

DEN DANSKE DOMMERFORENING

Dato: 10. maj 2011

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Nyropsgade 30
1780 København V.

Sag 4/0404-0100-0006
ref.: fuldmægtig Mette Olling Vang

1. Med brev af 11. april 2011 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsendt et forslag til ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter i høring.

I lovforslagets bemærkninger er det anført, at lovforslaget inden fremsættelsen har været sent i høring til bl.a. Den Danske Dommerforening, men Dommerforeningen har ikke modtaget høringsbrevet, men er blevet bekendt med sagen på anden måde.

Lovforslaget berører centrale forvaltningsretlige aspekter. Hertil kommer, at Klagenævnets formandskab som bekendt består af dommere, hvorfor reglerne om Klagenævnets virksomhed også har central betydning for foreningen

Dommerforeningen skal meget beklage den meget korte høringsfrist, som endda omfatter påskehelligdagene, og som har medført, at høringen ikke har kunnet behandles på sædvanlig vis. Den korte høringsfrist er så meget mere beklagelig, som der foreslås så væsentlige ændringer i reglerne for Klagenævnet for Udbud, at disse kun bør gennemføres efter et grundigt forarbejde.

Dommerforeningen er bekendt med, at der efter lovforslagets fremsættelse er sket enkelte ændringer i forslaget, således at der til en vis grad er taget højde for de rejste indvendinger for så vidt angår officinalprincippet. Dommerforeningens høringssvar er afgivet på grundlag af det oprindelige lovforslag.

2. Lovforslaget indebærer, at der for Klagenævnets behandling af klager indføres et civilprocessuelt *forhandlingsprincip* med hensyn til parternes påstande og anbringender, afskaffelse af Klagenævnets *vejledningspligt* og en reducere af antallet af *sagkyndige*, der medvirker i den enkelte sag.

2.1. Det foreslås, jf. forslaget til § 10, stk. 1, 2. punkt., at Klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til anbringender, som ikke er gjort gældende af den pågældende. Forslaget bryder med det officialprincip, der ellers gælder for forvaltningsmyndighederne, som Klagenævnet er en del af, og som opretholdes i øvrigt. Forslaget afviger så vidt ses også fra, hvad der ellers gælder for andre forvaltningsmyndigheder med et vist domstolslignende tilsnit, hvor der træffes afgørelser i partsvister.

Der henvises i bemærkningerne til forslaget til, at noget tilsvarende gælder for domstolene. Herved overses, at domstolene er underlagt et forhandlingsprincip, hvor princippet om domstolenes bundethed til parternes påstande og anbringender uløseligt er knyttet sammen med, at det også er parterne, der har ansvaret for at tilvejebringe det grundlag, hvorpå afgørelsen skal træffes.

Forhandlingsprincippet forudsætter, at parterne selv har formuleret deres påstande og anbringender. Derfor er der i retsplejelovens § 348 og § 351 krav om, at parterne i stævningen og svarskriftet skal formulere deres påstande og anbringender, der i øvrigt kan ændres og suppleres, i princippet (men under forskellige betingelser) indtil der afsiges dom i sagen.

Der er i den gældende håndhævelseslov, der på dette punkt ikke foreslås ændret, intet krav om, at parterne skal formulere deres synspunkter som ”påstande” og ”anbringender”, og det er derfor betænkeligt at knytte afgørende retsvirkninger hertil. Ganske vist kan det af Klagenævnets afgørelser ses, at parterne (klageren) nedlægger påstande. Sker det ikke, yder Klagenævnet så vidt vides den nødvendige bistand hertil for at klargøre, hvad parterne (klageren) ønsker Klagenævnets stillingtagen til.

Efter bemærkningerne til nr. 7 (§ 10, stk. 1, 2. pkt.) skulle ændringen om Klagenævnets bundethed til parternes påstande og anbringender indebære, at Klagenævnet ikke (længere) kan bistå med formulering af brugbare påstande. Det er vanskeligt at se, at ændringen fører til denne konsekvens. *For det første* gælder der i domstolsprocessen som bekendt en vidtstrakt vejledningspligt over for parter, der (i byretten) møder uden advokat, jf. retsplejelovens § 339, stk. 4. *For det andet* har retten ret (og i en vis udstrækning også pligt) til at søge uklarheder om parternes standpunkter og begrundelser afklaret, jf. retsplejelovens § 339, stk. 1 og stk. 2. Hertil kommer det uheldige i, at et velkendt og grundfæstet forvaltningsretligt princip afskaffes i lovforslagets bemærkninger f.s.v. ang. Klagenævnet uden støtte i lovforslagets tekst.

Det synes endvidere uheldigt, at bemærkningerne tilsyneladende noget uklart anvender betegnelserne ”en part” og ”parterne”, når der næppe tænkes på den myndighed, hvis udbud der klages over. At der ikke kan tilkendes en part ”mere” end påstået, har også dårlig sammenhæng med, at Klagenævnet (også efter lovforslagets bemærkninger) skal konstatere, om ”reglerne ... er overholdt”, uden at klageren nødvendigvis har nedlagt påstand om annullation eller erstatning.

2.2. Som en ny bestemmelse i § 6, stk. 2, foreslås det, at Klagenævnet afviser en klage, der er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. I bemærkningerne anføres det, at reglen er ”en nødvendig konsekvens” af det foreslåede forhandlingsprincip, og i de særlige bemærkninger tilføjes det, at en klage, der ikke indeholder en påstand, eller en uklar påstand, skal afvises. Det synes herved overset, at en klage – i modsætning til f.eks. en stævning - ikke (som et formkrav) skal indeholde en påstand. Der er efter gældende ret og heller ikke efter forslaget hjemmel til at afvise en klage, der ikke indeholder en påstand.

Det forekommer uklart, hvad virkningen af, at en klage afvises skal være. Der er i forslaget eller i bemærkningerne ikke taget stilling til, om klagen kan indgives på ny (med en ny afgift), og hvorledes der i givet fald skal forholdes med klagefristerne, jf. håndhævelseslovens § 7. Der ses heller ikke taget stilling til, om en afvist klage kan indbringes for domstolene, indbringelsesfristerne herfor, og om domstolene kan tage stilling til både afvisningen og det, klagen angår, jf. herved håndhævelseslovens § 8. F.s.v. ang. klager, der indgives i standstill-perioden, jf. håndhævelseslovens § 5, er der særlige spørgsmål, som lovforslaget heller ikke tager stilling til.

2.3. Det foreslås, jf. den ændrede formulering af § 10, stk. 2, at antallet af sagkyndige, der medvirker i den enkelte sag, reduceres fra 2 til én. Begrundelsen herfor forekommer ikke overbevisende. Der bør imidlertid være tungtvejende grunde for at reducere antallet af sagkyndige. Et nævn, der alene består af en formand og en sagkyndig, hvis stemme kun tæller med, hvis den sagkyndige er enig med formanden, kan vel ikke med rimelighed kaldes et nævn. Hverken i domstolsprocessen eller i forvaltningsprocessen kendes en sådan konstruktion. Ændringen vil næppe få store konsekvenser med hensyn til Klagenævnets afgørelser, men vil kunne få konsekvenser for Klagenævnets legitimitet og den tillid, som Klagenævnet bør nyde.

2.4. Det anføres i punkt 7 i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at de foreslåede ændringer ingen EU-retlige konsekvenser har. Der ses ikke nærmere argumenteret for dette synspunkt. De foreslåede ændringer må antages at få vidtgående virkninger for den del af håndhævelsen af udbudsreglerne, som Klagenævnet behandler, men den knappe tid, der har været til rådighed, har ikke gjort det muligt nærmere at overveje de EU-retlige aspekter i forslaget, herunder forholdet til de såkaldte kontroldirektiver. Det er dog umiddelbart vanskeligt at se, hvorledes bestemmelserne i håndhævelseslovens §§ 17 og 18 kan forenes med de foreslåede bestemmelser om forhandlingsprincip med hensyn til påstande og anbringender.

3. Den Danske Dommerforening kan ikke være uenig med det angivne sigte med forslaget, at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af Klagenævnets ressourcer til at håndhæve udbudsreglerne. Der er imidlertid i lovforslagets bemærkninger ingen argumentation for, at der er behov for at gennemføre så vidtgående ændringer i Klagenævnets virksomhed, som der er tale om. Sådanne ændringer bør heller ikke gennemføres uden en grundig forberedelse med inddragelse af de berørte myndigheder og interesseorganisationer, hvor forslagets stilling til almindelige forvaltningsretlige, herunder EU-retlige, og processuelle principper nøje afklares.

Med venlig hilsen

Mikael Sjöberg

