles, i det omfang det giver mening. Omvendt medfører den tilskæring af sagen, som præcise påstande er udtryk for, at klagenævnet anvender færre ressourcer på den videre sagsbehandling, end hvis påstandene er dårligt formuleret, uden at klagen dog kan afvises. Endelig bemærkes, at en afvisning ikke nødvendigvis vil betyde, at sagen sluttet. Klageren vil således, eventuelt efter at have antaget advokatbistand, kunne indgive en ny klage med lidt bedre formulerede påstande, som ikke kan afvises.

Efter klagenævnets opfattelse komplicerer det kun sagen yderligere, at klagenævnet ifølge bemærkningerne til det nu fremsatte lovforslag kan fastsætte en frist, inden for hvilken klageren gives mulighed for at udforme klagen, så den kan antages til behandling af klagenævnet, da klagenævnet selvsagt med rette vil blive afæsket svar på, hvad afhjælpningen skal gå ud på, uden at klagenævnet dog må hjælpe med at formulere påstande.

Det bemærkes, at den frist på 30 kalenderdage til klagenævnets stillingtagen til, om der skal tillægges en klage, der er indgivet i standstill-perioden, opsættende virkning, i forvejen er så snæver, at der ikke vil kunne blive tale om at meddele frist til afhjælpning i disse sager.

Klagenævnet skal på den baggrund henstille, at afskæringen af klagenævnet fra at bistå med formulering af påstande opgives, og at § 6, stk. 2, udgår af lovforslaget.

2. Ad § 10, stk. 1, 2. pkt., i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Efter lovforslaget sammenholdt med bemærkningerne vil klagenævnet fremover være afskåret fra af egen drift at tage spørgsmål op, også om grove overtrædelser, fx tilfælde, hvor der er grundlæggende fejl og

mangler i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, som gør dem uegnet som grundlag for en beslutning om prækvalifikation/tildeling, og tilfælde, hvor der er grundlag for at formode, at en eller flere bestemte ansøgere/tilbudsgivere forsætligt eller groft uagtsomt er eller vil blive favoriseret.

Som et praktisk og ofte forekommende eksempel kan nævnes spørgsmålet om, hvorvidt klagerens tilbud er ukonditionsmæssigt og derfor ikke lovligt kan tages i betragtning (skønt det er sket). Klageren nedlægger selvsagt aldrig påstand herom. Indklagede, der ikke kan nedlægge selvstændige påstande, gør heller ikke. At klagenævnet rejser spørgsmålet, kan for det første føre til, at klageren hæver sagen. For det andet kan det som det mindre medføre, at en erstatningssag undgås, fordi klageren under ingen omstændigheder kan få erstatning. I begge situationer er besvarelsen af det rejste spørgsmål omkostningsbesparende for alle, herunder for klagenævnet, som sparer resurser til yderligere sagsbehandling.

Klagenævnet finder desuden, at det må give anledning til overvejelser, at grove overtrædelser af udbudsreglerne fremover vil kunne gå upå-talt hen, fordi klageren ikke er kyndig i udbudsreglerne eller ikke har opdaget overtrædelserne.

I tillæg hertil bemærkes, at der kan være tilfælde, hvor klageren – på grund af en begrænset aktindsigt i de øvrige tilbud og tilbudsevalueringen – ganske enkelt ikke selv har mulighed for at opdage krænkelse under tilbudsbedømmelsen, hvor en bestemt tilbudsgiver favoriseres af ordregiveren.

Ved en gennemgang af klagenævnets nyere praksis kan det konstateres, at klagenævnet ikke rejser spørgsmål af egen drift, medmindre spørgsmålet er afgørende for sagens udfald. Klagenævnet modtager et meget stort antal klagesager i forhold til tidligere år, og klagenævnet har derfor ikke resurser til i andre tilfælde at rejse spørgsmål af egen drift.

Det bemærkes i sammenhæng hermed, at det efter lovforslaget ikke er klart, om den forpligtelse, der følger af §§ 17 – 18 for klagenævnet til

ex officio at fastsætte, at en kontrakt er uden virkning/pålægge økonomisk sanktion, fortsat opretholdes. Lovforslaget tager således ikke stilling til, om dette fremover skal ske uden påstand herom

3. Ad § 10, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår, at reduktionen af antallet af sagkyndige fra to til én i de sager, hvor sagkyndige medvirker, har til formål at ”lette sagsbehandlingen i klagenævnet”.

Det er som anført i klagenævnets hørings svar af 29. marts 2011 klagenævnets opfattelse, at sagkyndig medvirken er afgørende i en lang række sager, og at vekselvirkningen mellem de sagkyndige med deres forskelligartede baggrunde og formændene, der alle er dommere, er overordentlig nyttig og tjener til at sikre holdbare resultater. At de sagkyndiges medvirken skulle belaste sagsbehandlingen er på ingen måde i overensstemmelse med klagenævnets opfattelse.

Der er tale om et ganske marginalt øget tidsforbrug – om overhovedet øget – for den enkelte formand, såfremt kun én – og ikke to – fra ”det virkelige liv” bidrager til sagernes afgørelse.

Tværtimod betragter klagenævnet det netop som afgørende for sin autoritet, at der medvirker sagkyndige i de afgørelser, der ikke kan træffes af en formand eller næstformand alene.

Klagenævnet ser det således som et alvorligt tilbageskridt, at netop afgørelser af en vis tyngde eller sværhedsgrad, som formændene ikke vil kunne træffe alene, efter forslaget skal træffes med bistand af kun én sagkyndig.

Det fremsatte forslag vil derfor ikke forbedre effektiviteten eller lette sagsbehandlingen.

Det bemærkes, at den forventede omkostningsbesparelse ved, at der kun skal medvirke én sagkyndig i behandlingen af en sag, er endog overordentlig beskedent. Klagenævnet kan således oplyse, at der i 2010 blev udbetalt i alt ca. 370.000 kr. i honorar til de sagkyndige.

Viborg, den 6. maj 2011

Kirsten Thorup
Klagenævnet for Udbud