



## NOTAT

16. maj 2011

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

#### **1. Indledning**

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

De væsentligste bemærkninger fra de hørte parter til de enkelte emner i lovforslaget er gennemgået og kommenteret i høringsnotat, der blev fremsendt til Folketinget den 29. april 2011.

Efter høringsfristens udløb har Advokatrådet den 2. maj afgivet hørings svar. Advokatrådets bemærkninger blev gennemgået i supplerende høringsnotat, der blev fremsendt til Folketinget den 5. maj 2011.

Efterfølgende har Klagenævnet for Udbud og Dommerforeningen afgivet høringssvar. Høringssvarene gennemgås og kommenteres nedenfor.

#### **2. Generelle bemærkninger**

Klagenævnet for Udbud og Dommerforeningen tilslutter sig formålet med lovforslaget - at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenævnets ressourcer til håndhævelse af udbudsreglerne. Klagenævnet er imidlertid af den opfattelse, at det fremsatte lovforslag ikke er egnet til at sikre formålet, mens Dommerforeningen bemærker, at der ikke i lovforslagets bemærkninger er argumentation for, at der er behov for forslagens vidtgående ændringer.

Klagenævnet opfordrer til, at der foretages et grundigt udvalgsarbejde, før der gennemføres indgribende ændringer på området. Dommerforeningen finder, at sådanne ændringer ikke bør foretages uden grundig forberedelse med inddragelse af berørte myndigheder og interesseorganisationer.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at der er markant forskel på det udkast til lovforslag, de tidligere har kommenteret på og det forslag, der nu er fremsat.

Dommerforeningen beklager den meget korte høringsfrist henover påsken, som har medført, at høringen ikke har kunnet behandles på sædvanlig vis. Foreningen har afgivet hørings svar på baggrund af forslaget, der blev sendt i høring og påpeger, at der i det fremsatte lovforslag i en vis grad er taget højde for de rejste indvendinger, for så vidt angår officialprincippet.

**Kommentar:**

*Klagenævnet kan i dag tage påstande og forhold op af egen drift, som parterne ikke har gjort gældende. Det kan for det første medføre, at begge parter – både ordregiver og klager - efterfølgende må bruge økonomiske og administrative ressourcer på at forholde sig til de klagepunkter, Klagenævnet for Udbud har fremført. Klagesagen bliver dermed dyrere for både virksomhed og ordregiver. For det andet kan det betyde, at selve formålet med virksomhedens klage går tabt – eksempelvis hvis virksomhedens intention med at klage blot er at afhjælpe fejl ved kontrakttildelingen, mens klagenævnets udvidelse af klagen fører til, at hele udbuddet skal gå om.*

*For at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af ressourcerne i klagenævnet foreslås det derfor, at klagenævnet – på samme måde som domstolene i civile sager – alene kan tage stilling til de af parterne nedlagte påstande og alene kan tage stilling til de forhold, som er gjort gældende af parterne.*

*Herudover foreslås det, at sager fremover afgøres af et medlem af formandskabet og et sagkyndigt medlem, bl.a. for at sikre at den juridiske dommer ikke kan komme i mindretal. Endelig foreslås det, at det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, uden medvirken af sagkyndige kan træffe afgørelse i sager, der kan afgøres på skriftligt grundlag og ikke er af principiel karakter, hvilket bidrager til nedbringe sagsbehandlingstiden – til gavn for både virksomhed og ordregiver.*

*Disse forslag forventes at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af Klagenævnet for Udbuds ressourcer til at håndhæve udbudsreglerne, og dermed medvirker lovforslaget til at reducere de hindringer, der er for konkurrence om offentlige opgaver.*

*Forslaget skal ses i lyset af, at sagsbehandlingstiden ved Klagenævnet for Udbud er lang, og antallet af klager til klagenævnet stiger støt fra år til år. Antallet af afgjorte sager er således steget fra 47 i 2007 til 87 i 2010 og antallet af indkomne sager er i samme periode steget fra 58 til 182. Klagenævnet tager ikke-påklagede sagsforhold op af egen drift, hvilket vurderes at være en medvirkende årsag til et øget arbejds pres og en længere sagsbehandlingstid i nævnet.*

*Lovforslaget er et led i udmøntningen af Aftale om Konkurrencepakken af 11. april 2011 mellem regeringen og Dansk Folkeparti, Liberal Alliance og Kristendemokraterne, som har til formål at fremme konkurrencen og produktiviteten i den private og offentlige sektor. Økonomi- og Erhvervsministeriet finder på den baggrund ikke, at der er behov for et læn- gerevarende udvalgsarbejde om forslaget.*

*Som led i samme aftale tilføres klagenævnet flere ressourcer ved at hæve klagegebyret ved indgivelse af klager, og der vil blive indført resultatmål for sagsbehandlingstiden for klagenavnets sekretariat.*

### **3. Høringssvar til konkrete emner og kommentarer hertil**

Kommenteringen af høringssvaret vil ske med udgangspunkt i følgende overordnede opdeling:

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

#### **3.1. Justering af officialprincippet**

##### **3.1.1. Klagenævnet kan ikke tage spørgsmål op af egen drift (forhandlingsprincippet)**

Klagenævnet bemærker, at klagenævnet fremover vil være afskåret fra at tage spørgsmål op af egen drift, herunder spørgsmål om grove overtrædelser. Fx tilfælde, hvor der er grundlæggende fejl og mangler i udbudsmaterialet, som gør det uegnet som grundlag for en beslutning om tilde- ling af en kontrakt.

Ifølge klagenævnet er det omkostningsbesparende for alle, herunder for klagenævnet, at klagenævnet kan rejse nye påstande, der fører til, at kla- geren hæver sagen.

Klagenævnet finder desuden, at det må give anledning til overvejelser, at grove overtrædelser af udbudsreglerne kan gå upåtalet hen, fordi klageren ikke er kyndig i udbudsreglerne eller ikke har opdaget overtrædelserne.

Klagenævnet bemærker endvidere, at nævnet ikke rejser spørgsmål af egen drift, medmindre spørgsmålet er afgørende for sagens udfald.

Klagenævnet bemærker endelig, at det ikke forekommer klart, om klage- nævnets forpligtelse til ex officio at fastsætte, at en kontrakt er uden virk- ning/pålægge en økonomisk sanktion, fortsat opretholdes.

Dommerforeningen bemærker, at forhandlingsprincippet forudsætter, at parterne selv har formuleret deres påstande og anbringender og henviser til retsplejeloven, hvorefter der er krav om, at parterne i stævningen og

svarskrift skal formulere deres påstande og anbringender. Et sådant krav om, at indsendte klager skal formuleres som påstande og anbringender, findes ikke i håndhævelsesloven. Foreningen finder det derfor betænkeligt at knytte afgørende retsvirkninger hertil.

### **Kommentar**

*Klagenævnet kan i dag tage påstande og forhold op af egen drift, som parterne ikke har gjort gældende. Med lovforslaget foreslås det, at klagenævnet ikke kan træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller de retlige og faktiske forhold, som parterne har gjort gældende. Dette svarer til, det der gælder for de almindelige domstole i civile sager. Forslaget forventes samlet set at være ressourcebesparende – både økonomisk og administrativt – for såvel ordregiver som for klager. Fremover vil parterne således ikke skulle forholde sig til påstande udover de problemstillinger, der er afgrænset i klagen. Samtidig medvirker forslaget til at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af ressourcerne i Klagenævnet for Udbud og nedbringe sagsbehandlingstiden.*

*Forslaget indebærer, at også når det gælder grove overtrædelser, hvor sanktionen uden virkning kan eller skal anvendes, skal der være nedlagt en relevant påstand herom, før klagenævnet kan træffe afgørelse om spørgsmålet. Dermed vil behandlingen af sager i Klagenævnet for Udbud svare til behandlingen af civile sager ved domstolene.*

*Antallet af sager, hvor der burde have været nedlagt en påstand om en grov overtrædelse, men hvor der ikke bliver det, må forventes at blive yderst begrænset. Dette hænger sammen med, at de grove overtrædelser vedrører situationer, hvor der slet ikke har været afholdt udbud, eller hvor kontrakten er underskrevet i standstill-perioden eller i en periode med opsættende virkning. Der er dermed tale om situationer, hvor klager har gode muligheder for objektivt at konstatere, om der er risiko for, at der er tale om en grov overtrædelse.*

*Samtidig bemærkes det, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt erhvervsorganisationer fortsat kan anlægge sager ved klagenævnet, og dermed være med til at sikre, at grove overtrædelser ikke går upåagtet hen.*

*Der vurderes i øvrigt ikke at være behov for, at lovforslaget suppleres med en bestemmelse om, at en klage til klagenævnet skal indeholde påstande og anbringender. Det er således fast praksis, at klagenavnets afgørelser er opdelt i påstande og anbringender. Det fremgår da også af klagenavnets klagevejledning, at det skal fremgå af klagen: ”Hvad klages der over. Det er vigtigt, at det nøje præciseres, hvordan klageren mener, at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne (klagerens påstande)”.*

### **3.1.2. Klagenavnets mulighed for at afvise uegnede klager**

Klagenævnet for Udbud henstiller, at bestemmelsen, der giver klagenævnet mulighed for at afvise klager, der ikke er egnede til at danne grundlag for sagens behandling, udgår af lovforslaget, samt at klagenævnets mulighed for at bistå med formulering af påstande opretholdes. Klagenævnet begrundet henstillingen med følgende:

Klagenævnets mulighed for at afvise en klage vil i praksis udgøre en betydelig hindring for, at små og mellemstore virksomheder kan indgive klage uden brug af advokat, idet nævnet ikke fremover må yde bistand til at formulere brugbare påstande. Klagen vil i stedet skulle afvises – også selvom den er berettiget.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at en manglende adgang for nævnet til – indenfor rammerne af den afgivne klage – at yde bistand til formulering af brugbare påstande ikke vil fremme en målrettet og effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Dommerforeningen bemærker, at det anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at en klage, der ikke indeholder en påstand, eller en uklar påstand, skal afvises. Foreningen finder, at man herved overser, at en klage i modsætning til fx en stævning – ikke som et formkrav skal indeholde en påstand. Det er foreningens opfattelse, at der hverken efter gældende ret eller efter forslaget er hjemmel til at afvise en klage, der ikke indeholder en påstand.

I øvrigt finder Dommerforeningen det uklart, hvilken virkning det har, at en klage afvises. Dommerforeningen anfører, at der ikke i forslaget eller i bemærkningerne er taget stilling til, om klagen kan indgives på ny med en ny afgift, og hvorledes det påvirker klagefristerne. Der ses heller ikke at være taget stilling til, om en afvist klage kan indbringes for domstolene, om indbringelsesfristerne herfor, og om domstolene kan tage stilling til både afvisningen og det, klagen angår.

Endvidere har Dommerforeningen svært ved at se, hvordan ændringen af klagenævnets bundethed til parternes påstande og anbringender, som det fremgår af bemærkningerne, indebærer, at klagenævnet ikke fremover kan bistå med formulering af brugbare påstande og henviser til domstolenes vejledningspligt. Foreningen finder det uheldigt, at et velkendt og grundfæstet forvaltningsretligt princip afskaffes i lovforslagets bemærkninger uden støtte i lovforslagets tekst.

### **Kommentar**

*Dommerforeningens spørgsmål om klagenævnets vejledningspligt og mulighed for at afvise en uegnet klage er tidligere rejst af andre høringsparter. Det fremsatte lovforslag er på disse punkter væsentlig udbygget i forhold til den udgave, der blev sendt i høring.*

*For det første er vejledningspligten præciseret i bemærkningerne. Det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at klagenævnet fortsat er under-*

lagt vejledningspligten i henhold til forvaltningslovens § 7, men at vejledningen dog ikke bør gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande eller formulere nye eller supplerende spørgsmål/forhold, som kunne fremføres. Det har ikke været hensigten at indskrænke klagenævnets pligter og muligheder for vejledning set i forhold til domstolenes vejledningspligt i civile sager, herunder byretternes, når parten møder uden advokat. Klagenævnet kan indenfor rammerne af klagens indhold eksempelvis vejlede parten om citering af de rette bestemmelser i de pågældende retsregler eller vejlede om logisk gruppering og/eller rangordning af påstandene med henblik på at skære sagen til. Klagenævnet kan dog ikke gå så langt som til at citere, hvad der skal stå i påstande og anbringender.

For det andet er formuleringen af bestemmelsen i lovforslaget ændret siden høringen således, at klagenævnet ikke længere "afviser" en klage, der er uegnet til behandling, men "kan" afvise en klage, der er uegnet til behandling. Dermed er det tydeliggjort, at klagenævnet skal opfylde sin vejledningsforpligtelse, men har mulighed for at afvise en klage, der er uegnet til behandling. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis klagen helt mangler begrundelse og blot indeholder et generelt udsagn om, at en kommune menes at overtræde udbudsreglerne. Bestemmelsen tydeliggør praksis om, at det i klagen skal oplyses, hvad der klages over, og hvilke regler der menes overtrådt.

Det bemærkes, at klagenævnet har en generel kompetence til at afvise sager. Dette lovforslag præciserer klagenævnets kompetence til at afvise klager.

Vælger klagenævnet at afvise en klage, vil en eventuel ny klage i sagens natur skulle behandles som en ny klage – både hvad angår klagegebyr, og hvad angår klagefrister. Det samme gælder i forhold til vurderingen af, om den nye klage er indgivet i stand-still-perioden. Det forventes derfor ikke, at afvisning af uegnede klager vil udgøre en belastning af klagenævnets ressourcer. Derimod vil klagenævnet efter at have opfyldt sin vejledningsforpligtelse kunne anvende sine ressourcer på relevante klager.

### **3.2. Ændring af nævnssammensætningen**

Klagenævnet for Udbud er af den opfattelse, at sagkyndig medvirken i en lang række sager er overordentlig nyttig og tjener til at sikre holdbare resultater. Nævnet ser det som et alvorligt tilbageskridt, at afgørelser af en vis tyngde eller sværhedsgrad, som formændene ikke vil kunne træffe alene, skal træffes med bistand fra kun én sagkyndig.

Klagenævnet oplyser, at der i 2010 i alt blev udbetalt ca. 370.000 kr. i honorar til sagkyndige, hvorfor den forventede omkostningsbesparelse ved, at der kun medvirker én sagkyndig, er overordentlig beskedent.

Dommerforeningen finder ikke, at begrundelsen for, at der kun skal medvirke én sagkyndig i en sag, er overbevisende og bemærker videre, at et nævn, der alene består af en formand og en sagkyndig, næppe med rimelighed kan kaldes et nævn. Hverken i domstolsprocessen eller i forvaltingsprocessen kendes en sådan konstruktion. Ændringen vil næppe få konsekvenser for klagenævnets afgørelser, men kan få konsekvenser for tilliden til klagenævnet.

### **Kommentar**

*Efter den gældende § 10, stk. 2, deltager der i behandlingen af en sag ved klagenævnet som udgangspunkt et medlem fra klagenævnets formandskab og derudover to sagkyndige medlemmer. Med lovforslaget foreslås det, at afgørelsen i konkrete sager som udgangspunkt skal træffes af et medlem fra klagenævnets formandskab og et sagkyndigt medlem. Ved stemmelighed er stemmen fra formanden i den enkelte sag udslagsgivende.*

*Formålet med forslaget er bl.a. at sikre, at de juridiske domme ikke kommer i mindretal, hvilket skal ses i lyset af sagernes juridiske kompleksitet, herunder i forhold til EU-retten. Samtidig må det antages at lette sagsbehandlingen i klagenævnet, at der kun deltager én sagkyndig, da der eksempelvis hurtigere kan findes en egnet sagkyndig med de målrettede kompetencer i forhold til den givne klagesag.*

*Forslaget skønnes ikke at få konsekvenser for kvaliteten af klagenævnets afgørelser, og dermed er der heller ikke grundlag for at antage, at tilliden til klagenævnet vil lide skade.*

*Det bemærkes, at formanden for klagenævnet fortsat har mulighed for i særlige tilfælde - eksempelvis som følge af sagens særligt komplekse eller principielle karakter - at udvide antallet af sagkyndige, som skal deltage i afgørelsen af den enkelte klagesag. Hermed sikres det, at der er tilstrækkelig teknisk sagkundskab i forbindelse med sagens behandling, hvis dette skønnes nødvendigt i forhold til sagens kompleksitet. Forslaget skønnes ikke at få konsekvenser for kvaliteten af klagenævnets afgørelser, og tilliden til klagenævnet vil fortsat være høj. Lovforslaget findes således at have den rette balance mellem på den ene side hensynet til en effektiv sagsbehandling i Klagenævnet for Udbud og på den anden side hensynet til, at der er tilstrækkelige faglige kompetencer til stede ved behandlingen af en sag.*