

Konkurrencestyrelsen  
Att.: Carina Risvig Hansen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

27. november 2009

### Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Konkurrencestyrelsen har den 10. november 2009 sendt forslag til lov om håndhævelse af udbudsregler mv. i offentlig høring.

Advokataktieselskabet Horten (Horten) har følgende generelle bemærkninger til Lovforslaget:

#### Stand-still periodens starttidspunkt:

Det følger af gældende lovgivning og er tilsvarende forudsat i lovforslaget, at stand-still perioden allerede begynder at løbe fra ordregivers afsendelse af underretning om tildelingsbeslutningen.

Vi mener, at denne ordning er uhensigtsmæssig og ikke giver tilbudsgiverne tilstrækkelig mulighed for at danne sig et overblik over lovligheden af udbuddet inden for stand-still perioden.

Som retstilstanden er i øjeblikket bliver en forbigået tilbudsgiver, der har indikationer af, at evalueringsprocessen ikke er forløbet i overensstemmelse med reglerne, ofte nødt til at fremsende en ufuldstændig klage, der alene baserer sig på de oplysninger, der følger af ordregivers underretningsskrivelse.

Vi mener, at det bør overvejes at tilføje en bestemmelse, der bevirker, at stand-still perioden forlænges, hvis der i stand-still perioden bliver begæret aktindsigt i udbudssagen hos den ordregivende myndighed. Stand-still perioden bør forlænges til eksempelvis 10 dage efter, at den ordregivende myndighed har givet den pågældende tilbudsgiver fuld aktindsigt i udbudssagen.

Med en ordning som den ovennævnte slipper Klagenævnet endvidere for at påbegynde behandlingen af sådanne "foreløbige klager", som det efter klagers gennemgang af udbudssagen viser sig, ikke at være grundlag for.

#### Tilbagetrækning af tildelingsbeslutning:

På baggrund af den seneste praksis fra Klagenævnet for Udbud (Klagenavnets kendelse af 4. august 2009, Møllycke Health Care A/S mod Region Hovedstaden og Klagenavnets kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen) må det lægges til grund, at en ordregivende myndighed ikke har mulighed for at ændre en tildelingsbeslutning på anden måde end ved annullation.

Det er således ikke muligt for en ordregivende myndighed, der eksempelvis i stand-still perioden bliver bekendt med en oplagt fejl i evalueringen, at trække den første tildelingsbeslutning tilbage og i stedet tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der retmæssigt skulle have haft tildelt kontrakten.

Vi finder ovennævnte praksis særdeles uheldig. Det giver således anledning til et unødvendigt ressourceforbrug hos såvel tilbudsgiverne som den enkelte ordregivende myndighed, der i stedet for at kunne omgøre sin tildelingsbeslutning, så kontrakten ender hos den rette tilbudsgiver, er tvunget til at annullere hele udbuddet.

Endvidere vil den tilbudsgiver, der blev nummer to ved evalueringen kunne tænke taktisk og undlade at

klage i stand-still perioden. Klager pågældende tilbudsgiver i stand-still perioden, vil der således alene kunne opnås annullation af hele udbuddet, hvorimod den pågældende tilbudsgiver, hvis han venter med at klage til efter kontraktindgåelsen, vil kunne søge hele sin mistede avance dækket.

Vi vil opfordre Konkurrencestyrelsen til at tilsi­k­re, at der med lovforslaget gives ordregiver mulighed for at ændre sin tildelingsbeslutning, så det ikke er nødvendigt at starte forfra hver eneste gang, der konstateres en afgørende fejl ved evalueringen.

## Sagsomkostninger

Retstilstanden er i øjeblikket således, at en tilbudsgiver, der klager over en udbudsforretning ved Klagenævnet for Udbud aldrig kan blive pålagt at betale sagsomkostninger til den ordregivende myndighed.

Får den klagende tilbudsgiver imidlertid medhold i en klage hos Klagenævnet for Udbud, og indbringer den ordregivende myndighed Klagenævnets kendelse for domstolene, vil den private tilbudsgiver blive påført betydelige sagsomkostninger. Forestiller man sig, at den ordregivende myndighed følger sagen helt til Højesteret kan det blive en særdeles dyr affære for en tilbudsgiver at have vundet en sag ved Klagenævnet for Udbud.

Vi har flere eksempler på, at en tilbudsgiver har afstået fra at indbringe en sag for Klagenævnet at frygt for de betydelige omkostninger den pågældende efterfølgende vil kunne blive pålagt ved domstolene.

Vi vil anbefale Konkurrencestyrelsen at overveje en ny model, hvor denne uhensigtsmæssighed ikke er så udtalt. Det burde ikke være således – og er i strid med intentionerne om en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne – at tilbudsgivere afstår fra at klage af frygt for senere sagsomkostninger ved domstolene.

Med venlig hilsen

Andreas Christensen, Advokat  
Advokataktieselskabet Horten



Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

[crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk) og [kbn@ks.dk](mailto:kbn@ks.dk)

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

DATO: 8. december 2009  
J.NR.: 04-014102-09-1492  
REF.: rmm-hfe

### Høring over udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Ved e-mail af 10. november 2009 har Konkurrencestyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Generelt anses de anførte bestemmelser til gennemførelse af ændringen af kontroldirektiverne ved direktiv 2007/66/EF ("Direktivet") for hensigtsmæssige. Bestemmelserne giver dog anledning til følgende bemærkninger

#### §§ 2 og 3: Underretning og standstill-periode mv.:

Advokatrådet har noteret sig, at § 2, stk. 2, om redegørelser – i modsætning til artikel 2 a i direktivet – ikke kun omfatter en redegørelse ved tildeling af kontrakter, men alle beslutninger, som ordregiveren træffer under et udbud, jf. § 2, stk. 1. Det forekommer efter Advokatrådets opfattelse at være en unødvendig ekstra byrde at pålægge ordregivere altid at skulle redegøre for de truffe beslutninger under et udbud.

Det forekommer desuden uhensigtsmæssigt, at den i direktivet anførte formulering om beregning af standstill-perioden ikke gengives i lovens § 3. Med den i lovforslaget angivne formulering kan der opstå tvivl om standstill-periodens første dag (skal dagen for underretningens afsendelse medregnes?) og udløb.

Af retssikkerhedsmæssige grunde bør der ikke kunne opstå tvivl om, hvornår standstill-perioden udløber, og formuleringen af bestemmelserne bør derfor følge direktivets tekst.



Hertil kommer, at der bør tages højde for udløb af standstill-perioden på en helligdag eller i en weekend. Af hensyn til tilbudsgivernes mulighed for at indgive klage med opsættende virkning bør standstill-perioden aldrig være mindre end 10 kalenderdage, hvorfor standstill-perioden bør forlænges til den førstkommende arbejdsdag, hvis den udløber over en weekend/helligdag.

Ofte er det for tilbudsgivere nødvendigt at anmode om og opnå aktindsigt i ordregivers materiale for at kunne vurdere, om en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne. Det foreslås derfor, at standstill-perioden først kan begynde at løbe, når der på anmodning er opnået aktindsigt. Herved sikres både hensynet til tilbudsgivernes mulighed for at indgive berettiget klage over et udbud, ligesom det sikres, at ordregivere som følge af manglende oplysninger hos tilbudsgiverne ikke bliver mødt af grundløse klager i standstill-perioden med opsættende virkning til følge.

#### § 7: Klagefrister mv.

Det bemærkes, at lovforslaget i § 7, stk. 1, ikke indeholder en reference til udbud efter forhandling *med* forudgående udbudsbekendtgørelse som en udbudsprocedure, der giver en 30 dages klagefrist ved klage over manglende prækvalifikation. Lovforslagets forarbejder indeholder ikke en begrundelse herfor, og undladelsen forekommer efter Advokatrådets opfattelse ikke hensigtsmæssig.

§ 7 stk. 2, nr. 1, fastlægger en klagefrist på 6 måneder efter ordregivers offentliggørelse af, at der er indgået kontrakt. Uanset der i dag ikke er fastlagt en klagefrist for klager over udbud, findes den anførte 6 måneders frist efter Advokatrådets opfattelse unødigt lang.

Generelt bemærkes, at lovforslaget indfører frister beregnet i dage, kalenderdage, uger eller måneder. Som anført ovenfor vedrørende beregning af standstill-perioden, bør fristernes beregningsmåde af retssikkerhedsmæssige grunde for både tilbuds- og ordregivere ikke kunne give anledning til tvivl. Fristernes beregningsmåde bør derfor præciseres.

#### § 16-18: Sanktioner

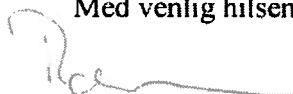
Advokatrådet har noteret sig, at § 16 stk. 2 indeholder en mulighed for at erklære kontrakter for uden virkning, hvis det i øvrigt skønnes nødvendigt. Direktivet indeholder ikke en bestemmelse svarende til § 16, stk. 2.

Bestemmelsens anvendelsesområde forekommer uklar og indebærer et betydeligt retssikkerhedsmæssigt problem, særligt set i lyset af at sanktionen "uden virkning" er den mest indgribende foranstaltning, der kan komme på tale.

Bestemmelsen bør som følge heraf udgå eller i hvert fald kvalificeres med den type af overtrædelse af udbudsreglerne, der kan medføre sanktionen "uden virkning".

Det bemærkes endelig, at § 4 med fordel synes at kunne flyttes til lovens kapitel 5.

Med venlig hilsen

  
Rasmus Møller Madsen





Konkurrencestyrelsen

25.11.09

## Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne

Banedanmark har gennemgået ovennævnte lovforslag med tilhørende bemærkninger.

Banedanmark er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet og vil derfor blive direkte berørt af loven, idet der indføres en standstill-periode på 10 eller 15 dage, hvilket efter Banedanmarks opfattelse ikke giver særlige problemer, idet Banedanmark i realiteten frivilligt i mange tilfælde har kopieret standstill-perioden fra udbudsdirektivet.

Banedanmark savner imidlertid en præcisering i bemærkningerne til lovforslaget så det præciseres, at kontrakter tildelt efter udbud ved anvendelse af en kvalifikationsordning etableret efter reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 53 er tildeling af kontrakt ”ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. lovforslagets § 3, stk. 2 nr. 1.

Anvendelse af kvalifikationsordningen giver Banedanmark store administrative lettelser, ligesom tilbudsgivernes transaktionsomkostninger mindskes ved ikke at skulle prækvalifikationsmateriale hver gang de indbydes. På grund af opgavernes størrelse og kompleksitet i udførelsesforholdene, de store sikkerhedskrav, krav om specielle kompetencer og materiel er tilbyderkredsen til arbejde i og ved sporene begrænset til omkring 20-30 virksomheder og uden prækvalifikationsordningen skulle der måske årligt udarbejdes 4-500 mapper med prækvalifikationsmateriale, som Banedanmark så skulle gennemgå.

Herudover har Banedanmark ikke bemærkninger til foreliggende lovforslag.

Med venlig hilsen

Niels Sørensen  
chefkonsulent

41





**Til: Konkurrencestyrelsen**  
**Fra: Boligselskabernes Landsforening**

Høringssvar fra Boligselskabernes Landsforening (BL) vedrørende forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Indledningsvist skal Boligselskabernes Landsforening beklage, at nærværende høringssvar er forsinket i forhold til høringsfristen. BL håber dog, at vore bemærkninger stadig kan nå at indgå i Styrelsens forberedelse af lovforslaget, der tidligst kan forventes fremsat ultimo januar 2010.

BL kan generelt tilslutte sig hovedformålet med lovforslaget, som ifølge bemærkningerne er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Lovforslaget er dog yderst problematisk på en lang række områder, og BL er bekymret for, at lovforslaget kan medføre endog betydelige merudgifter for almene boligselskaber i forbindelse med udbud af nybyggeri og renoveringsopgaver, og dermed fører forslaget til en højere husleje for beboerne, hvilket er urimeligt.

Den nærmere begrundelse for disse bekymringer redegøres der senere for i høringssvaret, men indledningsvist knyttes nogle kommentarer til en række elementer i lovforslaget.

1. Ifølge § 1 omhandler lovforslaget tilsyneladende i al væsentlighed **alene udbud omfattet af udbudsdirektivet** eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, og dette indikerer, at forslaget ikke omfatter udbud på grundlag af tilbudslovens regler. Imidlertid er lovforslaget overordentlig kompliceret og meget detaljeret, og anvendelsesområdet fremgår desværre ikke entydigt.

På baggrund af denne og andre komplicerede afgrænsninger, jf. bemærkningerne længere fremme, anbefaler BL, at lovforslaget gennemarbejdes med henblik på at sikre, at administrationen af regelsættet lettes, og at der afsættes de fornødne ressourcer hertil.

Denne anbefaling underbygges også af høringssvaret fra **Klagenævnet for Udbud**. Dette nævn skal i givet fald administrere efter det nye regelsæt, men Klagenævnet har særdeles alvorlige indvendinger mod lovforslaget og anbefaler, at det udskydes for at sikre en tilstrækkelig gennemarbejdning og belysning af de foreslåede regelændringer.

2. En afgørende nyskabelse i lovforslaget er det nye – i dansk kontraktsret - juridiske begreb **"uden virkning"**, der ikke ses nærmere præciseret i lovforslaget. Klagenævnet for Udbud får således kompetence til fremover at erklære en kontrakt for uden virkning, og det skal ifølge de almindelige bemærkninger betyde, "at kontrakten ikke længere kan håndhæves, og at parterne er forpligtede til at ophæve en kontrakt, der af Klagenævnet er anset for uden virkning".

Konsekvensen af dette i dansk ret helt nye juridiske begreb og udvidelsen af Klagenævnets kompetence er altså særdeles vidtrækkende. Ophævelse af en igangværende entreprisekontrakt kan have endog betydelige både økonomiske og juridiske konsekvenser, idet der her bl.a. kan henvises til de regelsæt, der findes i AB-92, ABT 93 og ABR samt til den domspraksis, der har udviklet sig i relation hertil såvel ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed som ved de almindelige domstole.

Et påbud kan således medføre en pligt for parterne til at standse samarbejdet, uagtet at det måske fungerer udmærket og tilfredsstillende og i en situation, hvor tredjemand (klager) måske slet ikke lider eller har lidt noget tab herved.

Konsekvenserne af det nye juridiske begreb "uden virkning" og udvidelsen af Klagenævnets kompetencer må således vurderes at være ganske betydelige og uoverskuelige. Klagenævnet vurderer således i sit høringssvar, at der vil ske en betydelig stigning i antallet af klagesager, og at et nyt og end ikke klart juridisk begreb "uden virkning" vil blive påberåbt i hovedparten af disse sager.

3. Endvidere indebærer lovforslaget, **at en klage skal tillægges automatisk opsættende virkning, hvis den indgives i stand-still perioden**, og herefter har Klagenævnet 30 dage til at afgøre, om der skal være yderligere opsættende virkning. Uagtet at formålet med denne automatik er at sikre, at en berettiget klager ikke reelt afskæres fra senere at indtræde i et udbud, så kan en oplagt og udbredt konsekvens blive klager af mere chikanøs karakter. Omkostningerne ved en automatisk forlængelse af stand-still perioden med 30 dage vil endvidere være meget betydelige.
4. Hertil kommer vore **meget alvorlige betænkeligheder** ved at indføre økonomiske sanktioner mod vore medlemmer i form af **bøde eller lignende** oven i købet på såkaldt **objektivt grundlag**. Dels har vi vanskeligt ved at forstå det egentlige og reelle behov herfor, dels mener vi ikke at et sådant forslag hænger sammen med den almindelige lærdom om straf og de subjektive betingelser herfor i form af forsæt eller (grov) uagtsomhed.

På denne alvorlige baggrund vil vi derfor gerne have tilsendt eventuelle høringssvar fra Justitsministeriet, Anklagemyndigheden og Domstolene, og vi må tage ethvert forbehold for så vidtgående og efter dansk ret nærmest uforståelige forslag.

----- 0 -----

**Sammenfattende** må det konstateres, at lovforslaget har en ganske indgribende virkning på spillereglerne omkring udbud, og der vil være stor risiko for, at lovforslaget vil virke markant fordyrende på hele udbudsprocessen. Dette er i almindelighed en samfundsmæssig omkostning, men den vil særligt ramme beboerne i alment byggeri, idet den almene sektor, som en af de meget få private sektorer, er omfattet af de foreslåede ændringer.

Det er således BL's klare vurdering, at de samfundsmæssige gevinster ved at skærpe sanktionerne for at bryde udbudsreglerne og ad den vej styrke konkurrencen, ikke står i et rimeligt forhold til de betydelige merudgifter ved at afholde udbud efter de regler, der lægges op til i lovforslaget.

Årsagen til disse merudgifter er, at lovforslaget dels omfatter en automatisk opsættende virkning af klager indgivet i den såkaldte stand-still periode, og dels indfører det nye og ikke veldefinerede juridiske begreb "uden virkning", som kan føre til, at allerede indgåede kontrakter skal ophæves med de krævende og fordyrende erstatningssager og opgør m.v., dette indebærer.

Konsekvensen af disse ganske grundlæggende ændringer af konkurrencelovgivningen må forventeligt være, at **bygherrerne må kræve endnu længere vedståelsesfrister** som værn imod den meget alvorlige sanktion, som en tvangsmæssig ophævelse af en allerede indgået kontrakt vil være. Og længere vedståelsesfrister vil påføre byggevirksomhederne yderligere omkostninger, som vil blive overvæltet på byggeriets pris. Grundlæggende er dette en ekstraomkostning forbundet med, at man derved udnytter kapaciteten i byggesektoren dårligere.

BL er som nævnt bekendt med det afgivne høringssvar fra Klagenævnet for Udbud. Heri anføres det, at muligheden for at erklære en kontrakt for "uden virkning" må antages at føre til en betydelig stigning i antallet af klagesager. Dette underbygger BL's bekymring for, at tidspunktet for indgåelse af kontrakt og dermed vedståelsesfristens længde i praksis forlænges med måske 15-20 dage i forhold til i dag.

BL finder det endvidere overordentligt bekymrende, at Klagenævnet for Udbud, der i givet fald skal administrere efter det nye regelsæt og i praksis tolke begrebet "uden virkning", har særdeles alvorlige indvendinger mod lovforslaget og anbefaler, at det udskydes for at sikre en tilstrækkelig gennemarbejdning og belysning af de foreslåede regelændringer. BL finder det i øvrigt helt uforståeligt, at ekspertisen ved Klagenævnet ikke er taget med på råd i forbindelse med en så markant og gennemgribende ændring af lovgivningen.

På denne baggrund **henstiller BL**, at der sker en langt grundigere gennemarbejdning af lovforslaget, så der kommer den fornødne klarhed over både indholdet og konsekvenserne. På det foreliggende grundlag er det ikke forsvarligt med en videre lovbehandling, hvilket også med al ønskelig tydelighed fremgår af høringssvaret fra Klagenævnet for Udbud.

BL deltager gerne i et eventuelt udvalgs- eller gruppearbejde herom.

Eventuelle henvendelser til BL vedrørende denne sag bedes rettet til Bent Madsen, Gert Nielsen eller Preben Mathiesen.

Med venlig hilsen

På vegne af Boligselskabernes Landsforening  
Studiestræde 50  
1554 København V.

Preben Mathiesen  
Telefon: 33762000, direkte 33762056 og mobil: 28881870





**Bryggeriforeningen**  
DANISH BREWERS' ASSOCIATION

27. november 2009

*Via e-post*

Konkurrencestyrelsen  
Att.: Carina Risvig Hansen  
Via epost: [crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk)

Vedr.: Udkast til lovforslag om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Tak for muligheden for at kommentere udkast til lovforslag om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. med frist for bemærkninger d.d.

Bryggeriforeningen deler det bagvedliggende ønske med lovforslaget om at styrke konkurrencen på offentlige og private markeder, og således at udbudsreglerne håndhæves bedre.

Bryggeriforeningen støtter forslagene om, at en kontrakt kan erklæres uden virkning, hvis en offentlig myndighed tildeler en kontrakt uden forudgående udbud. Det er imidlertid bekymrende, at der indføres forskellige gradbøjninger, idet forslaget opererer med både grove overtrædelser og mindre alvorlige overtrædelser, og i sagens natur må der også være tilfælde af overtrædelser.

Det virker naturligt at indføre klage regler og klagefrister. Der lægges op til, at klage har opsættende virkning, men såfremt enhver klage har opsættende virkning kan der være risiko for, at kontrakter ikke kan aktiveres førend formelle klagefrister er udløbet, og der er risiko for klager af rent "chikanemæssige" årsager fra tilbudsgivere, der ikke opnåede kontrakten.

Bryggeriforeningen skal endelig opfordre til, at udbudsreglerne generelt forenkles, da kompleksiteten i dag gør, at mange udbud kun kan gennemføres med meget store omkostninger til rådgivere m.fl. for at afdække risikoen – og dermed potentielle omkostninger ved – for rent formelle og proceduremæssige fejl.

Med venlig hilsen  
BRYGGERIFORENINGEN

Knud Loftlund

1/1



## HØRINGSSVAR

### Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

**BYGHERRE  
FORENINGEN**

Bygherreforeningen takker Konkurrencestyrelsen for lejligheden til at kommentere høringsmaterialet vedrørende forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Det bemærkes overordnet at loven potentielt kan have vidtgående konsekvenser for bygherrerne, hvorfor den bør følges op af en oplysningsindsats over for disse. Bygherreforeningen deltager gerne i et samarbejde om en sådan indsats.

#### **Standstill-periodens længde**

Bygherreforeningen foreslår at standstill-periodens længde fortsat skal være 10 dage, hvad enten der er tale om underretning via brev eller mail. Det vil være et tilbageskridt i forhold til den teknologiske udvikling og skabe unødigt forvirring at introducere en særlig frist for brev-underretning.

#### **Kun underretning til tilbudsgivere**

Bygherreforeningen foreslår, at det også fortsat skal være gældende, at der ved afslutning af udbudsforretningen kun skal ske underretning til tilbudsgivere. Dette bør præciseres i bemærkningerne (§2). En underretningspligt der – ved afslutning af udbudsforretningen – også gælder i forhold til ansøgere vil øge den administrative belastning for bygherrerne.

#### **Indhold af "redegørelse af relevante grunde for beslutningen"**

Bygherreforeningen anbefaler at det nærmere defineres, hvad der indholdsmæssigt skal leveres for at opfylde de nye krav om "redegørelse af relevante grunde for beslutningen". En eksemplificering vil være formålstjenlig.

#### **Annoncering i EU-tidende i forhold til tilbudslovens regler**

Af §4 fremgår det at bygherrer i tvivlstilfælde kan annoncere i EU-tidende og dermed undgå at blive mødet med "uden virkning" indsigelse. Det bør klargøres, hvordan dette harmonerer med tilbudslovens regler om annoncering.

#### **Konsekvenser af at bringe kontrakten til ophør**

Der efterlyses en klarere indikation af retsvirkningen af påbud i henhold til §13 stk. 2 nr. 4 om helt eller delvist at bringe kontrakten til ophør. Konsekvenserne fremgår ikke af tekst eller bemærkninger.

#### **Eksemplificering af almenhedens interesser**

Der efterlyses en eksemplificering i bemærkningerne til loven (§18) af, hvad det er for økonomiske interesser, der kan begrunde opretholdelsen af en kontrakt ud fra betragtninger om uforholdsmæssige konsekvenser ved ophævelse. Det vil være

Side 1

27. november 2009

Bygherreforeningen  
Borgergade 111  
1300 København K

Telefon 7020 0071  
Telefax 7020 1271

info@bygherreforeningen.dk  
www.bygherreforeningen.dk

formålstjenligt med eksempler på, hvad der i den forbindelse udgør væsentlige hensyn til almenhedens interesser.

Side 2

Bygherreforeningen står til rådighed for uddybning af ovenstående.





# DANMARKS REDERIFORENING

(DANISH SHIPOWNERS' ASSOCIATION)

Carina Risvig Hansen  
Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Udsendt elektronisk: [crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk)

27. november 2009

/JC

## Høringsvar vedrørende Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Ovennævnte lovforslag giver Danmarks Rederiforening på vegne af medlemmer med offshore interesser (Mærsk Olie og Gas A/S og Hess Denmark ApS) anledning til følgende bemærkninger:

### 1. Generelle bemærkninger

Medlemmerne indgår som operatører i den danske del af Nordsøen dagligt kontrakter om indkøb af varer og tjenesteydelser, hvor kort mobiliserings- og/eller leveringstid har afgørende betydning for optimal og sikker varetagelse af selskabets aktiviteter. Behovet for leverancer til offshore operation opstår ofte uden varsel.

Medlemmerne er i stærk konkurrence med andre operatører om at sikre sig ledig kapacitet blandt internationale leverandører i markedet, og ydelser og leverancer tilbydes ofte med forbehold for, at kapacitet er til rådighed på kontrakttidspunktet. I en sådan konkurrencepræget markedssituation vil det ofte kræves af operatøren, at denne er i stand til at kunne beslutte sig og handle hurtigt for at sikre sig den til rådighed værende kapacitet.

Markedet for efterforskning efter og produktion af olie og gas er et internationalt marked, og indenfor EU er en række lande undtaget fra forsyningsvirksomhedsdirektivet. Kun ganske få operatører i EU vil således være underlagt de samme byrdefulde forpligtelser, som implementeringen af direktivet i nærværende lovforslag indebærer. En implementering af direktivet, som går videre end, hvad der er påkrævet i henhold til minimumskravene i dette, vil derfor være særlig byrdefuldt for medlemmerne. Dette er den primære baggrund for nedennævnte konkrete bemærkninger.

## 2. Konkrete bemærkninger

### Kapitel 2 - Underretning og standstill-periode m.v.

#### § 2 - Pligt til at afgive redegørelser

Lovforslaget lægger i § 2, stk. 2 op til, at ordregivers beslutninger efter stk.1 skal være ledsaget af en redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. I direktivet nævnes i artikel 2a alene en pligt til at afgive redegørelse for tildelingsbeslutninger og ikke de øvrige beslutninger, som en ordregiver træffer under et udbud, jf. lovforslagets § 2, stk. 1.

At skulle udarbejde redegørelser for andet end selve tildelingsbeslutningen pålægger således ordregiveren en administrativ byrde, som ikke er påkrævet af direktivet. Det foreslås, at lovforslagets § 2, stk. 2 begrænses, således at alene tildelingsbeslutninger skal være ledsaget af en redegørelse.

### Kapitel 3 - Klageberettigede og indbringelse for domstolene

#### § 7 – Klagefrister

Lovforslagets § 7 nævner ikke klager over prækvalifikation ved udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse som en af de procedurer, der berettiger en 30 dages klagefrist. Der synes ikke umiddelbart at være nogen begrundelse for denne udeladelse, da heller ikke direktivet kræver dette.

Herudover synes klagefristen på 6 måneder i lovforslagets § 7, stk. 2, nr. 1 særdeles lang, især når der henses til, at direktivet alene nævner den 6 måneders frist som det absolutte maksimum. Det foreslås derfor, at der indføres en kortere klagefrist.

### Kapitel 5 – Reaktions- og sanktionsmuligheder

#### § 16 – Sanktionen uden virkning

Ifølge direktivets artikel 2e(1) er det ikke et krav, at kontrakter, som er omfattet af lovforslagets § 16, erklæres uden virkning. En alternativ sanktion kan være tilstrækkelig. Der er dog i lovforslaget lagt op til at lade denne vurdering være op til den håndhævende instans frem for at begrænse overtrædelser af § 16 til alene at kunne sanktioneres med alternative sanktioner. Dette synes meget vidtgående, især henset til at sanktionsmuligheden at erklære en indgået kontrakt for uvirksom er særdeles indgribende. Det foreslås derfor, at lovforslagets § 16 begrænses til alene at indeholde en mulighed for at anvende alternative sanktioner.

Lovforslagets § 16, stk. 2 indeholder yderligere en mulighed for at erklære kontrakter for uden virkning, hvis det i øvrigt skønnes nødvendigt for at overholde fællesskabsretten.

Set i lyset af, at sanktionen at erklære en indgået kontrakt for uvirksom er den mest indgribende foranstaltning, der kan anvendes, synes bestemmelsens anvendelsesområde særdeles uklart og indebærer betydelige retssikkerhedsmæssige problemer. Som nævnt ovenfor følger bestemmelsen ikke af implementeringen af direktivet, og eftersom den tillige synes at overlappes med bestemmelsen i § 17, stk. 1, ses der ikke at være vægtige grunde til at indføre en sådan bestemmelse.

Alternativt bør der som minimum i lovforslagets § 16, stk. 2 tages højde for, om de specielle procedurer i lovforslagets § 4 er fulgt, som det også er tilfældet i § 17, stk. 2.

#### § 17 – Rammekontrakter og kontrakter baseret på et dynamisk indkøbssystem

Lovforslagets § 17, stk. 1 nr. 3 og 4, om at rammekontrakter og kontrakter baseret på et dynamisk indkøbssystem indgået i strid med udbudsreglerne skal erklæres for uden virkning følger ikke af direktivets minimumskrav. Da denne sanktion er den mest indgribende, er det vidtrækkende at udstrække anvendelsen heraf til også at omfatte disse to situationer, når ikke det kræves ved implementeringen af direktivet.

#### § 18 – Alternativ sanktion

Af lovforslagets § 18, stk. 3 fremgår, at der fastsættes en alternativ sanktion, når kun en del af en kontrakt erklæres uvirksom. Af direktivet artikel 2d og 2e fremgår imidlertid, at kravet om, at kontrakter der ophæves ex nunc også skal ledsages af alternative sanktioner, kun gælder ved de i artikel 2d nævnte overtrædelser. Der er således efter direktivets ordlyd ikke krav om, at medlemsstaterne pålægger denne dobbelte sanktion, hvis der alene er tale om en overtrædelse omfattet af artikel 2e (svarende til lovforslagets § 16). En alternativ sanktion burde her være tilstrækkelig, og lovforslagets § 18, stk. 3 sidste sætning bør tage højde for dette.

### **Kapitel 6 – Økonomiske sanktioner og bøder**

#### § 19 – Bødeniveaue

Lovforslagets § 19 og bemærkningerne til bestemmelsen fastlægger niveauet for bøder og økonomiske sanktioner. Direktivet indeholder ikke retningslinjer for, hvor høje de nationale økonomiske sanktioner/bøder skal være ud over, at de skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Det generelle indtryk er, at bødeniveaue i lovforslaget er sat meget højt, og det foreslås derfor, at dette generelt sænkes.

Især når de økonomiske sanktioner ses i sammenhæng med, at disse i visse tilfælde vil kunne anvendes, hvor en kontrakt ophæves delvist. I sådanne tilfælde vil ordregiver ud over bøden ikke blot kunne blive erstatningsansvarlig over for de deltagende leverandører, men også den kontraktpart, med hvem ordregiver bliver nødsaget til at

bryde en eksisterende kontrakt. Økonomiske sanktioner i kombination med muligheden for at erklære kontrakter for delvist uden virkning bør derfor i særdeleshed begrænses til de tilfælde, der er nævnt i lovforslagets § 17.

Med venlig hilsen  
DANMARKS REDERIFORENING  
P.D.V.

*Jacob K. Clasen*  
*Marie Christensen*

4/4

Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Att: Carina Risvig Hansen

Også sendt pr mail crh@ks.dk

25. november 2009  
Dokumentnr.: 44175

### Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Dansk Byggeri og Tekniq skal hermed fremkomme med følgende fælles hørings svar.

Både kontroldirektivet og forslaget til loven har som et væsentligt formål at indføre en effektiv klageadgang mellem beslutningen om tildeling af en kontrakt og indgåelsen af den pågældende kontrakt. Det skal hermed sikres, at en klager, der mener sig forbigået og klager i standstill-perioden, kan få tildelt kontrakten, såfremt det måtte vise sig, at Klagenævnet konstaterer, at klager måtte have ret i sin påstand om at have laveste pris/økonomisk mest fordelagtige bud, og udbyder har tildelt opgaven urigtigt til en anden bydende.

Med de meget korte standstill-perioder, der foreslås i lovforslaget, er det vores vurdering, at loven ikke vil leve op til denne målsætning. Vi vil redegøre nærmere for vores synspunkt under bemærkningerne ad § 3. Her vil vi blot pege på, at det set med vores øjne er meget problematisk, at implementeringen af kontroldirektivet i dansk ret efter vores vurdering ikke lever op til hensigten med ændringen af kontroldirektivet.

Vi frygter, bl.a. med de store udbud der er i vente på anlægsområdet, at denne problemstilling, kan risikere, at påføre Danmark en sag på linje med Store Bælt-sagen. Den risiko bør man ikke løbe, og vi skal på den baggrund foreslå, at man endnu en gang overvejer standstill-periodernes længde set i et dansk perspektiv.

Vi vil i det følgende kommentere de enkelte bestemmelser i lovforslaget;

Ad § 1. Det anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at "Klagenævnet kan således alene behandle klager, som vedrører de aspekter af fællesskabsretten, som omhandler indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter indenfor forsyningsvirksomhedsdirektivet."

Formuleringen af denne bemærkning til lovforslaget er uklar og kan give anledning til en indskrænkende fortolkning af Klagenævnets kompetence, som ikke er hensigtsmæssig. Denne bemærkning er f.eks. egnet til at drage tvivl om gyldigheden af Klagenævnets kendelse i sagen Farum Industrirenovation mod Københavns Kommune af 21. oktober 1998, at "Det pålægges indklagede Københavns Kommune at foretage anmeldelse i overensstemmelse med EU-traktatens artikel 93". Som et an-

det eksempel kan nævnes, at bestemmelserne om tekniske specifikationer i vidt omfang handler om udmøntning af varernes fri bevægelighed. Grunden til, at der ikke må forhandles ved afgivelse af offentlige og begrænset udbud, er faren for konkurrencefordrejning.

Bemærkningen hænger også dårligt sammen med forslagets § 16, stk. 2, hvori anføres, at en kontrakt, der er omfattet af fællesskabets udbudsregler, kan erklæres uden virkning, hvis det i øvrigt skønnes, at det er nødvendigt for at overholde fællesskabsretten.

Klagenævnet må derfor fortsat tillægges kompetence til at behandle et hvilket som helst Traktatsretligt emne, jævnfør ovennævnte bemærkning til § 16, stk. 2, hvis det har relation til udbudsproceduren. Særligt skal henledes opmærksomheden på Dir. 2008/18/EF præamblerne 2, 4 og 5, hvori der refereres til centrale principper i Traktaten.

## Ad kapitel 2

Det kan undre, at det i bemærkningerne side 24 anføres i tilknytning til kapitel 2, at ved ordregivere forstås endvidere udbydere efter tilbudslovens § 1, stk. 2 og 4, som omfatter bl.a. private, der modtager støtte og private; der har erklæret, at tilbudsloven finder anvendelse, eftersom alle bestemmelser i kapitel 2 udtrykkeligt og alene relaterer sig til udbydere omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Vi kan forstå bemærkningen, hvis den f.eks. var knyttet til kapitel 5.

Ad § 2, stk. 1. Det anføres i bemærkningerne side 25, at "De virksomheder, der ikke blev prækvalificeret, men som har ansøgt herom, skal også underrettes, medmindre klagefristen i § 7, stk. 1 er overskredet, og der ikke er indgivet klage". Denne bemærkning synes ikke at harmonere med lovteksten, hvori der anføres: "... skal klage være indgivet til Klagenævnet for Udbud senest 30 kalenderdage efter, at ordregiveren har underrettet ansøgerne om, hvem der er blevet prækvalificeret."

Klagefristen ifølge § 7, stk. 1. regnes fra underretningen, derfor er det ulogisk at skrive "... også underrettes, medmindre ..." Den præklusive virkning efter § 7 kan ikke påberåbes, hvis der ikke er sket underretning, som også anført i bemærkningerne nederst side 31. Der henvises i øvrigt til vores bemærkninger ad § 7.

Ad § 2, stk. 2. Det er et godt tiltag, at ordregivers beslutning skal være ledsaget af en redegørelse om de relevante grunde for beslutningen. Der skal ofte ofres betydelige ressourcer på at få sagen oplyst for at vurdere, om sagen kan bære en klage ved Klagenævnet, men kravet om en redegørelse er et godt udgangspunkt for en indledende vurdering.

Ad § 3, stk. 1. Standstill-perioderne er for korte til at give den effekt, som er et af de væsentlige formål med at ændre kontroldirektivet. I direktivets præambel 6 anføres formålet at være: "*Standstill-perioden bør give de berørte tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at gennemgå tildelingsbeslutningen og vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en klageprocedure. Når tilbudsgiverne underrettes om tildelingsbeslutningen, bør de have de relevante oplysninger, der er nødvendig for en effektiv klageadgang.*"

Selv om loven har gode intentioner jf. forslagets § 2, stk. 2 om at medsende en redegørelse, viser al erfaring, at de redegørelser, som tilbudsgivere modtager jf. eksempelvis Dir 2004/18/EF, art 41, stk. 2, i nogle tilfælde formelt opfylder kravene, men reelt er utilstrækkelige.

Meget ofte er det nødvendigt at bede om supplerende oplysninger efter lov om offentlighedsloven og efter forvaltningslovens. I forvaltningsloven er der jf. lovens § 16 mulighed for, hvis en begæring om aktindsigt ikke imødekommes inden 10 dage fra anmodningen herom, at underrette om grunden hertil, og hvornår afgørelsen om aktindsigt så kan forventes. Alene denne mulighed, om hvornår man kan få aktindsigt efter forvaltningsloven, kan gøre standstill-perioden illusorisk. Hvis bestemmelsen følges, vil svaret, om hvornår man kan forvente at få oplysningen, foreligge dagen efter standstill-periodens udløb.

Forberedelse af en klage vil ofte nødvendiggøre en konkret stillingtagen hos tilbudsgiver, inddragelse af ekstern advokat eller underretning af vedkommendes organisation, indsamling af supplerende oplysninger og udfærdigelse af et klageskrift. Hvis klageskriftet skal have en professionel substans, vil denne proces være af længere varighed end de anførte standstill-perioder.

Efter Klagenævnets nuværende praksis har Klagenævnet opstillet tre betingelser for at imødekomme krav om opsættende virkning. Det fremgår af kendelsen af 16. oktober 2007 Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune, at tre kumulative betingelser skal være opfyldt for at få opsættende virkning:

1. "klagen har noget på sig" eller synes håbløs for klageren (...) og
2. om der forligger uopsættelighed, det vil sige, om det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for klageren
3. Desuden skal Klagenævnet foretage en interesseafvejning

Betingelserne for at få opsættende virkning må efter ovennævnte kendelse og andre kendelser herom kunne sammenfattes således:

1. Der skal være grundlag for en antagelse om, at tildelingen vil blive annulleret
2. Klager skal:
  - Reagere så snart overtrædelsen er åbenbar og (som udgangspunkt) inden standstill-periodens udløb
  - Sandsynliggøre
    - i. reel mulighed for at vinde kontrakten
    - ii. risiko for alvorlig og uoprettelig skade uden opsættende virkning
    - iii. at økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning
3. En samlet interesseafvejning skal falde ud til klagers fordel
  - "Nødventil" – indrettelseshensyn, værdispild, samfundsmæssige hensyn, tidsmæssigt aspekt

Den bevisbyrde, som Klagenævnet kræver opfyldt af klager, vil med de meget korte standstill-perioder være på det nærmeste umulig at løfte, hvis beviset først kan løftes, efter man har fået aktindsigt. I de tilfælde vil udbyders stillingtagen om aktindsigt typisk ligge efter standstill-periodens udløb.

De danske forvaltningsretlige regler, og de af Klagenævnets fastslåede krav, af bevismæssig karakter, som skal opfyldes for at få standstill, udgør en ikke ubetydelig risiko for, at de bydende netop ikke får de "relevante oplysninger" jf. præambel 6 til at bedømme, om de skal indlede en klagesag. Her tænkes især på, at Klagenævnet kræver, at de bydende sandsynliggør en række forhold, hvorimod kontroldirektivet tværtimod forudsætter: De bydende "*bør ... have de relevante oplysninger, der er nødvendig for en effektiv klageadgang.*"

Der er derfor nærliggende, at sådanne nationale regler ved en præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen kan resultere i, at domstolen udtaler, at dansk national ret er til hinder for opfyldelse af formålet med standstill-perioden i kontroldirektivet, som vi citerede indledningsvis.

Der er ikke tale om, at vi ønsker standstill-perioder i månedsvis, men en standstill-periode på 10 henholdsvis 15 dage i forhold til den måde den danske forvaltning af reglerne forgår på, er for lidt.

Ad § 7. I bestemmelsen anføres "udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse" Denne udbudsform benytter sig ikke af prækvalifikation, vi går derfor ud fra, at hensigten har været at skrive "udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse", som foreskriver prækvalifikation.

Vi bemærker os, at det nederst side 31 er anført: Det er en forudsætning for fristens anvendelse, at ordregiverens underretning er ledsaget af en redegørelse i henhold til § 2, stk. 2. Så meget desto mere finder vi sætningen som omtalt ad § 2, stk. 1 side 25 i bemærkningerne for ulogisk.

Ad § 7, stk. 5. Det foreslås, at der til bestemmelsen i stk. 5 tilføjes: "og organisationer, der er tillagt klageadgang i EU."

Ad § 8, stk. 2. Det er meget tilfredsstillende, at der er medtaget en bestemmelse, der sikrer, at man kan gøre sig bekendt med Klagenævnets afgørelse i alle aspekter af en sag, før der skal tages stilling til, om sagen skal indbringes for domstolene.

Ad § 12, stk. 2. Det forekommer at være imod hensigten med standstill-perioder, at en klage indgivet i en frivillig standstill-periode ikke også automatisk skulle tillægges opsættende virkning, indtil Klagenævnet har forholdt sig hertil. Formålet med standstill er at sikre en effektiv klageadgang, herunder at give Klagenævnet mulighed for at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

Det forekommer tilfældigt, at det i dette tilfælde skal bero på, at klager skal begære opsættende virkning, mens der automatisk indtræder opsættende virkning de første 10/15 dage fra meddelelsen om tildeling, hvis klagen indgives i den periode.

Ad § 12, stk. 3. Forlængelsen af Klagenævnets mulighed fra 10 til 30 dage til at forholde sig til spørgsmålet om opsættende virkning kunne indikere, at en forlængelse af standstill-perioden jf. vores bemærkninger ad § 3, ligeledes var påkrævet.

Ad § 13. Vi finder det meget tilfredsstillende, at Klagenævnet har hjemmel, og i visse tilfælde har pligt, til at udstede påbud. Det har for vores medlemmer været meget uforståeligt, at en kontrakt som ikke har været i EU-udbud, og hvor beslutningen om at indgå denne kontrakt blev erklæret ugyldig, på trods heraf igennem længere tid blev opretholdt af den ordregivende myndighed, uden at denne opsagde kontrakten og foretog fornyet udbud.

Ad § 13, stk. 1. Vi forstår bestemmelsen på den måde, at Klagenævnet nu ikke blot skal konstatere, at udbudsreglerne er overtrådt, men at Klagenævnet nu skal træffe afgørelse om, at reglerne er overtrådt med den forpligtigelse for Klagenævnet at udnytte reaktions- og sanktionsmulighederne i stk. 2, med mindre Nævnet måtte have en saglig grund til ikke at udnytte disse muligheder.

Vi hilser med stor tilfredshed, at Klagenævnet skal anvende de reaktioner, som Klagenævnet måtte finde adækvat, ud over hvad klageren har nedlagt påstand om.



Vi finder, at det er rimeligt, at en offentligt udbyder bliver holdt ansvarlig for alle overtrædelser af udbudsreglerne, og det ikke er overladt til "forhandlingsmaksimen".

Vi finder det ligeledes meget tilfredsstillende, at et påbud fra Klagenævnet skal efterkommes, uanset om sagen er indbragt for domstolene, idet det så er op til domstolene at tillægge sagen opsættende virkning.

Ad § 17, stk. 1, nr. 2. Det anføres, at hvis en organisation indbringer en klage med påstand om, at den skal erklæres uden virkning i henhold til § 17, stk. 1 nr. 2, kan Klagenævnet ikke tage påstanden til følge, idet en organisation ikke er tilbudsgiver, og derfor ikke kan opfylde kravet om, "der har påvirket tilbudsgiver muligheder for at få tildelt kontrakten".

Med venlig hilsen  
Dansk Byggeri

Tekniq

Henrik Fausing

Jan Eske Schmidt



Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Sendt pr. email: [crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk) og [kbn@ks.dk](mailto:kbn@ks.dk)

Rosenørns Allé 9  
DK 1970 Frederiksberg C  
Tlf: 35 300 400  
Fax: 35 300 401  
e-mail: [de@danskenergi.dk](mailto:de@danskenergi.dk)  
[www.danskenergi.dk](http://www.danskenergi.dk)

Dok. ansvarlig: DGR  
Sekretær: DGR  
Sagsnr: 99/479  
Doknr: 48

27-11-2009

## Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Dansk Energi har den 10. november 2009 modtaget høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og skal i den forbindelse fremkomme med følgende bemærkninger.

Lovforslaget vil få betydning for mange af Dansk Energis medlemmer, som i dag er underlagt udbudsreglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dansk Energi har forståelse for, at myndighederne generelt ønsker tilstrækkelige håndhævelsesmuligheder for at sikre reglernes overholdelse. I dette tilfælde er der samtidig tale om implementering af et direktiv, hvorfor der ikke er noget valg fra myndighedernes side.

Dansk Energi er ikke desto mindre bekymret over konsekvenserne af lovforslaget. En stramning af håndhævelsesreglerne med mulighed for, at en kontrakt erklæres virkningsløs, tilfører et ekstra element til i forvejen meget komplicerede regler.

På elforsyningsområdet indeholder forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke en hel klar afgrænsning af, hvilke opgaver der er udbudspligtige. Dansk Energi er opmærksom på bestemmelsen i § 4, som vil fungere som sikkerhedsventil i netop de tilfælde, hvor der er tvivl, om en opgave er udbudspligtig. Det er et fornuftigt tiltag, som Dansk Energi bakker op om.

Med lovforslaget har vores medlemmer dog i endnu højere grad end tidligere behov for en klar afgrænsning af, hvad der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 3, stk. 3. På baggrund heraf vil Dansk Energi i den nærmeste fremtid tage kontakt til Konkurrencestyrelsen, som vi håber, vil medvirke til en endelig afklaring af forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde.

Med venlig hilsen  
Dansk Energi



Dorte Gram

1/1



Konkurrencestyrelsen  
Att.: Fuldmægtig Carina Risvig Hansen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

27. november 2009

## Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Dansk Erhverv skal hermed bekræfte modtagelsen af høringsmaterialet dateret den 10. november 2009, som vi har følgende bemærkninger til:

### Generelle bemærkninger

Sammen med Dansk Byggeri, DI Håndværksrådet og Advokatsamfundet påpegede Dansk Erhverv i løbet af efteråret i vores fælles henvendelse til Konkurrencestyrelsen, at udbudsreglernes effektivitet og nytteværdi i høj grad afhænger af en effektiv håndhævelse. Alle de nævnte organisationer var og er fortsat enige om, at en styrkelse af klagesystemerne på udbudsområdet er fornuftig, og det er derfor glædeligt, at implementeringen af kontroldirektivet nu efterhånden sker.

Det foreliggende forslag sigter på ikke at stramme sanktionsreglerne mere end kontroldirektivet lægger op til. Dette indebærer, at kontrakter, der udelukkende annonceres efter annonceringspligten i tilbudsloven, ikke er omfattet af de nye sanktionsregler. Disse kontrakter kan hverken erklæres som værende "uden virkning" og Klagenævnet kan ej heller tildele bøder.

Det er Dansk Erhvervs klare opfattelse, at der ikke er anledning til at undtage disse områder fra regelsættet alene af den årsag, at det i praksis er vanskeligt at håndtere to regelsæt. Det er uhenigtsmæssigt, at der nu igen skal bruges tid, kræfter og advokatbistand for at finde ud af, om der er tale om eksempelvis en ikke udbudspligtig bilag II B ydelse, hvor kontrakten ikke kan erklæres for uden virkning, eller om der er tale om en udbudspligtig bilag II A ydelse, hvor dette i givet fald kan ske. Har man sagt ja til udbudsregler, må man ligeledes sige ja til de samme sanktioner for samtlige udbud.

### Specifikke bemærkninger - Mulighed for at erklære en kontrakt uden virkning

Muligheden for at få erklæret en kontrakt for virkningsløs kan være særdeles nyttig ikke mindst for tilbudsgivere, der ikke kan løfte bevisbyrden for, at der skal tildeles erstatning. Der er fortsat mange kontrakter, der bliver tildelt uden udbud, og de nye sanktioner er forhåbentligt med til at sætte en stopper for de direkte tildelinger, der måtte være på kant med reglerne.

SVP/HPA  
svp@danskerhverv.dk

Side 1/3

-  
Deres ref.:  
Vores ref.:

Dansk Erhverv hilser det velkomment, at det bliver Klagenævnet for Udbud der får tildelt beføjelsen til at erklære en kontrakt for uden virkning, hvilket vi går ud fra i praksis betyder, at kontrakten skal hæves. Dansk Erhverv har ligeledes tillid til, at Klagenævnet for Udbud formår at fastsætte et passende varsel, hvormed ordregiver skal hæve den ulovlige kontrakt med leverandøren.

For så vidt angår **standstill-perioden** har vi noteret os, at der er sket en meget lille forlængelse af perioden til 15 kalenderdage, hvis ordregiver sender sin underretning til leverandøren pr. brev.

Det er hensigtsmæssigt at få afklaret eventuelle udbudsproblemer så hurtigt som muligt, så såvel ordregiver som leverandør kan fortsætte udbudsprocessen. Der er ingen tvivl om, at det nye lovforslag også lægger op til dette, i og med at udbudsklager, der bliver indgivet inden for standstill-perioden får en større effekt. Således er "ingen virkning" sanktionen eksempelvis koblet op på, at der som hovedregel skal klages indenfor denne frist.

Selv om der efter de nye regler skal gives en udførlig begrundelse for et eventuelt afslag fra starten af, forekommer standstill-perioden dog stadigvæk for kort. Det er en kendsgerning, at leverandørens vurdering af, om der er basis for en klagesag, i de fleste tilfælde forudsætter, at virksomheden får aktindsigt i sagens dokumenter. Da denne sagsbehandling kan tage op til 10 dage, er det vanskeligt at skaffe sig et fuldt oplyst grundlag i løbet af den korte stand still periode på 10 dage. Den korte frist vil således være med til at skubbe til antallet af klagesager, da leverandøren kan føle sig presset til at indgive klage indenfor stand still perioden på et uoplyst grundlag. Det bør overvejes, hvorvidt dette er hensigtsmæssigt.

Dansk Erhverv foreslår, at stand still perioden forlænges til 15 dage hhv. 20 dage, når der underrettes pr. brev.

#### **Alternative sanktioner – Bøder**

Dansk Erhverv finder det positivt, at det fremover vil være muligt at pålægge ordregivende myndighed administrative bøder ved overtrædelse af udbudsreglerne. Dansk Erhverv finder dog, at bødeinstrumentet ikke kun bør finde anvendelse i forhold til kontrakter, der kan erklæres uden virkning som en alternativ sanktion, men også i forhold til andre **grove** overtrædelser (fx når Klagenævn for Udbud annullerer en tildelingsbeslutning, fordi tildelingskriterierne groft er blevet tilsidesat).

#### **Præklusive frister**

Dansk Erhverv har noteret sig forslaget til præklusive frister og er grundlæggende enige i længden af disse frister. Vi har endvidere noteret os, at de præklusive frister ikke gælder for Konkurrencestyrelsen. Det er vores opfattelse, at præklusive frister endvidere ikke bør gælde for de organisationer der er tillagt klageret, således at det sikres, at principielle spørgsmål også efter udløbet af den præklusive frist kan behandles.

### **Afsluttende bemærkninger**

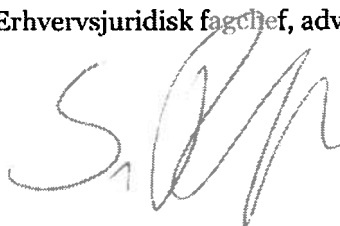
Dansk Erhverv har noteret sig, at adskillige af vores medlemmer er blevet udsat for kontraktuelle klausuler i udbudsmaterialet, der vælter risikoen for overholdelse af udbudsreglerne på den private leverandør. Da overholdelsen af reglerne påhviler den offentlige myndighed, sender dette aldeles forkerte signaler til offentligheden, at denne risiko kan overvæltet på den private leverandør. Konkurrencestyrelsen bedes derfor overveje, hvordan dette problem kan løses, så det ikke bliver et omsiggribende problem.

Sluttelig ser vi frem til at modtage udkast til bekendtgørelse med listen over klageberettigede organisationer, da vi har fået at vide, at den er under revision. Vi fremsendte i løbet af efteråret en liste over de organisationer, der ønsker at blive klageberettiget og har d.d. ikke modtaget nogen reaktion på dette. Jeg skal i den anledning gøre særskilt opmærksom på, at HORESTA ligeledes ønsker at komme på denne liste.

Med venlig hilsen

**Sven Petersen**

Erhvervsjuridisk fagchef, advokat







Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

H.C. Andersens Boulevard 45  
1553 København V

Telefon 33 43 70 00  
mail@danskeadvokater.dk  
www.danskeadvokater.dk

27. november 2009

**Vedr.: Høring over udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.**

**1. Indledning**

Konkurrencestyrelsen har den 10. november 2009 (j.nr. 4/0404-8800-0020) sendt udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. med anmodning om eventuelle bemærkninger senest den 27. november 2009.

Lovforslaget indgår i regeringens konkurrencepakke, som tillige indeholder forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og lov om ændring af lov om benzinforhandlerkontrakter. Lovpakken har til formål at styrke konkurrencen på offentlige og private markeder.

Det fremgår af høringen, at lovforslaget forventes fremsat for Folketinget ultimo januar 2010.

Nedenfor under pkt. 2 og 3 er der redegjort for Danske Advokaters generelle bemærkninger og bemærkninger til de enkelte forslag.

Lovudkastets nærmere indhold vil af tids- og pladsmæssige hensyn ikke blive gennemgået og kommenteret i detaljer, ligesom det nærmere indhold alene vil blive omtalt, hvor konteksten nødvendiggør dette.

**2. Generelle bemærkninger**

Lovforslaget går først og fremmest ud på at implementere kontroldirektiverne (direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF) som ændret ved direktiv 2007/66/EF (herefter betegnet direktivet), der fastsætter en række minimumskrav, som medlemsstaternes klagesystemer skal leve op til for at sikre, at virksomhederne har en effektiv adgang til at klage over overtrædelser af udbudsreglerne. Direktivet indeholder i præambelen en nøje beskrivelse af baggrunden for direktivet.

Direktivet skal være implementeret i national ret senest den 20. december 2009. I den forbindelse bemærkes, at Danske Advokater er noget uforstående over for, at man ikke på et langt tidligere tidspunkt har iværksat det lovforberedende arbejde med at implementere direktivet i dansk ret. Hertil kommer, at den sene implementering i dansk ret vil indebære, at der i perio-



den fra denne dato til lovens ikrafttræden vil kunne opstå tvivl f.eks. om, hvorvidt klagerne vil kunne påberåbe sig bestemmelserne i direktivet.

Henset til at lovforslaget hviler på direktivet, har Danske Advokater i højere grad forholdt sig til de lovgivningsmæssige valg, som forslaget er udtryk for, snarere end de mere retspolitiske overvejelser, som direktivets regulering kan give anledning til.

Mere generelt skal Danske Advokater bemærke, at der på en række punkter er tale om vidtgående forslag, helt nye begreber og indgribende sanktioner. Hertil kommer, at lovforslaget på en række punkter er uklart. Det gælder bl.a. forslaget om, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, og forslaget om, at der kan fastsættes en økonomisk sanktion. Dette indebærer en u hensigtsmæssig usikkerhed om retstilstanden.

Lovforslaget forekommer i sin nuværende form ikke at være tilstrækkeligt gennemarbejdet, og der bør efter Danske Advokaters opfattelse ske en mere grundig lovforberedende undersøgelse og behandling på en række punkter.

På den baggrund er det naturlige og rigtige efter Danske Advokaters opfattelse, at man for indeværende begrænser sig til at gennemføre de dele af lovudkastet, som er nødvendige nu og her for at implementere direktivet.

### **3. Bemærkninger til de enkelte forslag**

Nedenfor under pkt. 3.1.-3.4. er der nogle særskilte bemærkninger vedrørende klagefrister, sanktioner og erstatning, domstolens rolle samt strukturen i lovforslaget.

Herudover indeholder pkt. 3.5. nogle specifikke bemærkninger til enkelte af de foreslåede bestemmelser.

#### **3.1. De nye klagefrister**

Det fremgår af lovforslagets § 7, stk. 5, at klagefristerne i § 7, stk. 1-3, ikke gælder for Konkurrencestyrelsen. Samtidig fremgår det af bemærkningerne (s. 31), at formålet med klagefristerne er at sikre, at ordregiver ikke på ubestemt tid skal frygte, at kontrakten pludselig bliver erklæret for uden virkning. Den beskyttelse, som bestemmelserne giver ordregiver, udhules, hvis klagefristerne ikke gælder alle parter. I denne forbindelse skal det tillægges særlig vægt, at Konkurrencestyrelsen i visse tilfælde tager sager op på baggrund af henvendelser. Teoretisk vil der således være en risiko for, at en klager kan omgå klagefristerne ved at få konkurrencestyrelsen til at indgive klage.

#### **3.2. Sanktioner og erstatning**

Begrebet "uden virkning" er nyt, og derfor bør man sikre, at begrebet er tilstrækkeligt defineret i loven. Dette er ikke tilfældet i det udkast til lovforslag, der er sendt i høring.

Inden for obligationsretten kendes begreberne ugyldighed og uvirksomhed.<sup>1</sup> Uvirksomhed adskiller sig fra ugyldighed ved, at uvirksomhed ikke forudsætter tilstedeværelsen af nogen ugyldighedsgrund, og ifølge Gomard anvendes begrebet uvirksomhed blandt andet, når der ikke kan støttes ret på et løfte som følge af forudsætningslæren.

Når man i lovforslaget anvender begrebet "uden virkning" i stedet for uvirksomhed, skyldes det, at man ønsker at introducere et nyt begreb, der er forskelligt fra obligationsrettens kendte begreber. Dette følger af lovforslagets bemærkninger (s. 12).

Direktivets artikel 2 d, nr. 2, angiver, at konsekvenserne af "uden virkning" skal fastlægges i national ret. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget (s. 12), at "uden virkning" betyder, at kontrakten ikke længere kan håndhæves af parterne, og at parterne er

<sup>1</sup> Jf. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, 3. udgave, s. 27-29



forpligtede til at ophæve kontrakten. Dette bør skrives ind i loven, da det er væsentligt for forståelsen af begrebet.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne (s. 12 og s. 48), at Klagenævnet kan fastsætte et tidspunkt i fremtiden for, hvornår en kontrakt må anses for at være uden virkning, hvilket er en nyskabelse i forhold til de kendte obligationsretlige begreber. Det fremgår ikke af lovforslagets § 18, stk. 1, at "uden virkning" kan fastsættes fra et tidspunkt i fremtiden. Hvis det er meningen, at dette skal være muligt, bør det præciseres i lovteksten. Samtidig bør det angives, i hvilke situationer "uden virkning" først skal indtræde på et tidspunkt i fremtiden, og hvordan parternes retsstilling er i perioden fra Klagenævnet træffer afgørelse indtil den dato, hvor kontrakten må anses for at være uden virkning.

Lovforslagets § 18, stk. 1 angiver, at hvis leverancerne kan "tilbageleveres i væsentlig samme stand, erklæres kontrakten tillige for uden virkning for allerede foretagne leverancer". Dette forstås således, at hvis der kan ske tilbagelevering i væsentlig samme stand, medfører dette *automatisk*, at kontrakten skal erklæres for uden virkning for hele kontraktperioden, og at der skal ske tilbagelevering af ydelser. Hvis denne opfattelse er korrekt, så må muligheden for tilbagelevering udelukke, at Klagenævnet kan fastsætte tidspunktet for "uden virkning" til en dato i fremtiden. Dette bør præciseres.

Det følger af lovforslagets § 18, stk. 1, at det skal angives, om "uden virkning" gælder hele kontrakten eller kun en del af kontrakten. Ud fra lovteksten er det svært for en klager at vurdere, om "uden virkning" vil gælde hele kontrakten eller kun en del af kontrakten. Herudover er det klart, at hvis en del af en stor kontrakt er uden virkning, vil det kunne føre til, at den kontraherende tilbudsgiver bliver stillet enten bedre eller dårligere alt efter den kommercielle værdi af den annullerede del af kontrakten. Det kan forekomme uretfærdigt, at man ved at indgive klage over en myndighed medvirker til, at ens direkte konkurrent bliver begunstiget.

Det fremgår af lovforslagets § 16, stk. 1, at hvis ordregiver indgår en kontrakt i stand still-perioden eller i perioden med opsættende virkning, kan Klagenævnet vælge, at kontrakten skal erklæres for uden virkning. Det bemærkes, at det ofte kan have stor betydning for klager, om en kontrakt erklæres for uden virkning, hvorimod klager konkret kun har begrænset glæde af, at ordregiver pålægges en økonomisk sanktion. I mange tilfælde vil det påvirke klagers incitament til at indbringe sagen, om en kontrakt kan forventes at blive erklæret for uden virkning, og derfor er det essentielt, at systemet bliver så gennemsigtigt som muligt. Det er således væsentligt at specificere, hvilke momenter der skal tillægges vægt, når det skal vurderes, om kontrakten erklæres for uden virkning. Det fremgår af bemærkningerne (s. 45), at proportionalitet vil være et moment, men det må være muligt at fastsætte flere momenter og at angive momenterne direkte i loven.

Hvis der indgås en kontrakt i én af perioderne nævnt i § 16, stk. 1, følger det af § 17, stk. 1, nr. 2, at der er en pligt til at erklære kontrakten for uden virkning, hvis "ordregiveren samtidig har overtrådt de fællesskabsretlige udbudsregler på en måde, der har påvirket tilbudsgiverens muligheder for at få tildelt kontrakten". Det fremgår af bemærkningerne (s. 47), at pligten omfatter de situationer, hvor klager ville have fået tildelt kontrakten, hvis ordregiver ikke havde handlet i strid med reglerne. Dette bør præciseres i lovteksten.

Det fremgår af lovforslagets § 16, stk. 2, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, hvis "det i øvrigt skønnes, at dette er nødvendigt for at overholde fællesskabsretten". Bestemmelsen har tilsyneladende til formål at sikre, at der ikke med lovændringen lægges en hindring i vejen for, at kontrakter erklæres uvirksomme, selvom der ikke er tale om direkte tildelte kontrakter, hvis domstolspraksis udvikler en sådan mulighed. Det vurderes imidlertid, at denne mulighed ville gælde uden den foreslåede bestemmelse og at bestemmelsen måske i stedet vil medvirke til at direkte at hjemle uvirksomhed i flere tilfælde end foreskrevet i direktivet – og altså også i de ikke-direkte tildelte kontrakter. Der kan derfor overvejes at tage bestemmelsen ud.



Det fremgår af bemærkningerne til lovforslagets § 14 (s. 40-41), at bortset fra den lempede bevisregel i stk. 2 skal spørgsmålet om erstatning afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Indførelsen af begrebet "uden virkning" medfører imidlertid en række komplikationer, som det kunne være hensigtsmæssigt at tage stilling til i loven. Særligt bør det fastlægges, efter hvilke regler den oprindelige kontraktpart kan få tildelt erstatning; positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse. Da "uden virkning" er et nyt begreb, følger dette ikke af den almindelige erstatningsret. Herudover kunne man overveje at præcisere, hvordan erstatningsspørgsmålet skal afgøres, når en del af en kontrakt er uden virkning.

### 3.3. Domstolenes rolle

Det fremgår af lovforslagets § 5, stk. 1, at ved overtrædelse af de udbudsretlige regler (eksklusiv tilbudsloven) kan en klage ikke indbringes for domstolene inden for stand still-perioden. Det følger imidlertid af bemærkningerne til lovforslaget (s. 29), at efter udløb af stand still-perioden kan der frit indgives klage til enten Klagenævnet eller domstolene. Det er lidt vanskeligt at forstå, hvorfor man har valgt denne sondring, og når den er valgt, bør det tydeligt præciseres i lovteksten, at der frit kan anlægges sag direkte ved domstolene ved klager efter udløbet af stand still perioden.

Forslagets regler om økonomiske sanktioner til ordregivere, der ikke er etableret på et privatretligt grundlag, og bøder til de ordregivere som er, forekommer vidtgående. Der har siden udbudsreglernes indførelse i Danmark været hjemme til at pålægge bøde for overtrædelse, men hjemlen er aldrig blevet anvendt – formentlig fordi Klagenævnet har været velfungerende. Der synes ikke at være nogen egentlig begrundelse for, at denne sanktionsmulighed nu skærpes – samtidig med at der indføres uvirksomhed som i sig selv er en skærpelse. I bemærkningerne til lovforslaget er anført foreslåede bødestørrelser i % af kontraktens værdi. Der kan således blive tale om meget vidtgående sanktioner, hvortil kommer, at de pålægges på et objektivt grundlag, jf. forslaget § 19, stk. 3, og § 20, stk. 2 – "...kan pålægges selvom overtrædelsen hverken kan tilregnes ordregiveren som forsætlig eller uagtsom".

Der er således tale om et meget vidtgående forslag, som først bør indføres efter en grundig undersøgelse af behovene herfor og sammenlignet med, hvad der gøres i andre EU-lande. I den forbindelse bør niveauet for sanktioner nøje overvejes, og om der skal indføres objektivt ansvar. I konkurrenceloven straffes en overtrædelse alene, hvis den er forsætlig eller groft uagtsom, og denne standard gælder således også for selskaber og offentlige virksomheder, som er omfattet af loven uden at det har givet anledning til selvstændige problemer.

### 3.4. Strukturen i lovforslaget

Det bør generelt overvejes, om strukturen i lovforslaget kan forenkles. Der er en række eksempler på, at det kan være svært at gennemskue, hvorfor bestemmelser, der umiddelbart har en indbyrdes sammenhæng, findes forskellige steder i loven.

Et af lovforslagets formål er at øge mulighederne for indgriben, og til dette formål har man indført en stand still-periode og en regel om automatisk opsættende virkning, såfremt der indgives klage i stand still-perioden. Den automatisk opsættende virkning gælder indtil det tidspunkt (senest 30 dage efter anmodning om opsættende virkning), hvor Klagenævnet træffer afgørelse om opsættende virkning. Der er således en væsentlig indbyrdes sammenhæng mellem de tre mekanismer: 1) stand still, 2) automatisk opsættende virkning i op til 30 dage, og 3) mulighed for skønmæssig opsættende virkning i den resterende periode frem til selve afgørelsen. På baggrund af den væsentlige indbyrdes sammenhæng ville det være hensigtsmæssigt, hvis man samlede reglerne i samme kapitel i loven. Som forslaget ser ud nu befinder stand still-perioden sig i kapitel 2, mens reglerne om opsættende virkning befinder sig i kapitel 5.



Lovforslagets § 16, stk. 1, vedrører Klagenævnets mulighed for at erklære en kontrakt for uden virkning, hvis kontrakten indgås i stand still-perioden eller i en periode med opsættende virkning. Lovforslagets § 17, stk. 1, nr. 2, vedrører de tilfælde, hvor en kontrakt indgået i stand still-perioden eller i en periode med opsættende virkning automatisk medfører, at kontrakten skal erklæres uden virkning. Det ville være hensigtsmæssigt at skrive en samlet bestemmelse om uden virkning ved kontrahering i de nævnte perioder.

Det fremgår, at konsekvenserne af uden virkning – i det omfang, de er angivet i loven – befinder sig i § 13, stk. 2, nr. 4, § 16, stk. 3, § 17, stk. 4, og § 18, stk. 1. Man kunne overveje at samle konsekvenserne af uden virkning i én bestemmelse, som passende kunne udbygges.

Lovforslagets § 4 opfattes som en undtagelse til lovforslagets § 17, jf. lovforslagets § 17, stk. 2, og det ville derfor virke naturligt at placere bestemmelsen i samme kapitel som § 17.

### **3.5. Bemærkninger til visse specifikke bestemmelser**

#### **§ 1**

Danske Advokater er enig i, at lovens sanktioner bør omfatte overtrædelser af tilbudsloven. Dette sikrer en ensartethed, uanset om et udbud er foretaget efter eller burde være foretaget efter tilbudsloven eller udbudsdirektiverne.

#### **§ 2**

Bestemmelsen er givet nødvendig i lyset af de i de efterfølgende bestemmelser fastlagte klagefrister.

Danske Advokater skal særligt til stk. 2 bemærke, at der burde indføres "en overordnet" foran "redegørelse", idet man i modsat fald vil pålægge de ordregivende myndigheder en måske ofte unødvendig forpligtelse til at udarbejde redegørelser i udbud, hvor der objektivt ikke er brug herfor.

#### **§ 3**

Danske Advokater skal i relation til stk. 2, nr. 2 bemærke, at der ofte kan være lige så stærke behov for at sikre reel klageadgang og adgang til at opnå en kontrakt i forbindelse med udbud af konkrete opgaver på basis af en allerede udbudt og indgået rammeaftale, som i tilfælde med udbud af en kontrakt. Danske Advokater bemærker i den forbindelse, at direktiv 2007/66 i art. 2 b indeholder en mulighed for medlemsstaterne til at gøre den undtagelse, som lovforslaget udnytter, men at art. 2 b er indledt med "kan", hvorfor Danmark meget vel synes at kunne kræve standstill forpligtelse også ved "miniudbud".

#### **§ 4**

Bestemmelsen er knyttet til bestemmelserne i § 17 og § 7 og rummer krav til ordregiverens bekendtgørelser. Danske Advokater har ikke kommentarer til stk. 2 om indholdet af disse bekendtgørelser. Opbygningen af stk. 1 om at muliggøre et værn for en ordregiver i henseende til risikoen for at en indgået kontrakt, der er (ellers ville være) indgået uden offentliggørelse forekommer ganske kompliceret.

#### **§ 5**

Danske Advokater forstår bestemmelsen i stk. 2 således, at indbringer en af parterne Klagenævnets kendelse for domstolene, så kan f.eks. et udskilt spørgsmål om erstatning også fuldt ud behandles ved domstolene. Dette er hensigtsmæssigt. Danske Advokater skal dog pege på, at det også i sådanne tilfælde bør være muligt, hvis domstolene kommer frem til kri-

tik/annullation, at et erstatningssøgsmål gennemføres for klagenævnet (hvor der gælder et fladt gebyr for behandlingen i modsætning til retsafgift, og hvor sagsomkostningsfordelingen er asymmetrisk).

§ 6

Ingen bemærkninger.

§ 7

Danske Advokater er enige i, at der bør være frister for indgivelse af klage for at sikre ordregivers situation. Det kan overvejes, om 30 kalenderdage er tilstrækkelig tid i alle tilfælde, hvilket næppe altid er tilfældet for så vidt angår tildelingsbeslutninger. Det forekommer ikke særligt velmotiveret, at Konkurrencestyrelsen gives reelt tidsubegrænset mulighed for at initiere en klage. Danske Advokater finder ikke behov for stk. 5. Et eventuelt alternativ kunne være en dispensationsadgang fra Klagenævnet.

§ 8

Ingen bemærkninger.

§ 9 - § 11

Ingen bemærkninger til det foreslåede indhold.

Danske Advokater skal dog foreslå, at der tillige skabes hjemmel for Klagenævnet til at kræve afhøring (vidnepligt). Det er hyppigt set i sagerne for Klagenævnet, at den indklagede ordregivers relevante personale ikke tillades eller ønsker at lade sig afhøre, hvilket er muligt. Herved lider sagens oplysning for Klagenævnet under, at der ikke afgives de relevante forklaringer. Dette medfører, at antallet af sager om indbringelse af Klagenavnets kendelser for domstolene er større end måske nødvendigt, da det for domstolene er muligt er sikre afhøring efter de almindelige vidneregler i retsplejeloven.

§ 12

Danske Advokater er enig i bestemmelsen. De 30 dage er ofte en kritisk grænse afhængigt af den valgte vedståelsesperiode for tilbud og de enkelte udbudsprocessers forløb.

§ 13-14

Det foreslåede sammenskrevne katalog over mulige sanktioner er relevant og kan hilses velkomment.

Danske Advokater bemærker, at der ikke ses at være lagt op til begrænsning af klageres mulighed for at opnå (fuld) erstatning, uanset indførelsen af kompetence for i første række klagenævnet til at erklære en kontrakt for uden virkning. Dette er Danske Advokater enige i.

§ 15

Ingen bemærkninger.

§ 16

Denne bestemmelse og den efterfølgende bestemmelse gælder ikke for udbud efter tilbudsloven. Der er ikke specifikt i bemærkningerne anført nogen begrundelse herfor. Danske Advokater finder, at der kan være absolut stærke grunde til, at også overtrædelser ved indgåelse af



kontrakt på baggrund af tilbudsloven bør kunne sanktioneres med beslutning om at en indgået kontrakt er uden virkning.

Danske Advokater finder, at stk. 2 burde udformes indholdsmæssigt mere klart. Således som bestemmelsen er formuleret kan både små og store overtrædelser af fællesskabsretten indebære kompetence til at erklære kontrakten uden virkning - dette er givet mindre hensigtsmæssigt. Der bør kunne udsondres og nævnes tilfælde, hvor dette som det klare udgangspunkt er tilfældet eller kræves "alvorlighed" eller lignende.

#### § 17

Bestemmelsen er efter Danske Advokaters opfattelse som nævnt ganske nyskabende, men følger direktiv 2007/66 art. 2 d.

Danske Advokater finder, at det burde præciseres - om ikke andre steder så i bemærkningerne, at kompetencen til at erklære en indgået kontrakt uden virkning også omfatter domstolene i tilfælde af at Klagenævnets kendelse måtte blive indbragt for domstolene.

Der henvises i øvrigt til det, der er anført ovenfor under pkt. 3.2.

#### § 18

Danske Advokater bemærker til stk. 2, at det ved væsentlige fejl i udbud af store opgaver meget ofte er tilfældet, at der også er knyttet meget store interesser i kontrakten og dermed en korrekt tildeling fra de bydendes side, men at det også er i sådanne udbud, at ordregiverne vil kunne argumentere for betydelige hensyn til almenhedens interesser. Det er næppe muligt at kvalificere de undtagelsestilfælde, hvor bestemmelsen kan anvendes, mere end det allerede er sket i lovforslagets tekst. Danske Advokater forudser dog, at der i fremtidige sager, hvor en kontrakt vil være i risiko for at blive erklæret uden virkning, næsten med en visshed grænsende sandsynlighed vil blive gjort gældende, at kontrakten bør opretholdes under henvisning til almenhedens interesser.

Til stk. 3 bemærkes, at det udefinerede begreb en alternativ økonomisk sanktion må antages at komme til at ligne en administrativ bøde. Påstand herom kan næppe forventes nedlagt af klagende ansøgere eller tilbudsgivere, da disse i tilfælde af anvendelse af stk. 2 må se, at en ulovligt indgået kontrakt opretholdes og at en eventuel økonomisk sanktion tilfalder statskassen. Klagere vil derimod sandsynligvis "frygte", at fastlæggelse af en økonomisk sanktion kan risikere at begrænse et eventuelt erstatningskrav.

#### § 9

Danske Advokater forudsætter, at fastlæggelse af en økonomisk sanktion ikke skal have nogen betydning for, at der tillige fastlægges erstatning.

Beregningen af sanktionens størrelse afhængigt af, hvor stor en del af kontrakten, som opretholdes, ser umiddelbart enkel ud og ses for så vidt angår fastlæggelsen af kontraktsummen at være sammenfaldende med de efter udbudsdirektiverne gældende beregningsregler.

Danske Advokater er enig i, at fastlæggelse af en økonomisk sanktion over for særlige udbydere bør ske via politiet, jf. lovforslagets § 18, stk. 5.

#### §§ 20-26

Ingen særlige bemærkninger.

Med venlig hilsen



Helle Hübertz Krogsøe  
vicedirektør/retschef



Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Att. Carina Risvig Hansen og Kathrine Bjørnager Nielsen

Danske Arkitektvirksomheder  
Dampfærgevej 27, 5. etg  
DK-2100 København Ø

Tlf +45 32 83 05 00  
Fax +45 32 83 05 01  
Giro 673 7552

info@danskeark.org  
www.danskeark.org

**Høringssvar vedrørende forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.**

Dato: 2009-11-27

Generelt bemærkes, at lovforslaget hilses velkomment, og at DANSKE ARK tror på, at de i forslaget foreslåede ændringer vil bidrage til at forbedre klagesystemet og tilbudsgivernes retsstilling.

1/-  
Journalnr.:  
Ref.: PD/sb

Især stramningen af kravene til ordregivers begrundelse for afslag af tilbud i § 2, stk. 2 vil gavne tilbudsgiverne.

DANSKE ARK er ligeledes glade for at stand still indføres ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, men vi forstår fortsat ikke, hvorfor udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse ikke skal omfattes af stand still reglen. Kontrakter efter projektkonkurrencer indgås efter udbud med forhandling uden forudgående udbud, og i mange situationer er det ligeså relevant at have stand still muligheden her som ved almindelige udbud.

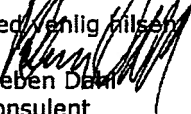
Lovgiver opfordres derfor til at genoverveje indførelsen af stand still ved udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse. Der henvises i den forbindelse til DANSKE ARK's høringssvar af 29. maj 2006 i forbindelse med Konkurrencestyrelsens høring af udkast til ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

**Ad § 4 OG § 17 om undtagelserne til den nye hovedregel om at erklære kontrakter for "uden virkning":**

Kontrollov eller ej – Undtagelser til muligheden for at erklære en kontrakt for "uden virkning" forekommer ikke velbegrundet. Udbudsret er generelt kompliceret og eventuelle vanskeligheder ved sondringen mellem bilag II B tjenesteydelser og bilag II A tjenesteydelser eller andet bør ikke i sig selv være argument for disse undtagelser. Udgangspunktet bør være at kontrakter indgås lovligt og sker det ikke, bør kontrakten udbydes igen, således at "den rigtige" får kontrakten.

Konkurrencestyrelsen opfordres således til løbende at kontrollere anvendelsen og overholdelsen af udbudsreglerne i forbindelse med §17, stk. 2 og stk. 3.

Lovforslaget modtages i øvrigt meget positivt af DANSKE ARK.

Med venlig hilsen  
  
Preben Dorn  
Konsulent

NOTAT

Konkurrencestyrelsen



27-11-2009

Sag nr. 08/1664

Dokumentnr.

Jens Peter Bjerg

Tel. 35298268

E-mail: [jpb@regioner.dk](mailto:jpb@regioner.dk)

### **Danske Regioners bemærkninger til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.**

Konkurrencestyrelsen har den 10. november 2009 sendt forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. i høring. Nedenstående er Danske Regioners kommentarer til det fremsendte forslag. Kommentarerne er med forbehold for den kommende politiske behandling i Danske Regioners bestyrelse.

#### **Generelle bemærkninger**

Indledningsvis skal det bemærkes at Danske Regioner anser det for vigtigt at offentlige myndigheder overholder EU's udbudsregler med henblik på at sikre ligebehandling, gennemsigtighed og fri konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb. Det er samtidig vigtigt at der er et effektivt og fair klagesystem, der kan gribe ind, hvis offentlige myndigheder har foretaget væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne.

Det offentlige udbudsområde er i disse år desværre kendetegnet ved at stige og velbegrunder frygt for flere ubegrundede klagesager eller klager over ubetydelige unøjagtigheder. Dette får udbyderne til at sikre sig gennem meget omfattende og juridisk tunge udbudsmaterialer. Dette er en uheldig udvikling der vil gøre det mere kompliceret for private virksomheder at byde på de offentlige kontrakter. Den nye lov om håndhævelse af udbudsreglerne kan i den nuværende form desværre være med til at accelerere denne uheldige udvikling.

En implementering som foreslået af Konkurrencestyrelsen kan føre til længere administrativ sagsbehandlingstid hos de ordregivende myndigheder. Hermed kan færre udbud afvikles og derved mindskes konkurrencen i markedet, da ordregivende myndigheder for at udnytte ressourcerne optimalt f.eks. vil udbyde større og længerevarende kontrakter. Et forhold som vil

have den modsatte effekt end den tilsigtede, nemlig mindre konkurrenceud-sættelse.

Side 2

I forhold til de økonomiske aktører på markedet vil implementeringen af Direktiv nr. 2007/66/EF som foreslået af Konkurrencestyrelsen desuden betyde længere tid inden udbudte opgaver bliver tildelt. Dermed vil både udbydere og leverandører være hensat i en uheldig uvished i en længere periode. Dette kan bl.a. betyde, at en virksomhed kan blive nødsaget til undlade at byde ind på opgaver hos andre ordregivende myndigheder, da det er uklart om ressourcerne til denne opgave er til rådighed.

På baggrund af ovenstående vil Danske Regioner derfor advare mod yderligere stramninger af formelle procedurer for offentlig myndigheders aftaleindgåelse ved implementeringen af Direktiv nr. 2007/66/EF end beskrevet i direktivet.

### **Redegørelse for ordregivers beslutning**

#### **§ 2, stk. 2:**

Da lovforslaget i overvejende grad er en implementering af direktiv nr. 2007/66/EF finder Danske Regioner at ordlyden af § 2, stk. 2 bør ændres til ”Ordregiverens beslutninger efter stk. 1 skal være ledsaget af en *kort* redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Ordregiverens beslutninger efter stk. 1, nr. 2-3, skal endvidere angive, hvornår en standstill-periode, jf. § 3, stk. 1, udløber.”, således at denne bestemmelse gengiver ordlyden af direktivets art. 2a, stk. 2.

### **Præklusive frister**

#### **§ 7, stk. 2, nr. 1 og stk. 5:**

Der indføres med forslaget en præklusiv frist for indgivelse af klager over tildelingen på 6 måneder regnet fra ordregivers offentliggørelse af bekendtgørelse om indgået kontrakt i Den Europæiske Unions tidende. Danske Regioner hilser indførelsen af præklusive frister velkommen. Præklusive frister vil skabe sikkerhed både for den ordregivende myndighed og leverandøren, der nu kan være sikre på at de har en ordre. Fristen på 6 måneder foreslås dog reduceret til 3 måneder i § 7, stk. 2, nr.1. for at mindske usikkerheden.

Den præklusive frist i forslagets § 7 gælder dog ikke for Konkurrencestyrelsen, hvilket er uheldigt da det underminerer den ovenstående sikkerhed

for leverandørerne og ordregiverne. Det foreslås derfor, at der indføres en frist på 1 år for Konkurrencestyrelsens indbringelse af klage i § 7, stk. 5, således at der ikke hersker usikkerhed om den indgåede kontrakt hos den vindende økonomiske aktør og ordregivende myndighed i unødigt lang tid.

**§ 7, stk. 1:**

Danske Regioner foreslår samtidig at den præklusive frist på 30 kalenderdage for klager over ikke at være blevet prækvalificeret i et begrænset udbud, udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller et udbud efter proceduren konkurrencepræget dialog reduceres til 15 dage.

15 dage vil give en leverandør passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt der skal indgives klage. Fristen på 15 dage giver ligeledes ordregivende myndighed passende tid til at vurdere hvorvidt en given klage reelt har noget på sig. I givet fald kan ordregiver nå at aflyse udbudsprocessen inden udløb af minimumsfristen for tilbudsafgivelse. Dermed afbødes unødvendige tilbudsomkostninger for de prækvalificerede tilbudsgivere. Dette vil samtidig give ordregivende myndighed større sikkerhed for at kunne gå videre i udbudsprocessen.

**Automatisk opsættende virkning**

**§ 12, stk. 2:**

Forslaget indfører automatisk opsættende virkning for klager indgivet i standstill-perioden.

Danske Regioner ønsker for det første at påpege, at denne bestemmelse giver nuværende leverandører et økonomisk incitament til at anlægge klagesag i standstill-perioden, da nuværende leverandør i tilfælde af opsættende virkning ganske givet bibeholder en indtægt i længere tid end hvis tildelingsproceduren blev tilendebragt. En klage i standstill-perioden vil således uanset klagens indhold være økonomisk gunstig for nuværende leverandør.

For det andet har Konkurrencestyrelsen som negativ konsekvens af lovforslaget anført at det forventes at Klagenævnet for Udbud vil modtage 10 % flere sager end i dag, samtidig med at nævnet skal tage stilling til opsættende virkning i 33 % flere sager end i dag. Med forslaget om at indføre automatisk opsættende virkning for klager indgivet i standstill-perioden vil sagsbehandlingstiden ved Klagenævnet for Udbud ganske givet stige fra den gennemsnitlige sagsbehandlingstid på 155 dage (1. halvdel af 2009) i

dag, grundet det ekstra arbejdspress på nævnet som dette forslag medfører, modsat i dag, hvor nævnet kun tager stilling til opsættende virkning, hvis klager fremsætter begæring om dette. Danske Regioner opfordrer derfor til at en klage i stand-still perioden alene får opsættende virkning, såfremt der eksplicit er anmodet derom med henblik på at holde sagsmængden i Klagenævnet nede. På den måde kan sager behandles hurtigt til gavn for såvel tilbudsgivere som ordregivere. Alternativt bør Konkurrencestyrelsen fremlægge en plan, der skal sikre at Klagenævnet for Udbud har de nødvendige ressourcer. Det er dog i denne sammenhæng positivt at der andetsteds lægges op til at flere af klagenævnets sager kan afgøres af formandskabet.

### **§ 12, stk. 3:**

I forlængelse af forslag om automatisk opsættende virkning for klager indgivet i standstill-perioden, ændres Klagenævnet for Udbuds frist til afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning til 30 kalenderdage fra klagens indbringelse. Dette vil trække udbudsprocessen unødigt i langdrag med deraf følgende negative effekt for såvel ordregiver som tilbudsgiver. Det er en fordobling af anvendt tid i forhold til i dag og Danske Regioner anbefaler derfor at reducere antallet til maksimalt 20 kalenderdage. Dette vil ikke stride mod hovedformålet med lovforslaget, og de økonomiske aktørers adgang til let og effektiv klageadgang tilsidesættes heller ikke af ændringen.

### **Alternative sanktioner**

Med Direktiv nr. 2007/66/EF art. 2e skal der indføres alternative sanktioner ved visse overtrædelser. Det overlades til de nationale medlemsstater at definere den alternative sanktion, der dog skal være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelserne og have afskrækkende virkning. Største ændring er indførelsen af mulighed for at erklære en kontrakt "uden virkning", hvor tilbudsgiver i dag kun har mulighed for at søge erstatning. Dette er en vidtgående ændring af nuværende regler, og potentielt en meget økonomisk byrdefuld sanktion for de offentlige ordregivere.

I denne forbindelse står der i § 16 stk. 2: *"En kontrakt, der er omfattet af de fællesskabsretlige udbudsregler, kan erklæres for uden virkning, hvis det i øvrigt skønnes, at dette er nødvendigt for at overholde fællesskabsretten"*

Bestemmelsen findes ikke i det nye kontroldirektiv. Dette stykke må anses for en regulering, der i vid udstrækning giver klageinstansen et meget stort råderum til at dømme kontrakter for "uden virkning", når de skønnes nødvendigt for at overholde fællesskabsretten.

Bemærkningerne i lovforslaget henviser til tre domme, som argumentation for indførelsen, omkring ophævelse af kontrakter; C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, Østre Landsrets kendelse af 22. dec. 2008 og kendelse af 30. marts 2009.

De to førstnævnte sager indeholder tilfælde, hvor kontrakterne er tildelt direkte, hvorved de ikke tjener som argumentation for en generel, bred sanktionsparagraf, da sanktion for direkte tildeling er reguleret andet steds i lovforslagets bestemmelser.

Sidstnævnte sag omhandler hovedsagelig fejl i ordregivers pointmodel (relativ vurdering, som bestemt er en overtrædelse af fællesskabsrettens udbudsregler, grundet sagens afgørelse ikke kan henregnes som en grov overtrædelse i det pågældende tilfælde), hvorved denne sag heller ikke tjener som argumentation for at indføre en generel, bred sanktionsparagraf udover de i kontroldirektivet anførte sanktionsscenerier.

En sådan generel sanktionsparagraf, som § 16, stk. 2 vil derudover indføre en stor usikkerhed for ordregiver, med hensyn til fortolkning af dens rækkevidde.

Danske Regioner mener at indførelsen af en sådan generel sanktionsparagraf, vil risikere at skabe væsentlig flere sager af stor tyngde. De resterende bestemmelser dækker så rigeligt de grove tilfælde, som en klageinstans kan tænkes at skulle behandle, hvorfor vi anbefaler at § 16 stk. 2 i forslaget udgår.

#### **§ 19:**

Konkurrencestyrelsen foreslår en udregningsmodel hvor ud fra den økonomiske sanktion beregnes. Modellen anvender procentsatser på mellem 3-5 % af den samlede kontraktværdi afhængig af overtrædelsens alvorlighed og den andel af kontrakten, der opretholdes. Eksempelvis er den gennemsnitlige kontraktværdi pr. udbud i Region Hovedstaden 13-15 mio. kr. om året med aftaleperioder på mellem 3 og 6 år. Danske Regioner vil påpege at en økonomisk sanktion udregnet efter den af Konkurrencestyrelsen foreslåede model synes utilsigtet hård og ude af proportioner med overtrædelsen ved de større kontraktværdier.

Ligeledes kommer der eventuelle erstatningskrav fra klager ud over den økonomiske sanktion, så regionerne vil under alle omstændigheder mærke

den afskrækkende virkning selv ved en mere moderat betragtning af den økonomiske sanktions størrelse.

Side 6





27. november 2009  
mqf

Konkurrencestyrelsen  
Att.: Carina Risvig Hansen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

## Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Konkurrencestyrelsen har den 10. november 2009 sendt forslag til lov om håndhævelse af udbudsregler mv. i offentlig høring.

Hovedformålet med lovforslaget er, at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Lovforslaget er i overvejende grad en implementering af EU's kontroldirektiv nr. 2007/66/EF, der fastsætter en række minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer vedrørende udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Indledningsvist skal DI og Foreningen af Rådgivende Ingeniører (i det følgende "organisationerne") fremhæve, at det er vigtigt, at fremme konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver og styrke håndhævelsen af udbudsreglerne i såvel Danmark som i de øvrige medlemslande. Implementeringen af kontroldirektivet i dansk ret bør ses som en velkommen anledning til dels at fremme konkurrenceudsættelsen og dels adressere en række af de udfordringer, der eksisterer i det nuværende udbudsregime. I det lys har organisationerne følgende generelle og specifikke bemærkninger til implementeringen af kontroldirektivet samt en række supplerende forslag.

### 1. Generelle bemærkninger

Konkurrencen om offentlige opgaver i Danmark har været stigende de seneste år. Det skyldes bl.a., at der i aftalerne mellem KL og regeringen de seneste år har været fokus på øget konkurrenceudsættelse. I aftalen for 2007 blev der således enighed om, at konkurrenceudsættelsen senest i 2010 skulle være 25 pct. Dette mål er siden justeret til 26,5 pct. grundet kommunalreformen, hvor en række opgaver med høj konkurrenceudsættelse blev overdraget fra de tidligere amter. Senest er der i aftalen med regionerne for 2010 blevet enighed om at skaffe statistisk grundlag for at kunne følge konkurrenceudsættelsen i regionerne. Disse initiativer har medført, at både kommuner og regioner har langt større fokus på konkurrenceudsættelse end tidligere.

#### Postadresse/Postal address

1787 København V (+45) 3377 3377  
Danmark

di@di.dk  
www.di.dk

#### Besøgsadresser/Visiting addresses

H.C. Andersens Boulevard 18  
København V

Sundkrogskaj 20  
København Ø

CVR: 16 07 75 93

Det fremgår af Konkurrenceredegørelsen 2009, at besparelsen for alle EU-udbud i 2007 i gennemsnit var ca. 8 pct. for hele EU og for Danmark ca. 4 pct. af den forventede kontraktværdi. Dertil kommer, at den pågældende opgave tidligere er blevet løst til langt større omkostninger. Eksemplerne fra Udbudsportalen (dokumentationsdatabasen) viser således, at der er gennemsnitlige besparelser ved overgang til en ny leverandør på næsten 19 pct. Der er dermed klare besparelser at hente, når opgaver sendes i EU-udbud. Det fremgår imidlertid af Konkurrencestyrelsens rapport "Klar til Konkurrence i kommunerne" fra 2008, at der inden for alle områder er et væsentligt potentiale for øget konkurrenceudsættelse. Der er således en række gevinster ved konkurrenceudsættelse, som endnu ikke er høstet i Danmark. Den kommende danske implementering af kontroldirektiverne bør derfor også ses som en velkommen anledning til på ny at sætte fokus på udlicitering og i samme ombæring adressere de udfordringer, der eksisterer i det nuværende klagesystem.

Udbudsreglernes effektivitet og nytteværdi afhænger i høj grad af en effektiv håndhævelse. Organisationerne støtter derfor en styrkelse af klagesystemerne på udbudsområdet. Det er vigtigt, at medlemsstaterne gør det muligt for forbigående tilbudsgivere at klage på en effektiv måde, og at overtrædelse af reglerne mødes af effektive sanktioner, således at udbudsreglernes samlede effektivitet sikres. For at sikre balancerede regler er det samtidig vigtigt, at sanktionerne er proportionelle i forhold til karakteren af overtrædelsen.

## **2. Specifikke bemærkninger**

### **Ad. § 2, stk. 2**

Det fremgår af lovforslaget, at ordregivers beslutninger skal være ledsaget af en redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Organisationerne noterer sig, at det i henhold til lovbemærkningerne fremgår, at redegørelsen som minimum skal opfylde kravene i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 49, stk. 2. Organisationerne finder det vigtigt, at forbigående tilbudsgivere får alle de oplysninger, der er nødvendige for, at tilbudsgiver - særligt indenfor stand-still perioden - kan vurdere, om der er grundlag for en eventuel klagesag.

### **Ad. § 3, stk. 1, nummer 1**

Der lægges i lovforslaget op til en 10-dages stand-still frist, hvis underretningen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej

Organisationerne foreslår, at denne stand-still periode hæves til 15 dage.

### **Ad. § 3, stk. 1, nummer 2**

Der lægges i lovforslaget op til en 15-dages stand-still frist, hvis underretningen er sket pr. brev.

Organisationerne foreslår, at denne stand-still periode hæves til 20 dage.

#### **Ad. § 6, stk. 1, nummer 4**

Det fremgår af lovforslaget, at organisationer i andre medlemsstater i EU, som svarer til de organisationer, der er udpeget i forhold til § 6, stk. 1, nummer 3, kan indgive en klage til Klagenævnet for Udbud.

Organisationerne skal pege på, at organisationer i EFTA-landene (herunder eksempelvis Norge) også bør være omfattet af klageadgangen.

#### **Ad. § 7**

Med lovforslaget lægges der på en række områder op til indførelse af præklusive klagefrister.

Organisationerne har forståelse for indførelsen af præklusive frister, men finder det samtidigt positivt, at de præklusive frister ikke gælder for Konkurrencestyrelsen samt i forhold til rammekontrakter. Det er vigtigt, at der ikke er præklusivitet i forhold til netop rammeaftaler, da det i modsat fald ville medføre en u hensigtsmæssig situation, hvor en rammeaftale indgået i strid med udbudsreglerne de facto ville blive lovlig på grund af præklusiviten.

#### **Ad. § 16**

Der lægges med lovforslaget op til, at en kontrakt kan erklæres uden virkning.

Organisationerne finder det nyttigt, at Klagenævnet for Udbud får beføjelsen til at erklære en kontrakt uden virkning. Organisationerne finder endvidere, at det bør overvejes, at anvende uvirksomhed såfremt Klagenævnet finder, at enten udbuddet eller ordregivers tildelingsbeslutning er ulovlig, og derfor annullerer denne.

#### **Ad. § 19, stk. 2**

Det fremgår af forslaget, at der vil kunne pålægges ordregiver en skærpet økonomisk sanktion ved gentagne overtrædelser af udbudsreglerne, der sker indenfor en periode på fem år regnet fra den sidste foretagne overtrædelse.

Organisationerne finder, at lovbemærkningerne til denne bestemmelse med fordel kunne tydeliggøres, herunder i forhold til afgrænsningen af ansvarssubjekt, og om der skal foreligge en endelig dom, før overtrædelsen skal medregnes.

#### **Ad. § 19, stk. 4**

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 19, stk. 4, at den økonomiske sanktion tilfalder statskassen.

For at understøtte formålet med lovforslaget skal organisationerne pege på, at disse midler (eller tilsvarende) øremærkes konkurrencefremmende initiativer, dvs. tiltag og initiativer der netop kan fremme konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver og styrke håndhævelsen af udbudsreglerne.

#### **Ad. § 25, stk. 3**

Det fremgår af forslaget, at klager, der inden lovens ikrafttræden (1. juli 2010) er indbragt for Klagenævnet for Udbud, færdigbehandles efter gældende regler.

Det fremgår af Kontrolloven, at det skulle have været implementeret i medlemsstaterne senest den 20. december 2009. Organisationerne skal venligst

anmode om, at det uddybes i lovbemærkningerne, i hvilket omfang tilbudsgivere kan støtte ret på Kontrolldirektivets håndhævelsesmuligheder i perioden fra den 20. december 2009 til lovens ikrafttræden den 1. juli 2010.

Af hensyn til gennemsigtigheden og retssikkerheden skal organisationerne derudover pege på, at en overtrædelse af udbudsreglerne skal vurderes efter de materielle håndhævelsesregler, der var gældende på tidspunktet for overtrædelsen.

### **3. Supplerende forslag**

#### **Evaluerings af loven**

Det fremgår af artikel 12a i Kontrolldirektivet, at senest den 20. december 2012 skal Kommissionen evaluere direktivets gennemførelse og aflægger rapport til Parlamentet og Rådet om dets effektivitet, herunder især om effektiviteten af de alternative sanktioner og tidsfristerne. Organisationerne skal pege på, at det vil være nyttigt, såfremt der blev indsat et tilsvarende krav om effektevaluering i lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

#### **Behov for øget håndhævelsesindsats før kontraktindgåelse**

I fasen før der bliver skrevet kontrakt, har tilbudsgivere mulighed for at klage til Konkurrencestyrelsen. Styrelsen kan herefter tage kontakt til udbyderen undersøge sagen og komme med et forslag til, hvordan problemet kan løses. Dette kan føre til, at udbuddet bliver rettet op og gjort lovligt.

Erfaringer viser, at jo tidligere i udbudsprocessen ordregiver bliver gjort opmærksom på uklare og urimelige vilkår, jo bedre er mulighederne for at påvirke processen gennem en konstruktiv dialog med ordregiver. Organisationerne finder det derfor særdeles vigtigt, at Konkurrencestyrelsen - som led i en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne - prioriterer og øger indsatsen i klagesager, hvor der er grund til at tro, at udbudsreglerne ikke er overholdt.

#### **Behov for bedre muligheder for at rejse erstatningskrav**

En udfordring i forhold til at rejse erstatningskrav er en manglende adgang til det fornødne bevismateriale ofte som følge af, at ordregiver ikke kan eller vil dokumentere forløbet af udbudsforretningen og grundlaget for den truffede tildelingsbeslutning. Det kan derfor ofte være meget svært for tilbudsgivere at løfte bevisbyrden. Ifølge EF-Domstolens praksis skal den nationale domstol for at sikre en overholdelse af effektivitetsprincippet hjælpe med at fremskaffe de nødvendige oplysninger, hvis det er umuligt eller meget svært for klager at løfte bevisbyrden. Organisationerne finder, at denne pligt også bør gælde i forhold til Klagenævnet for Udbud, ligeledes bør det få bevismæssig skadevirkning, hvis ikke ordregiver kan dokumentere forløbet af udbudsforretningen og grundlaget for den truffede tildelingsbeslutning.

En anden udfordring i forhold til at rejse erstatningskrav er, at Klagenævnet for Udbud konsekvent afviser at prøve ordregivers tildelingsbeslutning og i den forbindelse, om de tildelte karakterer/point er udtryk for en objektiv og saglig

vurdering af de indkomne tilbud. I lyset heraf finder organisationerne, at Klagenævnet fremover skal kunne prøve tildelingsbeslutningen.

#### **Afklaring af praksis i forhold til annullation i stand-still**

Organisationerne skal derudover pege på, at Klagenævnet for Udbud den 4. august 2009 afsagde en kendelse, hvor Klagenævnet af egen drift behandlede spørgsmålet om, hvorvidt en ordregivende myndighed er berettiget til at omgøre en tildelingsbeslutning, som er meddelt tilbudsgiverne, f.eks. hvis ordregiver indenfor stand-still-perioden bliver gjort opmærksom på, at den har begået en fejl, som har medført, at ordren er blevet tildelt den forkerte tilbudsgiver. Hvis en ordregivende myndighed bliver opmærksom på, at den ved en fejl har besluttet at tildele ordren til den forkerte tilbudsgiver, har den ifølge Klagenævnet efter udbudsreglerne alene mulighed for at annullere udbuddet som helhed og gennemføre et nyt udbud. Organisationerne skal pege på, at det vil være uhensigtsmæssigt og fordyrende for alle parter, såfremt alle udbud skal gå om, hvis den ordregivende myndighed i stand-still perioden er afskåret fra at omgøre trufne beslutninger, for at sikre, at ordren tildeles den tilbudsgiver, som er den retmæssige vinder af udbuddet. Organisationerne skal i lyset heraf venligst anmode om Konkurrencestyrelsens syn på ovennævnte problemstilling i forhold til EU's udbudsregler.

#### **Vejledning om offentlig-privat innovation**

Offentlig-privat innovation (OPI) kan være med til at generere nye kommercielle produkter og services. Kommissionen fremhæver i sin meddelelse fra den 14. december 2007<sup>1</sup>, at brugen af prækommercielle indkøb, som en tilgang der kan være med til at fremme de offentlige indkøbs muligheder for at fremme innovation. Tankegangen bag prækommercielle indkøb hænger dermed tæt sammen med OPI.

Erfaringerne med OPI er desværre begrænsede, ligesom det er vurderingen, at muligheder i OPI langt fra er udnyttede. For at udnytte potentialet på dette område, er der et behov for at tydeliggøre mulighederne for at anvende OPI uden at komme i konflikt med udbudsreglerne. Organisationerne finder, at der bør udarbejdes en vejledning om OPI, der operationelt og klart adresserer de udbudsretlige spørgsmål.

#### **Vejledning om de nye håndhævelsesmuligheder mv.**

Afslutningsvist skal organisationerne pege på, at det vil være særdeles nyttigt, hvis Konkurrencestyrelsen udarbejder en vejledning målrettet både ordregivere og tilbudsgivere, hvori de nye muligheder for en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne (herunder erstatning mv.) gennemgås.

Med venlig hilsen

Morten Qvist Fog  
Konsulent  
DI

Ulla Sassarsson  
Advokat  
FRI

---

<sup>1</sup> Jf. KOM(2007)799 endelig.





Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Kopi til:  
Transportministeriet  
Frederiksholms Kanal 27F  
1220 København K

## **DSB's svar på Konkurrencestyrelsens høring vedrørende udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsregler**

Transportministeriet har ved mail af 19. november 2009 sendt Konkurrencestyrelsens udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsregler i høring. Efter aftale med Transportministeriet svarer DSB herved direkte til Konkurrencestyrelsen.

### **DSB har følgende bemærkninger:**

#### **Generelt**

Konkurrencestyrelsen har sendt udkast til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. i høring. Udkastet er primært en implementering af nye kontroldirektiver fra EU, men loven indeholder også en række andre tiltag.

#### **Konkret**

##### **Ad § 7, stk. 1:**

Det syntes efter DSB's opfattelse ubegrundet, hvorfor udbudsformen "*udbud med forhandling*" (med udbudsbekendtgørelse) ikke er omfattet af klagefristen på 30 kalenderdage (vedrørende klager relaterede til prækvalifikationen), men i stedet falder ind under fristen på 6 måneder under bestemmelsens stk. 2, nr. 1.

For forsyningsvirksomheder er den mest brugte udbudsform netop udbud med forhandling (med udbudsbekendtgørelse), hvorfor forsyningsvirksomheder i langt de fleste tilfælde vil skulle imødesee en klagefrist på 6 måneder regnet fra kontraktindgåelsen. Dette synes ubegrundet, da prækvalifikationen under udbud efter forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet forløber på samme måde som under begrænset udbud. I øvrigt er der på forsyningsområdet ofte tale om privatretligt organiserede virksomheder, eller ordregivere der for så vidt agerer på kommercielle vilkår, hvorfor det efter DSB's opfattelse er uhensigtsmæssigt, at netop disse ordregivere i endnu længere tid end øvrige ordregivere må påregne en usikkerhed om indgåede kontrakter.

##### **Ad § 7, stk. 5:**

Konkurrencestyrelsen undtages i udkastet generelt fra klagefristerne i forslaget § 7. Det er DSB's opfattelse, at klagefristerne bør gælde lige for alle klageberettigede, og at der er ikke særlige hensyn, der tale for, at Konkurrencestyrelsen generelt bør undtages.

Bemærkningernes angivelse af, at bestemmelsen skal medføre, at "der er mulighed for, at overtrædelser af principiel eller særlig grov karakter kan håndhæves, selvom klagefristerne er udløbet" synes uhensigtsmæssig og ubegrundet. Fristerne er netop

## **Koncernsekretariat & Jura**

26. november 2009

DSB  
Koncernsekretariat & Jura  
Sølvgade 40  
DK-1349 København K

Mobil 24 68 49 30  
www.dsb.dk

Afsender Vibeke Richter

motiveret i de foreslåede reglers særligt indgribende karakter (uvirksomhed mv.), hvorfor ordregivere og medkontrahenter nødvendigvis også må have faste holdepunkter for, hvornår disse indgribende tiltag ikke længere udgør et risikomoment. Den generelle undtagelse i stk. 5 til fordel for Konkurrencestyrelsen afspejler efter DSB's opfattelse ikke en hensigtsmæssig og rimelig afvejning af de hensyn, der ligger bag indførelsen af klagefristerne.

Side 2/4

26.11.2009

Argumentet for en tilsidesættelse af fristerne syntes at indebære en formodning om, at Konkurrencestyrelsens klager er særligt vigtige eller omhandler særligt grove overtrædelser. DSB savner baggrund for dette. De få sager, som Konkurrencestyrelsen har indbragt for Klagenævnet for Udbud kan efter DSB's opfattelse næppe siges at have haft en karakter, der ligger ud over øvrige sager behandlet af nævnet. Desuden er det allerede indeholdt i lovforslaget, at ulovlig direkte tildeling er undtaget fra klagefristerne, jf. forslagens § 7, stk. 2, nr. 1, modsætningsvis.

Det forhold, at fristerne ikke gælder for Konkurrencestyrelsen, syntes potentielt at have den negative konsekvens, at klagefristerne generelt udvandes, idet en klager således vil kunne rette henvendelse til Konkurrencestyrelsen, som så vil kunne viderebringe klagen til Klagenævnet for Udbud, uanset at den pågældende økonomiske aktør – på grund af egne forhold – har forspildt klagemuligheden indenfor fristen. På den måde kan en ordregiver og en medkontrahent principielt aldrig regne med, at den kontrakt der er indgået, ikke vil blive anfægtet, hvilket – i strid med intentionen bag indførelsen af klagefrister – skaber en uhensigtsmæssig og urimelig usikkerhed for såvel ordregiver som dennes medkontrahent.

#### Ad § 7, stk. 6:

Rammeaftaler adskiller sig ikke fra øvrige kontrakter i et sådant omfang, at disse efter DSB's opfattelse generelt bør undtages fra 6 måneders-fristen i bestemmelsens stk. 2, nr. 1, som foreslået. Der er ikke grundlag for en antagelse om, at tilbudsgivere eller andre generelt ikke har mulighed for at opdage, at udbudsreglerne er overtrådt under proceduren frem til indgåelsen af rammeaftalen indenfor 6 måneder herefter. Det er de færreste ordregivere, der indgår en rammeaftale, for derefter ikke i et vist omfang at trække på denne i 6 måneder derefter. De få undtagelsestilfælde kan ikke begrunde en helt generel afvigelse fra 6 måneders fristen til skade for den praktiske anvendelse af rammeaftaler.

Uanset at det vurderes, at der gælder særlige forhold for rammeaftaler, må der af hensyn til en rimelig afbalancering af hensynet til de ordregivende myndigheder efter DSB's opfattelse nødvendigvis indføres en klagefrist. Eksempelvis således, at klager, der vedrører selve brugen af rammeaftalen (tildeling af kontrakter i henhold til rammeaftalen) skal indgives "uden ugrundet ophold" efter, at den økonomiske aktør blev bekendt med overtrædelser. Alternativt f.eks. inden 6 måneder efter, at ordregiver har påbegyndt tildelingen af kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

#### Ad § 12, stk. 3:

Med den foreslåede bestemmelse risikerer ordregivere og deres medkontrahenter, at en kontrakt ikke kan indgås i op til 40-45 kalenderdage efter tildelingsbeslutningen inklusive standstill-perioden. Dette er potentielt til uproportional stor ulempe for ordregiveren.



Som følge af den nye lov forventes der et større antal klager, hvilket klart øger sandsynligheden for, at Klagenævnets stillingstagen som hovedregel kan forventes at nærme sig de 30 dage.

De nuværende 10 arbejdsdage (14 kalenderdage), jf. klagenævnenslovens § 6, stk. 2, jf. § 6a, stk. 2, udgør efter DSB's opfattelse et fornuftigt niveau. Dette niveau bør bibeholdes, evt. med en mulighed for Klagenævnet til at forlænge fristen til op til 30 dage, såfremt væsentlige forhold taler for dette, f.eks. sagens kompleksitet eller omfang. Det er DSB's opfattelse, at det er urimeligt, at ordregivende myndigheder som udgangspunkt skal vente op til 40-45 dage med kontraktindgåelsen.

Langt hovedparten af de begæringer, der i dag fremsættes, afvises af klagenævnet som ubegrundede. I perioden primo 2007 til ca. ultimo september 2009 var der i alt 141 klager. Heraf blev der begæret opsættende virkning i 49 tilfælde, hvoraf der alene blev tillagt opsættende virkning i 6 tilfælde. Antallet af (ubegrundende) begæringer om opsættende virkning er stadigt stigende, og med udsigten til at kunne tilvirke, at ordregiver (som det mindste) ikke må indgå kontrakt i over en måned, må antallet af (ubegrundede) begæringen frygtes at stige yderligere.

#### Ad § 11, stk. 3:

Der findes ikke i forslaget en bestemmelse svarende til nugældende klagenævnenslov § 7, der fastsætter, at klagenævnet kan pålægge ordregiver at godtgøre klagers omkostninger, men ikke kan pålægges klager at godtgøre ordregivers omkostninger. Økonomi- og Erhvervsministeriet får med forslagets § 11, stk. 3, kompetence til at fastsætte regler herom.

I tilfælde hvor der ikke statueres overtrædelser af udbudsreglerne, er det efter DSB's opfattelse rimeligt, at klagenævnet tillægges kompetence til at pålægge klager at dække ordregivers sagsomkostninger, på samme måde som ordregiver kan pålægges at dække klagers omkostninger.

Uanset udfaldet, er klagesager både omkostnings- og ressourcekrævende for den ordregivende myndighed. Hvis en ordregiver uberettiget er blevet indklaget, er det efter DSB's opfattelse rimeligt, at klager efter omstændighederne kan pålægges at godtgøre ordregivers omkostninger forbundet hermed.

#### Ad § 17, stk. 1, nr. 2:

Det ville efter DSB's opfattelse være hensigtsmæssigt, hvis det præciseres, at der er tale om *klagerens* muligheder for at få tildelt kontrakten, i stedet for den ikke nærmere angivne "tilbudsgiveren".

#### Ad § 18, stk. 1:

I bemærkningerne til lovforslaget anføres det, at en kontrakt *kan* erklæres for uden bagudrettet virkning, såfremt det er muligt at tilbagelevere leverancerne i væsentlig samme stand.

Formuleringen i § 18, stk. 1 som foreslået medfører imidlertid, at *kontrakter* per automatik også erklæres uden virkning bagudrettet, såfremt det er muligt at tilbagelevere leverancerne i væsentlig samme stand. Dette synes at stride imod forslagetets intention.

Side 4/4

26.11.2009

Med venlig hilsen

Vibeke Richter

Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

26. november 2009

## HØRINGSSVAR OVER FORSLAG TIL LOV OM HÅNDHÆVELSE AF UDBUDSREGLERNE M.V.

Håndværksrådet har modtaget forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne til høring.

Indledningsvist skal Håndværksrådet takke for det gode initiativ at Konkurrencestyrelsen afholdt informationsmøde om lovforslaget. Der er tale om bestemmelser, der er både komplicerede og meget relevante for dansk erhvervsliv og en direkte dialog om reglerne var en god idé, som Håndværksrådet gerne ser bliver gentaget ved andre komplekse lovforslag.

Håndværksrådet skal herefter henvise til foreløbige bemærkninger udarbejdet af DI, Dansk Byggeri, Dansk Erhverv og Håndværksrådet i fællesskab af 10. september 2009. Herudover vil Håndværksrådet fremkomme med følgende overordnede og supplerende kommentarer til lovforslaget.

### *Generelle bemærkninger*

Ethvert tiltag for at fremme konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver hilses velkommen af Håndværksrådet og rådet understreger vigtigheden af at effekten af udbudsregler og konkurrenceudsættelse skal understøttes af en effektiv håndhævelse. Derfor støtter Håndværksrådet en stramning af reglerne om overtrædelse af udbudsregler og en forbedring af klagesystemet.

Håndværksrådet skal dog beklage, at lovforslaget ikke hjemler at overtrædelser af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren kan sanktioneres i samme omfang som overtrædelse af EU-direktivernes. Overtrædelse og tilsidesættelse af tilbudsloven har i ligeså høj grad som overtrædelse af EU's udbudsdirektiv og forsyningsvirk-

somhedsdirektivet samfundsøkonomiske og virksomhedsøkonomiske skadevirkninger – især for små og mellemstore virksomheder, der sjældent deltager i EU-udbud. Håndværksrådet ser ingen saglig begrundelse for at overtrædelse eller tilsidesættelse af tilbudslovens bestemmelser ikke underlægges de nye sanktioner, som Klagenævnet kan idømme en offentlig ordregiver.

For så vidt angår den mest grove overtrædelse af udbudsreglerne - at en opgave tildeles direkte uden nogen form for konkurrenceudsættelse - åbner de nuværende regler alene adgang for erstatning til og alene i det omfang at der kan godtgøres et tab, hvilket i praksis er noget nær en umulighed. Forslaget om en udvidet adgang til Klagenævnets og domstolens kompetence i den forbindelse, hvorefter en kontrakt kan erklæres uden virkning og at der kan idømmes en økonomisk sanktion for overtrædelsen er derfor relevant og understøttes af Håndværksrådet.

#### *Bemærkninger til bemærkninger til lovforslagets indhold*

Initiativet med at indføre et "uden virkningsbegreb" for at kunne fastsætte sanktioner, der ikke er mulige efter nuværende lovgivning er nyttigt i det omfang der samtidig åbnes for mulighed for at klager i den forbindelse ville kunne opnå erstatning. Det ville være relevant om Klagenævnet i en afgørelse af om hvorvidt en kontrakt skal være uvirksom også ville kunne tage stilling til et erstatningsspørgsmål. Der skal naturligvis sondres mellem overtrædelsernes grovhed, de konkrete omstændigheder og de efterfølgende sanktioner som lovforslaget lægger op til. I det hele taget er det positivt at klagenævnet tillægges så stort skøn i de konkrete sager, som lovforslaget lægger op til. Det vigtige er at overtrædelser sanktioneres under hensyntagen til både de forbigåede tilbudsgivere og en evt. leverandør i god tro.

Håndværksrådet finder det positivt, at der åbnes mulighed for økonomiske sanktioner over for offentlige ordregivere også når der er tale om at en kontrakt ikke erklæres uden virkning i sin helhed

#### *Konkrete bemærkninger til enkelte af lovforslagets bestemmelser*

§ 1, stk. 1, nr. 1 fastlægger, at Klagenævnet ikke har kompetence til at afgøre det erstatningsretlige forhold mellem ordregiver og tilbudsgiver i den situation, hvor den indgåede kontrakt erklæres helt eller delvist uden virkning.

Det ville være hensigtsmæssigt at Klagenævnet i den situation hvor uvirksomhed medfører et erstatningskrav ligeledes tillægges kompetence til at afgøre erstatningsspørgsmålet

§ 2 anfører en pligt for ordregiver til at underrette ansøgere/tilbudsgivere om sine beslutninger. En større åbenhed i forhold til de beslutninger, der træffes undervejs i udbudsprocessen vil gøre at ordregiver skal benytte de krav og kriterier, som vedkommende har lagt op til i sit udbudsmateriale ligesom kravet om begrundelse er relevant. Begrundelseskravet skal ses i sammenhæng med § 3 om standstill-periode.

§ 3 bestemmer at standstill-perioden er hhv. 10 eller 15 dage alt efter kommunikationsmiddel – Håndværksrådet ser gerne, at denne periode udvides til hhv. 50 og 20 dage for at give tilbudsgivere en reel mulighed for at få aktindsigt i sagen forud for indgivelse af en klage. Det er Håndværksrådets erfaring at det er både tidskrævende og besværligt at få aktindsigt i en udbudssag. En forlængelse af fristen ville stille tilbudsgiver bedre.

Reglerne i *kapitel 3* klageberettigelse og indbringelse for domstolene anfører, at Klagenævnet skal være obligatorisk første instans. Det findes fagligt korrekt at afgørelsen af udbudssager træffes samme sted, når der er tidsfrister på afgørelsen. I lyset af de lange sagsbehandlingstider ved de almindelige domstole er det en måde at kunne opfylde de strenge tidsmæssige frister på. Håndværksrådets holdning om præklusive frister fremgår af det tidligere fremsendte notat af september 2009, herunder fritagelse for Konkurrencestyrelsen og klageberettigede organisationer.

For så vidt angår reaktions- og sanktionsmuligheder i lovens *kapitel 5* hilses det større råderum for sanktioner, herunder annullation, pålæggelse af økonomiske sanktioner og erklæring om uden virkning velkommen. Disse sanktioner vil have en straffende effekt, men den præventive effekt er ligeledes af stor vigtighed. Desto færre tilbud, der skal udarbejdes på udbud, der enten afholdes på skrømt eller på forkerte forudsætninger, desto bedre for både virksomheder og samfundsøkonomi. Klagenævnets kompetence til at udstede tvangsbøder til de myndigheder, der ikke efterkommer et påbud fra Klagenævnet, understøtter de nye reglers fokus på at korrekt konkurrenceudsættelse efter udbudsreglerne er både en forpligtelse og en nødvendighed for de offentlige myndigheder.

Med venlig hilsen

 Sabine Bjørnager Nielsen

100



Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Att.: Carina Risvig Hansen

Deres ref.: 4/0404-8800-0020

Vor ref.: Sandra  
Nørgaard

Dok. nr.: D-251109-4871

Dato: 25-11-2009

### **Høringssvar til forslag om lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.**

ITD, foreningen International Transport Danmark, der repræsenterer de professionelle danske vejgodstransportører, takker for Deres mail af 10. november 2009 om forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og muligheden for at afgive høringssvar. ITD har et større antal medlemsvirksomheder, der som led i deres virksomhed har renovationskørsel eller kørsel i forbindelse med offentlige bygge- og anlægsarbejde m.m.

Indledningsvist vil ITD gerne bemærke, at vi som brancheorganisation byder ethvert initiativ velkommen, der understøtter den frie konkurrence og sikrer en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Flere henvendelser fra ITD's medlemmer har vist, at ikke så sjældent ender udbudsrunder med kontraktindgåelser, der vækker undren hos de øvrige tilbudsgivere. Manglende kendskab til klagemulighederne har dog gjort, at disse sjældent har påklaget resultatet.

Hensigten med lovforslaget synes at være, at få reguleringen på området samlet, og dermed tydeliggjort virksomheders rettigheder samt klagemuligheder, hvor et udbud har givet anledning til tvivl. Lovforslaget opfylder i det store hele dette formål, og ITD bifalder de nye rettigheder som lovforslaget tillægger tilbudsgiverne.

#### **Herudover har ITD følgende bemærkninger til lovforslaget:**

##### **Ordregivers pligtmæssige underretning til forbigåede tilbudsgivere**

I henhold til lovforslagets § 2 stk. 2 skal "beslutninger være ledsaget af en redegørelse for de relevante grunde for beslutningen."

For at kunne tage stilling til, hvorvidt klage skal indgives, er det bydende nødvendigt at tilbudsgiveren får udspecificeret hvilke forhold eller vilkår i det afgivne tilbud, der er hovedårsagen til afslaget.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at dette indebærer "hvorfor deres tilbud er forkastet", "kravene ikke anses for opfyldt" eller "kontrakter ikke opfylder kravene til ydelse eller funktion". Disse begreber bør konkretiseres i lovforslagets bemærkninger, for at skabe yderligere klarhed over, hvilke krav tilbudsgivere kan stille til afslagets begrundelse.

### **Klagerens underretningspligt**

I lovforslagets § 6 stk. 3 pålægges klageren pligt til at underrette ordregiveren skriftligt om den påståede overtrædelse senest samtidig med at klagen indbringes for Klagenævnet. At placere denne pligt ved klageren, virker urimeligt tyngende og usædvanlig for dansk ret.

En klagesag vil for ordregiveren betyde en udsættelse af planlagte projekter og sjældent være kærkommen. For at sikre en objektiv bedømmelse af også fremtidige tilbud fra klageren, bør denne for modtageren byrdefulde underretning derfor ikke komme fra tilbudsgiveren, men i stedet fra Klagenævnet. Således er det ITD's opfattelse, at alle henvendelser i sagen bør ske gennem klagenævnet fra det øjeblik klagen er indgivet.

Retsvirkningerne af manglende iagttagelse af underretningspligten ses ikke præciseret. Hvis underretningspligten forbliver ved klageren, bør det under ingen omstændigheder være rettighedsfortabende for klageren, dersom underretningspligten ikke iagttages rettidigt.

### **Medvirken af sagkyndige ved sagens afgørelse**

I forslaget § 10 stk. 2 gives medlemmer fra klagenævnets formandskab kompetence til at træffe afgørelser uden sagkyndige medlemmer, i sager der kan afgøres på skriftligt grundlag og som ikke er af principiel karakter. Da det skriftlige materiale indkommet i forbindelse med en afholdt udbudsrunde ofte indeholder branchetypiske forhold og sædvaner, vil behandling af en klage oftest forudsætte særlig sagkundskab, også hvor afgørelse kan ske på rent skriftligt grundlag.

Derfor bør det også i disse tilfælde være muligt at sagkyndige medlemmer af klagenævnet deltager i sagens pådømmelse.

For at sikre klagerens retssikkerhed bør denne altså kunne anmode om sagkyndig pådømmelse ved klagens indgivelse, hvor særlige grunde taler herfor, uanset om sagen ikke er af principiel karakter og kan afgøres på rent skriftligt grundlag.

### **Gebyr for indgivelse af en klage**

For at sikre hensynet til den fri konkurrence, bør et klagegebyr ikke afholde en tilbudsgiver fra at klage. Således bør et klagegebyr alene dække de rent administrative omkostninger ved klagens indgivelse og sagens opstart.

Gives der efter endt sagsbehandling medhold i klagen bør klagegebyret returneres til klageren, og omkostningerne ved klagens indgivelse og sagens opstart pålægges ordregiveren.

Med venlig hilsen

International Transport Danmark

Sandra Nørgaard  
Juridisk konsulent, ITD



# Klagenævnet for Udbud

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

Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Journalnummer  
2009-0020647

Dato  
27. november 2009

Under henvisning til Konkurrencestyrelsens skrivelse af 10. november 2009 (Sag 4/0404-8800-0020) skal Klagenævnet for Udbud herved meddele sine kommentarer til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Nedenfor anføres først under punkterne A – C nogle generelle bemærkninger om begrebet ”uden virkning”, om standstill og om de økonomiske konsekvenser af lovforslaget. Herefter følger kommentarer til enkelte af de foreslåede bestemmelser og bemærkningerne hertil.

## A. Begrebet ”uden virkning”

Med lovforslaget introduceres et nyt begreb i dansk ret, ”uden virkning”, der derfor påkalder sig ganske særlig interesse. Som også beskrevet i de almindelige bemærkninger til lovforslaget lades det i direktivet op til national ret at bestemme, hvad der skal være følgerne af, at en kontrakt erklæres for ”uden virkning”. Der er imidlertid ikke gennemført sædvanligt lovforberedende udvalgsarbejde, hvilket efter Klagenævnets opfattelse havde været nærliggende, også i betragtning af områdets overordentlig store betydning for erhvervslivet og hele den offentlige sektor.

Som ligeledes beskrevet i de almindelige bemærkninger er det nye begreb ikke ”fuldstændig identisk” med det i dansk ret velkendte begreb ugyldighed. Lovforslaget og bemærkningerne hertil giver ikke på anden måde en præcis vejledning i, hvad begrebet indebærer. Af lovforslagets § 13, stk. 2, nr. 4, fremgår, at Klagenævnet *kan* udstede påbud

om, at en kontrakt, som i medfør af § 16 eller § 17 er blevet erklæret for uden virkning, helt eller delvist ”skal bringes til ophør”. Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår dog, at der [påhviler] Klagenævnet en pligt til at udstede påbud i disse tilfælde, jf. § 16, stk. 3, og § 17, stk. 4. Flere steder i bemærkningerne (de almindelige bemærkninger punkt 2.1., bemærkningerne til § 13 og bemærkningerne til § 18) anføres, at ordregiveren eller parterne skal ”ophæve” den indgåede kontrakt. Af bemærkningerne til § 18, stk. 1, fremgår, at ”det forhold, at en kontrakt erklæres for uden virkning, [ikke] medfører, at kontrakten som sådan falder bort, men kontrakten kan ikke lovligt udføres eller påberåbes af parterne. Kontraktparternes rettigheder og forpligtelser kan således i den forbindelse ikke længere håndhæves og opfyldes”. Det oplyses ikke, hvad der ligger i ”*som sådan*”. Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget (punkt 2.1.) fremgår kortfattet, at ”følgerne af, at en kontrakt erklæres for uden virkning, *bl.a.* betyder, at kontakten ikke længere kan håndhæves, og at parterne er forpligtede til at ophæve en kontrakt, der af Klagenævnet er blevet anset for uden virkning”. Af samme afsnit fremgår, at årsagen til den manglende identitet mellem begreberne ”uden virkning” og ugyldighed *primært* er, at det skal være muligt for Klagenævnet at fastsætte et tidspunkt i fremtiden for, hvornår kontrakten må anses for at være ”uden virkning”. Der er imidlertid ikke herefter i bemærkningerne givet en uddybende beskrivelse af, hvad der menes med ”*bl.a.*” og ”*primært*”, eller nogen præcis definition af begrebet i øvrigt.

Klagenævnets kompetence til fremover at erklære en kontrakt for ”uden virkning” må antages i vidt omfang at ville blive påberåbt og føre til en betydelig stigning i antallet af klagesager. Det må tillige antages, at der vil ske tredjemandsintervention i hovedparten af de tilfælde, hvor bestemmelserne påberåbes. Behovet for afklaring af begrebets afgrænsning er også i den sammenhæng evident.

Klagenævnet anser det for afgørende, at der af hensyn såvel til tilbudsgivere og ordregivere som til den tredjemand, der er kontraktpart, før lovens ikrafttræden skabes fuldstændig klarhed over begrebets rækkevidde. Klagenævnet skal derfor – uanset direktivets implementeringsfrist – henstille, at det overvejes at nedsætte et hurtigtarbejdende, lovforberedende udvalg, således at bestemmelser om ”uden virkning” ikke sættes i kraft, før resultatet af et sådant udvalgsarbejde foreligger.

## B. Standstill

Fra den 1. oktober 2006 har der i dansk ret i medfør af bekendtgørelse nr. 934 af 16. september 2004 gjaldt regler om standstill. Reglernes nuværende udformning har givet anledning til en række problemer, navnlig med hensyn til fristernes beregning. Klagenævnet hilser med tilfredshed, at det foreslås, at fristen for Klagenævnets stillingtagen løber fra klagens indgivelse, og opfordrer som anført nedenfor ad § 3 til, at der i bemærkningerne gives præcis – og korrekt – vejledning om, hvordan fristerne beregnes.

Det er Klagenævnets vurdering, at reglerne i høj grad har bidraget til den voldsomme stigning i Klagenævnets sagsantal, som har fundet sted siden 2006 (fra 33 sager i 2005 over 37 i 2006 til – foreløbig – 105 indkomne sager i 2009). Arbejdet med inden for meget korte frister at udarbejde en tilfredsstillende begrundet afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning, har siden reglernes indførelse i betydelig grad belastet Klagenævnets i forvejen yderst begrænsede resurser. Det er imidlertid lykkedes inden for et samlet tidsrum fra klagens indgivelse, til afgørelsen forelå, på omkring en måned. Det er på den baggrund Klagenævnets opfattelse, at Klagenævnet vil kunne overholde fristen på 30 dage fra klagens modtagelse, også i forbindelse med påske, sommerferie m.v. Det er på den anden side også Klagenævnets opfattelse, at fristen ikke på nogen måde kan være kortere end 30 dage. Inden Klagenævnet kan træffe afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning, skal ordregiveren have mulighed for at fremkomme med sine bemærkninger til spørgsmålet, og det ligger Klagenævnet meget på sinde, at Klagenævnet også fremover har mulighed for at kunne begrunde afgørelsen på en sådan måde, at den kan danne grundlag for klagerens overvejelser om klagesagens videre forløb.

## C. De økonomiske konsekvenser af lovforslaget

Hovedformålet med lovforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Det anføres i de almindelige bemærkninger punkt 1, at en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne medfører, at ”udbudsreglerne i højere grad overholdes og som følge heraf, at flere opgaver udbydes”.

Klagenævnet kan tilslutte sig denne vurdering.

Med lovforslaget gives der Klagenævnet mulighed for at bringe ”nye skærpede sanktioner i anvendelse ved visse overtrædelser” (de almindelige bemærkninger punkt 1). Det anføres herom i de almindelige bemærkninger punkt 2.1., at Klagenævnet med lovforslaget får ”kompetence til at erklære indgåede kontrakter for uden virkning samt kompetence til at pålægge visse typer af ordregivere en økonomisk sanktion”.

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at Klagenævnet har kompetencer til at leve op til fællesskabsretten. Klagenævnet skal også have de tilstrækkelige resurser, så der ikke blot bliver tale om programerklæringer, men gives *reelle* muligheder for håndhævelse af de fællesskabsretlige udbudsregler, herunder ved minimering af sagsbehandlingstiden (de almindelige bemærkninger punkt 1).

Klagenævnet finder det i allerhøjeste grad bekymrende, at det i bemærkningerne til lovforslagets økonomiske og administrative konsekvenser (de almindelige bemærkninger punkt 9) anføres:

”Forslaget forventes at give Klagenævnet en øget arbejdsbyrde, som afstedkommer en stigning i honorarer til formandskabet og medlemmer af Klagenævnet på ca. 0,3 mio. kr. årligt. Udgifterne afholdes inden for Økonomi- og Erhvervsministeriets ramme.”

”Klagenævnet forventes med forslaget at modtage 10 pct. flere klagesager, end de gør i dag. I 2008 blev der indbragt 84 sager. Samtidig skal Klagenævnet tage stilling til opsættende virkning i ca. 33 pct. flere sager end i dag.”

Skønnet over lovforslagets uhyre beskedne økonomiske og administrative konsekvenser hænger ikke sammen med det ambitiøse lovforslag i øvrigt.

Som anført må det forventes, at navnlig muligheden for, at Klagenævnet kan erklære en kontrakt for ”uden virkning”, vil give anledning til en *betydelig* stigning i sagstilgangen.

Sagstilgangen er som allerede anført steget med over 200 % siden 2006. Det er Klagenævnets opfattelse, at i hvert fald en stor del af denne stigning kan tilskrives standstill reglerne, som trådte i kraft den

1. oktober 2006. Disse reglers anvendelsesområde vil med lovforslaget blive udvidet, så der endog er tale om en automatisk retsvirkning.

Den samlede effekt af de nye sanktioner på Klagenævnets sagsantal kan vanskeligt anslås, men det kan med sikkerhed siges, at den anslåede merudgift på 300.000 kr. til aflønning af formænd og sagkyndige medlemmer inden for Økonomi- og Erhvervsministeriets ramme under ingen omstændigheder slår til.

Dertil kommer imidlertid, at det ikke er hensigtsmæssigt, at arbejdet i Klagenævnet stort set udelukkende må varetages af formændene, der alle har deres hovedhverv som dommere ved siden af klagenævnsarbejdet. Klagenævnets juridiske sekretariat består af en enkelt juridisk fuldmægtig, som er ansat i en 30 timers stilling. Klagenævnet har således ingen som helst mulighed for at gardere sig i tilfælde af fuldmægtigens sygdom eller ved afholdelse af ferie. Det er i almindelighed selvsagt yderst utilfredsstillende, at et sagsområde som det omhandlede ikke har en tilstrækkeligt udbygget sekretariatsfunktion, men det er i særdeleshed utilfredsstillende, at man foreslår Klagenævnet tillagt nye kompetencer af overordentlig indgribende samfundsmæssig betydning uden, at der i lovforslaget tages stilling til Klagenævnets behov for sekretariatsbistand.

Klagenævnet skal derfor henstille, at de økonomiske og administrative konsekvenser af lovforslaget vurderes på ny, således at der tages højde for behovet for en effektiv sekretariatsfunktion med det tilstrækkelige antal juridiske medarbejdere, som lovforslaget og de deri indbyggede krav om hurtig og effektiv indskriden lægger op til.

Klagenævnets kommentarer til enkelte af lovforslagets bestemmelser kan herefter sammenfattes således:

## **Ad § 2**

Det fremgår af § 2, stk. 1, at ordregiveren skal underrette ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer, herunder *blandt andet* beslutninger om prækvalifikation af virksomheder, tildelingen af en kontrakt, indgåelsen af en rammeaftale, optagelsen i et dynamisk indkøbssystem og annullation af en udbudsforretning. Klagenævnet opfordrer til, at det præciseres, hvilke beslutninger ordregiveren skal underrette om. Det kan ikke være tanken, at ordregiveren

skal underrette ansøgere og tilbudsgivere om samtlige beslutninger, som ordregiveren træffer under udbuddet, herunder for eksempel om ordregiverens beslutning om valg af evalueringsmodel.

Det fremgår af stk. 2, at "ordregiverens beslutninger" efter stk. 1 skal være ledsaget af en redegørelse for de relevante grunde for beslutningen samt en oplysning om, hvornår standstill-perioden udløber. Det er *underretningen* til tilbudsgiverne, som skal indeholde disse oplysninger, ikke beslutningen. Klagenævnet skal derfor henstille, at ordene "Ordregiverens beslutninger" både i 1. og 2. punktum ændres til "Ordregiverens underretning".

### Ad § 3

Det fremgår af forslagets bemærkninger til § 3, at standstill-perioden skal regnes *fra* den dag, hvor underretningen er afsendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, jf. bemærkningerne til § 3. Bemærkningerne ses ikke at være i overensstemmelse med artikel 2a i direktiv 2007/66/EF, idet artikel 2a, stk. 2, 1. pkt., lyder som følger:

"En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2004/18/EF, kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages."

Som det fremgår af artikel 2a skal standstill-perioden således – som noget nyt – regnes *fra* dagen *efter* den dag, hvor underretningen er afsendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere. Det er af stor praktisk betydning for både ordregivere og tilbudsgivere, at der er fuldstændig klarhed over, hvornår standstill-perioden udløber. Klagenævnet skal derfor foreslå, at bemærkningerne til § 3, 5. afsnit, erstattes med følgende:

”De 10 eller 15 kalenderdage skal regnes fra dagen efter den dag, hvor underretningen er afsendt efter forslaget § 2, stk. 1, nr. 2 – 3, til de berørte tilbudsgivere og ansøgere. Hvis ordregiveren har afsendt underretningen ad elektronisk vej – for eksempel mail – den 1. november, må kontrakten altså først underskrives den 12. november. Såfremt en klage automatisk skal have opsættende virkning, jf. § 12, stk. 2, skal en klage således være modtaget i Klagenævnet senest den 11. november. Hvis ordregiveren har afsendt underretningen med et andet kommunikationsmiddel den 1. november, må kontrakten først underskrives den 17. november. Såfremt en klage automatisk skal have opsættende virkning, skal en klage være modtaget i Klagenævnet den 16. november.”

Klagenævnet henstiller, at der i lovforslaget anvendes de samme termer for så vidt angår kommunikationsmiddel som i direktiv 2007/66/EF, således at ordet ”mail” udgår af stk. 1, nr. 1, og at ordene ”pr. brev” i stk. 1, nr. 2, erstattes af ”med et andet kommunikationsmiddel”.

#### **Ad § 4**

Klagenævnet henstiller, at placeringen af § 4 i lovteksten genovervejes.

#### **Ad § 8**

En frist for indbringelse for domstolene indebærer selvsagt, at afgørelsen herefter er endelig. Klagenævnet skal derfor foreslå, at forslaget § 8, stk. 1, formuleres som følger:

”En afgørelse fra Klagenævnet for Udbud efter § 13, stk. 2, nr. 4, skal indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt.”

§ 8, stk. 2, foreslås formuleret i overensstemmelse hermed.

Bestemmelsen i § 8, stk. 1, er en undtagelse til hovedreglen i § 8, stk. 2, hvorefter parterne kan vente med at indbringe Klagenavnets afgørelse om overtrædelse af udbudsreglerne indtil 8 uger efter, at Klagenævnet har truffet afgørelse om erstatning eller de udsatte klagepunkter. Klagenævnet skal henstille, at der byttes om på rækkefølgen af be-

stemmelserne, således at hovedreglen fremgår af stk. 1 og undtagelsen af stk. 2.

### Ad § 9

Det fremgår af § 9, stk. 2, 2. punktum, at formandskabets medlemmer skal være "byrets- eller landsdommere". Klagenævnets formandskab har i en årrække bestået af såvel byretsdommere som landsdommere. Klagenævnet finder, at den hidtidige balance mellem byretsdommere og landsdommere bør opretholdes fremover, blandt andet også under hensyn til sagernes karakter og sværhedsgrad. Klagenævnet skal derfor henstille, at § 9, stk. 2, 2. punktum, formuleres således, at formandskabets medlemmer skal være "byretsdommere og landsdommere". Det henstilles endvidere, at det i bemærkningerne til § 9 – under hensyn til Bibeskæftigelsesnævnets praksis ved godkendelse af dommers udpegning til at varetage hverv i råd og nævn – nøje præciseres, at den nuværende balance tilstræbes bibeholdt, idet det under hensyn til sagernes kompleksitet vil være uheldigt, om landsdommere afskæres fra at blive udpeget som formænd i Klagenævnet. Den valgte formulering kan efter de regler og den praksis, der gælder om dommers bibeskæftigelse betyde, at Bibeskæftigelsesnævnet fremover alene vil give byretsdommere tilladelse til at indtræde i Klagenævnets formandskab.

### Ad § 10

Første led i forslaget § 10, stk. 2, hvorefter den enkelte formand kan træffe afgørelse om processuelle spørgsmål, er en videreførelse af den nugældende praksis, der klart følger af, at de sagkyndige medlemmer alene skal medvirke ved sagens afgørelse som anført i stk. 1. Dette led i bestemmelsen er således overflødig.

Efter andet led i forslaget § 10, stk. 2, skal den enkelte formand uden sagkyndige medlemmers medvirken som noget nyt kunne træffe afgørelse i sager, der kan afgøres på skriftligt grundlag, hvis sagen ikke er af principiel karakter. Klagenævnet finder denne nyskabelse yderst betænkelig. Formandskabet er af den faste opfattelse, at Klagenævnets legitimitet står og falder netop med deltagelsen af de sagkyndige medlemmer. Om sagen er af principiel karakter, er i øvrigt et vanskeligt håndterbart kriterium. Dertil kommer, at det af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at begrundelsen for den foreslåede nyskabelse er



ønsket om at minimere sagsbehandlingstiden. De sagkyndige medlemmers medvirken medfører imidlertid som den langt overvejende hovedregel ikke nogen nævneværdig forøgelse af sagsbehandlingstiden, og da slet ikke målt op mod den garanti for en korrekt forståelse af faktum, som denne medvirken indebærer.

Klagenævnet henstiller derfor, at § 10, stk. 2, i sin helhed udgår.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at pkt. 2.6. i de almindelige bemærkninger, der knytter sig til lovforslagets § 10, er upræcist. Der føres som også anført i bemærkningerne til § 10, stk. 2, ikke vidner for Klagenævnet, men afgives forklaringer, ofte i form af skriftlige erklæringer, uanset om sagen i øvrigt forhandles mundtligt. Klagenævnet har ikke "sager om aktindsigt", men spørgsmålet om aktindsigt opstår løbende og afgøres af den enkelte formand på samme måde som alle andre løbende processuelle spørgsmål, således at formanden kan inddrage de sagkyndige medlemmer efter behov.

#### **Ad § 11**

Bestemmelsen i § 11, stk. 1, er ikke som anført i bemærkningerne en videreførelse af klagenævnslovens § 5, stk. 1. Efter § 5, stk. 1, forhandles sagerne mundtligt, medmindre formanden bestemmer andet. Uanset, at Klagenævnet i sin nyeste praksis har behandlet en betydelig del af sagerne på skriftligt grundlag, er det Klagenævnets opfattelse, at hovedreglen stadig bør være, at sagerne forhandles mundtligt.

Det fremgår af bemærkningerne til § 11, stk. 3, at den foreslåede bestemmelse blandt andet giver økonomi- og erhvervsministeren mulighed for at fastsætte regler om fordeling af sagsomkostninger. Klagenævnet ser gerne oplyst, om økonomi- og erhvervsministeren herved påtænker en ændring af den nuværende retstilstand, hvorefter klageren ikke kan pålægges at betale sagsomkostninger til indklagede, jf. klagenævnsloven § 7 modsætningsvis. Klagenævnet henstiller tillige, at det overvejes at skabe hjemmel til, at Klagenævnet kan pålægge indklagede at betale sagsomkostninger til klageren i de sager, hvor indklagede foranlediget af klagen erkender overtrædelsen og annullerer udbuddet, og sagen derefter hæves, uden at Klagenævnet træffer afgørelse.

## Ad § 12

Det følger af forslaget § 12, stk. 1, om opsættende virkning, at Klagenævnet kan tillægge en klage opsættende virkning *efter begæring*. Det fremgår af stk. 2, at en klage har automatisk opsættende virkning, indtil Klagenævnet har truffet afgørelse om opsættende virkning *efter stk. 1*, såfremt klagen indgives i standstill-perioden. Da Klagenævnet kun kan tillægge en klage (yderligere) opsættende virkning efter begæring, vil alle klager modtaget i standstill-perioden, som bestemmelsen er formuleret, også fremover skulle indeholde en begæring om opsættende virkning, da Klagenævnet efter stk. 1 kun har hjemmel til at tillægge en klage opsættende virkning på begæring. Klagenævnet skal derfor henstille, at formuleringen af stk. 1 genovervejes, eventuelt således, at "efter begæring" udelades.

Klagenævnet har ikke i dag kompetence til at tillægge en klage opsættende virkning, når ordregiveren har underskrevet kontrakt med den tilbudsgiver, som har fået ordren, og udbuddet dermed er afsluttet.

Efter Klagenævnets vurdering vil Klagenævnet fremover, som lovforslaget er formuleret, kunne tillægge en klage opsættende virkning, selvom kontrakten er underskrevet, nemlig i de tilfælde, hvor Klagenævnet kan erklære en kontrakt for uden virkning, jf. §§ 16 og 17. En beslutning om opsættende virkning vil i sådanne sager kunne betyde, at forberedelsen af eller leveringen af ordren skal stoppes, således at det bliver muligt for Klagenævnet at erklære en større del af kontrakten for uden virkning. Klagenævnet skal opfordre til, at lovforslagets bemærkninger tilføjes bemærkninger herom.

## Ad § 13

Klagenævnet skal henstille, at stk. 2, nr. 1, udgår af bestemmelsen. Klagenævnets mulighed for at tillægge en klage opsættende virkning er allerede reguleret i § 12, og bestemmelsen i § 13, stk. 2, nr. 1, ses ikke at have noget selvstændigt indhold.

I § 13, stk. 2, opregnes Klagenævnets reaktionsmuligheder ved brug af verbet "kan". Sammenholdes imidlertid § 13, stk. 2, nr. 4, med § 16, stk. 3, og § 17, stk. 4, fremgår det, at Klagenævnet ikke "kan", men "skal" udstede påbud om, at en kontrakt, som i medfør af § 16 eller § 17 er erklæret for uden virkning, helt eller delvist skal bringes til op-

hør. Klagenævnet opfordrer med henvisning til sine indledende bemærkninger ad pkt. A. Begrebet ”uden virkning” til, at uklarheder som den anførte undgås.

#### Ad § 14

§ 14, stk. 1, svarer som anført i bemærkningerne til den nugældende § 6, stk. 1. Klagenævnet har i medfør af denne bestemmelse ved enhver overtrædelse af reglerne i § 1, stk. 1, som er ansvarspådragende i forhold til klageren, hjemmel til at pålægge ordregivere at erstatte enten klagerens positive opfyldelsesinteresse (såfremt klageren kan godtgøre, at en reel mulighed for at få tildelt ordren er blevet forspildt som følge af overtrædelsen) eller – som det mindre – den negative kontraktinteresse, det vil sige klagerens omkostninger ved deltagelse i udbuddet, i begge tilfælde selvfølgelig på betingelse af, at der er ført bevis for tabets størrelse, at de erstatningsretlige betingelser om kausalitet og adækvans er opfyldt, og at der ikke foreligger egen skyld eller accept af risiko.

§ 14, stk. 2, svarer ikke som anført i bemærkningerne til den nugældende § 10, der er en direkte implementering af artikel 2, stk. 7, i direktiv 92/13/EØF. Den nugældende ordlyd af § 10 følger efter Klagenævnets overbevisning intet til den nugældende § 6, stk. 1, der foreslås videreført uændret som § 14, stk. 1. Bestemmelsen er i sin nugældende form efter Klagenævnets opfattelse overflødig og kunne forlede til den modsætningsslutning, at der i sager vedrørende overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet alene skulle kunne tilkendes erstatning for positiv opfyldelsesinteresse med det strenge krav om bevis for, at en reel mulighed for at få tildelt kontrakten er forspildt. Det har antagelig ikke været hensigten.

Såvel i den nu foreslåede formulering i lovforslagets § 14, stk. 2, som i bemærkningerne hertil blandes imidlertid betingelserne for de forskellige former for erstatning sammen, og beskrivelsen i bemærkningerne af, hvornår der foreligger et ansvarsgrundlag, er ukorrekt. Det fremstår i bemærkningerne til § 14, stk. 2, som om der for at statuere ansvarsgrundlag kræves *både*, at regler i forsyningsvirksomhedsdirektivet er overtrådt, *og* at klageren havde haft reel mulighed for at få tildelt kontrakten, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået. Til at statuere ansvarsgrundlag kræves efter dansk rets almindelige erstatningsregler imidlertid alene, at reglerne er overtrådt på en måde, der pådra-

ger ansvar (mindre formelle overtrædelser er som bekendt i visse tilfælde ikke ansvarspådragende). I selve den foreslåede bestemmelse fremstår det tillige, som om klageren, når en overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet er fastslået, [alene] kan opnå erstatning for negative kontraktinteresse (nemlig ”omkostningerne i forbindelse med deltagelse i et udbud”), selv om klageren har bevist, at der var en reel mulighed for, at klageren ville have fået ordren og altså efter dansk rets almindelige erstatningsregler som anført ad § 14, stk. 1, havde mulighed for erstatning udmålt som positiv opfyldelsesinteresse. At der herved skulle være tale om en ”lempeligere bevisbyrde for de forbigåede tilbudsgivere i relation til forsyningsvirksomhedsdirektivet” som anført i bemærkningerne til § 14, stk. 2, modsiges således af de formuleringer, der er valgt, og ses i øvrigt ikke begrundet i direktivteksten.

Klagenævnet skal derfor henstille, at lovforslagets § 14, stk. 2, udelades, eventuelt således, at det i bemærkningerne til lovforslagets § 14, stk. 1, anføres, at bestemmelsen i direktiv 92/13/EØF artikel 2, stk. 7, er dækket af dansk rets almindelige erstatningsregler. Såfremt denne henstilling ikke følges, skal Klagenævnet opfordre til, at den nu gældende formulering af § 10 i klagenævnsloven videreføres uændret.

#### **Ad § 17**

Klagenævnet henstiller, at der tilføjes et ”eller” efter § 17, stk. 1, nr. 3, jf. direktiv 2007/66/EF artikel 2d, stk. 1.

#### **Ad § 18**

Klagenævnet henstiller, at det overvejes, at bestemmelserne i § 16, stk. 3, og § 17, stk. 4, placeres i § 18.

Klagenævnet skal foreslå, at § 18, stk. 2, formuleres således:

”Klagenævnet for Udbud kan undlade at erklære en kontrakt, der er omfattet af § 17, stk. 1, og som ikke er undtaget efter § 17, stk. 2 og 3, for uden virkning, hvis det på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontrakten.”

Det fremgår af § 18, stk. 5, at Klagenævnet skal indgive politianmeldelse, når en ordregiver, som ikke er omfattet af § 19, stk. 1, i medfør af § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af en bøde. Klagenævnet skal gøre opmærksom på, at bevisbyrdereglerne er forskellige i en klagenævns sag og i en straffesag. I Klagenævnet er det som udgangspunkt ordregiveren, som skal bevise, at udbuddet er gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne, mens det i en straffesag er anklagemyndigheden, som har bevisbyrden for, at udbudsreglerne er overtrådt. Det kan på grund af bevisbyrdereglerne tænkes, at der opstår den situation, at der ikke rejses straffesag, eller at ordregiveren frifindes, i en sag, hvor Klagenævnet har afsagt kendelse om, at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne. Klagenævnet opfordrer til, at problemstillingen uddybes i bemærkningerne til § 18.

#### **Ad § 19**

I lovforslagets § 19, stk. 5, skal henvisningen til stk. 6 ændres til stk. 4.

#### **Ad § 21**

Klagenævnet henstiller, at det ikke kun i bestemmelsen, men også af bemærkningerne til § 21 fremgår, at der skal være handlet groft uagtsomt for, at der kan straffes med bøde. Den nuværende formulering af bemærkningerne anvender udtrykket "uagtsomt".

#### **Ad § 23**

Klagenævnet opfordrer til, at bemærkningerne til § 23 tilføjes oplysninger om, hvortil tvangsbøden skal indbetales, samt om, hvem der skal inddrive tvangsbøden, såfremt den ikke betales.

#### **Ad § 25**

Klagenævnet henstiller, at det overvejes, hvorvidt de nugældende regler under alle omstændigheder skal finde anvendelse på i hvert fald beslutninger, der er truffet før implementeringsfristens udløb, eventuelt lovforslagets fremsættelse. Baggrunden for henstillingen skal søges i de nye regler om "uden virkning", som kan tænkes påberåbt i situationer, hvor Klagenævnet efter de hidtil gældende regler har truffet af-

gørelse uden at have haft hjemmel til at erklære en kontrakt for uden virkning.

Klagenævnet står gerne til rådighed for en uddybning af ovenstående.

Kirsten Thorup



## NOTAT

### Hørings svar vedr. lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

KL har den 10. november 2009 modtaget forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. KL har følgende kommentarer til lovforslaget.

Lovforslaget er i vid udstrækning en implementering af det såkaldte kontrol direktiv. Lovforslaget indeholder dog også en række bestemmelser, som ikke følger direkte af direktivet.

KL skal indledningsvis bemærke, at der er to styrende hensyn for lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. For det første skal loven sikre et effektivt klagesystem. For det andet skal loven sikre at klagesystemet ikke skaber incitamenter for offentlige udbydere til at begrænse brugen af udbud. De to hensyn blev slået fast i forbindelse med regeringens og KL's aftale om øget konkurrenceudsættelse.

Med lovforslaget vil der blive udvidet adgang til at klage over kommunale ordregivere, når de indgår aftaler med private leverandører. Desuden indføres der med lovforslaget en række stramninger i form af strengere sanktionsmuligheder end hidtil. Fx vil kommunale ordregivere fremover kunne idømmes høje bødestrafte ved overtrædelser, og beslutninger om kontrakt tildeling mv. kan erklæres uden virkning. Den udvidede klageadgang samt de skærpede sanktioner vil bidrage til at øge de transaktionsomkostninger som allerede i dag udgør en væsentlig barriere for kommunernes brug af udbud.

Tiltagene vil muligvis skærpe ordregivers opmærksomhed på udbudsreglerne, men de vil samtidig være med til at begrænse brugen af udbud på de områder, hvor man i dag ikke er tvunget til det. Det gælder fx udbud af opgaver, som i dag varetages af kommunerne selv. Det er KL's vurdering at lovforslaget i dets nuværende udformning vil medføre en betydelig risiko

Den 26. november 2009

Jnr 11.06.12 K04  
Sagsid 000211371

Ref RTH  
rth@kl.dk  
Dir 3370 3436

Weidekampsgade 10  
Postboks 3370  
2300 København S

Tlf 3370 3370  
Fax 3370 3371

[www.kl.dk](http://www.kl.dk)

1/4

for at kommunerne begrænser deres brug af udbud idet transaktionsomkostningerne stiger.

Hvis lovforslaget vedtages i den form, som det har nu, vil det give de kommunale udbudsafdelinger endnu vanskeligere arbejdsvilkår end man har i dag. Kravene bidrager til en yderligere bureaukratisering af arbejdsgangene, og vil tvinge kommunerne til at flytte fokus fra indgåelse og implementering af gode aftaler, til overholdelse af regel- og procedurekrav.

Udbudsafdelingerne vil i endnu flere udbud end det er tilfældet i dag, se sig nødsaget til at søge bistand hos eksterne konsulenter og advokater, hvilket vil bidrage til at øge de samlede omkostninger forbundet med at gennemføre udbud.

KL tager derfor forbehold for de økonomiske konsekvenser af loven.

Desuden vil kravene om at indføre stand-still perioder, og længden af de præklusive frister, forlænge det samlede udbudsforløb. I dag kan et typisk udbud gennemføres på ca. 6 måneder. Med de skærpede bestemmelser vurderes et typisk udbud fremover at tage 8-9 måneder.

### **Konkrete bemærkninger**

§ 3: Det fremgår, at en klage i visse tilfælde automatisk vil have opsættende virkning, hvis den indgives i stand still-perioden. Denne bestemmelse vil uden tvivl blive misbrugt af forbigående tilbudsgivere, idet indgivelse af klage dermed bliver en relativt nem og billig måde at chikanere konkurrenter og ordregiver på.

§ 4 (og andre steder): Lovforslaget indeholder i en række henseender incitamenter til frivillig anvendelse af procedurer (stand still-periode og bekendtgørelse af aftale-indgåelse), i situationer hvor det ellers ikke er påkrævet. Derved kan ordregiver sikre sig, at man ikke ved en evt. senere klagesag idømmes den "hårdeste" sanktion (at få erklæret kontrakttildelingen uden virkning). Denne mulighed vil helt sikkert blive benyttet ved mange udbud, fordi netop risikoen for klagesager tillægges stor betydning ved tilrettelæggelsen af udbud. Dermed vil de administrative ressourcer, som et gennemsnitligt udbud vil kræve, øges yderligere.

§ 7: Lovforslaget indeholder bestemmelser om præklusive frister på visse områder. Præklusive frister er med til at skabe ro om processen, og vil derfor som udgangspunkt virke befordrende for kommunernes brug af udbud.

De præklusive frister må imidlertid ikke være så lange, at det forsinker udbudsprocessen længere end højest nødvendigt. KL opfordrer derfor til, at



de præklusive frister fastsættes til den minimumslængde, som udbudsdirektivet foreskriver. Dvs. at den præklusive frist ifm. meddelelse om prækvalifikation (§ xx) kun bør være 10-15 dage og ikke 30 dage sådan som der lægges op til i lovforslaget. En frist på 30 dage vil være en urimelig lang periode, og vil forlænge hele udbudsprocessen unødigt, idet ordregiver i så fald ikke kan fremsende udbudsmaterialet til de prækvalificerede ansøgere før de 30 dage er gået.

§7. Stk 5: De præklusive frister – dvs. den periode, som det er muligt at klage over en beslutning, efter at den er truffet – gælder ifølge lovforslaget ikke Konkurrencestyrelsen. Denne bestemmelse undergraver hele ideen med de præklusive frister. De præklusive frister har den positive effekt, at de giver alle parter vished om, hvad vilkårene er. Når Konkurrencestyrelsen er undtaget, vil de præklusive frister ikke have denne effekt. KL opfordrer derfor til at Konkurrencestyrelsen omfattes af de samme frister som alle andre. Dvs. at lovforslagets § 7, stk. 5 bør udgå.

§ 12: Fristen for Klagenævnets beslutning om opsættende virkning bør ikke være længere end højest nødvendigt. 30 dage, som lovforslaget lægger op til, virker som urimeligt lang tid.

§ 18: En konsekvens af, at kontrakter kan erklæres uden virkning, er at den valgte leverandør (hvis aftale erklæres uden virkning) kan rejse et erstatningskrav overfor ordregiver. Bestemmelsen er dermed til i betydeligt grad at øge de potentielle omkostninger ved at begå en fejl ifm. et udbud.

§ 19: Det fremgår, at økonomiske sanktioner vil blive fastsat i forhold til kontraktens anslåede værdi. Det er imidlertid ikke klart, hvad der menes hermed. Hvis der menes den estimerede kontraktværdi (som typisk anføres i forbindelse med annonceringen af udbudet), vil bestemmelsen tilskynde til en konservativ estimering af kontraktværdien, hvilket er uhensigtsmæssigt ud fra en betragtning om at kunne tiltrække tilbudsgivere.

§ 19: Det fremgår af bemærkningerne (s. 53 n), at en økonomisk sanktion forhøjes med 20 pct. for hver fornyet overtrædelse indenfor en femårig periode. Dette må siges at være en sanktion, som kan have særdeles vidtrækkende konsekvenser. En kommune gennemfører ganske mange udbud over en femårig periode, hvorfor det ikke er usandsynligt, at blive involveret i mere end én klagesag pr. fem år. Kilden til overtrædelsen kan meget vel hidrøre fra en ekstern rådgiver, og i et sådan tilfælde (hvor størrelsen af en økonomisk sanktion accelerere pga. tidligere begåede fejl) vil det være relevant for den kommunale ordregiver, at videreføre sanktionen som et krav overfor den pågældende eksterne rådgiver. Risikoen herfor vil naturligvis indgå i eksterne rådgiveres prisberegninger, og dermed føre til højere salæ-

rer. Bestemmelsen bør derfor udgå af bemærkningerne. Det fremgår i øvrigt ikke, hvordan den fem-årige periode skal beregnes (bliver den nulstillet fem år efter den første klagesag? Regnes der løbende fem år tilbage?)

Almindelige bemærkninger: Det anføres (i afsnit 3. Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige), at antallet af klager forventes at stige med 10 pct. Dette må betegnes som et meget lavt estimat - KL's forventning er, at antallet af klagesager vil stige betydeligt mere. Når der samtidig kun tilføres begrænsede midler til Klagenævnet, vil konsekvensen være en yderligere forlængelse af sagsbehandlingstiden i Klagenævnet. KL foreslår, at der fastsættes en maksimal sagsbehandlingstid på 3 måneder, og at man i øvrigt (igen) overvejer Klagenavnets organisering.

#### **Øvrige bemærkninger**

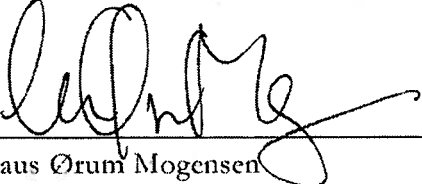
Lovforslaget indeholder ingen præklusive frister vedr. direkte tildeling af opgaver, dvs. tildeling uden nogen form for konkurrenceudsættelse. Direkte tildeling er en grov overtrædelse af fællesretlige udbudsregler, og der bør derfor være vide rammer for at klage herover. Der bør dog fastsættes en forældelsesfrist - fx 12 måneder.

KL har i forbindelse med den sidste revision af klagenævnslovens gjort gældende, at det er for omkostningsfrit at rejse en klagesag mod en offentlig udbyder. Således bør det nuværende gebyr på 4.000 kr. sættes markant op.

Det er KL's vurdering, at den ny lov vil medføre et betydeligt pres på klagesystemet. Der er allerede i dag alt for lange sagsbehandlingstider ved klagenævnet. Det er afgørende betydning for effektiviteten i klagesystemet, at sagsbehandlingstiden bliver begrænset.

Det er således KL's opfordring, at klagenavnets sekretariat bør tilføres ressourcer, således at sagsbehandlingstiderne kan reduceres fra den nuværende sagsbehandlingstid til maksimalt 2-3 måneder.

Det skal afslutningsvist bemærkes, at høringsvaret afgives med forbehold for efterfølgende politiks behandling i KL's bestyrelse.

  
\_\_\_\_\_  
Claus Ørum Mogensén  
Kontorchef

18-11-2009

Sagsnr.  
2009-160776

Dokumentnr.  
2009-703618

Sagsbehandler  
Ulrik Kastrup Rasmussen  
/ Cecilie Schwartz Førby

**Til**

Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

**Høringssvar ang. lov om håndhævelse af udbudsreglerne**

På foranledning af Konkurrencestyrelsens brev af 10. november 2009, hvor man anmoder blandt andre Københavns Kommune om eventuelle bemærkninger i forbindelse med "forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.", fremsendes hermed Københavns Kommunes Koncernservices (herefter KS) høringssvar.

Det skal indledningsvist understreges, at KS støtter tanken om at fremme konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver. KS ser overordnet udbudsreglerne som et instrument til opnåelse af en mere effektiv forvaltning af skatteydernes penge gennem en forøget konkurrence i forbindelse med indkøb.

Det er omvendt et faktum, at udbudsreglerne i visse henseender betragtes som værende rigide, og at selv mindre forseelser af disse kan påføre den offentlige ordregiver et uforholdsmæssigt stort ressourceforbrug i forbindelse med håndtering af klager fra fx forbigåede økonomiske aktører. Det er i denne sammenhæng, at KS' nedenstående bemærkninger skal læses.

KS har følgende bemærkninger:

Muligheden for at erklære en kontrakt "for uden virkning"

Det er en naturlig – men dog alvorlig – konsekvens, at en kontrakt, der er indgået på baggrund af en udbudsprocedure, der er behæftet med graverende fejl, ikke skal kunne tillægges virkning.

KS mener dog, at særligt § 16, stk. 2, i forslaget, skaber uklarhed for ordregiverne, idet bl.a. følgende to spørgsmål kan stilles:

1. Hvornår vil Klagenævnet betragte en overtrædelse af udbudsreglerne for værende så alvorlig, at Klagenævnet vil erklære en kontrakt for uden virkning, "hvis det skønnes nødvendigt for at overholde fællesskabsretten"?
2. Formår Klagenævnet over tid at skabe en "ensartet" praksis, eller vil nævnet fra tid til anden benytte bestemmelsen med større eller mindre nidkærhed?



For at hjælpe Klagenævnet og ordregiverne en smule på vej i fortolkningen af bestemmelsen kunne man tilføje en – ikke-udtømmende – liste i lovteksten over forhold, som *kan* medføre, at en kontrakt erklæres for uden virkning.

#### Alternativ sanktion i form af bøde

I stedet for at erklære en kontrakt for uden virkning, kan ordregiver ifølge forslaget på et objektivt grundlag blive pålagt en økonomisk sanktion/bøde. Dette kan, jf. Konkurrencestyrelsens bemærkninger, give god mening.

Der savnes dog oplysninger om, hvilken størrelse evt. bøder vil have.

#### Justering af standstill-reglerne

Med den nye risiko for at få erklæret en kontrakt for uden virkning, giver det god mening at forlænge standstill-perioden med 5 dage, når fremsendelse af tildelingsbeslutning sker pr. brev.

#### Opsættende virkning

Det giver som udgangspunkt god mening *automatisk* at tillægge en klage opsættende virkning, såfremt klagen fremsendes i standstill-perioden, indtil Klagenævnet har taget stilling til evt. opsættende virkning.

Der ses dog ikke, at dette opvejes af et tilsvarende forøget ansvar for klager, når denne indbringer en ”uberettiget” klage. Som forslaget læses, skal Klagenævnet fremover have 30 dage til at fastslå, hvorvidt klagens opsættende virkning skal opretholdes. Dette kan have den konsekvens, at selv grundløse klager kan få meget stor indvirkning i en offentlig indkøbsproces, der ofte i forvejen skal gennemføres under et vist tidspres.

Man bør derfor overveje, hvilke konsekvenser det skal have for en klager, der fremsender en mere eller mindre saglig begrundet klage, som automatisk tillægges opsættende virkning. Som forslaget læses, vil ordregiver blive pålagt hele risikoen for klagers mere eller mindre uberettigede klage. Hvilke omkostninger – udover et sagsgebyr – skal det have for klager at fremsende en sådan klage?

#### Indførelse af klagefrister

De i dag manglende klagefrister har medført en i princippet usikker tilværelse for ordregiver og den vindende tilbudsgiver. 6 måneders-klagefristen fra offentliggørelse af kontraktindgåelse i EU-tidende synes dog stadig at være uforholdsmæssig lang tid.

Både ordregiver og den vindende tilbudsgiver vil som oftest pådrage sig store irreversible omkostninger allerede inden for det første halve år af en kontrakts levetid. Klagefristen på 6 måneder bør derfor nedsættes til fx 3 eller 4 måneder, idet det må lægges til grund, at

forbigåede tilbudsgivere trods alt har en forpligtelse til hurtigst muligt at finde ud af, hvorvidt man vil gøre brug af sin klageadgang. En tilbudsgiver bør med andre ord være forpligtet til aktivt at skulle tage stilling til, om man ønsker at klage.

Indførelsen af en 30-dages klagefrist i forbindelse med (manglende) prækvalifikation må antages at få den konsekvens, at mange ordregivere vil afvente udløbet af denne frist, før tilbudsfasen igangsættes. 30-dages fristen synes dog at være rimelig.

Derimod synes det ikke at være hensigtsmæssigt at lade Konkurrencestyrelsen få en tidsubegrænset klageadgang. Derved vil en klager, der ikke har overholdt sin egen klagefrist i princippet bare kunne klage til Klagenævnet "via" Konkurrencestyrelsen. Det bør som minimum tilføjes i § 7, stk. 5, at Konkurrencestyrelsens tidsubegrænsede klageadgang kun gælder i de tilfælde, hvor der er tale om "grove" overtrædelser.

-----

Det er KS' forhåbning, at ovenstående bemærkninger vil blive taget i betragtning ved endelig udarbejdelse af lovforslag.



Ref LAC  
Dato 27. november 2009  
Side 1 af 5



**Landbrug & Fødevarer**

Axelborg, Axeltorv 3  
DK 1609 København V

T +45 3339 4000  
F +45 3339 4141  
E info@lf.dk  
W www.lf.dk

CVR DK 25 52 95 29

Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Att.: Carina Risvig Hansen  
E-mail: [crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk)

## Høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Landbrug & Fødevarer (L&F) takker for modtagelse af ovennævnte høring.

### Håndhævelsen af Udbudsreglerne

L&F er positiv overfor, at de foreslåede bestemmelser til implementering af kontroldirektivet medfører en væsentlig forbedring af effektiviteten i håndhævelsen af udbudsreglerne, herunder at procedurerne for klage i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter også bliver forbedret og mere effektfulde som følge af bestemmelserne i lovforslaget.

For L&F er det væsentligt, at der arbejdes for at skabe de nødvendige rammer for at sikre en lige, fri og effektiv konkurrence af offentlige indkøb, for herved at realisere idéerne bag og potentialet i EU's indre marked. L&F mener, at de nye håndhævelsesregler bidrager til at sikre dette.

Overordnet mener L&F, at sanktionerne ved overtrædelse af udbudsreglerne skal være både proportionelle og afskrækkende for at sikre ovennævnte effektivitetsgevinster. Dog er det også vigtigt med balancerede regler, der i et eller andet omfang tager højde for ordregiverens situation, således at ordregiverne ikke afskrækkes fuldstændigt fra at udsætte deres opgaver i konkurrence.

L&F har herefter følgende bemærkninger til de enkelte bestemmelser i lovforslaget.

### Underretning og standstill-periode m.v., kap. 2

#### § 2, stk. 2

L&F er positiv overfor, at der stilles større krav til ordregiverens underretningspligt i forhold til de berørte ansøgere og berørte tilbudsgivere, og at kravene til ordregiverens redegørelse og begrundelse for de trufne beslutninger også er udvidet. Dette er således den eneste måde, hvorpå de involverede virksomheder kan opnå tiltrækkeligt grundlag for at vurdere, om der er grundlag for at klage over de trufne beslutninger.

Det er derfor også væsentligt, at det ikke kommer virksomheden til skade, hvis denne ikke får klaget over en beslutning inden for de tidsfrister, som lovforslaget fastlægger, hvis det kan påvises, at den manglende eller forsinkede klage alene skyldes den manglende underretning og mangelfulde redegørelse.

Det ville være hensigtsmæssigt, hvis dette fremgik af lovbemærkningerne, således at klagenævnspraksis kan indrette sig herefter.



L&F finder set hensigtsmæssigt, at standstill-perioden – i lighed med kontroldirektiverne - er afhængig af ordregiverens valg af kommunikationsmiddel. Dog finder L&F, at det bør overvejes, om de angivne frister er tilstrækkelige lange.

Et udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsdirektivet har typisk en sådan volumen og kompleksitet, at det kan være overordentligt vanskeligt for tilbudsgivere at bedømme ordregiverens beslutning samt det tilbuddet fra den tilbudsgiver, som ifølge beslutningen skal have tildelt kontrakten.

Det følger af kontroldirektivet, at formålet med standstill-perioden er at give tilbudsgiverne mulighed for at kunne vurdere ordregiverens beslutning og grundlaget for denne, således at de forbigåede tilbudsgivere sikres tilstrækkelig mulighed for at klage over beslutningen. Dette formål kan dog i flere tilfælde synes vanskeligt at opnå, hvis ikke fristerne er tilstrækkeligt lange. L&F mener på den baggrund, at de foreslåede frister for standstill-perioden burde være 5 dage længere, så perioden bør fastsættes til 15 dage for de underretninger, der er sket pr. telefaks eller ad elektronisk vej og 20 dage for de underretninger, der er sket pr. brev.

L&F er i øvrigt positiv overfor, at der er sket en indskrænkning af undtagelserne i § 3, stk. 2 i forhold til de gældende danske regler, så man herved har undladt at indføre en undtagelse fra standstill-perioden i de tilfælde, hvor kontrakten tildes ved anvendelse af en elektronisk auktion.

### **Klageberettigelse og indbringelse for domstolene, kap. 3**

L&F er positiv overfor, at Klagenævnet for Udbud med forslaget bliver obligatorisk 1. instans i klagesagerne som foreslået. Dette må formodes at sikre en så hurtig sagsproces som muligt i sagerne, som kan have stor økonomisk værdi og betydning for både ordregiver og tilbudsgiverne.

#### **§ 6**

For så vidt angår klageberettigede organisationer i andre medlemsstater i Den Europæiske Union (§ 6, stk. 1, nr. 4) mener L&F, at det er vigtigt, at organisationer i EFTA-landene (f.eks. Norge) også opnår klageberettigelse i samme omfang.

#### **§ 7**

Det fremgår af lovforslaget, at de præklusive frister ikke gælder for Konkurrencestyrelsen (7, stk. 5), der således kan indbringe en klage efter udløbet af prækvalifikationsfristen. L&F mener dog, at de præklusive frister heller ikke bør gælde for de organisationer, der er tillagt klageret, således at det sikres, at principielle spørgsmål i relation til udbudene også kan og vil blive behandlet efter udløbet af den præklusive frist. Behandlingen af principielle spørgsmål er således vigtig bl.a. af hensyn til skabelsen af fremtidig retspraksis, hvilket både ordregivere, virksomhederne og Klagenævnet har behov for.

### **Klagenævnet for Udbuds organisation m.v., kap. 4**

L&F har ingen bemærkninger til de foreslåede bestemmelser i dette kapitel. L&F vil dog på dette sted understrege vigtigheden af, at Klagenævnet for Udbud får tilført yderligere og tilstrækkelige ressourcer, så det er muligt for Klagenævnet at opfylde sin rolle og udføre de opgaver, som lovforslaget tillægger nævnet.

Det er således en afgørende forudsætning for at sikre en effektiv, hurtig og saglig håndhævelse af udbudsreglerne, at Klagenævnet fungerer og er i stand til at løse sine opgaver i overensstemmelse med lovens bestemmelser og hensigt.





## Reaktions- og sanktionsmuligheder, kap. 5

### § 12

L&F er positiv overfor, at en klage indgivet i standstill-perioden automatisk opnår opsættende virkning. L&F finder det også hensigtsmæssigt, at området for automatisk opsættende virkning af en klage i standstill-perioden er bredere end i kontroldirektiverne, som anført i lovbemærkningerne.

Som bemærket ovenfor har det stor økonomisk værdi og betydning for ordregiver og den antagne tilbudsgiver, om en kontrakt kan indgås og parterne kan agere i overensstemmelse hermed, eller om en klage efter Klagenævnets beslutning skal have yderligere opsættende virkning (§12, stk. 3). L&F havde derfor gerne set, at fristen for Klagenævnets afgørelse om yderligere opsættende virkning havde været kortere end de 30 dage. En frist på 20 dage havde været mere hensigtsmæssig og det er L&F opfattelse, at denne frist fortsat ville kunne skabe den balance i reglerne, som er nævnt i lovbemærkningerne.

### § 14

For så vidt angår den foreslåede erstatningsbestemmelse i § 14, finder L&F det mest hensigtsmæssigt, hvis man i forbindelse med indførelsen af erstatningsbestemmelsen vedrørende forsyningsdirektivet også i § 14, stk. 1 skabte hjemmel til den samme lempelige bevisbyrde for andre udbud, der ikke er omfattet af forsyningsdirektivet. Dette ville skabe mere harmoni i reglerne, og der synes ikke at være nogen god grund til ikke at skabe samme mulighed for at opnå erstatning for de virksomheder, der indgiver tilbud på andre områder end under forsyningsdirektivet.

### § 16 m.fl.

L&F ser positivt på, at det fremover vil være muligt at erklære aftale for uden virkning i overensstemmelse med kontroldirektivernes bestemmelser. L&F mener også, at de foreslåede bestemmelser overordnet gennemfører bestemmelserne i dansk ret på en hensigtsmæssig måde.

### § 16

L&F mener dog, at der kan være gode grunde til at erklære et udbud eller ordregivers tildelingsbeslutning for uvirksomt, hvis Klagenævnet når frem til at udbuddet eller tildelingsbeslutningen er ulovlig, og Klagenævnet derfor annullerer denne. Det bør derfor overvejes, om denne mulighed bør indføres i den endelige lov.

### § 18

Det fremgår af § 18, stk. 1, at uden virkning sanktionen kan anvendes bagudrettet, hvis leverancerne kan tilbageleveres i væsentlig samme stand. L&F er enig i, at denne sanktion må antages at være mest relevant i forhold til varer. Og L&F finder det hensigtsmæssigt, at lovbemærkningerne i relation hertil giver fortolkningsbidrag til, hvornår en vare må anses for at være i væsentlig samme stand. Det findes dog uhensigtsmæssigt, at lovbemærkningerne ikke giver fortolkningsbidrag til at fastlægge begrebet "i væsentlig samme stand" i relation til tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder. L&F mener, at det bør overvejes at indføre sådanne fortolkningsbidrag.

I lovbemærkningerne til § 18, stk. 1 fremgår også, at det forhold "at en kontrakt må anses for uden virkning udelukker ikke, at den leverandør, der har indgået en kontrakt, som bringes til ophør som følge af, at kontrakten erklæres for uden virkning, i visse tilfælde kan få erstatning fra ordregiveren, hvis dansk rets almindelige betingelser or erstatning er opfyldt". Ordene "i visse tilfælde" kan indikere en indskrænkende fortolkning i relation til muligheden for at opnå erstatningen. Det bør være



klart at der er mulighed for at opnå erstatning i alle tilfælde, hvor de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Derfor bør ordene "*i visse tilfælde*" fjernes fra ovennævnte ordlyd.

I relation til forslagets § 18, stk. 2 fremgår det, at "*væsentlige hensyn til almenhedens hensyn kan gøre det nødvendigt at opretholde kontrakten*". L&F mener, at det ville skabe bedre gennemsigtighed, hvis lovbemærkningerne til denne bestemmelse hjalp til med at fastlægge fortolkningen og forståelsen af begrebet "*almenhedens interesser*". L&F opfordrer derfor til, at kommentarer herom indføres i lovbemærkningerne.

#### **Økonomiske sanktioner og bøder, kap. 6**

##### § 19

I lovbemærkningerne til § 19, stk. 2 fremgår det, at der ikke gælder en øvre grænse for de økonomiske sanktioner, der sker indenfor en periode på 5 år regnet fra den sidste foretagne overtrædelse – altså ved gentagne overtrædelser af udbudsreglerne inden for denne periode. L&F mener, at dette er både en hensigtsmæssig og rimelig retsstilling. Det er dog uklart hvornår de gentagne overtrædelser "tæller med" i denne vurdering og ved mulighed for at anvende en skærpet sanktion. Det ville derfor være hensigtsmæssigt, hvis lovbemærkningerne beskrev dette tydeligere, samt forholdt sig til afgrænsningen af ansvarsobjektet, samt om det kræver en endelig dom over den ansvarlige ordregiver, inden overtrædelsen indgår i den omhandlede sanktionsbedømmelse.

#### **Ikrafttrædelse m.v., kap. 8**

##### § 25

Det fremgår af forslaget, at klager, der inden lovens ikrafttræden (1. juli 2010) er indbragt for Klagenævnet for Udbud, færdigbehandles efter gældende regler.

Kontrol direktivet, foreskriver at det skulle have været implementeret i national ret senest den 20. december 2009. Dette rejser spørgsmålet, hvilken retsstilling parterne har i den mellemliggende periode frem til lovens ikrafttrædelsestidspunkt. Kan tilbudsgivere støtte ret på Kontrol direktivets håndhævelsesmuligheder i perioden fra den 20. december 2009 til lovens ikrafttræden den 1. juli 2010? Dette er uklart og bør præciseres entydigt i lovbemærkningerne.

Derudover bør det præciseres i lovbemærkningerne, at overtrædelse af udbudsreglerne naturligvis skal vurderes efter de materielle håndhævelsesregler, der var gældende på tidspunktet for overtrædelsen.

#### **L&F's Yderligere kommentarer**

##### Håndhævelse tidligere i processen

Såfremt en ordregiver bliver gjort opmærksom på uklare og urimelige vilkår tidligt tidligt i udbudsprocessen, vil det erfaringsvist skabe bedre mulighed for at løse op for procesen og problematiske forhold gennem en konstruktiv dialog med ordregiver.

Tilbudsgivere kan klage til Konkurrencestyrelsen forud for kontraktens underskrivelse. Styrelsen har i dette tilfælde kompetence til at kontakte udbyderen med det formål at undersøge sagen og komme med et forslag til løsning af det problem, som har givet anledning til klagen. Dette er et middel, der kan føre til, at udbuddet bliver rettet op og gjort lovligt.

L&F bemærker vigtigheden af, at Konkurrencestyrelsen øger denne indsats i klagesager, hvor der er grund til at tro, at udbudsreglerne ikke er overholdt. Dette vil således i høj grad medvirke til en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne



#### Behov for bedre muligheder for at rejse erstatningskrav

Det kan ofte vise sig vanskeligt for en tilbudsgiver at løfte bevisbyrden for et erstatningskrav, fordi det kan være overordentligt vanskeligt at skaffe det fornødne bevismateriale, idet dette ofte henlægges hos ordregiver. Det er derfor vigtigt at præcisere, at Klagenævnet for Udbud skal hjælpe med til at fremskaffe de nødvendige oplysninger, hvis det er umuligt eller meget svært for klager at løfte bevisbyrden som følge af dette manglende bevismateriale. Dette er også fast praksis for så vidt angår EF-domstolens behandling af udbudssager. Samtidig bør det præciseres, at det i overensstemmelse med den almindelige civilret bør få processuel skadevirkning, hvis ordregiver ikke kan dokumentere forløbet af en udbudsforretning og grundlaget for den trufne tildelingsbeslutning.

#### Afklaring af praksis i forhold til annullation i stand-still

L&F er bekendt med, at Klagenævnet for Udbud den 4. august 2009 afsagde en kendelse, hvor Klagenævnet af egen drift behandlede spørgsmålet om, hvorvidt en ordregivende myndighed er berettiget til at omgøre en tildelingsbeslutning, som er meddelt tilbudsgiverne, f.eks. hvis ordregiver indenfor stand-still perioden bliver gjort opmærksom på, at den har begået en fejl, som har medført, at ordren er blevet tildelt den forkerte tilbudsgiver.

Hvis en ordregivende myndighed bliver opmærksom på, at den ved en fejl har besluttet at tildele ordren til den forkerte tilbudsgiver, har den ifølge Klagenævnets praksis alene mulighed for at annullere udbuddet som helhed og gennemføre et nyt udbud. L&F mener, at det vil være uhensigtsmæssigt og unødigt omkostningstungt for alle parter, hvis alle udbud skal gå om, fordi den ordregivende myndighed ikke i stand-still perioden har mulighed for at ændre trufne beslutninger, for herved at sikre, at ordren tildeles den tilbudsgiver, som er den retmæssige vinder af udbuddet.

Det ville være hensigtsmæssigt, hvis Konkurrencestyrelsen vurderede og kommenterede på denne problemstilling i forhold til EU's udbudsregler.

#### Vejledning om de nye håndhævelsesmuligheder mv.

Det nye lovforslag om håndhævelse af udbudsreglerne omfatter omfattende ændringer af gældende ret, og bestemmelserne vil formentlig opleves som vanskelige for både ordregivere og virksomheder. L&F mener derfor, at det er vigtigt og hensigtsmæssigt, hvis Konkurrencestyrelsen udarbejder en vejledning om de nye muligheder for en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Vejledningen bør målrettes mod såvel ordregivere som tilbudsgivere.

Med venlig hilsen

Lars Brondt Christensen

Advokat / Erhvervspolitisk konsulent



## Høringssvar vedrørende forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

### 1. Generelle bemærkninger

Vi er overordnet set tilfredse, med at Kontrolloven nu implementeres i dansk ret og at Konkurrencestyrelsen ved samme lejlighed har udarbejdet en ny opdateret lov.

Loven er umiddelbart vanskelig at læse med et stort antal henvisninger. Det forekommer uhensigtsmæssigt, at en række begreber som eksempelvis "uden virkning" allerede anvendes i § 4, men først beskrives nærmere i §§ 16 – 18.

Vi synes også det er ærgerligt, at Konkurrencestyrelsen har valgt en kort høringsperiode, og at orienteringsmødet blev afholdt med et ultrakort varsel. Vi har også bemærket, at høringsprocessen ikke er omtalt eller annonceret på Konkurrencestyrelsens hjemmeside. Lovforslaget har mange konsekvenser for planlægning og udførelse af offentlige indkøb fremover, og det vil være hensigtsmæssigt, hvis så mange så muligt fik lejlighed at komme med høringssvar.

### 2. Specifikke bemærkninger

I det følgende har vi angivet en række konkrete bemærkninger.

Henvisning	Bemærkning
§ 2 stk. 1	Umiddelbart uoverensstemmelse mellem berørte ansøgere og tilbudsgiver og så begrebet i Udbudsdirektivets art. 41 stk. 2, hvor underretning om tildeling er begrænset til alle tilbudsgivere, der har afgivet antagelig bud. Berørte må opfattes som alle, også dem der har afgivet ikke antagelige bud. Det forekommer ikke hensigtsmæssigt at tilbudsgiver, hvis tilbud ikke er antageligt (manglende konditionsmæssighed), skal underrettes direkte om tildelingsbeslutning, annullering m.v.
§ 2 stk. 1	Det forekommer uhensigtsmæssigt, hvis der stilles krav om offentliggørelse af, hvem der er prækvalificeret, da konkurrencefeltet hermed afsløres.
§ 2 stk. 2	Uklart om det er nok i forhold til redegørelsesforpligtelsen i forslagets § 2 stk. 2 at skrive, at en anmoder ikke er prækvalificeret jf. Udbudsdirektivets art. 41 stk. 2.
§ 4	Godt at øge gennemsigtigheden, men kan måske misbruges, da der ikke er lagt op en kontrol af ordregivers egen vurdering og 10 kalenderdage er kort tid for en eventuel anden virksomhed til både at se bekendtgørelsen

**Slettet:** F:\IMM\P1500 - Juridiske spørgsmål og IMMs holdninger\10 - kontrollov implementering\Høringssvar endelig.doc

**Slettet:** 27-11-2009

**Slettet:** 10:25

	og reagere på den.
§ 7 stk. 1	Det forekommer uhensigtsmæssigt, at det ikke også gælder for de såkaldte "annonceringsudbud".
§ 7 stk. 2 nr. 1	<p>Godt at indføre frister, så der ikke i evighed kan klages. I bestemmelsen fremgår det, at det er bekendtgørelse om indgået kontrakt, der er udgangspunktet for fristen. Det forekommer ikke hensigtsmæssigt, at der ikke er taget stilling til de udbud, der aflyses eller annulleres. Her afsendes typisk ikke en bekendtgørelse om indgået kontrakt.</p> <p>Samtidig mangler der i lovforslaget og/eller bemærkningerne en afklaring af, hvordan ordregiver skal forholde sig, hvis der indgives en klage indenfor de 30 dage. Typisk er udbudsmaterialet udsendt og de prækvalificerede i gang med at udarbejde tilbud på dette tidspunkt.</p>
§ 7 stk. 2 nr. 2	Forslaget retter sig kun mod kontrakter med genåbning af konkurrencen. Da der er mange kontrakter, som tildeles direkte uden genåbning af konkurrence, for eksempel på SKIs rammeaftaler, er der behov for en øget gennemsigtighed og tilhørende klagemuligheder på dette område.
§ 7 stk. 6	Det forekommer ikke hensigtsmæssigt, at rammeaftaler er undtaget, da den konkrete udmøntning af rammeaftaler, som jo er dem der skal vise eventuelle overtrædelser, skal være påklaget indenfor 30 dage.
§ 10 stk. 2	Det er positivt med en effektivisering af klagesagerne, men forslaget stiller krav til formandskabets viden om indkøb og merkantile forhold, som måske bliver svære at efterleve.
§ 13 stk. 2 nr. 1	Det bør fremgå, hvad der skal forstås ved "suspendere ordregivers udbudsprocedure...." Er der en tidsmæssig begrænsning af, hvor længe proceduren kan være suspenderet, og hvornår i et udbudsforløb dette kan anvendes?
§ 17 stk. 1 nr. 3	Forslaget retter sig kun mod kontrakter med genåbning af konkurrencen. Da der er mange kontrakter, som tildeles direkte uden genåbning af konkurrence, for eksempel på SKIs rammeaftaler, er der behov for tilstrækkeligt præventive virkemidler. Det forekommer heller ikke hensigtsmæssigt, at det kun er kontrakter, der overstiger tærskelværdierne, der i givet fald rammes. Systematiske overtrædelser med mindre beløb bør også kunne rammes.
§ 17 stk. 3 nr. 2	Det forekommer ikke hensigtsmæssigt, hvis bestemmelsen skal forstås således, at det er ordregivers egen vurdering, der ligger til grund for sanktionen. Ordregivers incitament til at påpege fejl er svært at få øje på.

§ 18 stk.2	Det ville være hensigtsmæssigt, hvis Konkurrencestyrelsen som ressortmyndighed i bemærkningerne ville uddybe en forventet forståelse af ”væsentlige hensyn til almenhedens interesser”, også selvom det ikke er nærmere beskrevet i kontroldirektivet.
§ 22 stk. 2	Det bør fremgå, hvornår forældelsesfristen regnes fra.
Bemærkningerne til § 19, model for bøder	En på forhånd fastlagt model for bødeberegning skaber gennemsigtighed, men den gennemsigtighed kan også være en ulempe, hvis den bruges til at vurdere, hvorvidt det kan ”betale sig” at overtræde reglerne. Det kunne derfor være en fordel, hvis straffen ikke var kendt på forhånd.





Konkurrencestyrelsen  
Nyropsgade 30  
1780 København K  
Att.: Fuldmægtig Carina Risvig Hansen



Sendes pr. e-post: [crh@ks.dk](mailto:crh@ks.dk) og [kbn@ks.dk](mailto:kbn@ks.dk)

**Høring over lovforslag om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. – J.nr. 4/0404-8800-0020**

Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling har den 10. november 2009 modtaget ovenstående høring fra Konkurrencestyrelsen.

Ministeriet har følgende bemærkninger:

**Vedrørende underretning, § 2 og § 4**

I henhold til udbudsdirektivets artikel 41 og bek. nr. 588 af 12. juni 2006 fremgår det, at ordregiver har pligt til hurtigst muligt at underrette ansøgere og tilbudsgivere om, hvilken aftale der er truffet. Konkurrencestyrelsen har i årenes løb udtalt, at der med denne formulering ikke er pligt for ordregiver til at underrette såvel ansøgere som tilbudsgivere til i samme udbudsforretning om tildelingsbeslutningen, men at det alene er tilbudsgiverne, der skal underrettes om udbudsforrettningens endelige resultat. Det har været tilkendegivet, at formuleringerne alene har taget afsæt i det forhold, at bestemmelsen skal kunne rumme samtlige udbudsformer, herunder også det offentlige udbud, hvor der er sammenfald mellem ansøger og tilbudsgiver.

Det fremgår ikke tydeligt af bemærkningerne til lovforslagets § 2, hvorvidt der sker en ændring af denne gældende retstilstand, eller om der fremover ved udbudsforrettningens afslutning også skal ske underretning til tidligere ansøgere om tildelingsresultatet, hvilket vil indebære en øget administrativ byrde for ordregiverne.

Med hensyn til selve indholdet af begrundelsen fremgår det af lovbemærkningerne, at der er tale om en udvidelse af gældende ret. Det forekommer dog fortsat uklart, hvad der indholdsmæssigt nærmere skal leveres af ordregiver for at opfylde de nye krav om en ”redegørelse for relevante grunde for beslutningen”. Det ville af hensyn til den administrative varetagelse af udbudsreglerne være hensigtsmæssigt med en nærmere eksemplificering af bestemmelsens materielle indhold.

Af § 4 fremgår det, at en ordregiver kan undgå at blive mødt med en ”uden virkning” indsigtelse, såfremt denne har annonceret i EU-tidende om kommende ind-

27. november 2009

**Ministeriet for Videnskab  
Teknologi og Udvikling**

Bredgade 43  
1260 København K  
Telefon 3392 9700  
Telefax 3332 3501  
E-post [vtu@vtu.dk](mailto:vtu@vtu.dk)  
Netsted [www.vtu.dk](http://www.vtu.dk)  
CVR-nr. 1680 5408

Sagsbehandler  
Marianne Jøker Thorsen  
Telefon 3395 5243  
Telefax 7226 5546  
E-post [mjt@vtu.dk](mailto:mjt@vtu.dk)

Sagsnr. 06-008903  
Dok nr. 1135515  
Side 1/2

køb, såfremt ordregiver er i tvivl om, hvorvidt et indkøb er omfattet af udbudspligt. Det forekommer uklart, hvorledes denne bestemmelse skal forstås i relation til tilbudslovens annonceringsregler for opgaver under udbudsdirektivets tærskelværdi m.v. samt udbud undtaget fra tilbudslovens bagatelgrænse.

### **Vedrørende præklusive klagefrister for rammeaftaler, § 7**

For så vidt angår bestemmelserne om klagefrister i § 7 læser ministeriet de foreslåede ændringer således, at ved rammeaftaler, hvor samtlige vilkår er fastlagt på forhånd, og hvor konkurrencen ikke åbnes på ny fx via et miniudbud, vil tilbudsgiver ikke blive fanget af en frist for indgivelse af klage. Ministeriet finder ikke, at disse rammeaftaler, hvor alle vilkår er fastlagt, og hvor tilbudsgiver er bekendt hermed ved kontraktindgåelsestidspunktet, adskiller sig fra andre gensidigt byrdende kontrakter, hvor tidspunktet og mængden af aftrækket på rammekontrakten er uvist på aftaleindgåelsestidspunktet. Hyppigt vil sædvanlige kontrakter med fx optioner også indeholde usikkerhed med hensyn til ydelser samt tidsmæssige store forskydninger fra aftaleindgåelsestidspunktet til ydelsen skal erlægges. Tvister vedrørende en ordregivers aftræk på en rammeaftale i form af bestilling af en ydelse hos en økonomisk aktør vedrører i udgangspunktet kontraktfortolkning og ikke et udbudsretligt spørgsmål. Tilbudsgivers eventuelle indvendinger mod udbudsforretningens gennemførelse vil således kunne behandles umiddelbart efter aftaleindgåelsen, da rammeaftalens løbetid ikke ændrer noget for så vidt angår de udbudsprocessuelle forhold. Det foreslås derfor, at rammeaftaler, hvor alle vilkår er fastlagt, bliver underkastet samme regler vedr. klagefrister som øvrige kontrakter, såfremt kontrol direktivet ikke er til hinder herfor.

Ministeriet for Videnskab  
Teknologi og Udvikling

Side 2/2

Med venlig hilsen

Marianne Jøker Thorsen  
Chefkonsulent



Hovedcentret

IT  
Styring og aftaler

Konkurrencestyrelsen  
Carina Risvig Hansen

27. november 2009

J.nr. 09-007993

## Bemærkninger til høring over forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

I forbindelse med høring over forslag til nævnte lov, har SKAT følgende bemærkninger:

- Hvilke krav stilles til den klage, der bliver indgivet i standstill perioden?
- I forhold til en klage, der indgives indenfor standstill perioden, som får automatisk opsættende virkning, bør denne klage konkretisere en mistanke om fejl fra ordregivers side
- Ved f.eks. et udbud af en konsulent-undersøgelse med en varighed på 3 måneder, vil 10 dages standstill samt potentielt 30 dages automatisk "opsættende" virkning være katastrofalt for ordregiver. Hvordan sikres det, at en tilbudsgiver ikke kan indgive en klage som ren chikane
- Foretager KLFU en realitets behandling af klagen i den 30 dages "opsættende virkningsperiode"?
- Der bør være en begrundelse for at opnå opsættende virkning efter standstill periodens udløb. SKAT finder, at der i direktivet er krav om, at der ved klage over ordregivers tildelingsbeslutning skal gives automatisk opsættende virkning, men ikke herudover.
- Hvilke eksempler kan gives på "væsentlige hensyn til almenhedens interesser", der kan begrunde, at kontrakten bør opretholdes, jf. § 18, stk. 2 - og ikke erklæres uden virkning, jf. § 17, stk. 1?
- Hvordan ses f.eks. SKAT som myndighed ved sammenlægningen med Departementet i forhold til gentagne brud på udbudsreglerne?
- Opgøres den økonomiske sanktion indenfor fejl på den enkelte aftale eller indenfor samme myndighed?  
Hvordan defineres "fornyset overtrædelse" i forhold til, at den økonomiske sanktion kan forhøjes med 20 % ved gentagne overtrædelser? Er den gentagne overtrædelse en lignende overtrædelse, eller er det ny overtrædelse fra samme myndighed?

- Der stilles i kontroldirektiverne krav om, at en eventuel frist for klager over ordregiverens beslutning i forbindelse med prækvalifikation som minimum skal fastsættes til 10-15 dage. Man har valgt at give en potentiel klager 30 dage til at træffe beslutning om, hvorvidt der skal indgives klage over prækvalifikation i forbindelse med f.eks. et begrænset udbud. SKAT finder, at 10-15 dage bør være tilstrækkelig tid for tilbudsgiver til at tage stilling om der skal indgives en klage.
- Mht. Klagenævnets funktion og opbygning: Det juridiske medlem bør i sager, hvor sanktionen er "uden virkning" kunne nedstemme de sagskyn- dige i relation til den juridiske fortolkning af EU-udbudsregler, og ikke omvendt, som det vil være tilfældet med de nye regler.
- SKAT antager, at perioden på op til 30 dage for at opnå opsættende virk- ning stopper efter KLFU har taget stilling til spørgsmålet opsættende virkning.
- Hvordan skal en offentlig myndighed agere i forhold til, at direktivet skulle have været implementeret senest 20. december 2009, når den dan- ske lov først træder i kraft den 1. juli 2010.  
Kan vi blive mødt med et krav fra en tilbudsgiver, der har indgivet klage i standstill perioden om, at kontrakten skal erklæres uden virkning på trods af, at DK først implementerer denne ændring d. 1. juli 2010?
- Generelt er Danmark langt fremme i forhold til opfyldelsen af EU's ud- budsregler, men SKAT ser dette lovforslag som en overfortolkning af de krav, der stilles i direktivet. Udbudsreglernes overholdelse bør stilles i rimeligt forhold til, hvad der i en udbudsprocedure er praktisk muligt.

Med venlig hilsen

Lene Willer Svendsen

Lene.Svendsen@skat.dk  
Direkte telefon 72373386



Statens & Kommunernes  
Indkøbs Service A/S  
Zapp-Indkøbscenter  
Nordre Brøge 39  
DK-2300 København S

Telefon: +45 70 42 70 00  
Fax: +45 33 91 41 44  
E-mail: ski@skis.dk  
www.ski.dk  
CVR-nr. 291174224/9

**Konkurrencestyrelsen**  
Att.: Carina Risvig Hansen  
Nyropsgade 30  
1780 København V

27. november 2009

## Hørings svar til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne

Med henvisning til jeres skrivelse af 10. november 2009 med vedlagte lovforslag og bemærkninger til lovforslag, samt vores møde hos jer d. 22. november 2009 giver vi i nedenstående vores bemærkninger og forslag til ændringer til og præciseringer af det fremsendte lovforslag.

### Underretning og standstill-periode

#### §2

Vedr. stk. 2 vil vi stille forslag om, at Konkurrencestyrelsen i bemærkningerne til lovforslaget giver yderligere uddybende eksempler på indholdet af Ordregivers redegørelse for, hvorfor et tilbud er blevet forkastet.

*Eksempelvis:*

- at forkastet tilbudsgiver skal have oplyst sin relative placering i forhold til andre tilbudsgivere pr. delkriterie
- at specifikke minimumskrav og udvælgelseskriterier ikke er opfyldt
- at specifikke formkrav og tidsfrister ikke er overholdt

Vi anbefaler også, at det specifikt nævnes, at vindende tilbudsgiver(e) skal oplyses af ordregiver.

#### §3

Vedr. stk. 2 noterer SKI sig med tilfredshed, at fleksibiliteten i miniudbud opretholdes, ved at der gives mulighed for at gennemføre miniudbud uden standstill periode.

## Klageberettigede og indbringelse for domstolene

### §7

Vedr. stk. 2-5 er SKI enig i de præklusive frister, som fremgår af lovforslaget, idet vi finder, at der er god balance imellem ordregivers behov for at gennemføre udbuddet uden urimeligt lange afbrydelser og tilbudsgivers muligheder for at vurdere, om der er grundlag for en klage.

Vedr. stk. 6 vil SKI indstille, at Konkurrencestyrelsen også giver en præklusiv frist på f.eks. 6 måneder fra datoen for rammeaftalens ikrafttrædelse. Det er vores oplevelse, at de forhold som måtte give anledning til klage på en rammeaftale afdækkes indenfor de første 6 måneder.

Vi er enige i, at Konkurrencestyrelsen i hele rammeaftalens gyldighedsperiode kan indgive klager.

## Reaktions- og sanktionsmuligheder

### §13

Vedr. stk. 2 litra 4. Vi foreslår, at det udgår af lovtæksten, at en kontrakt kan bringes **delvist** til ophør. Således at en kontrakt via påbud kun kan bringes helt til ophør. Vi vil foreslå en model, hvor ordregiver pålægges, at leverancer under en kontrakt, som bliver erklæret uden virkning, efter en given tidsfrist skal bringes til ophør.

### §16

Vedr. stk. 2. Vi foreslår, at Konkurrencestyrelsen i lovtækt og bemærkninger bliver mere specifikke omkring, hvilke særlige fællesskabsretslige forhold der her tænkes på. Som det også fremgår af bemærkningerne, er bestemmelsen ikke omfattet af kontroldirektiverne, og formuleringen i lovtæksten giver Klagenævnet ganske vide muligheder for at erklære en kontrakt for uden virkning. Eksempelvis er det ikke præciseret, om Klagenævnet kan udstede påbud på baggrund af egne påstande.

### §17

Vedr. stk. 1 litra 3. Vi mener, at Konkurrencestyrelsen her bør præcisere yderligere, hvilken type af fejl ordregiver kan begå i forhold til genåbning af konkurrencen under en rammekontrakt.

I bemærkningerne nævnes kun anvendelse af forkert tildelingskriterium. SKI foreslår, at eksemplerne udbygges med: manglende overholdelse af tidsfrister for miniudbud, anvendelse af andre delkriterier end angivet i rammeaftalen, manglende invitation til samtlige relevante tilbudsgivere.

Vedr. stk. 3 bør det præciseres, at de nævnte tilfælde også dækker, hvis ordregiver har benyttet en rammeaftale indgået af en indkøbscentral (som ordregiver var tilknyttet på tidspunktet for udbuddet af rammeaftalen). Det må være den 'samme målestok', der anvendes, uanset om det er en (ramme)aftale ordregiver selv har udbudt, eller om ordregiver benytter en rammeaftale udbudt af en indkøbscentral.


Med hensyn til følgende punkter kan der ikke henvises direkte til paragraffer i lovforslaget. Vi bringer dem i denne kontekst, fordi vi finder dem relevante

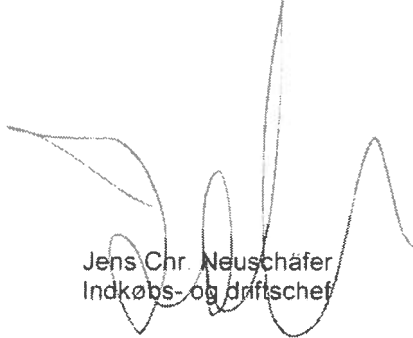
for Konkurrencestyrelsen at medtage i det videre arbejde med den praktiske implementering af lovforslaget.

1. Vi vil bede Konkurrencestyrelsen overveje, om opsættende virkning er grund nok til at ordregiver kan aflyse et udbud og gå i genudbud.
2. Vi vil opfordre til, at der tænkes i at etablere et system i Klagenævnet for Udbud, som vil medføre en mere effektiv afvisning af klagesager, som Klagenævnet ikke træffer afgørelse i.
3. SKI er af den opfattelse, at antallet af klagesager vil stige væsentligt mere end de 10% som er Konkurrencestyrelsens forventning. Vi forventer, ud fra erfaringer fra andre lande, at se en stor stigning i antallet af "chikane klager" fra tilbudsgivere, som på tilbudsstidspunktet ikke vurderes konkurrencedygtige.
4. I den forbindelse vil vi opfordre til, at gebyret for at oprette en klagesag hæves til f.eks. kr. 10.000, og at Klagenævnet for Udbud får mulighed for at idømme klager at betale hele eller dele af Ordregivers dokumenterede administrative omkostninger og advokatombudskostninger til at føre sagen, såfremt klager taber sagen.

Vi håber, at Konkurrencestyrelsen vil tage SKI's kommentarer og forslag i betragtning og står meget gerne til rådighed for yderligere uddybning af ovenstående.

Med venlig hilsen

  
Niels Frederiksen  
Direktør

  
Jens Chr. Neuschäfer  
Indkøbs- og driftschef





Ved e-mail af 11. november 2009 har Konkurrencestyrelsen anmodet om bemærkninger til høring af lovforslag om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Transportministeriet har modtaget følgende bemærkninger fra Vejdirektoratet:

I forhold til de gældende bestemmelser, der foreskriver en standstill-periode på 10 dage, foreslås der indført standstill-perioder på 10 og 15 dage for henholdsvis mail- og brevunderretning. Dette forekommer at være et skridt tilbage. Det foreslås derfor at have én frist - på 10 dage.

Det centrale - og nye - i lovforslaget er muligheden for/pligten til at erklære en kontrakt "uden virkning". Dette medfører ifølge bemærkningerne ikke, at "kontrakten som sådan falder bort, men kontrakten kan ikke lovligt udføres eller påberåbes af parterne". Kontraktparternes rettigheder og forpligtelser kan således i den forbindelse ikke længere håndhæves og opfyldes. Dette rejser spørgsmålet, hvilken særskilt retsvirkning et påbud i henhold til forslagets § 13, stk. 2, nr. 4) om helt eller delvist at bringe kontrakten til "ophør", vil have for parterne - eller andre. Dette fremgår ikke af tekst eller bemærkninger.

Det fremgår af bemærkningerne til § 18, at Ifølge kontroldirektiverne kan økonomiske interesser kun begrunde opretholdelse af kontrakten i de tilfælde, hvor det vil have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver erklæret for uden virkning, og at kontroldirektiverne ikke angiver nogen eksempler på, hvad der kan udgøre et væsentligt hensyn til almenhedens interesser. Det foreslås at eksemplificere eller udbygge bemærkningerne på dette punkt.

Venlig hilsen

**Anette Riel**  
Overassistent

**Transportministeriet**  
Ministry of Transport  
Direktionen  
Frederiksholmskanal 27 F  
DK-1220 København K

Telefon +45 33 92 43 52  
Telefax +45 33 38 14 38  
AR@TRM.dk  
www.trm.dk

