



NOTAT

26. februar 2013

Høringsnotat ad L 153 - Forslag om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. (Mere effektivt klagesystem på udbudsområdet samt præcisering af retsvirkningerne af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler)

1. Indledning

Udkast til forslag til Lov om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. har den 21. december 2012 været sendt i høring hos de organisationer, myndigheder m.v., som er nævnt til sidst i notatet. Høringsfristen var den 21. januar 2013.

Følgende har afgivet høringssvar inden høringsfristens udløb: Advokatsamfundet, Bygherreforeningen, Dansk Arbejdsgiverforening, Dansk Byggeri, Dansk Erhverv, Dansk Fjernvarme, Danske Ark, Danske Regioner, De samvirkende Købmænd, DI og FRI, Finansrådet, FTF, Håndværksrådet, IKA, Ingeniørforeningen, KL, Klagenævnet for Udbud, Københavns Kommune, Landbrug og Fødevarer, Medicindustrien og SKI.

Nedenfor gennemgås de dele af høringssvarene, som indeholder væsentlige bemærkninger til forslaget indhold.

2. Generelle bemærkninger

Følgende har haft generelle bemærkninger til forslaget:

Bygherreforeningen hilser overordnet initiativet meget velkomment, idet der blandt foreningens medlemmer er stigende bekymring over den tiltagende formalisering af hele indkøbsområdet og det stadigt stigende antal klagesager. Resultatet er, at der er sket en beklagelig udvikling i retning af stor ressourceanvendelse på at tænke defensivt i forhold til mulige klagepunkter.

Dansk Byggeri stiller sig tvivlende overfor, at forkortelse af klagefrister skulle være egnede til at løse de angivelige problemer, der er forbundet med en forøgelse i antallet af (ubegrundede) klagesager ved Klagenævnet for Udbud. Det er Dansk Byggeris opfattelse, at det bør overvejes, hvorvidt antallet af ubegrundede klagesager kan nedbringes ved mindre indgribende midler.

Dansk Erhverv ser øget offentlig-privat samarbejde som en vigtig vej til at sikre en fortsat effektivisering og innovation i den offentlige sektor. Dansk Erhverv bakker op om regeringens initiativ om et serviceeftersyn af klage reglerne med det for-

mål at få skabt et bedre samarbejds-klima. Dansk Erhverv finder det afgørende, at en revision af klagesystemet bliver fulgt op af en samlet plan, der over en bred kam bearbejder de forhold, der i dag hyppigt giver anledning til konflikter, og der skal generelt være mere vejledning til offentlige udbydere og private leverandører. Dansk Erhverv mener, at man i forbindelse med revision af klagenævnet skal se på, om klagenævnet skal kunne tage stilling til, hvorvidt de ordregivende myndigheder overholder de forvaltningsretlige regler, herunder grundsætningen om god forvaltningsskik.

Danske Regioner hilser overordnet forslaget om ændringer i håndhævelsesloven velkomment og ser positivt på regeringens tiltag om en forenkling og tilpasning af klagesystemet på udbudsområdet. Danske regioner opfordrer til, at der ikke kan klages over udbudsmaterialet senere end 30 dage efter dette er offentliggjort, og at fristen for, hvor længe Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan klage over et givet udbud afkortes så meget som muligt i forhold til det underliggende direktiv.

Danske Ark anfører, at den nugældende håndhævelseslov er tilstrækkelig effektiv, og at lovforslaget ikke lever op til formålet om en effektiv håndhævelse. Danske Ark mener, at forslaget i stedet medfører en forringelse af tilbudsgivernes retsstilling og dermed retssikkerhed, idet tilbudsgivere får sværere ved at forfølge ulovlige udbud, og lovforslaget reelt har til formål at forhindre tilbudsgiverne i at klage. Det er ikke Danske Arks oplevelse, at tilbudsgivere anlægger overflødige klagersager eller åbenbart grundløse klager.

DI og FRI finder, at anbefalingerne fra arbejdsgruppen, der havde til formål at analysere mulighederne for en forenkling og tilpasning af klagesystemet på udbudsområdet, samlet set lægger op til ændringer, der markant vil forværre virksomhedernes retsstilling på en lang række områder. DI og FRI finder, at forslagene bærer præg af en overdreven frygt hos ordregivere for at havne i klagenævnet. DI og FRI finder, at det er helt ude af proportioner, at den frygt får lov til at begrunde så markante ændringer i det danske klagesystem og finder, at anbefalingerne kunne have været mere balanceret, hvis man i processen havde inddraget leverandørsiden. DI og FRI forholder sig stærkt kritisk til anbefalingerne og opfordrer regeringen til at værne om virksomhedernes retsstilling.

FTF kan overordnet støtte lovforslagets forenkling af klagesystemet for udbud, da det vil nedbringe antallet af klager og transaktionsomkostningerne for offentlige og private virksomheder. Det gælder særligt forslaget om at forkorte klagefristerne ved EU-udbud og forslaget om bedre at kunne afvise udsigtsløse klager. FTF havde gerne set, at man i lovforslaget også havde udvidet klagenavnets kompetencer, så-dan at det kan afgive en form for bindende forhåndstilsagn i udbudsspørgsmål.

Håndværksrådet støtter forslagets formål om at effektivisere sagsbehandlingen og nedbringe sagsbehandlingstiderne ved Klagenævnet for Udbud. Håndværksrådet er imidlertid ikke enig i alle de tiltag, der ønskes gennemført ved nærværende lovforslag samt ved bekendtgørelse. Man risikerer at ramme de mindre virksomheder, der ikke er årsag til de lange sagsbehandlingstider og heller ikke gør brug af klagein-

stansen for at forhale en udbudsprocedure, mens forslagene preller af på de virksomheder, der reelt er årsag til tiltagene.

Ingeniørforeningen bakker samlet set op om intentionerne i forslaget, som er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne – herunder at medføre færre klager, reducere klagetiden og reducere omkostningerne til klagesager. Stigningen i klager er en stor økonomisk byrde for de offentlige parter i udbuddet, og lange behandlingstider kan være af stor økonomisk betydning for både den klagende virksomhed og dens konkurrenter.

KL anfører, at klagesystemet på udbudsområdet har udviklet sig på en måde, så det hæmmer udviklingen af et effektivt offentlig-privat samarbejde. Dette skyldes dels udviklingen i klagemønstret og dels har en række kendelser i Klagenævnet for Udbud medført en vis uklarhed om retspraksis på udbudsområdet. På den baggrund er KL meget positiv over for de foreslåede ændringer i håndhævelsesloven.

Klagenævnet for Udbud kan tilslutte sig ønsket om at sikre et effektivt og smidigt klagesystem. Klagenævnet har noteret sig, at det under de almindelig bemærkninger står anført, at forslaget forventes at medføre at der indbringes færre sager, og at ressourceanvendelsen i klagenævnet dermed forventes at blive nedbragt. Klagenævnet forudsætter, at en eventuel besparelse som følge af forslaget i givet fald ikke fragår klagenavnets ressourcer.

Københavns Kommune støtter tanken om at forenkle rammerne for offentlige anskaffelser for derved at nedbringe transaktionsomkostninger for både det offentlige Danmark og det private erhvervsliv, og Københavns Kommune bifalder derfor udkast til forslag om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Landbrug og Fødevarer mener som udgangspunkt, at en forringelse af borgernes klagemuligheder eksempelvis i form af klagefrister, forhøjelse af klagegebyrer og lempelser af konsekvenserne i tilfælde af myndighedernes fejl og forsømmelser er et stor retssikkerhedsmæssigt problem. Det er dog Landbrug & Fødevarers opfattelse, at der gennem årene har været en række vanskeligheder og problemer med Klagenævnet for Udbud, og Landbrug og Fødevarer hilser derfor en ændring af procedureerne i relation til behandlingen af klagesagerne velkomment.

Medicoindustrien beklager, at der ikke har deltaget repræsentanter fra tilbudsgiversiden i den af regeringens nedsatte arbejdsgruppe, der har analyseret mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet. Medicoindustrien anfører, at man havde regnet med, at resultat af drøftelserne i gruppen var blevet offentliggjort og gjort til genstand for drøftelse, inden lovforslaget blev fremlagt. Det er Medicoindustriens oplevelse, at arbejdsgruppens rapport har et relativt ensidigt fokus på at nedbringe antallet af klagesager for at tilgodese hensyn til ordregiver, i stedet for at forholde sig til det samlede billede. Derudover angiver Medicoindustrien, at der bør kigges nøje på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rolle i forbindelse med klagesagsbehandlingen, idet der ikke er tvivl om, at øgede ressourcer til styrelsen på dette punkt ville aflaste klagenævnet.

SKI hilser indholdet af lovforslaget velkomment. Forslaget indeholder præciseringer og forenklinger, der må forventes at føre til et mere effektivt og enkelt klagesystem, hvor ressourcerne anvendes mere rationelt end tilfældet er i dag. Det kan føre til et bedre samarbejde mellem de offentlige ordregivere og de private leverandører og dermed bidrage til erindringen om, at udbud alene er et middel til effektive indkøb for den offentlige myndighed og ikke et selvstændigt mål.

Kommentar

Hovedformålet med lovforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Derfor tilstræber lovforslaget, at klagesystemet på udbudsområdet effektiviseres, samt at der skabes klarhed om retsvirkningen af at indvende indkøbscentralers rammeaftaler til gavn for indkøbscentralens brugere. Forslaget understøtter samlet set en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, idet forslaget først og fremmest forventes at medføre færre klager, herunder åbenlyst ubegrundede klager. Samtidig forventes forslaget at medføre en hurtigere sagsbehandlingstid samt understøtte en mere effektiv tilrettelæggelse af udbud. Endeligt understøtter forslaget en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne ved, at der skabes større retssikkerhed for indkøbscentralers brugere. Forslaget skal ses i sammenhæng med planlagte ændringer af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud.

Det synes ikke hensigtsmæssigt at indføre regler om, at der ikke kan klages over udbudsmaterialet senere end 30 dage efter dette er offentliggjort, da det i praksis kan være vanskeligt at vurdere, hvorvidt en fejl vedrører udbudsmaterialet eller den praktiske anvendelse fx af tildelingskriterierne. Ligeledes synes det ikke hensigtsmæssigt at afkorte fristen for, hvor længe Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan indbringe en klage, da bestemmelsen er ment som sikkerhed for, at særlige grove eller principielle klager kan indbringes, såfremt de almindelige frister er udløbet.

Af hensyn til klagenævnets effektivitet og ressourceanvendelse, vil det ikke være hensigtsmæssigt, at tillægge klagenævnet kompetence til at kunne afgive en form for bindende forhåndstilsagn i udbudsspørgsmål.

3. Bemærkninger til de enkelte bestemmelser:

Kommentering af hørings svarene vil ske med udgangspunkt i følgende overordnede opdeling:

- 3.1. Klagefrister
- 3.2. Klagenævnets mulighed for at afvise klager og optage afviste sager til behandling
- 3.3. Præcisering af retsvirkninger af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler
- 3.4. Begrænsning af sanktionen uden virkning
- 3.5. Overgangsbestemmelse

3. 1. Klagefrister

Advokatsamfundet finder, at formuleringen af fristreglerne i lovforslaget er uklar, idet det ikke er muligt at afgøre ud fra lovteksten alene, hvilken dag der regnes som fristens sidste dag. For at få denne forståelse har det hidtil været nødvendigt at konsultere lovens forarbejder til § 7. Det foreslås, at det præciseres direkte i lovteksten, hvad der regnes som henholdsvis første og sidste dag i klagefristerne. Advokatsamfundet anfører videre, at der ikke i lovforslaget er taget stilling til, om Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (Fristforordningen) finder anvendelse ved beregning af fristerne angivet i kalenderdage og måneder i § 7. Det vil have stor betydning for den praktiske anvendelse af klagefristerne, at dette afklares i lovforarbejderne.

Bygherreforeningen finder det positivt med en opstramning af klagefrister for såvel EU-udbud som udbud efter tilbudsloven. Særligt i sammenhæng med at det præciseres, at klagenævnet kan afvise at behandle udsigtsløse eller ubegrundede klager.

Dansk Byggeri er af den opfattelse, at man ved en forkortelse af klagefristerne tilsidesætter virksomheders muligheder for at varetage grundlæggende rettigheder i relation til prøvelse af, hvorvidt udbydere har handlet ulovligt i forbindelse med gennemførelse af et udbud. Dansk Byggeri påpeger, at en markant forkortelse af de nugældende klagefrister vil medføre risiko for, at udbyders overtrædelser ikke påtales, idet de bydende virksomheder i praksis ikke har mulighed for at indbringe en sag, henset til behovet for juridisk bistand, og at det ofte kan være nødvendigt at anmode om aktindsigt. De markant forkortede frister vil få den konsekvens, at virksomheder med berettigede erstatningstab fortaber disse. Samtidig kan konsekvensen være, at sager indbringes for en sikkerheds skyld, og dermed vil antallet af klagesager i klagenævnet blive forøget i stedet for reduceret. Dansk Byggeri anfører, at de forkortede klagefrister ligeledes kan risikere at medføre en forøgelse af klagesager, der indbringes for de almindelige domstole, som dermed vil skulle behandle sager, der forudsætningsvis ville have indebåret en mindre administrativ byrde for klagenævnet end for de almindelige domstole.

Dansk Erhverv finder, at forslaget i praksis vil gøre det unødigt vanskeligt at klage. Det er afgørende for Dansk Erhverv, at man som virksomhed har det fornødne grundlag til at kunne vurdere resultatet af et udbud. I flere tilfælde oplever virksomheder, at de først får det fornødne grundlag efter anmodning om aktindsigt, hvilket betyder, at der i praksis ofte kan gå 15-20 dage, førend der er skabt klarhed over baggrunden for resultatet af et udbud. Dertil kommer, at man som hovedregel er nødt til at rekvirere ekstern juridisk bistand med henblik på at vurdere materialet. Dansk Erhverv mener derfor, at de nye foreslåede klagefrister for prækvalifikation og tildeling af almindelige aftale på hhv. 15 og 30 dage er alt for korte, hvilket kan føre til, at tilbudsgiver klager for en sikkerheds skyld – alene for at overholde fristen. Dansk Erhverv foreslår følgende klagefrister: Frist for prækvalifikation: 20

dage; Frist for tildeling af almindelig kontrakter: 45 dage; Frist for rammeaftaler: 6 måneder; Frist for tilbudsloven: 45 dage.

Danske Ark anfører, at forkortelsen af fristerne for klager over henholdsvis prækvalifikationer og tildelingsbeslutninger nu bliver så korte, at det reelt er umuligt at klage over sådanne afgørelser. Forud for indgivelse af en klage ligger der store overvejelser og ofte er det nødvendigt at indhente ekstern juridisk rådgivning for at vurdere, om der foreligger en udbudsretlig krænkelse. Dernæst skal tilbudsgiver vurdere, om han ønsker at lægge sig ud med en potentiel kunde. Træffes der beslutning om indgivelse af klage, skal der udarbejdes et temmelig omfattende klageskrift, som stort set kun advokater kan lave. Alt dette skal nås på hhv. 15 og 30 kalenderdag, hvilket nærmest er en mulig opgave. En tilbudsgiver efterlades således retsløs over for det offentliges overtrædelser af reglerne. Danske Ark opfordrer kraftigt til, at forringelsen af klagefristerne tages ud af lovforslaget af retssikkerhedsmæssige hensyn.

Danske Regioner anfører, at der ikke ses at være indført klagefrist over prækvalifikation over klager efter tilbudsloven, som tilfældet er med klager efter udbudsdirektiverne og foreslår, at der indsættes en klagefrist i forbindelse med prækvalifikation på 15 kalenderdage som for ved udbudsdirektiverne. Danske Regioner anfører, at det bør præciseres, hvorledes en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen ved udbud efter tilbudsloven adskiller sig fra udbudsdirektivet, idet det angives i bemærkninger, at det ikke er et krav, at redegørelsen lever op til kravene, som gælder for udbud efter udbudsdirektiverne. Danske Regioner foreslår endvidere, at der indføres klagefrister for klager over udbud af bilag II B tjenesteydelser (for så vidt angår bestemmelser om tekniske specifikationer og art 35 meddelelsespligt), når ordregiver har givet modtageren en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

DI og FRI finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, hvis klagefristerne forkortes markant, da det kan forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsdirektiverne. Markant kortere klagefrister vil i praksis gøre det meget svært for en potentiel klager at opnå aktindsigt i de fornødne dokumenter, og i lyset heraf kan der være risiko for, at en potentiel klager ikke kan nå at indbringe en ellers velbegrunnet klage. Virksomhedernes retssikkerhed og en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne svækkes derved væsentligt. Samtidig kan dette på den anden side føre til, at klagen indgives for en sikkerheds skyld på et utilstrækkeligt oplyst grundlag for ikke at tabe klageadgangen og derved føre til klagesager, der kunne have været undgået. DI og FRI kan dog støtte, at klagefristerne i forhold til rammeaftaler forkortes, hvor de i dag er relativt lange, men påpeger at de øvrige klagefrister bør bevares.

Håndværksrådet er af den opfattelse, at de foreslåede forkortelser af klagefristerne er alt for drastiske, specielt forslagene om at forkorte fristen for indbringelse af klager over EU-udbud fra 6 måneder til 30 dage og indføre en tilsvarende kort frist for klager over udbud efter tilbudsloven. 30 dage er alt for kort frist til at fremskaffe dokumentation for klagens berettigelse, oversendelse af sagen til advokat for

vurdering af, hvorvidt det kan betale sig at føre sagen samt udarbejdelse af klageskrift og begære aktindsigt hos udbyder for at fremskaffe tilstrækkeligt grundlag til vurdering af sagen. Den korte frist kan have som konsekvens, at klager kan blive nødt til at indsende en klage på et spinkelt/utilstrækkeligt grundlag blot for at overholde fristen. Dette medfører risiko for, at der indgives unødvendige klager eller berettigede klager, der afvises som ubegrundede, da man ikke har haft tid til at oplyse sagen tilstrækkeligt inden indbringelse. Dette gør sig tilsvarende gældende for de øvrige foreslåede forkortelse af frister.

IKA anfører, at det bør angives, hvad en kort redegørelse i henhold til tilbudsloven skal indeholde for, at klagefristen kan påbegyndes, således det præciseres hvad forskellen er i forhold til den redegørelse, der følger efter udbudsdirektiverne.

KL finder, at tilbudsgiverne skal sikres rimelige frister for at klage i forbindelse med en udbudsproces, men at de nuværende klagefrister bidrager til, at kommunerne oplever en unødigt lang periode præget af usikkerhed i forhold til klagesager. KL finder det derfor positivt, at klagefristerne afkortes til et niveau, hvor tilbudsgiverne stadig sikres rimelige muligheder for at indgive en klage.

Klagenævnet for Udbud er af den opfattelse, at det i bemærkningerne til lovudkastet bør præciseres, at forslaget indebærer, at yderligere egentlige nye påstande, som klageren måtte ønske at fremkomme med under sagens behandling for klagenævnet også skal overholde fristen. Klagenævnet anfører endvidere, at de forkortede klagefrister i samspil med den tid, det tager ordregivere og evt. klagenævnet efter høring af de berørte virksomheder at behandle en aktindsigtsansøgning, kan risikere at medføre, at ordregiverne reelt får mulighed for at afholde klagere fra at indgive velbegrundede klager inden for de fastsatte frister. Klagenævnet opfordrer på den baggrund til, at der indsættes en bestemmelse om, at klagenævnet inden for fx 6 måneder efter klagefristens udløb kan beslutte at admittere en klage, der indgives efter klagefristernes udløb, hvis overskridelsen må anses for undskyldelig, og særlige forhold i øvrigt taler for dette. Klagenævnet anfører videre, at det bør overvejes, om der er behov for at give ordregivere en tilsvarende mulighed for at iværksætte en sådan klagefrist på områder, der hverken er reguleret af udbudsdirektiverne eller tilbudsloven. Klagenævnet opfordrer endelig til at kravene til en redegørelse efter tilbudsloven beskrives nærmere.

Københavns Kommune ser forslaget om forkortelse af klagefrister ved EU-udbud og indførelse af klagefrister ved klager over tilbudsloven som værende af afgørende betydning og er tilhænger af, at klagefristerne reduceres maksimalt inden for rammerne af direktivet. Dog understreger Københavns Kommune, at de reducerede klagefrister ikke må gå ud over retssikkerheden for potentielle klagere.

Landbrug og Fødevarer mener ikke, at en forkortelse af klagefristerne udgør et væsentligt retssikkerheds problem, da fristerne på trods af forkortelserne, fortsat har en længde, der sikrer god tid til at formulere og indsende klager til klagenævnet. Herudover skabes der større sikkerhed for de virksomheder, der eksempelvis

har vundet et udbud. Det samme gør sig gældende i relation til indførelse af klagefrister på tilbudslovens område.

Medicoindustrien finder det overordnet rimeligt, at de nuværende klagefrister afkortes noget. Omvendt er forslaget om indskrænkning af klage over manglende prækvalifikation til kun 15 kalenderdage og klagefrist over tildeling af kontrakter til 30 kalenderdage for kort, idet virksomheden ofte via aktindsigt at opnå et øget kendskab til, hvorpå et afslag beror. Medicoindustrien foreslår, at klagefristen for klage over manglende prækvalifikation fortsat fastsættes til 30 dage, og at klagefristen for tildeling af almindelige kontrakter ændres fra de nugældende 6 måneder til 3 måneder, da de 30 kalenderdage, som forslaget lægger op til, er alt for kort tid. Forslaget om afkorting af klagefristen for så vidt angår rammeaftaler fra 12 måneder til 6 måneder er i den sammenhæng mere afbalanceret for tilbudsgiverne.

SKI anfører, at det er positivt, at klagefristen for rammeaftalen nedsættes til 6 måneder. Rammeaftaleinstrumentet er en effektiv måde at skabe konkurrence om offentlige indkøb, hvilket forslaget understøtter, idet en forkortelse af klagefristen for rammeaftaler giver en hurtigere adgang til at komme videre efter afholdelse af udbuddet. SKI finder det positivt, at der nu er en frist for indbringelse af klager for udbud gennemført efter tilbudsloven, således at der skabes et mere ensartet retsgrundlag for udbud uafhængigt af, om udbuddet er gennemført efter direktiverne eller tilbudsloven.

Kommentar

Med lovforslaget forkortes klagefristerne for indgivelse af klage over udbudsdirektiverne væsentligt og der indføres frister for indbringelse af klager over tilbudsloven. De forslåede frister tvinger potentielle klager til hurtigere at tage stilling til, hvorvidt der er anledning til at klage. Effekten er, at klagenævnet ikke skal anvende ressourcer på sager, hvor der for længst er indgået kontrakt, men i stedet kan anvende sine ressourcer på aktuelle sager. Dette vil tilskynde til en mere effektiv håndhævelse, da klager indbringes hurtigere, og samtidig reduceres den periode, hvor ordregivere og leverandører bliver mødt med usikkerhed om, hvorvidt en kontrakt kan anfægtes. Det er dog også afgørende for en effektiv håndhævelse, at potentielle klager ikke reelt afskrives deres klageadgang, hvis det eksempelvis er nødvendigt at anmode om aktindsigt for at vurdere, om der er sket en overtrædelse. Resultatet kan da blive, at der indgives klager for en sikkerheds skyld. Det synes derfor hensigtsmæssigt, at klagefristerne øges i forhold til det foreliggende forslag, så klagefristen for prækvalifikation efter udbudsdirektivet fastsættes til 20 dage, i stedet for forslagets 15 dage, og at klagefristen for almindelig udbud efter udbudsdirektiverne og tilbudsloven fastsættes til 45 dage i stedet for forslagets 30 dage.

For at skabe større ensartethed mellem klager over tilbudsloven og klager over udbudsdirektiverne vurderes det hensigtsmæssigt ligeledes at indføre en klagefrist ved klager over prækvalifikation efter tilbudsloven på 20 dage.

Derimod synes det ikke proportionalt at indføre klagefrister over udbud, der falder uden for direktiverne og tilbudsloven, da det alene er et begrænset antal regler, klagenævnet eller domstolene i givet fald kan tage stilling til.

Det synes hensigtsmæssigt at skabe større klarhed over, hvordan fristreglerne beregnes, således at der er overensstemmelse med forarbejderne til den nugældende håndhævelseslov og forarbejderne til det fremsatte forslag. Derudover synes det hensigtsmæssigt, at det i bemærkninger fremgår, at Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (Fristforordningen) finder anvendelse i overensstemmelse med klagenavnets praksis for så vidt angår stand-still reglerne.

Endvidere synes det hensigtsmæssigt at præcisere i bemærkningerne, at ordregiverens korte redegørelse om de relevante grunde til tildeling efter tilbudsloven, fx ikke nødvendigvis indebærer, at ordregiveren skal give meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele.

Henset til at klagefristerne er blevet væsentlig forkortet, synes det ikke hensigtsmæssigt, at klagefristen tillige gælder ved fremsættelse af nye påstande. Derimod vil klagenævnet kunne anvende forslaget bestemmelse om at afvise klager, eller behandle dem helt eller delvist til at undlade at behandle yderligere påstande. Dette bør fremgå af bemærkningerne.

Endeligt synes det uhensigtsmæssigt at indføre en undtagelse til klagefristerne, så klagenævnet kan tage sager op efter fristens udløb, såfremt særlige grunde taler herfor. En sådan bestemmelse vil udhule formålet med klagefristerne og bidrage til usikkerhed hos såvel ordregivere som den vindende tilbudsgiver. Samtidig er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tillagt en længere klagefrist på 2 år. Dette er ment som en sikkerhed for, at overtrædelser af principiel eller særlig grov karakter kan indbringes, såfremt de almindelige klagefrister er udløbet.

3. 2. Klagenavnets mulighed for at afvise klager og optage afviste sager til behandling

Dansk Erhverv anfører, at de kan bakke fuldt ud op omkring præciseringen af, at Klagenævnet for Udbud kan afvise udsigtsløse eller åbenlyst grundløse klager. Det samme gælder præciseringen af, at formanden kan optage en afvist sag til behandling, såfremt der kommer nye oplysninger frem. Det bemærkes dog, at antallet af åbenlyse grundløse sager kan stige, hvis tilbudsgiveren ikke har haft tilstrækkeligt grundlag til at tage stilling til, om de kan få medhold i en klage.

Danske Ark finder, at bestemmelsen om, at klagenævnet kan afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt er delvist, er unødvendig, da problemstillingen er reguleret i forvejen og ikke synes at give anledning til diskussioner eller problemer i øvrigt. Indføjeelse af en bestemmelse om genoptagelse findes dog positiv.

DI og FRI kan som udgangspunkt støtte en præcisering af, at klagenævnet kan afvise klager og påstande, som er udsigtsløse eller åbenlyst ubegrundede dog under forudsætning af, at klagenævnet fremadrettet skal kunne beslutte, at en sag, der er blevet afvist, skal optages til behandling, hvis særlige grunde taler herfor. Dette er vigtigt i forhold til at sikre klagers retssikkerhed. DI og FRI finder det uklart, hvorvidt det er muligt for klager at anke klagenævnets beslutning om at afvise en sag.

Klagenævnet for Udbud kan tilslutte sig den forslåede bestemmelse og anfører, at klagenævnets praksis bør udbygges i bemærkningerne. Omkring at optage en afvist sag til behandling foreslår klagenævnet, at beslutningskompetencen blot tillægges klagenævnet og ikke specifikt klagenævnets formand.

Håndværksrådet støtter kodificeringen af klagenævnets faste praksis om, at nævnet kan afvise/undlade at behandle en sag, hvis de skønnes udsigtsløs eller åbenbart ubegrundet. Dette dog under forudsætning af, at muligheden reserveres til de reelt åbenlyst grundløse klager. Håndværksrådet finder, at reglen er en undtagelse og skal derfor fortolkes snævert. Håndværksrådet anfører, at reglen er et langt stærkere middel mod at begrænse klager, hvis eneste formål er at misbruge klagemuligheden til at forhale eller forplumre en udbudsprocedure end de øvrige forslag om at hæve klagegebyret og tilkende omkostninger, hvor man indledningsvist rammer de forkerte virksomheder.

KL finder det vigtigt at sikre så kort en sagsbehandlingstid som muligt i forbindelse med en klagesag og finder det derfor positivt, at klagenævnet gives en udvidet adgang til hurtigt at afvise ubegrundede klager.

Landbrug og Fødevarer anfører, at en kodificering af klagenævnets muligheder for at undlade at behandle eksempelvis chikanøse eller i øvrigt grundløse klager vil være medvirkende til at skabe en bedre kultur i relation til klager i udbudssager. En sådan adgang må dog ikke bruges til at gøre området for klagesagsbehandlingen så snævert, at der ikke bliver fortaget en reel prøvelse af klagerne. Landbrug og Fødevarer opfordrer til eksempler på bemærkningen om, at *”bestemmelsen også vil kunne anvendes, hvor klagenævnet i andre faser af sagens behandling må lægge til grund, at en klage er udsigtsløs.”*

SKI anfører, at det er særdeles positivt, at forslaget rummer mulighed for, at klagenævnet i videre udstrækning end i dag, kan afvise at behandle en sag, såfremt sagen må betragtes som værende grundløs eller udsigtsløs.

Kommentar

Det vurderes som hensigtsmæssigt, at det fastholdes, at forslaget indeholder en bestemmelse, som præciserer klagenævnets mulighed for at afvise en sag eller afgøre den helt eller delvist, mens det findes hensigtsmæssigt, at klagenævnets praksis udbygges i bemærkningerne. Omkring at optage en afvist sag til behandling synes det mere smidigt, at kompetencen til beslutningen blot tillægges klagenævnet og ikke specifikt klagenævnets formand.

Forslagets bemærkning om, at klagenævnet kan anvende bestemmelsen i andre faser af sagens behandling, skal alene ses som en understregning af, at bestemmelsen kan anvendes til enhver tid, hvor klagenævnet må lægge til grund, at en klage er udsigtsløs. Det er ikke muligt at angive generelle eksempler på, hvornår i et forløb klagenævnet måtte lægge til grund at klage af udsigtsløs, da det afhænger af den specifikke sags omstændigheder, oplysninger, påstande m.v.

3. 3. Præcisering af retsvirkninger af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler

Advokatsamfundet foreslår, at der indsættes en bestemmelse om anvendelsen af sanktionen uden virkning i forbindelse med rammeaftaler, som en ordregiver selv har indgået. Advokatsamfundet anfører, at den nuværende retstilstand ikke er klar på dette punkt, og indførelsen af en specifik bestemmelse om sanktionens anvendelse på rammeaftaler indgået af indkøbscentraler, skaber yderligere usikkerhed omkring sanktionens anvendelse, for så vidt angår de rammeaftaler, der ikke er indgået via indkøbscentraler. Dette finder Advokatsamfundet for uhensigtsmæssig henset til, at anvendelsen af sanktionen uden virkning er særdeles byrdefuld og indgribende.

Bygherreforeningen anfører, at det er meget positivt at få præciseret i bekendtgørelsen om implementering af udbudsdirektivet, at når en bygherre anvender en rammeaftale, er man kun selv ansvarlig for de dele af processen, som man selv udfører – ikke for den del af processen, som indkøbscentralen har afholdt. I forlængelse heraf hilsner foreningen det meget velkomment, at det nu præciseres, at en indgået kontrakt ikke erklæres uden virkning, når klagenævnet efterfølgende annullerer en tildelingsbeslutning for rammeaftalen. Dermed øges retssikkerheden for bygherrerne.

Dansk Erhverv støtter forslaget, men det er vigtigt, at når man ønsker at skabe større retssikkerhed for indkøbscentralens brugere, skal der også skabes større retssikkerhed for de leverandører, der rammes af indkøbscentralens fejl. Det kunne eksempelvis være i form af et kompensationssystem.

Danske Regioner støtter generelt op om præciseringen. **Danske Regioner** og **IKA** ønsker en præcisering af forskellen mellem ”tillægges vægt” og ”en afsmittende effekt”, når det glæder klagenævnets og domstolenes vurdering af, hvorvidt en tildelingsbeslutning skal annulleres. Endvidere ønsker Danske Regioner en præcisering af, hvilke EU-regler, der henvises til, når det i bemærkninger står: ”Såfremt en ordregiver af strengt nødvendige årsager efter tidspunktet for annullation af tildelingsbeslutningen har behov for at foretage indkøb af varer eller ydelser omfattet af en rammeaftalen, vil ordregiveren kunne anvende rammeaftalen i en begrænset periode i overensstemmelse med EU’s udbudsregler.” Danske regioner bemærker, at bemærkningen netop synes i strid med den introducerede bestemmelse. Danske Regioner finder, at bemærkningen om, at de foreslåede bestemmelser ikke vil ændre på retsstillingen for så vidt angår lovens § 17, stk. 1, nr. 3, hvorefter en kontrakt

ikke kan anses for uden virkning, forudsat, at betingelserne herfor er opfyldt, bør præciseres.

DI og FRI er enige i, at ansvarsforholdet mellem indkøbscentraler og ordregivende myndigheder bør være klart og tydeligt, og som udgangspunkt må indkøbscentralen bære ansvaret for, at udbudspligten er løftet. DI og FRI finder det imidlertid afgørende, at bestemmelsen ikke på nogen måde afskærer tilbudsgivere fra at kunne gøre krav gældende overfor enten den indkøbscentral eller den ordregivende myndighed, hvis den indgåede rammeaftale eksempelvis indeholder krav, kriterier mv. der er i strid med udbudsreglerne. DI og FRI forholder sig positivt til, at indkøbscentralerne får større ansvar, men finder det uklart, hvad sanktionsmuligheden er, hvis indkøbscentralen gentagne gange ikke lever op til sit ansvar. DI og FRI foreslår, at såfremt indkøbscentraler gentagne gange får annulleret tildelingsbeslutninger eller tilsvarende grove fejl, skal den pågældende indkøbscentral påbydes at gennemgå et juridisk serviceeftersyn, der skal sikre, at der indføres og følges op på indkøbscentralens interne kvalitetssystem i tråd med, hvordan eksempelvis rådgivningsvirksomheder arbejder med kvalitetsstyring. DI og FRI henleder derudover opmærksomheden på anvendelsen af dækningskøb og beder om en vurdering af, om det vil være indkøbscentralen eller den pågældende ordregiver, der vil kunne ifalde ansvar over for en overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med dækningskøb.

Håndværksrådet støtter det fremsatte forslag.

KL finder det positivt anvendelsen af sanktionen uden virkning begrænses. Især i forhold til brugen af rammeaftaler, finder KL det afgørende, at de kontrakter, en ordregiver indgår på grundlag af en rammeaftale, ikke kan erklæres for uden virkning, selvom det viser sig, at indkøbscentralen har begået fejl, der fører til en annullering af indkøbscentralens tildelingsbeslutning for rammeaftalen.

Klagenævnet for Udbud anfører, at det ikke efter klagenævnets opfattelse er dækkende, når der i lovudkastets almindelige bemærkninger er anført, at forslaget præciserer retsvirkningerne af, at der indgås en kontrakt på baggrund af en rammeaftale, idet bestemmelsen ses at ændre den gældende retstilstand. Klagenævnet angiver videre, at de forslåede bestemmelser med den nuværende formulering også vil indebære en beskyttelse mod ordregivernes egne overtrædelser, som fx uberettiget anvendelse af en (lovlig) rammeaftale. Bestemmelsen bør derfor præciseres, så dette ikke bliver tilfældet. Samtidig er det klagenævnets opfattelse, at bemærkningerne om annulation bør udgå, da de ikke vedrører spørgsmålet om uden virkning. Klagenævnet opfordrer endvidere til, at der i bemærkningerne redegøres for overvejelser om forhold til bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 11 om indkøbscentraler.

Københavns Kommune finder, at forslagets beskrivelse af indkøb via rammeaftaler vil skabe klarhed over retsgrundlaget for anvendelse af rammeaftaler indgået af indkøbscentraler.

Landbrug og Fødevarer anfører, at udgangspunktet må være, at såfremt en indkøbscentral har begået fejl i rammeaftalen vil det ”smitte af” på de ordregivende myndigheder, der har anvendt de pågældende rammeaftaler. Hvis indkøbscentralen har begået en fejl, der begrundes annullation af kontrakttildelingen, må dette også gælde, hvis en ordregivende myndighed har anvendt den pågældende rammeaftale. Hvis den ordregivende myndighed lider et tab som følge af en indkøbscentrals fejl, må den ordregivende myndighed søge erstatning for et evt. tab hos den pågældende indkøbscentral. Den retsstilling, der ønskes indført med forslaget, er en fravigelse af dette udgangspunkt, og Landbrug og Fødevarer mener, at en sådan retsstilling er i strid med dansk rets udgangspunkt om ansvar i kontraktforhold. Forslaget vil svække retssikkerheden for ordregiverens aftaleparter, da disse ikke længere kan vide, om de kan rette et krav mod den oprindelige ordregiver eller tredjemand i tilfælde af fejl i udbudsmaterialet m.v. Det er Landbrug og Fødevarers opfattelse, at hvis den ordregivende myndighed ønsker at opnå de fordele, der er forbundet med at være en del af en indkøbscentral, må de tilsvarende bære de risici, der er forbundet hermed.

SKI finder det særdeles positivt, at forslaget bidrager til at skabe klarhed over ansvarsfordelingen ved anvendelse af en rammeaftale udbudt af centrale indkøbsorganisationer. Forslaget kan medføre, at rammeaftaleinstrumentet udbredes yderligere fx via fælles koordinerende offentlige udbud af rammeaftaler. Det vil bidrage til en fortsat effektivisering af det offentlige indkøb.

Kommentar

Forslaget har til formål at skabe større klarhed om retsvirkningerne af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler, der er karakteriseret ved, at det er to forskellige juridiske personer, der henholdsvis indgår og anvender rammeaftaler. Dette hensyn gør sig ikke gældende for ”almindelige” rammeaftaler, der indgås og anvendes af ordregiveren selv, hvorfor det ikke synes hensigtsmæssigt at lovgive herom.

Da formålet med bestemmelsen netop er at give ordregiveren en beskyttelse i forhold til fejl, der måtte være begået af indkøbscentralen i forbindelse med indgåelse af rammeaftale, synes det hensigtsmæssigt, at det i bestemmelsen præciseres, at det alene er sådanne fejl, der beskyttes. Det bør således præciseres i bestemmelsen, at kontrakten ikke kan erklæres uden virkning med henvisning til fejl, der er begået i forbindelse med tildeling af rammeaftalen.

Bemærkningerne om annullation har tilsyneladende givet anledning til uklarhed, og da bestemmelsen alene vedrører sanktionen uden virkning, er det hensigtsmæssigt, at disse bemærkninger udgår.

I bemærkningen om, at de foreslåede bestemmelser ikke vil ændre på retsstillingen for så vidt angår lovens § 17, stk. 1, nr. 3, hvorefter en kontrakt ikke kan anses for uden virkning, er der tale om en trykfejl, idet der rettelig skulle have stået, ”hvorefter en kontrakt kan anses for uden virkning.”

Det synes ikke velbegrunder, at indkøbscentraler, der gentagne gange får annulleret tildelingsbeslutninger eller tilsvarende grove fejl, skal påbydes at gennemgå et juridisk serviceeftersyn. Dette skal ses i lyset af, at anvendelsen af indkøbscentraler er ganske frivillig. Såfremt en indkøbscentral gentagne gange begår grove fejl, vil det stå ordregiveren frit for at vælge en anden indkøbscentral, eller gennemføre de nødvendige udbud selv.

Den foreslåede bestemmelse omhandler ikke ansvarsfordelingen mellem indkøbscentral og ordregiver, men alene spørgsmålet om sanktionen uden virkning. Det vil derfor falde uden for bestemmelsen at forholde sig til, om det vil være indkøbscentralen eller den pågældende ordregiver, der vil kunne ifalde ansvar over for en overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med dækningskøb. Af samme grund synes det heller nødvendigt, at bemærkninger indeholder overvejelser om forholdet til bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 11 om indkøbscentraler.

3.4. Begrænsningen af sanktionen uden virkning

Danske Regioner finder forslaget velkomment, idet der dog bør tilføjes, at der skal være en rimelig frist på fx 6 måneder til at indrette sig på afgørelsen, da ordregiver skal nå at gennemføre ny udbudsforretning.

Bygherreforeningen anfører, at sanktionen uden virkning introducerer store risici for bygherren, idet der kan være helt uoverskuelige konsekvenser. Det er derfor en væsentlig forbedring, at der indføres den begrænsning af sanktionen, at man ikke længere kan erklære allerede opfyldte leverancer uden virkning.

Dansk Erhverv anfører, at de kan bakke op om forslaget, hvorefter klagenævnet alene kan anvende sanktionen uden virkning for fremtidige leverancer. Dansk Erhverv mener, at en alternativ sanktion, som efter loven skal fastsættes, kunne være en økonomisk kompensation til de eller de leverandører, der er blevet forbigået. Dansk Erhverv mener ikke, at den offentlige myndighed skal pålægges en straf i form af bøde, idet dette beløb i stedet skal være en kompensation til de eller de private leverandører.

Danske Ark finder, at bestemmelsen om, at klagenævnet alene kan erklære fremtidige leverancer for uden virkning, er pragmatisk, men praksis har ikke givet anledning til problemer på dette område, og ændringen synes unødvendig.

DI og FRI kan som udgangspunkt støtte forslaget om, at sanktionen uden virkning begrænses, således at det ikke længere vil være muligt for klagenævnet at erklære allerede opfyldte leverancer for uden virkning.

Håndværksrådet støtter det fremsatte forslag, idet begrænsningen af anvendelsen uden virkning på allerede skete leverancer efter Håndværksrådets opfattelse skal modsvares af en alternativ sanktion, sådan som bemærkningerne i forslaget lægger på til.

KL finder det positivt, at klagenævnets anvendelse af sanktionen uden virkning begrænses.

Københavns Kommune bifalder forslaget om, at sanktionen uden virkning alene kan anvendes på fremtidige leverancer, og er enig i, at det vil medføre en mindre byrdefuld implementering af kontroldirektivet.

Landbrug og Fødevarer mener, at en retsstilling, hvorefter en kontrakt ikke skal kunne erklæres for uden virkning for allerede foretagne leverancer er ønskværdig, da den nugældende regels anvendelsesområde er meget snævert og ikke ses at have den store praktiske relevans.

Medicoindustrien udtrykker bekymring for, at hvis sanktionen uden virkning ikke gælder for allerede opfyldte leverancer, vil en ordregiver, der måske godt ved, at der er en klage på vej, få øget incitament til hurtigt at foretage alle konkrete anskaffelser i en rammeaftale eller leverancer, for således at bringe sig ud af uden virkning. Dette er ikke i den klagende tilbudsgivers interesse.

SKI finder det positivt, at sanktionen uden virkning nu begrænses til alene at kunne omfatte de fremtidige leveringer i en indgået aftale, således at allerede leverede ydelser ikke rammes af sanktionen.

Kommentar

Det synes hensigtsmæssigt at fastholde forslaget om, at uden virkning begrænses til alene at kunne omfatte fremtidige leveringer i en indgået aftale, da der er tale om en mere lempelig implementering af kontroldirektivet, og sanktionen uden virkning er meget indgribende for såvel ordregiver som for den vindende tilbudsgiver.

3.5. Overgangsbestemmelse

Klagenævnet for Udbud anfører, at det bør overvejes at udvide overgangsbestemmelsen til også at gælde i tilfælde, hvor sagen i stedet for en klagesag ved Klagenævnet for Udbud er anlagt ved de almindelige domstole. Klagenævnet anfører endvidere, at de anførte bemærkninger til bestemmelsen strider mod ordlyden af bestemmelsen, idet bestemmelsen angiver, at klager, der er indgivet før lovens ikrafttrædelse behandles efter de hidtil gældende regler, mens bemærkninger angiver at for kontrakter, der er indgået før lovens ikrafttrædelse, vil klagefristen skulle betragtes efter de hidtil gældende regler.

Kommentar

Det er hensigtsmæssigt, at overgangsbestemmelsen omhandler såvel klager indbragt for klagenævnet som sager indbragt for domstolene. Der skal være overensstemmelse mellem ordlyd af bestemmelsen og bemærkninger hertil. Af retssikkerhedsmæssige hensyn bør det være således, at kontrakter, der er indgået inden lovens ikrafttrædelse behandles efter de hidtil gældende regler.

3. Oversigt over hørte organisationer, myndigheder mv.

Akademikernes Centraladministration, Advokatsamfundet, Affald Danmark, Armagerforbrændingen, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Asfaltindustrien, Boligselskabernes Landsforeningen, Bryggeriforeningen, Byggeherreforeningen, Børsmæglerforningen, CO-industri, Coop Danmark, Danmarks Almene Boliger, Danmarks Apotekerforening, Danmarks Eksportråd, Danmarks Fiskeriforening, Danmarks Nationalbank, Danmarks Rederiforening, Dansk Annoncørforening, Dansk Arbejdsgiverforening, Dansk Byggeri, Dansk Energi, Dansk Erhvervsråd, Dansk Fjernvarme, DI, Dansk IT, Dansk Landbrugsrådgivning, Dansk Skovforning, Dansk Taxi Råd, Dansk Transport og Logistik, Danske Advokater, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Busvognmænd, Danske Dagblades Forening, Danske Malermestre, Danske Regioner, De Samvirkende Købmænd, Den Danske Dommerforning, Finansrådet, Forbrugerrådet, Foreningen af offentlige indkøbere, Foreningen af rådgivende ingeniører, Forlæggerforeningen, Forsikring og Pension, Frederiksberg Kommune, Funktionærernes og Tjenestemændenes Fællesråd, Håndværkerrådet, Ingeniørforeningen, International Transport Danmark, KL, Klagenævnet for Udbud, Kooperationen, Københavns Kommune, Landbrug og Fødevarer, Landsorganisationen i Danmark, Lederne, Liberale Erhvervsråd, Lokale Pengeinstitutter, Medicoindustrien, Offentligt Ansattes Organisationer, Realkreditrådet, Rigsrevisionen, SKI og Teknik.