

**Rapport om serviceeftersyn af det
danske klagesystem for udbud
December 2012**

I. Indledende afsnit

1.1. Indledning

Regeringen besluttede i februar 2012 at nedsætte en arbejdsgruppe, som fik til opgave bredt at analysere mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet. Arbejdsgruppen skulle både analysere mulighederne for at ændre klagesystemet ved at se på klagenævnets organisering, klagegebyrer, fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og tilbudsgiver, ressourceanvendelsen mv. samt se på begrundelsen for at have et særskilt klagenævn på området. Arbejdsgruppen skulle fremlægge konkrete forslag til en ny organisering af klagesystemet, herunder hvilke fordele og ulemper der er forbundet med de enkelte forslag.

Arbejdsgruppens kommissorium fremgår af bilag 1.

Derudover fremgår det af Aftale om kommunernes økonomi for 2013, at: ” *Der er enighed om, at praksis i det nuværende klagesystem for udbud indebærer for store forsinkelser og omkostninger. Regeringen vil derfor tage initiativ til at ændre rammerne for det nuværende klagesystem med henblik på bl.a. at mindske antallet af åbenlyst ubegrundede klager. Som led heri vurderes mulighederne for at afkorte de nuværende klagefrister over udbud, hæve klagegebyret og skabe større symmetri i fordeling af sagsomkostninger mellem offentlig ordregiver og klager.*”

1.2. Arbejdsform

Arbejdsgruppen har afholdt 4 møder og har derudover holdt bilaterale møder med formanden for Klagenævnet for Udbud, Dansk Industri, Dansk Erhverv, KL, Danske Regioner, Foreningen af Offentlige Indkøbere - IKA, Håndværksrådet, Landbrug & Fødevarer, Dansk Byggeri, Danske Advokater, SKI, IT-Branchen, FOA, OAO, FTF samt Natur- og Miljøklagenævnet.

1.3 Afgrænsning og opbygning

Det er af afgørende betydning, at også de mere generelle rammebetingelser for udbud i form af udbudsregler og vejledning understøtter en hensigtsmæssig tilrettelæggelse af udbud og effektive, bæredygtige og innovative indkøb. Foruden denne arbejdsgruppes arbejde vedrørende klagesystemet for udbud er der en række igangværende initiativer, der adresserer de overordnede rammebetingelser for udbud.

Kommissionen har fremlagt et forslag til en revision af EU's udbudsdirektiver, og der pågår løbende forhandlinger med Kommissionen og de enkelte EU-medlemslande om den igangværende modernisering af udbudsdirektivet.

I forbindelse med forhandlingerne af udbudsdirektivet har regeringen bl.a. fokus på at arbejde for et enkelt og fleksibelt regelsæt, der gør det muligt at opnå besparelser ved udbud, og samtidig rummer mulighed for at inddrage hensyn til innovation, miljøbeskyttelse og social ansvarlighed i forbindelse med offentlige indkøb. Regeringen vil endvidere arbejde for mere simple regler, at reglerne fortsat har karakter af proceskrav samt arbejde for en forenkling af procedurerne blandt andet med henblik på at reducere transaktionsomkostningerne i forbindelse med udbud. Det er vigtigt, at omkostningerne ved at gennemføre udbudsforretninger ikke er større end de fordele, der opnås i form af lavere priser og bedre service.

Derudover vil regeringen som opfølgning på EU's nye udbudsdirektiver fremlægge en dansk udbudslov, der skal sikre større klarhed og fleksibilitet for virksomheder og ordregivere, herunder i

forhold til nye udbudsformer, der styrker innovation og tager hensyn til livscyklusomkostninger, jf. Aftale om kommunernes økonomi for 2013. Regeringen vil endvidere nedsætte en arbejdsgruppe til det lovforberedende arbejde med deltagelse af blandt andet KL og eksterne eksperter med praktisk erfaring i arbejdet med udbud, ligesom regeringen vil styrke vejledningen om udbudsreglerne.

Fokus for denne rapport er dog alene klagesystemet for udbud, herunder at analysere mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet. Arbejdsgruppens afrapportering er opbygget således:

- Beskrivelse af de retlige rammer for det danske udbudsklagesystem og formålet med at have et klagenævn på området (kapitel II).
- Udenlandske erfaringer fra Storbritannien, Sverige, Norge og Holland (kapitel III).
- Analyse af det danske udbudsklagesystem, herunder udvikling i antallet af sager, antallet af åbenlyst uberettigede klager, sagsbehandlingstiden, transaktionsomkostninger for ordregiver og tilbudsgiver, klagenævnets økonomi og retspraksis samt effekt af ændringer af klagenævnet fra 2011 (kapitel IV).
- Beskrivelse og vurdering af mulige forslag til ændring af udbudsklagesystemet (kapitel V).

1.4. Resume

Det er vigtigt at have et effektivt Klagenævn for Udbud, der håndhæver udbudsreglerne og understøtter effektiv konkurrence om offentlige opgaver. Effektiv konkurrence om offentlige opgaver bevirker, at alle virksomheder har lige adgang til offentlige kontrakter, og det offentlige får de bedste anskaffelser til prisen. Der har dog været kritik af, at praksis i det nuværende klagesystem kan indebære for store forsinkelser og omkostninger.

Samtidig er antallet af klagesager øget væsentligt i perioden fra 2005 til 2011, og der er samtidig sket en stigning i andelen af udbud, der klages over. Stigningen i antallet af klager kan dermed ikke udelukkende forklares med stigningen i antallet af udbud.

Antallet af indkomne klager er femdoblet i perioden, og hvis antallet af tilbagekaldte klager og afviste klager fratrækkes, er antallet af klagesager firedoblet i perioden. Der er samtidig et stigende antal klager, der afvises eller tilbagekaldes. Ligeledes er andelen af sager, hvor tilbudsgiverne får helt eller delvist medhold faldet markant i perioden. Dette giver samlet set en indikation af, at en stadig større andel af de indkomne klager er ubegrundede klager, der medvirker til at forsinke og øge omkostningerne ved udbudsprocessen. Hertil kommer, at der har været kritik af, at retspraksis på nogle områder kan være uklar, hvilket kan gøre det vanskeligt for offentlige ordregivere at tilrettelægge udbud på en effektiv måde.

Af en undersøgelse fra Udbudsrådet fra 2011 fremgår det, at ikke bare klagesager, men også frygten for klagesager er med til at drive transaktionsomkostninger ved udbud i vejret for særligt ordregivere men også tilbudsgivere. En af de væsentligste transaktionsomkostninger ved udbud relaterer sig til klagesager. Der er således en risiko for, at omkostninger i forbindelse med en klagesag overstiger de gevinster, der er ved at gennemføre udbud. De høje transaktionsomkostninger for såvel ordregivende myndigheder og leverandører til det offentlige er dermed med til at hæmme konkurrenceudsættelsen af relevante offentlige opgaver.

Det medvirker samlet set til at skabe forsinkelser og omkostninger i udbudsprocessen. Det er blandt andet på den baggrund arbejdsgruppens vurdering, at der er behov for at forenkle klagesystemet og understøtte et mere effektivt klagesystem, der kan imødegå tendensen til et stigende antal åbenlyst ubegrundede klager.

Arbejdsgruppen har analyseret mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet og har i den forbindelse drøftet en række forslag til ændringer af klagesystemet. Det er af stor betydning, at også de mere generelle rammebetingelser for udbud i form af udbudsregler og vejledning understøtter en hensigtsmæssig tilrettelæggelse af udbud. Derfor skal arbejdsgruppens tiltag bl.a. ses i sammenhæng med revisionen af EU's udbudsdirektiver og den som følge heraf kommende danske udbudslov samt styrkelse af vejledningen om udbudsreglerne.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at udfordringerne og uhensigtsmæssighederne i det nuværende klagesystem for udbud falder i tre dele:

1. Perioden før indgivelse af klage.
2. Perioden hvor klagesagen behandles i klagenævnet.
3. Perioden efter afslutning af klagesagsbehandlingen, herunder evt. sanktioner.

På den baggrund er det arbejdsgruppens anbefaling, at der foretages følgende ændringer af det danske klagesystem:

- Forkortelse af klagefrister: En markant nedsættelse af klagefristerne for klager over EU-udbud samt indførelse af klagefrister for klager over annonceringer efter tilbudsloven
- Forhøjelse af klagegebyret: En graduering af klagegebyret, så klager skal betale hhv. 10.000 og 20.000 kr. afhængig af kontraktsummens størrelse.
- Udvidet adgang til afvisning af klager: Klagenævnets mulighed for umiddelbart at afvise klager og påstande, som er udsigtsløse/åbenlyst ubegrundede tydeliggøres.
- Begrænsning af anvendelsen af sanktionen uden virkning: Det skal ikke længere være muligt at erklære allerede opfyldte leverancer for uden virkning og dermed stille krav om tilbagelevering af gennemførte leverancer.
- Ændret fordeling af sagsomkostninger: Der skabes symmetri i fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og klager, så klager også vil kunne pålægges at betale sagsomkostninger, når klager ikke får medhold.
- Øget information om principielle kendelser: Klagenævnet pålægges at formidle indholdet af principielle kendelser til både ordregivere og tilbudsgivere, fx i form af en årsberetning.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at de foreslåede tiltag vil føre til et mere effektivt og forenklet klagesystem for udbud som følge af blandt andet færre klager, herunder særligt åbenlyst ubegrundede klager, hurtigere sagsbehandlingstid og færre transaktionsomkostninger. Endvidere vil der kunne opnås større klarhed over klagenævnets praksis gennem øget information om principielle kendelser.

II. Beskrivelse af Klagenævnet for Udbud

2.1 Formålet med Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud blev trådt i funktion den 1. januar 1992, som led i dansk implementering af EU's direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 (kontroldirektivet). Kontrolldirektivet indeholder regler, der skal sikre en hurtig og effektiv behandling af klager over udbud, tildeling af ordrer m.v. med henblik på at få ulovlige beslutninger annulleret og eventuelt få tilkendt erstatning ved domstolene. Der skal ifølge direktivet være mulighed for under sagsbehandlingen at træffe midlertidige foranstaltninger til afbrydelse af procedurer og beslutninger.

Et af formålene bag klagenævnets oprettelse i 1991 var dermed at sikre en hurtig og effektiv behandling af udbudsklager. Det var vurderingen, at den korte periode, som udbudsprocedurerne strækker sig over, nødvendiggør en hurtig sagsbehandling. Netop behovet for en hurtig og effektiv sagsbehandling samt direktivets forpligtelse til at have en klageinstans, der kan træffe såvel midlertidige foranstaltninger som endelige beslutninger gjorde, at der blev oprettet et administrativt organ. Det var vurderingen, at det almindelige domstolssystem var mindre velegnet til denne opgave¹.

Klagenævnets praksis har afgørende betydning for fortolkningen af udbudsreglerne, idet EU's udbudsdirektiv er implementeret i dansk ret ved en kort implementeringsbekendtgørelse², der i store træk indebærer, at ordregivere, private virksomheder og Klagenævnet for Udbud skal anvende direktivets regler, som de er formuleret i direktivet.

2.2. Det danske klagesystem

I dette afsnit beskrives indledningsvist det danske klagesystem på udbudsområdet. Herefter følger en beskrivelse af Klagenævnet for Udbuds organisation, klagenævnets sekretariat, sagsgangen i klagenævnet og klagenævntes reaktionsmuligheder.

2.2.1. Det formelle og det uformelle klagesystem

Klagesystemet på udbudsområdet fungerer i praksis som to parallelle systemer:

- et formelt klagesystem ved Klagenævnet for Udbud, som er reguleret ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. med senere ændringer (håndhævelsesloven) og tilhørende bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 (klagenævnsbekendtgørelsen), samt
- en uformel klagesagsbehandling hos Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen, som alene er baseret på, at styrelsen har adgang til at indbringe sager for klagenævnet.

De to systemer udfylder i praksis hver sin funktion. Det er nødvendigt at benytte det formelle klagesystem, hvis man ønsker en egentlig afgørelse af sagen, fx ved at få en kontrakt erklæret for uden virkning og/eller pålagt en økonomisk sanktion eller at opnå erstatning. Ved at benytte det uformelle system kan klager derimod opnå en gratis og hurtigere løsning af problemer, hvis ordregiveren indvilger heri.

¹ Jf. bemærkningerne til forslag til lov om Klagenævnet for Udbud (Lovforslag nr. L86, Fremsat den 23. januar 1991).

² Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Klager kan tillige indbringes for de almindelige domstole, medmindre klagen indgives i standstill-perioden³. I praksis er det typisk klagenævnet, der anvendes frem for domstolene.

2.2.2. Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er et domstolslignende klagenævn, der trådte i funktion den 1. januar 1992. Klagenævnet har kompetence til at træffe beslutninger vedrørende overholdelsen af udbudsreglerne, herunder udbudsdirektivet⁴, forsyningsvirksomhedsdirektivet⁵, forsvars- og sikkerhedsdirektivet⁶, Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og tilbudsloven⁷, jf. håndhævelseslovens § 1, stk. 2, samt § 11 i bekendtgørelse om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet⁸. Derudover er klagenævnet fx tillagt visse opgaver i lov om færgefart og lov om støttede private ungdomsboliger og bekendtgørelse om kommuners og regioners beregning af kontrolbud.

Klagenævnet behandler hovedsageligt klager relateret til tilbudsloven og udbudsdirektivet, og afgørelser truffet af Klagenævnet for Udbud er omfattet af forvaltningsloven.

Klagenævnet er endvidere klageinstans vedrørende andre forvaltningsmyndigheders afgørelser om aktindsigt i udbudssager, jf. offentlighedslovens § 15, stk. 2. Der kan således ikke klages til den myndighed, som efter de almindelige regler om rekurs, ville være klagemyndighed.

Klagenævnet behandler herudover ansøgninger om aktindsigt i klagesager, der behandles (eller har været behandlet) af klagenævnet. Disse sager er som altovervejende hovedregel sager om partsaktindsigt efter forvaltningsloven, men der forekommer også sager efter offentlighedsloven, eksempelvis fra journalister.

2.2.2.1. EU's udbudsdirektiv

EU's udbudsdirektiv finder anvendelse ved offentlige myndigheders indgåelse af kontrakter om varekøb, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejder, når den anslåede værdi af kontrakten ekskl. moms overstiger de af Europa-Kommissionen fastsatte tærskelværdier. Tærskelværdien er for bygge- og anlægsarbejder ca. 37 mio. kr. For en kommunal eller regional myndighed er tærskelværdien for varer og tjenesteydelser som udgangspunkt ca. 1,5 mio. kr., mens den er ca. 1 mio. kr. for en statslig myndighed.

³ Jf. håndhævelseslovens § 5, stk. 1. Ved standstill-periode forstås en obligatoriske pause i udbudsprocessen, som indskydes mellem ordregiverens underretning til tilbudsgiverne om tildeling af kontrakt og ordregiverens underskrivelse af kontrakten.

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhedsdirektivet").

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

⁷ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

⁸ Bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011. Bekendtgørelsen implementerer forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Direktivet er implementeret i dansk ret ved en bekendtgørelse. Implementeringen er i det væsentlige sket ved henvisning til direktivet. Der er således ikke foretaget omskrivning af direktivets bestemmelser til dansk lovgivning⁹.

2.2.2.2. Tilbudsloven

Det offentlige indkøb af varer eller tjenesteydelser, hvis anslåede værdi er under de gældende tærskelværdier i udbudsdirektivet, men over 500.000 kr. eksklusiv moms, er omfattet af *tilbudsloven*. Det samme gælder for indkøb af bilag II B-tjenesteydelser, hvis anslåede værdi overstiger tærskelværdien i udbudsdirektivet¹⁰. Efter tilbudslovens afsnit II gælder en pligt til at annoncere kontrakten på udbud.dk. der som minimum indeholder de i loven fastsatte oplysninger, herunder frist for modtagelse af bud og kriterier for tildeling af kontrakten. Tilbudsloven indeholder desuden - i lovens afsnit I - regler for licitation af bygge- og anlægskontrakter under udbudsdirektivets tærskelværdi for bygge- og anlægsopgaver.

2.2.3. Klagenævnets sammensætning

Reglerne om klagenævnets organisation er fastsat i håndhævelseslovens kapitel 4 og klagenævnsbekendtgørelsens kapitel 1¹¹. Klagenævnet består af en formand og et antal næstformænd (formandskabet) samt et antal sagkyndige medlemmer. Formandskabets og de sagkyndige medlemmer udpeges af erhvervs- og vækstministeren for en periode på op til 4 år. Udpegningen sker efter indstilling fra ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i henhold til klagenævnsbekendtgørelsen.

Det fremgår af håndhævelsesloven, at formandskabets medlemmer skal være byrets- eller landsdommere. På nuværende tidspunkt består Klagenævnet for Udbud formandskab af en formand (landsdommer) og 8 næstformænd (5 landsdommere og 3 byretsdommere).

De sagkyndige medlemmer på udbudsområdet udpeges blandt personer, der har kendskab til bl.a. bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk kendskab. Der er p.t. 19 sagkyndige medlemmer på udbudsområdet.

Der skal i afgørelsen af den enkelte sag som udgangspunkt deltage et medlem fra formandskabet og et sagkyndigt medlem. Det er formanden for den enkelte sag, der under hensyntagen til sagens beskaffenhed udpeger den sagkyndige, som skal deltage i sagens behandling. Formanden for Klagenævnet for Udbud kan i særlige tilfælde beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af en sag. I sådanne tilfælde skal antallet af sagkyndige medlemmer svare til antallet af dommere.

Kan en sag afgøres på skriftligt grundlag og er den ikke principiel, kan det eller de medlemmer, der deltager fra formandskabet træffe afgørelse i sagen *uden* medvirken af et sagkyndigt medlem. Det samme gør sig gældende ved afgørelser af processuelle spørgsmål.

9 Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (med udbudsdirektivet som bilag)

¹⁰ Folketinget har den 6. december 2012 vedtaget et lovforslag, som ophæver annonceringspligten for bilag II B-tjenesteydelser er p.t. under udarbejdelse. Ændringerne træder i kraft den 1. januar 2013. Bilag II B-tjenesteydelser er sundheds- og socialydelser, juridiske tjenesteydelser, hotel- og restaurationsvirksomhed mv. Kontrakterne anses for mindre egnede til konkurrenceudsættelse, hvorfor de forslås undtaget fra den nationale annonceringspligt.

¹¹ Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud.

2.2.4. Sekretariatsbetjeningen af Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud hører administrativt under Erhvervsstyrelsen. Til nævnet er knyttet et sekretariat bestående af 1 HK-sekretær og 3 AC-fuldmægtige ansat på fuld tid. Sekretariatets medarbejdere indgår i Erhvervsstyrelsens medarbejderstab. Sekretariatsleder er klagenævnets formand, der tilrettelægger arbejdet i sekretariatet.

Sekretariatet bistår nævnet i forbindelse med modtagelse af klager, sagernes forberedelse samt afsigelse af nævnets kendelser. Sekretariatet er endvidere ansvarlig for nævnets hjemmeside og forskellige administrative opgaver som fx statistik. Klagenævnets fuldmægtige laver udkast til nævnets afgørelser i en del af sagerne efter anmodning fra formanden.

Sekretariatet yder tillige telefonisk vejledning om, hvordan klage indgives m.m.

2.2.5. Klageberettigede og klagefrister

Det følger af håndhævelsesloven, at enhver, der har en retlig interesse, kan indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Desuden er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen klageberettiget, ligesom de organisationer og offentlige myndigheder, som Erhvervs- og Vækstministeren har tillagt klageadgang, er klageberettigede, jf. bilag 2.

For klager over overtrædelser af udbudsdirektiverne gælder forskellige klagefrister afhængig af, hvad der klages over. Klagefristerne er henholdsvis 30 dage, 6 måneder og 12 måneder¹².

- 30 dage for klager over ikke at være blevet prækvalificeret samt klager over kontrakter baseret på en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem.
- 12 måneder for klager over rammeaftaler.
- 6 måneder for øvrige klager.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er tillagt længere klagefrister. Således kan styrelsen indbringe en klage op til 2 år efter, at ordregiveren har offentliggjort i EU's TED-database (Tenders Electronic Daily), at denne har indgået en kontrakt. Baggrunden for bestemmelsen er, at der skal være mulighed for, at overtrædelser af principiel eller særlig grov karakter, skal kunne håndhæves, selvom klagefristerne er udløbet¹³.

Ved klager over direkte tildeling i strid med udbudsdirektiverne er der ikke klagefrist, ligesom klager over overtrædelse af tilbudsloven heller ikke er underlagt klagefrister.

2.2.6. Tilrettelæggelsen af sagsgangen i klagenævnet

Klagenævnets sagsbehandling indebærer følgende sagsbehandlingsskridt:

- Modtagelse og indledende gennemgang af sag
- Stillingtagen til begæring om opsættende virkning
- Sagens oplysning
- Forberedelse af sagen efter endt skriftlig sagsoplysning
- Evt. mundtlig forhandling
- Udarbejdelse af kendelse

¹² Se den uddybende skematiske oversigt over klagefrister i afsnit 5.1.1.

¹³ Jf. håndhævelseslovens § 7, stk. 5.

2.2.6.1. Modtagelse og indledende gennemgang af sag

Ved modtagelsen af en klagesag påser klagenævnet, at formaliteterne er overholdt, herunder om klagegebyret er betalt.

Klagenævnet kan afvise at behandle en klage, hvis klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, eksempelvis hvis klagen er uklar eller ikke indeholder en påstand. Klagenævnet skal dog vejlede parten om, hvilke elementer af klagen der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til en behandling i nævnet uden dog direkte at bistå med formuleringen. Er en klage uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, kan klagenævnet give klager en frist for at udforme klagen, så den egner sig til behandling i klagenævnet. Hvis klagen efter udløbet af den af klagenævnet fastsatte frist fortsat er uegnet til at danne grundlag for behandling, kan nævnet afvise klagen.

Når der i en sag nedlægges påstand om erstatning, behandles sagen normalt i to tempi. Først afgøres det om udbudsreglerne er overtrådt (den materielle sag), og afhængigt af udfaldet kan sagen fortsætte med en erstatningssag ved nævnet. Der kan vedrørende samme materielle sag endvidere foreligge en kendelse om aktindsigt, idet sådanne sager ligeledes behandles separat.

2.3.6.2. Stillingtagen til begæring om opsættende virkning

Hvis klagen er modtaget inden standstill-fristens udløb, har klagen automatisk midlertidig opsættende virkning, indtil klagenævnet træffer afgørelse om (yderligere) opsættende virkning senest 30 dage fra klagens modtagelse. Klagenævnet anslår, at mindst 75 % af alle klagesager er standstill-sager. Også i sager, der ikke er standstill-sager, tilstræber klagenævnet at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning efter en kort sagsbehandlingstid.

Herudover begæres klagen tillagt opsættende virkning i en meget stor del af de resterende klagesager, som ikke indgives i standstill-perioden¹⁴.

Når en klage begæres tillagt opsættende virkning, vil klagenævnet efter sagens modtagelse anmode om indklagedes bemærkninger til begæringen samt indklagedes fremsendelse af sagens dokumenter. Indklagede får en frist på mellem 7 og 10 dage.

I klagenævnets praksis er der opstillet tre betingelser for, at en klage kan tillægges opsættende virkning. En af betingelserne er, at en umiddelbar vurdering af klagen fører til, at klagen har noget på sig ("fumus boni juris")¹⁵. Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt, og hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Klagenævnet benytter ikke sjældent kendelsen om opsættende virkning til at komme med en foreløbig udtalelse om, hvorvidt klagen har noget på sig, eller om klagen synes udsigtsløs for

¹⁴ Klagenævnet for Udbud fører ikke særskilt statistik over, hvor mange sager, der begæres om opsættende virkning i.

¹⁵ De to andre betingelser er:

- 1) Der skal foreligge opsættelighed (det skal være nødvendigt at tillægge kagen opsættende virkning for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klager)
- 2) Klagers interesse i opsættende virkning skal veje tungere end ordregivers interesse i, at kontrakten kan indgås uden yderligere forsinkelse.

klageren. En sådan udtalelse har i en række tilfælde vist sig at føre til, at klagen tilbagekaldes, enten fordi klageren på baggrund af klagenævnets kendelse vælger ikke at føre sagen videre, eller fordi indklagede beslutter sig for selv at annullere udbuddet. En betydelig del af klagenævnets kendelser om opsættende virkning er omfattende og indeholder således også en sagsfremstilling.

2.3.6.3. Sagens oplysning

Klagenævnet – er i lighed med domstolene i civile sager - bundet af parternes påstande og kan kun tage hensyn til anbringender, der er gjort gældende. Klagenævnet kan dermed ikke vælge at tage yderligere spørgsmål op af egen drift (*ex officio*), ligesom klagenævnet ikke kan bistå med formulering af brugbare påstande om faktiske og retlige forhold, som ikke vedrører parternes oprindelige påstande. Klagenævnet er ikke bundet af de fremlagte beviser, idet klagenævnet har ansvaret for sagens oplysning. Nævnet kan enten selv indhente oplysninger eller foranledige, at parterne fremskaffer oplysninger til brug for afgørelsen af sagen. Klagenævnet kan indhente alle oplysninger, som skønnes nødvendige til vurderingen af, om udbudsreglerne er overholdt.

2.3.6.4 Forberedelse af sagen efter endt skriftlig sagsoplysning

Denne fase i sagsgangen består primært i, at formanden - evt. i samarbejde med en juridisk sekretær - for den enkelte sag udarbejder kendelsesudkast på baggrund af sagens akter, og nævnsmedlemmet forbereder sig på sagen.

2.3.6.5. Evt. mundtlig forhandling

Klagenævnet træffer som udgangspunkt afgørelse på baggrund af de skriftlige indlæg uden mundtlig forhandling. Det eller de medlemmer, som deltager fra formandskabet, kan beslutte, at der skal finde mundtlig forhandling sted.

Det er formanden for den enkelte sag, der bestemmer formen for den mundtlige forhandling, herunder i hvilken rækkefølge de mødende skal have ordet, og hvornår forhandlingerne er afsluttet. Sædvanligvis begynder forhandlingen med en gennemgang af sagen, herunder sagens påstande og centrale dokumenter, derefter afgiver partsrepræsentanter eventuelt forklaring, og til sidst følger procedurerne, hvor parternes repræsentanter sammenfatter deres opfattelse af sagen.

Parterne i sagen kan i den forbindelse møde selv eller lade sig repræsentere ved en repræsentant, fx en advokat eller en revisor. Formanden for den enkelte sag kan dog henstille, når det efter sagens indhold er ønskeligt, at klageren lader sig repræsentere ved en repræsentant.

De mundtlige forhandlinger er ikke åbne for offentligheden, medmindre formanden i den enkelte sag beslutter det.

2.3.6.6. Udarbejdelse af kendelse

Når skriftvekslingen er afsluttet og et evt. nævnsmøde er afholdt udfærdiger formanden for den enkelte sag en kendelse, som efter en godkendelse hos den sagkyndige afsiges og sendes til klageren og den indklagede. Klagenævnets afgørelser træffes ved almindelig stemmeflertal. I tilfælde af stemmelighed mellem formanden for den enkelte sag og den sagkyndige er stemmen fra formanden udslagsgivende.

Nævnets afgørelser er endelige og kan således ikke indbringes for anden administrativ myndighed. Nævnets afgørelser kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Klagenævnets kendelser offentliggøres på nævnets hjemmeside

2.3.7. Reaktionsmuligheder ved overtrædelse af udbudsreglerne

Klagenævnet har kompetence til, efter påstand, at:

- Annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning.
- Pålægge ordregiver at lovliggøre udbudsproceduren eller beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen.
- Erklære en kontrakt for uden virkning og/eller pålægge offentlige ordregivere en økonomisk sanktion (kun ved grove overtrædelser af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller forsvarsdirektivet).
- Tillægge klagen opsættende virkning.
- Tilkende erstatning.

2.3.7.1. Reaktionsmuligheder uden for klagesystemet

Overtrædelserne af reglerne i udbudsdirektivet er strafbelagt. Overtrædelser af udbudsdirektiverne kan meldes til politiet, og anklagemyndigheden kan efter sagens efterforskning vurdere, om der er grundlag for at rejse tiltale ved de almindelige domstole.

Så vidt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er orienteret, er overtrædelser af udbudsdirektiverne kun i få tilfælde blevet politianmeldt, og styrelsen er ikke bekendt med, at der i sådanne sager skulle være rejst tiltale.

Der findes ikke strafbestemmelser for overtrædelser af bestemmelserne i tilbudsloven.

2.3.7.2. Særligt om erstatning

Klagenævnet vil i praksis, når klageren har fået helt eller delvist medhold i en sag for nævnet, behandle en erstatningspåstand i en efterfølgende sag for nævnet. Det er dog ikke udelukket, at nævnet i samme sag kan tage stilling til, om udbudsreglerne er overtrådt, og om der skal tilkendes klageren erstatning. Det vil dog kræve, at dokumentationen for overtrædelser og tabet er umiddelbart overskuelig.

III. Klagesystemet i andre lande

Kontrol direktivet stiller alene krav om, at der skal være en hurtig og effektiv klageadgang i forbindelse med indgåelse og tildeling af offentlige kontrakter, men ikke på hvilken måde klageadgangen skal foreligge. Klagesystemet i andre lande er bygget anderledes op end det danske.

I dette afsnit beskrives kort klagesystemet og klagefristerne i Sverige, Storbritannien, Norge og Holland.

3.1. Sverige

I Sverige sker håndhævelsen af regelsættet om offentlige indkøb gennem de almindelige forvaltningsdomstole, hvor der er adgang til at klage i tre instanser. I første instans er det den lokale forvaltningret, kaldet förvaltningsrätt, der varetager søgsmålet. Retten har adgang til at vedtage midlertidige foranstaltninger, pålægge ordregiveren at starte proceduren på ny eller at foretage de nødvendige rettelser. Sagsbehandlingstiden for sager om offentlige anskaffelser anlagt for förvaltningsrätten, var i 2010 gennemsnitligt på 1,7 måned¹⁶.

Der er mulighed for at anke förvaltningsrättens dom, først til kammarrätten og i sidste instans til regeringsrätten. Ved sager der behandles i 2 instanser, er sagsbehandlingstiden helt op til 1 år¹⁷.

Det er gratis for tilbudsgiverne at anlægge sag, og forvaltningsdomstolene er et vigtigt organ til håndhævelse af udbudsreglerne. I 2010 blev der således anlagt samlet 3.571 sager ved forvaltningsdomstolene, hvilket er en stigning på 170 % fra 2009¹⁸.

Det svenske konkurrencetilsyn, Konkurrensverket, har siden 1. september 2007 haft til opgave at føre tilsyn med reglerne om offentlige indkøb¹⁹. Konkurrensverkets opgave består blandt andet i at undersøge, om de offentlige indkøbere følger udbudsreglerne, og i den forbindelse at gøre opmærksom på overtrædelser af stor betydning eller principiel interesse. Konkurrensverket er dog en ren tilsynsmyndighed, og har derfor ikke kompetence til at anmelde sager til domstolene eller mægle i tvister.

På baggrund af et ønske fra det svenske finansdepartement blev der i 2010 udarbejdet en redegørelse og analyse af erfaringerne med offentlige udbud i Sverige²⁰. Det fremgår af redegørelsen, at der særligt har været kritik af sagsbehandlingstiderne og inkonsistent retspraksis.

Med udgangspunkt i de kortlagte problemer har de svenske interessenter fremsat en række forslag. Det er foreslået, at medlemmerne, der bedømmer de udbudsretlige sager, bør have en særlig ekspertise inden for udbudsområdet. Herudover nævnes muligheden for at indføre en særlig afgift i forbindelse med domstolsprøvningen, for at mindske antallet af sagsanlæg og dermed nedbringe sagsbehandlingstiden.

¹⁶ Delbetänkande av upphandlingsutredningen 2010. "På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen" af Statens offentliga utredningar. Se side 81.

¹⁷ Delbetänkande av upphandlingsutredningen 2010. "På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen" af Statens offentliga utredningar. Se side 84.

¹⁸ Delbetänkande av upphandlingsutredningen 2010. "På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen" af Statens offentliga utredningar. Se side 81.

¹⁹ http://www.kkv.se/t/SectionStartPage___155.aspx

²⁰ Se Delbetänkande av upphandlingsutredningen 2010 "På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen" af Statens offentliga utredningar. SOU 2011:73.

Interesserne har også fremsat forslag om udvikling af et særligt svensk klagenævn, der svarer til det danske Klagenævn for Udbud. Interessenter mener, at klagenævnet ville kunne sikre både en hurtigere sagsbehandlingstid og en mere ensartet fortolkning af udbudsretlige spørgsmål.

3.1.1. Klagefrister

I Sverige skal en klage over en tildelingsbeslutning som udgangspunkt indgives inden 10-15 dage efter tildelingsbeslutningen (dvs. i standstill-perioden), hvis beslutningen ønskes annulleret.

Såfremt tilbudsgiver ønsker, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, eller der skal tilkendes erstatning, skal klagen indgives til domstolen senest 6 måneder efter den omstridte kontrakt er underskrevet. I visse tilfælde kan fristen dog forkortes til 30 dage. Ved udbud uden forudgående bekendtgørelse, men hvor der er sket efterfølgende offentliggørelse af tildelingsbeslutningen, er klagefristen således 30 dage. Ligeledes er klagefristen 30 dage, såfremt ordregiver i et udbud med forudgående bekendtgørelse, særskilt har meddelt berørte leverandør om tildelingsbeslutningen. De afkortede frister gælder fra afsendelse af meddelelsen om tildelingsbeslutningen²¹.

3.2. Storbritannien

Storbritanniens regering har overdraget ansvaret for udbudspolitikken til dets forskellige regioner. Overtrædelse af udbudsreglerne kan påklages af virksomheder, som påføres eller risikerer at blive påført tab. Retten har forskellige handlingsmuligheder såsom påbud eller tildele erstatning, hvor sidstnævnte er den eneste mulighed, når kontrakt allerede er indgået.

Der er ikke nogen særlig administrativ domstol til prøvelse af klager om overtrædelse af udbudsreglerne i Storbritannien. Klagere er således henstillet til de almindelige domstole, som i Storbritannien vil være High Court med appelmulighed til Court of Appeal.

Der er ingen offentlig myndighed med ansvar for håndhævelse af udbudsreglerne i Storbritannien, og privat håndhævelse i form af søgsmål ved domstolene er relativt sjældent forekommende sammenlignet med øvrige EU-medlemsstater. Dette er formentlig en følge af de meget store omkostninger, der er forbundet med at føre en sag i Storbritannien. Antallet af sager er dog stigende, og mange sager afgøres efterhånden ved privat voldgift. Erstatningssøgsmål er sjældne, og langt de fleste sager handler om kontrakttildeling og ansøgning om påbud²².

3.2.1. Klagefrister

I Storbritannien er udgangspunktet, at en klage over udbud skal indbringes for domstolene senest 30 dage efter, at klager har fået kendskab til den omstridte overtrædelse. Fristen kan dog forlænges til op til 3 måneder, hvis domstolen skønner det nødvendigt²³.

Vil klager have annulleret en tildelingsbeslutning, skal klagen indbringes i den obligatoriske standstill-periode. Såfremt ordregiver ulovligt har indgået en kontrakt i standstill-perioden, er klagefristen 6 måneder, men den kan dog forkortes til 30 dage, hvis ordregiver har bekendtgjort, at der er indgået kontrakt²⁴.

²¹ <http://www.verksamt.se/portal/web/guest/driva/offentlig-upphandling/overprovning-i-domstol>

²² http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&country_results=1&kh_publications_id=127&chapters_id=3329

²³ Public Procurement Briefing by Watson, Farley & Williams. September 2011. New time limits for bringing claims under public procurement rules

²⁴ <http://www.whoswholegal.com/news/features/article/28561/all-change-new-uk-public-procurement-law-remedies-regime/>

3.3. Norge

I Norge kan tilbudsgivere klage til det uafhængige nævn, ”Klagenemnda for offentlige anskaffelser” (KOFA). Nævnet opererer med to forskellige typer af klager. Som part i sagen kan man enten klage over anskaffelsesregelsættet (vejledende sager der ikke angår direkte tildeling) mod betaling af et gebyr på 860 NOK (cirka 845 DKK)²⁵. KOFA’s udtalelser i sådanne sager er kun vejledende – men bliver fulgt i langt de fleste tilfælde. Man kan også klage til nævnet over ulovlige direkte tildelinger (gebyrsager²⁶). I gebyrsager stilles der ikke krav om, at man er part i sagen, og man skal ikke betale for at indgive klagen²⁷. Det norske Fornyings- og Administrationsdepartementet har sendt et forslag om hævede gebyrsatser i høring²⁸. Der lægges op til, at gebyret i forbindelse med vejledende sager hæves til 8000 NOK (ca. 7860 DKK) fra de nuværende 860 NOK, og at det ikke længere skal være gratis at indbringe klager over direkte tildelinger, men fremover skal koste 1000 NOK (cirka 980 DKK). Gebyrstigningerne sker som følge af, at klagerne, der indbringes til KOFA, bliver mere og mere komplekse at behandle, og at de stiger i antal.

3.3.1. Klagefrister

Pr. 1. juli 2012 indførte Norge en ny håndhævelseslov, hvorefter der gælder en klagefrist på 2 år. Fristen løber fra tidspunktet, hvor klager har fået kendskab til overtrædelsen. Såfremt kontrakten ønskes erklæret for uden virkning, kan fristen dog under visse omstændigheder afkortes²⁹. Reglerne for afkortning af fristen, er de samme som i Sverige, jf. afsnit 3.1.1.

I henhold til den nye lov skal en klage over et udbud indgives inden 10 dage efter offentliggørelse af tildelingsbeslutningen (i standstill-perioden), hvis beslutningen ønskes annulleret. Reglerne om standstill-periode træder dog først i kraft pr. 1. november 2012.

3.4. Holland

De hollandske implementeringslove omfatter ikke særlige regler vedrørende håndhævelse af udbudsreglerne. De generelle hollandske procesregler finder derfor anvendelse. Klager skal således indgives til de almindelige domstole, hvor klagerne kan kræve erstatning eller alternative sanktioner så som påbud om at genåbne udbudsproceduren eller ændring af ordregiverens beslutning om udvælgelse af tilbudsgivere eller kontraktstildeling.

Der eksisterer ikke andre klagemuligheder inden for de nationale regler, men byggeindustriens voldgiftsret, Raad van Arbitrage voor de Bouw, har en lang tradition for alternativ konfliktløsning inden for offentligt udbud, særligt i byggesektoren. De seneste år har der dog været en tendens til, at parter i stigende grad anvender konfliktløsning ved de almindelige domstole. Denne tendens vurderes af hollandske nationale eksperter vil fortsætte i den nære fremtid.

3.4.1. Klagefrister

I Holland er den generelle søgsmålsfrist for civile retssager 5 år fra tidspunktet, hvor overtrædelsen er kommet til klagers kendskab. Denne frist gælder som udgangspunkt også for klager over udbudsretlige spørgsmål. Såfremt klager nedlægger påstand om uden virkning skal klagen dog være

²⁵ Klagegebyret er beregnet pr. 10. januar 2012.

²⁶ ”Gebyrsager hedder sådan, fordi ordregiveren kan pålægges at betale gebyr/bøde, som kan være op til 15 % af indkøbets værdi.

²⁷ www.kofa.no.

²⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2012/foreslar-a-oke-klagegebyret-for-kofa.html?id=674272>

²⁹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2012/endringer-anskaffelsesforskriftene.html?id=684808>.

indbragt inden 6 måneder efter, at kontrakten er indgået³⁰. Fristen kan forkortes under visse omstændigheder. Reglerne for afkortning er de samme som i Norge og Sverige, jf. ovenfor.

Ønsker klager en tildelingsbeslutning annulleret, skal klagen som udgangspunkt indgives inden 10-15 dage efter tildelingsbeslutningen (i standstill-perioden)³¹.

³⁰ Judicial Protection in the Field of Public Procurement: The Transposition into Dutch Law of Directive 2007/66/EC Amending the Remedies Directives by Wouter-Jan Berends. *Merkourios* 2010 – Volume 27/Issue 71, Article, pp. 17-25.

³¹ <http://www.tenderplus.nl/aanbestedingsrichtlijnen.php#klachten>.

IV. Analyse af det nuværende klagesystem

4.1. Udvikling i antal klagesager

Afsnittet indeholder en generel beskrivelse af indkomne klager og afgjorte sager.

Antallet af klager, der indbringes for Klagenævnet for Udbud, er steget kraftigt fra 2005 til 2011. Tabel 4.1 samler relevante data om antallet af indkomne, tilbagekaldte, afviste og afgjorte klager.

Tabel 4.1 - Antal indkomne, tilbagekaldte, afviste og afgjorte klager i Klagenævnet for Udbud 2005 – 2011

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Indkomne sager	33	37	58	84	115	182	178
Tilbagekaldte klager	3	8	16	15	23	67	71
- heraf tilbagekaldt inden afgørelse om "fumus"	3	8	16	15	23	48	55
- heraf tilbagekaldt efter afgørelse om "fumus" ³²	-	-	-	-	-	19	16
Afviste klager	2	2	8	9	14	9	12
Indkomne sager til substantiel behandling	28	27	34	60	78	125	111
Afgjorte sager	27	24	39	40	58	72	92

Anm.: "Klagen tilbagekaldt" og "afviste klager" dækker ikke nødvendigvis over klager, som er modtaget det pågældende år. Ikke alle sager behandles det år, hvor de modtages og antallet af afgjorte sager inkluderer derfor også sager, der er indkommet i foregående år. Derfor kan der i løbet af et år godt afgøres flere sager, end der kommer ind.

Kilde: Klagenævnet for Udbud, 2012.

Antallet af *indkomne klager* er femdoblet fra 33 i 2005 til 178 i 2011. I det tal er inkluderet klager, som efterfølgende tilbagekaldes af klageren og klager, der afvises af klagenævnet.

Antallet af *tilbagekaldte klager* er i perioden steget fra 3 til 55. Det svarer til, at cirka hver tredje klage i 2011 blev tilbagekaldt af tilbudsgiver. Dertil kommer *klager, som tilbagekaldes efter afgørelse om "fumus"*. Klager vedrørende afgørelse om fumus er klager, som trækkes tilbage af tilbudsgiver, efter at klagenævnet i en kendelse om opsættende virkning har udtalt sig om sagens klagepunkter – eksempelvis, at klagen ikke kan forventes at blive taget til følge. Der var 16 tilbagekaldelser i forbindelse med udtalelse om fumus i 2011, og tælles disse med, er det samlede antal tilbagekaldte klager 71 i 2011.

Klagenævnets formand vurderer overfor arbejdsgruppen, at tilbagekaldelser efter "fumus" fremover vil ske i mindst samme omfang, og eventuelt mere, hvis klagenævnet også kan pålægge klageren at betale sagsomkostninger. Klagenævnsformanden vurderer endvidere, at en del tilbagekaldelser sker på grund af klagerens udgifter til fortsatte advokatomkostninger, eller fordi ordregiveren har annulleret udbuddet. Endvidere er det opfattelsen, at kun omkring halvdelen af de sager, hvori klagenævnet har udtalt, at klagen ikke ser ud til at have noget på sig, bliver trukket tilbage.

³² Data om denne kategori foreligger først fra 2010.

Antallet af *afviste klager* er også steget i perioden 2005 – 2011. I 2005 blev 2 ud af 33 indkomne klager afvist, hvilket i 2011 var steget til 12 ud af de 178 indkomne klager.

Antallet af indkomne klager til *substantiel behandling* er firedoblet fra 28 til 111 klager. Klager til substantiel behandling er antallet af indkomne klager fratrukket tilbagekaldte klager og afviste klager. Klager, der tilbagekaldes efter afgørelse om fumus indgår i antallet af klager, som indgives til substantiel behandling. Ved substantiel behandling af en klage tager Klagenævnet for Udbud stilling til de påstande, der er indbragt. Antallet er altså udtryk for en direkte ressourcemæssig belastning af nævnet.

Antallet af *afgjorte sager* er steget fra 27 til 92, hvilket svarer til mere end en tredobling fra 2005 – 2011. Tallet indeholder ikke kendelser vedrørende opsættende virkning, hvor klagenævnet udtaler sig om fumus, idet disse sager opgøres særskilt, jf. tabel 4.1.

Klagenævnet oplyser, at nævnet bruger mange ressourcer på klager, som tilbagekaldes eller afvises. Mange klager tilbagekaldes sent i sagsforløbet, og flere klager afvises ved en kendelse, hvor sagen har været indgående behandlet. Det er således et lille antal klager, som tilbagekaldes eller afvises uden et nævneværdigt tidsforbrug i klagenævnet. Det er generelt klagenævnets vurdering, at belastningen af nævnet stiger proportionalt med antallet af indkomne sager.

Klagenævnet bruger også mange ressourcer på klager vedrørende aktindsigt. Klagenævnet modtog i 2011 17 klager over andre myndigheders afgørelser om aktindsigt. I 2012 har klagenævnet pr. 1. oktober 2012 modtaget 16 klager om aktindsigt. Sager om aktindsigt er ikke med i tallet for indkomne sager i tabel 4.2. Sagerne behandles af klagenævnet som klageinstans, idet en anden myndigheds afgørelse indbringes for klagenævnet som klageinstans, jf. offentlighedslovens § 15, stk. 2.

Anmodning om aktindsigt rettet direkte til klagenævnet vedrørende klagesager, der behandles (eller har været behandlet) af klagenævnet behandles som en del af klagesagen. Disse sager registreres derfor ikke særskilt og indgår heller ikke i opgørelsen.

Udover det formelle klagesystem ved klagenævnet foregår der også en uformel klagesagsbehandling hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som blandt andet kan komme med vejledende udtalelser. Udviklingen i denne type sager fremgår af nedenstående tabel 4.2.

Tabel 4.2 - Udviklingen i sagsmængden ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uformelle klagesystem

	Vejledende udtalelser i klagesager ³³	Vejledende udtalelser ³⁴
2011		
Antallet sager	43	20

³³ En ikke retligt bindende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvorvidt styrelsen finder, at udbudsreglerne er overtrådt i et konkret udbud indbragt for styrelsen.

³⁴ En ikke retligt bindende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om styrelsens forståelse af en udbudsretlig problemstilling forelagt styrelsen.

Afvist eller trukket tilbage	36	12
Behandlet	7	8
2010		
Antallet sager	45	35
Afvist eller trukket tilbage	37	29
Behandlet	8	6
2009		
Antallet sager	41	18
Afvist eller trukket tilbage	16	11
Behandlet	25	7
2008		
Antallet sager	48	44
Afvist eller trukket tilbage	26	20
Behandlet	22	24

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Tabellen viser, at der er sket et lille fald fra 2008 til 2011 i det samlede antal af sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodes om en vejledende udtalelse i en klagesag. Dog er der i perioden sket et stort fald i antallet af sager, der er blevet behandlet, mens antallet af afviste eller tilbagetrukne sager følgelig er steget.

Der er i samme periode sket et stort fald i antallet af sager, hvor styrelsen anmodes om at afgive en vejledende udtalelse. I forlængelse heraf er antallet af afviste eller tilbagetrukne sager samt behandlede sager også faldet.

4.1.1. Antallet af klager i forhold til antallet af udbud

Udviklingen i klager ved klagenævnet skal ses i forhold til antallet af udbud. Tabel 4.3 viser andelen af klager i forhold til de udbud, der er gennemført fra 2007 og frem til i dag.

Tabel 4.3 - Andel klager i forhold til gennemførte udbud 2007 – 2010

	2007	2008	2009	2010
Antal udbud	4.331	5.136	4.590	5.671
Antal klager	34.	60	78	125
Andel klager	0,8 pct.	1,2 pct.	1,7 pct.	2,2 pct.

Anm.: Antallet af udbud dækker over indgåede kontrakter i henhold til Udbudsdirektivet og annonceringer og licitationer i henhold til tilbudsloven. Annonceringen er gennemført i henhold til tilbudsloven indeholder dermed ikke information om, hvor mange kontrakter der er indgået.

Note: Annonceringspligten for annonceringer og licitationer under EU's tærskelværdi blev først indført i 2007. Tabellen går derfor kun tilbage til 2007.

Kilde: TED-databasen, Merzell og Klagenævnet for Udbud, 2012 (Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012))

Som det fremgår af tabel 4.3, er der sket en stigning i antallet af gennemførte udbud fra 2007 til 2010. Andelen af indkomne klager har i samme periode været stigende fra 34 i 2007 til 125 i 2010. I samme periode er andelen af indkomne klager til substantiel behandling steget fra 0,8 pct. til 2,2 pct. af udbuddene.

4.1.2. Fordelingen af klagesager ift. regelgrundlag og udbudsform

Udbudsrådet har gennemført en analyse af klagemønstret i udbudsklagesager. Kortlægningen er baseret på en gennemgang af 185 kendelser afsagt af Klagenævnet for Udbud i perioden 2009 til 1. september 2011³⁵. Kendelserne vedrører overtrædelser af udbudsdirektivet og tilbudsloven. Kendelser vedrørende forsyningsvirksomhedsdirektivet, erstatningssager og sager vedrørende klagenævnets kompetence indgår ikke i Udbudsrådets analyse. Derfor anvendes et andet talsæt end det, som findes i Klagenævnet for Udbuds officielle statistik.

Tabel 4.4 - Antal kendelser fordelt på regelgrundlag

	2009	2010	2011
Tilbudsloven	9	21	21
Udbudsdirektivet	45	44	40
Begge	1	0	1
Ikke oplyst	0	2	1

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012).

Tabel 4.5 - Antal kendelser fordelt på regelgrundlag som pct. af udbudte kontrakter i henhold til udbudsdirektivet og tilbudsloven

	2009	2010	2011
Tilbudsloven	0,3 pct.	2,5 pct.	0,6 pct.
Udbudsdirektivet	2,9 pct.	2,7 pct.	3,1 pct.

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012).

Direktivets procedureregler er komplekse, og risikoen for at begå fejl i udbudsprocessen er derfor langt større ved EU-udbud end ved udbud efter tilbudsloven. Derudover har opgaver, der er udbudt efter direktivet, typisk en større kontraktværdi, som kan øge incitamentet til at klage for fravalgte leverandører, fordi de har haft større omkostninger ved at udarbejde tilbuddet og går glip af større indtjening.

Tabel 4.6 – Antal kendelser fordelt på udbudsform

	2009	2010	2011
Offentligt udbud	26	27	33
Begrænset udbud	22	22	21
Anden udbudsform	7	18	9

³⁵ Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012).

Note: "Anden udbudsform" dækker over konkurrencepræget dialog, udbud efter forhandling, miniudbud og udbud, hvor udbudsformen er ukendt.

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012)³⁶

Ses der på fordelingen af klager i forhold til udbudsformer, kan der spores en tendens til, at der i 2010 og 2011 blev klaget over ca. en tredjedel flere offentlige udbud end begrænsede udbud³⁷, og at en vis andel af disse klager vedrører prækvalifikationsfasen. Det kan dog ikke konkluderes, at de indgivne klager er betinget af udbudsformen.

4.1.3. Andelen af væsentlige/mindre væsentlige overtrædelser

Hovedparten af de konstaterede overtrædelser af udbudsdirektivet og tilbudsloven, kan karakteriseres som væsentlige overtrædelser. Overtrædelser vil typisk blive karakteriseret som væsentlige, når de har betydning, at udbudsproceduren ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Tabel 4.6 giver et overblik over fordelingen af klagesager på væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, mindre væsentlige overtrædelser og sager, hvor ingen af de nedlagte påstande tages til følge.

Tabel 4.6 - Oversigt over fordelingen af antal kendelser på væsentlige overtrædelser, mindre væsentlige overtrædelser og ikke medhold

	2009	2010	2011
Væsentlige overtrædelser	46 pct.	49 pct.	38 pct.
Mindre væsentlige overtrædelser	18 pct.	6 pct.	6 pct.
Tilbudsgiveren får ikke medhold	36 pct.	45 pct.	56 pct.

Note: Opdelingen i væsentlige og mindre væsentlige overtrædelser af baseret på en gennemgang af de afgørelser, hvor Klagenævnet for Udbud har givet klageren helt eller delvist medhold.

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012).

Overtrædelser af udbudsreglerne, der vurderes som væsentlige, udgør lige under 50 pct. af de afsagte kendelser i 2009 og 2010. Tallet var i 2011 faldet til 38 pct. De væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne vil som udgangspunkt udløse sanktioner bl.a. ved, at Klagenævnet for Udbud annullerer ordregiverens tildelingsbeslutning eller ved, at ordregiveren pålægges at betale erstatning.

Mange af disse sager angår ofte:

- Uklarheder i udbudsmaterialet
- Ukonditionsmæssige tilbud, der tages i betragtning
- Fejl i tilbudsevalueringen.

³⁶ Optælling foretaget af Udbudsrådets Sekretariat på baggrund af kendelser 2009 – 2011 fra Klagenævnet for Udbud.

³⁷ Udbudsdirektivet giver ordregiverne mulighed for frit at vælge mellem udbudsformerne offentligt udbud og begrænset udbud. Ved et offentligt udbud kan alle interesserede byde på opgaven. Ved et begrænset udbud skal der ansøges om prækvalifikation. På baggrund af objektive udvælgelseskriterier (f.eks. erfaring, økonomi m.v.) udpeges herefter de deltagere, der får lov at afgive tilbud. Tilbudslovens annonceringspligt for varer og tjenesteydelser stiller kun i begrænset omfang procedurekrav til, hvordan annonceringen skal tilrettelægges.

Overtrædelser af denne karakter er kendetegnet ved at skade konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Der er relativt få sager vedrørende mindre væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne. I 2009 udgør de ca. 18 pct., mens de i 2010 og 2011 kun udgør få procent af det samlede antal undersøgte klagesager. Det er en fællesnævner i flere af disse sager, at klagenævnet fx konstaterer, at der er begået fejl i underretningen af tilbudsgiverne, eller at den begrundelse, der er givet til en forbigået tilbudsgiver, ikke har været fyldestgørende.

De sager, som tilbudsgiverne taber ved Klagenævnet for Udbud, udgør i 2009 og 2010 under halvdelen af den samlede mængde af sager. I 2011 får stadig færre klagerere dog medhold i den indbragte sag, og andelen af sager, som tilbudsgiverne taber, udgør nu lidt over halvdelen af sagerne.

I disse sager fastslår Klagenævnet for Udbud typisk, at ordregiveren har handlet efter reglerne. Alternativt kan der være nedlagt påstande, der sjældent imødekommes af nævnet. Det kan fx dreje sig om, at ordregiverens skønsmæssige del af tildelingsbeslutningen ønskes efterprøvet.

4.1.4. Antallet af klager i forhold til Norge og Sverige

I forhold til Norge og Sverige er antallet af klager i Danmark lavt, også når der tages højde for, at der i Norge og særligt i Sverige årligt gennemføres langt flere udbud. Som det fremgår af tabel 4.7, blev der i Danmark klaget over 2,2 pct. af alle udbud, mens der i Norge blev klaget over 3,8 pct. af udbuddene og i Sverige over cirka 5 pct. i samme år.

Tabel 4.7 - Antal udbud og indkomne klager i Danmark, Norge og Sverige i 2010

	Danmark	Norge	Sverige
Antal udbud	5.671	10.604	17.774
Antal indkomne klager ³⁸	125	407	-
Andel klager	2,2 pct.	3,8 pct.	5 pct. ³⁹

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012)

Der er en række væsentlige forskelle mellem klagesystemerne i de nordiske lande, som bør tages i betragtning, når man sammenligner antallet af klager over udbud i de tre lande. Det skyldes blandt andet, at der er forskel på, hvordan de tre lande opgør antallet af klager over udbud.

Der er begrænset data fra Sverige, og der findes derfor ikke en præcis opgørelse over antallet af klager over udbud. Antallet af klager er langt højere end antallet af udbud, der klages over, og der kan derfor ikke foretages en præcis beregning af, hvor stor en andel af de svenske udbud, der klages over, jf. også note 19 til tabel 4.7. De danske og norske klagenævne opgør ikke antallet af udbud, der klages over, men kun antallet af klager. Det er således ikke muligt at foretage en direkte sammenligning af antallet af udbud, der klages over, i de tre lande.

³⁸ For Danmark er der tale om klager til substantiel behandling. Det har ikke været muligt at afdække, om det også gør sig gældende for Norge og Sverige, og tallene er derfor behæftet med en lille usikkerhed.

³⁹ Procentsatsen er et overslag fra den svenske konkurrencemyndighed Konkurrentverket og er behæftet med en vis usikkerhed. I Sverige indgives der mange klager over det samme udbud, og antallet af klager er derfor langt højere end antallet af udbud, der klages over. I 2010 blev der indgivet 3571 klager.

Som nævnt i afsnittene 3.1 og 3.3 skal det bl.a. bemærkes, at det er gratis at klage i Sverige og relativt billigt i Norge, hvor et forslag om gebyrstigning dog er sendt i høring. Hertil kommer, at håndhævelse af klager i forbindelse med udbud i Sverige sker gennem de almindelige forvaltningsdomstole, hvor der er adgang til at klage i tre instanser før indgåelse af kontrakt. I Norge kan der klages til et uafhængigt nævn, som behandler to forskellige typer af klager. Man kan enten klage over anskaffelsesregelsættet (vejledende sager der ikke angår direkte tildeling) eller over ulovlige direkte tildelinger (gebyrsager).

4.1.5. Antallet af åbenlyst uberettigede klager

Det er indtrykket, blandt andet på baggrund af møder med interessenter, at ordregivere i stigende grad oplever, at tabende tilbudsgivere indgiver åbenlyst uberettigede klager for bl.a. at forhindre og forsinke den videre udbudsproces. Der foreligger ikke datamateriale, der direkte kan belyse spørgsmålet. En indikator kan imidlertid være, at antallet af tilbagekaldte klager er steget fra 3 i 2005 til 71 i 2011. Der er i perioden også sket en stigning i antallet af indkomne klager, men stigningen har ikke været forholdsmæssigt lige så stor som stigningen i antallet af tilbagekaldte klager. I 2010 til 2011 har man særskilt opgjort antallet af klager, der er blevet tilbagekaldt efter afgørelse om fumus, jf. tabel 4.2. Det drejer sig om henholdsvis 19 sager i 2010 og 16 sager i 2011. Klagenævnets formand vurderer endvidere, at det er opfattelsen, at kun omkring halvdelen af de sager, hvori klagenævnet har udtalt, at klagen ikke ser ud til at have noget på sig, bliver trukket tilbage.

KL's nyhedsbrev Momentum offentliggjorde i februar 2012 en undersøgelse af kommuner og regioners opfattelse af klagesystemet⁴⁰. Undersøgelsen viser, at kommuner og regioner i det daglige oplever, at de private virksomheders lunte i forhold til at klage er blevet kortere og til tider for kort. En kommune udtaler, at der er en tendens til, at aktindsigt og klagesager desværre også bringes i spil, hvor udbudsregler er fulgt til punkt og prikke. Af samme undersøgelse fremgår det dog, at en erhvervsorganisation ikke kan genkende billedet af, at virksomhederne klager for ofte.

Arbejdsgruppen har herudover fået præsenteret eksempler på klager, der opfattes som åbenlyst ubegrundede. En større dansk virksomhed vandt en kontrakt udbudt på SKI til en værdi på over 2 mia. kr. Dette medførte en klage fra en konkurrerende leverandør, der havde den hidtidige kontrakt. Klagen blev af virksomheden opfattet som værende åbenlyst ubegrundet og alene med det formål at forlænge perioden, inden der skulle skiftes leverandør. Som konsekvens af den anlagte klagesag, oplyste virksomheden, at de ikke så anden udvej end at foretage samme skridt, hvis kontrakter de selv har, vindes af den pågældende konkurrent i fremtidige udbudsrunder.

4.1.6. Andelen af medhold/ikke medhold

Tabel 4.8 viser en oversigt over antallet af sager, hvor der er givet helt eller delvist medhold og antallet af sager, hvor der ikke er givet medhold i nogen af de fremsatte påstande.

⁴⁰ Momentum: Undersøgelse blandt de udbudsansvarlige i kommuner og regioner (2012).

Tabel 4.8 - Oversigt over sager, hvor der er givet medhold/delvist medhold og ikke medhold⁴¹

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Helt eller delvis medhold i klagen angivet i pct.	79	81	67	79	43	64	56	42
Ikke medhold angivet i pct.	21	19	33	21	57	36	44	58

Kilde: Klagenævnet for Udbud, 2012.

Den andel af sagerne, hvor tilbudsgiverne får helt eller delvist medhold, er samlet set faldet markant i perioden 2004-2011, dog med betydelig variation i de enkelte år. Det er ikke muligt at belyse, om denne udvikling kan tilskrives, at en stadig større andel af klagerne er åbenlyst ubegrundet, idet der ikke foreligger datamateriale, som direkte kan belyse antallet af åbenlyst ubegrundede klager.

4.2 Transaktionsomkostninger

Udbudsrådet har ad flere omgange behandlet spørgsmålet om transaktionsomkostninger. Dette afsnit baserer sig på materiale herfra.

En af de væsentligste transaktionsomkostninger ved udbud relaterer sig til klagesager og begæringer om aktindsigt i forbindelse med udbudsprocesser. Knap 40 pct. af de danske indkøbere oplever således, at risikoen for omkostninger i forbindelse med en klagesag overstiger de gevinster, der er ved at gennemføre udbud⁴². Samtidig er der betydelige samfundsøkonomiske ressourcer forbundet med klagesager i forbindelse med udbudsforretninger.

4.2.1. Ordregivers transaktionsomkostninger i forbindelse med klagesager

Før udbuddet offentliggøres kan alene frygten for klager medføre, at ordregiver bruger store ressourcer på at dobbeltjekke og kvalitetssikre udbudsmaterialerne. I nogle tilfælde inddrages både intern og ekstern juridisk bistand for at undgå, at udbuddet medfører en klagesag⁴³. Når kontrakten er tildelt, kan håndtering af begæringer om aktindsigt i eksempelvis det vindende tilbud være en omfattende opgave.

Hvis der indgives en klage over et udbud, medfører det en række forskellige omkostninger for ordregiver. Ordregivere pålægges at betale sagsomkostninger i cirka halvdelen af de undersøgte klagesager – eller stort set alle de sager, hvor klageren får helt eller delvist medhold.

I perioden 2009 til 1. september 2011 er ordregivende myndigheder, der har tabt en sag i Klagenævnet for Udbud gennemsnitligt blevet pålagt at betale 40.981 kr. til tilbudsgiverne. Gennemsnittene dækker over variationer mellem myndighedstyperne som det fremgår af tabel 4.10.

Tabel 4.10 - Oversigt over pålagte sagsomkostninger i gennemsnit pr sag fordelt på myndighedstype (2009-2011)

Kommune	Region	Statslig myndighed	Offentligtretligt organ
37.829	56.364	39.667	39.000

Kilde: Analyse af klagemønstret i udbudsklagesager (Udbudsrådet 2012).

⁴¹ Klagenævnet for Udbuds officielle statistik anvender et andet talsæt end det, som anvendes i Udbudsrådets analyse fra 2012, jf. afsnit 4.1.3. Derfor afviger tallene i tabel 4.6 og 4.8 fra hinanden.

⁴² En sammenlignende analyse af offentlig-privat samarbejde i Danmark og Sverige (Udbudsrådet 2012).

⁴³ Analyse af Transaktionsomkostningerne ved udbud (Udbudsrådet 2011).

Det fremgår af data, at:

- De hyppigst forekommende sagsomkostninger er henholdsvis på 25.000 kr. og 50.000 kr.
- Den midterste værdi i datasættet er 30.000 kr.
- Sagsomkostningerne svinger beløbsmæssigt mellem 5.000 kr. og 150.000 kr.
- To sager vedrørende rammeaftaler om varekøb skiller sig ud med markant højere sagsomkostninger end middelværdierne. Det drejer sig om to klager over Region Hovedstaden, som vedrører det samme udbud gennemført efter udbudsdirektivet. I begge sager fik klagerne delvist medhold, og Region Hovedstaden blev begge gange pålagt at betale 150.000 kr. i sagsomkostninger til hver af de to klagere.
- Kommunerne er i ca. halvdelen af tilfældene blevet pålagt at betale sagsomkostninger. Også beløbsmæssigt er kommunerne blevet pålagt ca. halvdelen af de samlede sagsomkostninger.

Se bilag 3 for oversigt over de pålagte sagsomkostninger fra 2009 – 2011 fordelt på myndighedstyper.

Ordregivernes samlede udgifter til klagesager er dog væsentligt højere end de sagsomkostninger, som ordregiverne pålægges af Klagenævnet for Udbud.

Myndighederne benytter som regel et advokatfirma til at føre sagen ved Klagenævnet for Udbud. Udover udgifter til advokatsalær har den enkelte myndighed typisk omkostninger til interne timer hos en eller flere medarbejdere. Omkostninger til advokatsalær kan let overstige den gevinst ved udbuddet, som ordregiver ellers havde kalkuleret med⁴⁴.

Omkostninger til klagesager varierer med udbuddets kompleksitet, karakteren af de fejl der er begået, og myndighedens rutiner og erfaring i at håndtere klagesager. Af Udbudsrådets analyse af klagemønstret fremgår fx cases, hvor Kalundborg kommune vurderer, at have brugt 30 timer på en klagesag samt 25.000 kr. i advokatsalær. Universitets- og Bygningsstyrelsen vurderer, at en klagesag tog dem 29 timer at håndtere og 75.000 kr. i advokatsalær. Region Sjælland estimerer, at have brugt 110 timer på en klagesag, der kostede ca. 282.000 kr. i advokatsalær.

KL's nyhedsbrev Momentum offentliggjorde i februar 2012 en undersøgelse af kommunernes oplevelse af klagesystemet⁴⁵. Af undersøgelsen fremgår det, at syv ud af ti kommuner og regioner vælger at tilrettelægge sine udbud på mere traditionelle måder, selv om det kan betyde, at de ikke opnår de fulde gevinster ved udbuddet i form af de mest innovative løsninger. Årsagen hertil er frygten for at ende i klagenævnet. Dette understøttes af en foranalyse af generelle rammevilkår for velfærdsteknologi, som Økonomi- og Indenrigsministeriet har fået udarbejdet i 2012. Analysen viser, at såvel regioner som kommuner oplever, at den danske håndtering af klagesager ofte påfører myndighederne betydelige transaktionsomkostninger i forbindelse med udbud af innovative projekter med teknologiske løsninger, og konsekvensen ofte er at udbud skrives bredere end det egentligt har været intentionen og dermed undlader at gennemføre de mest fordelagtige kontraktforløb⁴⁶.

⁴⁴ Analyse af Transaktionsomkostningerne ved udbud (Udbudsrådet 2011).

⁴⁵ Momentum: Undersøgelse blandt de udbudsansvarlige i kommuner og regioner.

⁴⁶ Foranalyse af generelle rammevilkår for velfærdsteknologi, Økonomi- og Indenrigsministeriet 2012.

4.2.2. Transaktionsomkostninger for tilbudsgivere

Også tilbudsgiverne har omkostninger ved klagesager⁴⁷. Det koster 10.000 kr. i gebyr at indgive en klage til klagenævnet, som tilbagebetales, hvis tilbudsgiveren får medhold i klagen.

En klage indgivet af en forbigået tilbudsgiver, vil udover de omkostninger som klageren selv påføres, også skabe omkostninger for den vindende tilbudsgiver, hvis ordregiveren vælger at annullere udbuddet.

Hvis ordregiveren ikke annullerer udbuddet, kan det også skabe unødige transaktionsomkostninger for den vindende tilbudsgiver, fordi klagen kan medføre, at det tager længere tid, inden tildelingsprocessen er afsluttet. Årsagen hertil er blandt andet, at klager indgivet i standstill-perioden automatisk fører til opsættende virkning af kontrakten. Klagenævnet har derefter 30 dage til at vurdere, om der skal gives opsættende virkning, indtil den endelige kendelse er afsagt.

Andelen af klagere, der vælger at forelægge deres klagesag for klagenævnet uden brug af advokat er relativt stort og har været støt stigende over en årrække. Udviklingen fremgår af tabel 4.11:

Tabel 4.11 - Afsagte kendelser og brug af advokat fra tilbudsgivers side

År	Med advokat	Uden advokat	Andel selvmøder i pct.
2011	75	35	32
2010	65	15	19
2009	65	11	17
2008	37	9	20
2007	40	4	9
2006	31	2	6

Kilde: Arbejdsgruppens egne tal på baggrund af www.klfu.dk.

Note: Tabellen viser kun brugen af advokat i sager, der fører til kendelse.

Den andel af klagere, der benytter advokatbistand må antages at have udgifter til advokater, som svarer til ordregiverens udgifter. Håndværksrådet vurderer, at salærerne typisk løber op i 50.000-100.000 kr. Samtidig med udgifter til advokatsalær har den enkelte klager typisk omkostninger til interne timer hos en eller flere medarbejdere. Disse omkostninger kan på samme vis som ved ordregiverne samlet set have et meget stort omfang.

Klagenævnet for Udbud kan i visse tilfælde pålægge ordregiveren at betale de sagsomkostninger, klageren har haft i forbindelse med klagesagen⁴⁸. Klagenavnets fastsættelse af sagsomkostningernes størrelse dækker dog ikke nødvendigvis fuldt ud tilbudsgiverens faktiske sagsomkostninger. Derfor vil der kunne være en vis procesrisiko forbundet med at klage.

4.2.3. Sagsomkostninger forbundet med at føre en retssag ved domstolene

Klager over udbud kan tillige indbringes for de almindelige domstole⁴⁹. Indbringelse af en sag for domstolene er forbundet med en række omkostninger, som fx retsafgift til retten og udgifter til advokat.

⁴⁷ Analyse af Transaktionsomkostningerne ved udbud (Udbudsrådet 2011).

⁴⁸ Jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

⁴⁹ Jf. håndhævelseslovens § 5, stk. 1.

Størrelsen af den retsafgift, som skal betales, afhænger af, hvilken type sag der er tale om. Beregningsmodellen følger af boks 4.1 nedenfor. For sager, der angår penge eller kan opgøres i penge, som fx udbudsklagesager, skal der betales et grundbeløb på 500 kr. Hvis sagens værdi overstiger 50.000 kr. skal der betales yderligere 250 kr. og 1,2 pct. af den del af værdien, der overstiger 50.000 kr. Den samlede retsafgift, inklusiv grundbeløbet på 500 kr., kan dog højst udgøre 75.000 kr. Når retten har afsluttet forberedelsen af sagen og domsforhandlingen skal berammes, skal der betales yderligere retsafgift (berammelsesafgift), hvis sagens værdi overstiger 50.000 kr. Berammelsesafgiften beregnes på samme måde som retsafgiften og kan højst udgøre 75.000 kr.⁵⁰.

Boks 4.1 – Beregning af retsafgift

$500 \text{ kr.} + 250 \text{ kr.} + ((\text{sagens værdi} - 50.000) \times 0,012) = \text{retsafgiften}$

Eksempel: Sagens værdi er 500.000 kr. Retsafgiften udgør 500 kr. + 250 kr. og 1,2 procent af 450.000 kr. – i alt 6.150 kr.

Berammelsesafgiften vil ligeledes udgøre 6.150 kr., og de samlede omkostninger vil derfor være 12.300 kr. ved en sagsværdi på 500.000 kr.

Til sammenligning udgør det nuværende klagegebyr ved Klagenævnet for Udbud 10.000 kr. Beregningen af retsafgiften og berammelsesafgiften medfører, at en udbudsklagesag med en kontraktsum på over 404.167 kr. vil udløse en samlet retsafgift (inklusiv berammelsesafgift), der er højere end klagegebyret ved klagenævnet.

Prisen for advokatbistand kan variere og fastsættes af den advokat, som skal føre sagen. Retsplejelovens § 126, stk. 2, indeholder et forbud mod, at advokater opkræver højere salær, end hvad der er rimeligt, men loven indeholder ingen takster. Efter nævns- og domspraksis skal advokater ved fastsættelse af salær bl.a. tage hensyn til arbejdets art og omfang, sagsgenstandens størrelse og den tid, advokaten har anvendt.

Nogle forsikringer indeholder en retshjælpsdækning, som betyder at man får dækket hovedparten af udgifterne forbundet med retssagen, uanset om man vinder eller taber sagen.

4.3. Udvikling i sagsbehandlingstider

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i Klagenævnet for Udbud var 6 måneder og 22 dage i 2011, og umiddelbart forventer klagenævnet ikke, at sagsbehandlingstiden under de nuværende forhold vil falde. Tværtimod forventes det, at den nuværende ressourcesituation vil medføre en fortsat forøgelse af sagsbehandlingstiderne. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er steget en anelse fra 2010, hvor den var 6 måneder og 11 dage.

Dette skal ses i lyset af, at sagsmængden og -tyngden er stigende: Primo 2009 havde Klagenævnet for Udbud 42 verserende sager, og der indkom 115 sager i årets løb. Primo 2010 havde klagenævnet 62 verserende sager, og der indkom 182 sager i årets løb. Primo 2011 havde klagenævnet 96 verserende sager, og der indkom 178 sager i årets løb. Primo 2012 havde klagenævnet 99 verserende sager, og der er indkommet 38 sager i 1. kvartal.

⁵⁰ Kilde: www.domstol.dk.

4.3.1. Udvikling i sagsbehandlingstid og antal afgjorte sager

Tabel 4.12 - Klagenævnet for Udbud

	1. halvår 2007	2. halvår 2007	1. halvår 2008	2. halvår 2008	1. halvår 2009	2. halvår 2009	1. halvår 2010	2. halvår 2010	1. halvår 2011	2. halvår 2011
Antal af afgjorte sager	18	29	27	28	45	43	40	47	55	50
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	6,1 mdr.	5,5 mdr.	4,2 mdr.	4,6 mdr.	5,0 mdr.	5,6 mdr.	6,1 mdr.	6,4 mdr.	6,8 mdr.	6,5 mdr.

Kilde: Erhvervsstyrelsen.

I nedenstående fem tabeller er sagsbehandlingstiden opgjort for Erhvervsankenævnet, Revisornævnet, Konkurrenceankenævnet, Skatteankenævnet og byretterne.

Tabel 4.13 - Erhvervsankenævnet

	1. halvår 2007	2. halvår 2007	1. halvår 2008	2. halvår 2008	1. halvår 2009	2. halvår 2009	1. halvår 2010	2. halvår 2010	1. halvår 2011	2. halvår 2011
Antal af afgjorte sager	17	19	13	8	19	27	15	20	21	17
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	9,6 mdr.	7 mdr.	8,9 mdr.	11,1 mdr.	7,9 mdr.	7,2 mdr.	6,8 mdr.	7,5 mdr.	6,9 mdr.	8,7 mdr.

Kilde: Erhvervsstyrelsen.

Tabel 4.14 - Revisornævnet

	1. halvår 2007	2. halvår 2007	1. halvår 2008	2. halvår 2008	1. halvår 2009	2. halvår 2009	1. halvår 2010	2. halvår 2010	1. halvår 2011	2. halvår 2011
Antal af afgjorte sager	13	44	24	32	23	30	33	62	29	27
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	11 mdr.	13 mdr.	13,59 mdr.	14,51 mdr.	15,5 mdr.	11,5 mdr.	16,9 mdr.	15 mdr.	10,6 mdr.	11 mdr.

Kilde: Erhvervsstyrelsen.

Tabel 4.15 - Konkurrenceankenævnet

	1. halvår 2007	2. halvår 2007	1. halvår 2008	2. halvår 2008	1. halvår 2009	2. halvår 2009	1. halvår 2010	2. halvår 2010	1. halvår 2011	2. halvår 2011
Antal af afgjorte sager	3	6	1	1	0	2	3	2	6	15
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	15 mdr.	5,5 mdr.	8,9 mdr.	6,5 mdr.	-	10 mdr.	10 mdr.	10 mdr.	5 mdr.	9,5 mdr.

Kilde: Erhvervsstyrelsen.

Note: Antallet af indkomne sager ligger stabilt på 4 – 8 sager om året. Men i 2011 er der indkommet 134 vandsager.

Tabel 4.16 – Skatteankenævnet

	2007	2008	2009	2010	2011
Antal af afgjorte sager	5.620	2.536	2.181	1.675	1.603
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	9,0 mdr.	7,5 mdr.	7,6 mdr.	8,4 mdr.	9,3 mdr.

Kilde: Skatteankenævnens årsberetninger, www.skat.dk.

Tabel 4.17 - Byretterne

	2007	2008	2009	2010	2011
Antal af afsluttede civile sager	45.367	30.815	24.383	23.333	21.544
Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	5,4 mdr.	7,8 mdr.	9,2 mdr.	9,6 mdr.	10,3 mdr.

Kilde: Nøgletal for domstolene 2011, www.domstol.dk.

Tabellerne viser, at Klagenævnet for udbud generelt har en kortere sagsbehandlingstid, end de øvrige nævn samt domstolene.

4.4. Driften af klagenævnet

Driften af klagenævnet er delvist klagegebyrfinansieret og delvist bevillingsfinansieret. Klager til klagenævnet er pålagt et gebyr på 10.000 kr. pr. sag. Gebyret tilbagebetales, hvis klager gives helt eller delvist medhold. Derudover finansieres Klagenævnet for Udbud over Erhvervsstyrelsens almindelige nettobevilling.

I praksis er nettoindtægten fra klagegebyret forholdsvis beskedent, og driften af Klagenævnet for Udbud er derfor i langt overvejende grad finansieret af styrelsens nettobevilling. I 2011 udgjorde klagenævnets driftsbevilling 2.600.000 kr., hvortil kom indtægter fra klagegebyrer på i alt 764.000 kr. I 2011 udgjorde Klagenævnets direkte omkostninger i alt 3.916.000 kr., mens indirekte omkostninger udgjorde 2.068.000 kr. Forskellen mellem indtægterne fra driftsbevilling, henholdsvis klagegebyrer og de totale (dvs. direkte og indirekte) omkostninger finansieres over Erhvervsstyrelsens almindelige nettobevilling.

Timesatsen for nævnets medlemmer fremgår af nedenstående tabel 4.18.

Tabel 4.18 - Aflønning af medlemmer af Klagenævnet for Udbud

Formænd/næstformænd (landsretsdommere)	(LR 39) 506,52 kr. pr. time
Formænd/Næstformænd (Byretsdommere)	455,87 kr. pr. time
Sagkyndige og andre	318,63 kr. pr. time
Juridiske sekretærer	Ca. 250 kr. pr. time
HK-sekretærer	Ca. 125 kr. pr. time

Kilde: Erhvervsstyrelsen.

Note: Honorar til dommerne er fastsat ved aftale mellem Domstolsstyrelsen og Den Danske Dommerforening. Honorar til de sagkyndige fastsættes af ressortministeren.

4.5. Klagenævnets praksis

Klagenævnets praksis har afgørende betydning for fortolkningen af udbudsdirektiverne. Det skyldes, at antallet af kendelser fra Klagenævnet for Udbud langt overstiger antallet af sager fra EU-Domstolen og danske domstole. Ved siden af disse instansers fastlæggelse af retstilstanden, kan ordregivere og private virksomheder bl.a. finde yderligere bidrag til fortolkningen af udbudsdirektiverne i EU-Kommissionens fortolkningsmeddelelser og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger.

Klagenævnets formand har overfor arbejdsgruppen udtrykt bekymring over, at det stigende antal sager og klagenævnets sparsomme ressourcer gør, at kendelser ofte udarbejdes under et urimeligt tidspres og med utilstrækkelig administrativ og juridisk bistand.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i efteråret 2010 foretaget en umiddelbar og intern gennemgang af klagenævnets retspraksis på en række områder:

- *Kontraktlængder:* Der synes ikke at være væsentlig forskel i Danmark, Sverige eller Storbritannien for så vidt angår principperne for fastsættelse af varigheden af offentlige kontrakter. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indtryk, at ordregivende myndigheder ofte er i tvivl om, hvilken varighed en offentlig kontrakt konkret kan have. Det kan føre til, at ordregivende myndigheder – af frygt for en klagesag – fastsætter en kontraktvarighed, der er unødvendigt kort.
- *Overholdelse af formkrav:* Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indtryk, at den danske praksis for ordregiveres ret og pligt til at se bort fra formelle fejl i tilbudsgiveres tilbud er unødvendigt formalistisk. Klagenævnet for Udbud har i visse tilfælde anlagt en formalistisk fortolkning af ordregivers ret og pligt til at se bort fra formelle fejl i tilbudsgiveres tilbud. Klagenævnets praksis er ikke entydig. Som følge heraf vælger ordregivende myndigheder ofte at forkaste tilbud, der indeholder ubetydelige fejl, for at være sikre på at overholde udbudsreglerne og undgå klagesager.

På ovenstående baggrund reviderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i 2011 udbudsbekendtgørelsen. Pr. 1. juli 2011 blev det præciseret, at fejl i formalia ikke automatisk indebærer, at tilbud skal afvises som ukonditionsmæssige. Det kan fx være, at en ansøgning eller et tilbud ikke er underskrevet, eller at ansøgningen eller tilbuddet ikke er fremsendt i det krævede antal eksemplarer. Med præciseringen er der givet en generel retningslinje for, hvornår en ordregiver kan vælge at tage et tilbud i betragtning, selvom der er formelle fejl forbundet med tilbudsafgivelsen.

- *Rammeaftaler:* Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke kunne påvise forskelle i tolkningen af udbudsdirektivets regler om rammeaftaler sammenlignet med Sverige og Storbritannien.

En konkret kendelse afsagt i klagenævnet af 5. december 2011, som vedrører brugen af rammeaftaler, har givet anledning til spørgsmål vedr. retstilstanden i forbindelse med brugen af rammeaftaler. Kendelsen kan tolkes som værende mere restriktiv end en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 4. januar 2011 i forhold til muligheden for at anvende forskellige tildelingsformer på samme rammekontrakt. Kendelsen kan også læses således, at den rejser spørgsmålet om, i hvilken grad en kunde kan siges slet ikke at have udbudt sin opgave, såfremt der handles på en rammeaftale med fejl, og som er udbudt af en

indkøbscentral som fx SKI. På denne baggrund er det blevet besluttet, at ændre implementeringsbekendtgørelsen med henblik på at præcisere retstilstanden på de rejste punkter indenfor rammerne af EU-reglerne.

- *Udvælgelses- og tildelingskriterier:* Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at klagenævnet indtager en fleksibel holdning til spørgsmålet om, hvorvidt det samme kriterium kan anvendes til både udvælgelsen af tilbudsgivere og tildeling af kontrakten.
- *Ændring i kontrakter efter kontraktindgåelse:* Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der ikke kan konstateres en væsentlig forskel på muligheden for at ændre kontrakter efter kontraktindgåelse i Danmark, Sverige, Finland, Holland og Storbritannien.
- *Konkurrencepræget dialog:* KL har i et brev til Erhvervs- og Vækstministeren, Finansministeren og Økonomi- Indenrigsministeren vurderet, at klagenævnets retspraksis vedrørende konkurrencepræget dialog er så restriktiv, at udbudsformen reelt ikke benyttes i Danmark selv ikke ved komplicerede IT-udbud. Ifølge KL er det kun i Danmark, at der er kendelser på området, hvilket ifølge KL hæmmer brugen af denne udbudsform.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at klagenævnets praksis om anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog ikke generelt fremstår restriktiv. Nævnets kendelse af 27. april 2010, hvormed klagenævnet tog stilling til betingelserne for anvendelsen af konkurrencepræget dialog, fastlægger imidlertid en restriktiv fortolkning af betingelserne. Det er derudover styrelsens umiddelbare vurdering, at det formentlig er korrekt, at Danmark skiller sig ud ved at have flere kendelser, der omhandler anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog.

Af Momentums undersøgelse fra februar 2012 af kommunernes oplevelse af klagesystemet fremgår, at 81 procent af kommuner og regioner vurderer, at det er blevet mere kompliceret at bringe en opgave i udbud som følge af de konkrete kendelser fra Klagenævnet for Udbud.

4.6. Effekt af ændringer af håndhævelsesloven i 2011

I 2011 blev der gennemført en række ændringer af håndhævelsesloven. Hovedparten af disse havde baggrund i Konkurrencepakken af 11. april 2011. Det er på nuværende tidspunkt endnu ikke muligt fuldt ud at vurdere effekten af ændringerne, men på det foreliggende grundlag har en række indikationer på effekterne vist sig. Ændringerne, som trådte i kraft den 1. juli 2012, er følgende:

4.6.1. Klagenævnet kan ikke længere tage spørgsmål op af egen drift

Klagenævnet kan alene tage stilling til de af parterne nedlagte påstande og alene tage hensyn til de forhold, som er gjort gældende. Dermed kan klagenævnet ikke længere tage spørgsmål op af egen drift til påkendelse og således udvide klagesagens omfang. Klagenævnet kan stadig kræve alle oplysninger oplyst, som er nødvendige for, at klagenævnet kan træffe afgørelse i en sag samt stille spørgsmål og yde vejledning i fornødent omfang på samme måde som domstolene i civile sager.

Klagenævnets formand vurderer overfor arbejdsgruppen, at ændringen primært har medført tre ting. For det første, er det vurderingen, at færre klager får medhold, eftersom at klagenævnet ikke selv kan rejse påstande. For det andet, er det vurderingen, at ændringen har formindsket arbejdsbyrden ved klagenævnet. Endelig er det opfattelsen, at der er overtrædelser af udbudsreglerne, som går upåttalt hen, når der ikke er rejst påstand herom.

4.6.2. Den juridiske dommer kan ikke længere komme i mindretal

I afgørelsen af en sag deltager der som udgangspunkt én dommer og én sagkyndig i stedet for som tidligere en dommer og to sagkyndige. Ved stemmelighed er den juridiske dommers stemme udslagsgivende. Dermed kan den juridiske dommer ikke (længere) komme i mindretal. Den ændrede sammensætning af klagenævnet i forbindelse med sagsbehandlingen vil blive evalueret to år efter lovens ikrafttræden.

Klagenævnets formand vurderer ikke, at ændringen har haft en hverken positiv eller negativ effekt. Dog kan det ikke ses som en direkte fordel, at der nu kun deltager én sagkyndig med kendskab til bygge- og anlægsvirksomheder, offentlig indkøbsvirksomhed osv. i afgørelsen af sagerne.

4.6.3. Større kompetence til formandskabet

Den eller de medlemmer fra formandskabet, der deltager i den enkelte sag, kan træffe afgørelse uden medvirken af sagkyndige medlemmer i sager, der afgøres på skriftligt grundlag og ikke er af principiel karakter. Tidligere var det alene klagenævnets formand, som var tillagt denne kompetence.

Det fremgår af nedenstående tabel, at stadigt flere klager behandles på et skriftligt grundlag.

Tabel 4.19 – Behandling af sager i klagenævnet

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Klager behandlet på møde	21	24	22	35	28	36	35	35
Klager der er skriftlig behandlet	8	5	4	12	21	36	46	79

Kilde: Klagenævnet for Udbud, 2012.

4.6.4. Forhøjet klagegebyr

Pr. 15. august 2011 blev klagegebyret hævet fra 4.000 kr. til 10.000 kr.⁵¹.

I 1. kvartal 2011 modtog klagenævnet 45 klager. I samme periode for 2012 modtog klagenævnet 38 klager. Det forhøjede klagegebyr har ikke umiddelbart medført et fald i antallet af klager. Det er også vurderingen fra klagenævnets formand og de fleste interessenter.

4.7. Opsummering

I den undersøgte periode kan der konstateres en markant stigning i såvel antallet af klager som i andelen af udbud, der klages over. Stigningen i antallet af klager kan dermed ikke forklares med stigningen i antallet af udbud. Samtidig er den andel af sagerne, hvor tilbudsgiver får helt eller delvist medhold, samlet set faldet markant i perioden, ligesom der er en stigning af antallet af sager, der tilbagekaldes eller afvises. Dette kan samlet indikere, at der i den undersøgte periode er sket en stigning i antallet af åbenlyst ubegrundede klager. Det skal ses i sammenhæng med, at ordregivere i stigende grad oplever et problem med åbenlyst uberettigede klager, som indgives med det formål at forhindre og forsinke udbudsprocessen.

⁵¹ Lov nr. 618 af 14. juni 2011 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter

Samtidig kan arbejdsgruppen konstatere, at transaktionsomkostninger ved udbud er høje og opleves som problematiske. Transaktionsomkostningerne gør sig gældende for såvel ordregivere som for tilbudsgivere.

Det medvirker samlet set til at skabe forsinkelser og omkostninger i udbudsprocessen. Det er arbejdsgruppens vurdering, at der er behov for at forenkle klagesystemet og understøtte et mere effektivt klagesystem, der kan imødegå tendensen til et stigende antal åbenlyst ubegrundede klager.

Det er endvidere arbejdsgruppens vurdering, at de gennemgåede udfordringer og uhensigtsmæssigheder i det nuværende klagesystem for udbud falder i tre dele: perioden før indgivelse af klage, perioden hvor klagesagen behandles i klagenævnet, og perioden efter afslutning af klagesagsbehandlingen, herunder evt. sanktioner. Denne opdeling vil strukturere det følgende kapitel V, hvor mulige forslag til ændring af udbudsklagesystemet beskrives og vurderes.

V. Mulige revisioner af klagesystemet for udbud

Arbejdsgruppen har behandlet og vurderet en lang række forslag til ændringer af det danske klagesystem. I det følgende vil forslagene blive præsenteret og vurderet.

5.1. Perioden før indgivelse af en klage

5.1.1. Forkortelse af klagefrister

Forslaget indebærer, at fristen for:

- den generelle klagefrist forkortes fra 6 måneder til 1 måned,
- at klage over rammeaftaler forkortes fra 12 til 6 måneder, og
- at klage over ikke at være blevet prækvalificeret forkortes fra 30 til 15 dage

Håndhævelsesloven indeholder frister for indbringelse af klager over overtrædelse af udbudsdirektiverne. Med fristerne har lovgiver søgt at afveje på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang, og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssig indkøbsproces. Overholder klager ikke fristerne, bliver klagen afvist. Der gælder ikke klagefrister for indgivelse af klager med påstand om overtrædelse af tilbudsloven. Fristerne gælder også ved indbringelse af sager for domstolene.

Håndhævelsesloven implementerer EU's kontroldirektiver. Kontrolloven giver mulighed for, at der kan indføres præklusive frister, men stiller ikke krav om det. Medlemsstaterne kan i henhold til direktivet frit fastsætte klagefrister med to undtagelser. Klages der over de såkaldte grove overtrædelser – dvs. overtrædelser som omhandlet i håndhævelseslovens § 17, stk. 1, der fører til at kontrakten skal erklæres for uden virkning, skal klagefristen som minimum fastsættes til 30 dage. Klages der over ordregivers beslutninger, skal klagefristen som minimum være 10/15 dage afhængigt af, om ordregivers underretning om beslutningen er sket elektronisk eller pr. brev. Herudover indeholder direktivet ikke krav til fristernes længde.

Nedenfor følger et skema, der sammenholder de gældende klagefrister indeholdt i håndhævelsesloven med minimumsfristerne i kontroldirektivet.

Klager over	Gældende frister i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.	Kontroldirektivets mindstekrav til klagefrister	Forslag til lovændring
Prækvalifikation	<u>Klage over ikke at være blevet prækvalificeret:</u> 30 dage fra ordregiverens underretning om prækvalifikation (inkl. kort redegørelse).	Mindst 10/15 dage fra ordregivers underretning om prækvalifikation (inkl. kort redegørelse).	15 dage uanset kommunikationsmiddel.
"Alm." kontrakt	<u>Alle typer klager (minus prækval.):</u> 6 mdr. fra offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende.	<u>Klage over ordregivers beslutning,</u> fx beslutning om annullation af udbuddet eller fristforlængelse: Mindst 10/15 dage fra ordregivers underretning om beslutning (inkl. kort redegørelse).	1 mdr.

	<p><i>Klager over direkte tildeling:</i> 30 kalenderdage fra offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende – forudsat ordregiveren har fulgt proceduren i håndhævelseslovens § 4 (profylaksebekendtgørelsen).</p> <p><i>eller</i></p> <p>klager over direkte tildeling uden offentliggørelse: Ingen frist.</p>	<p><u>Klage over grove overtrædelser (§ 17, stk. 1):</u></p> <p><i>Klager over kontrakt indgået i standstill-periode/periode med opsættende virkning, hvor ordregiveren samtidig har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket klagers mulighed for at få tildelt kontrakten:</i> Mindst 30 kalenderdage fra ordregivers underretning om indgåelse af kontrakt (inkl. en kort redegørelse).</p> <p><i>Klager over direkte tildeling:</i> Mindst 30 kalenderdage fra offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende – forudsat bekendtgørelsen indeholder begrundelse for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakt uden EU-udbud.</p> <p><i>eller</i></p> <p>under alle omstændigheder mindst 6 mdr. fra kontraktens indgåelse.</p>	<p>Ingen ændringer.</p>
<p>Rammeaftale</p>	<p><u>Alle typer klager:</u> 12 mdr. fra ordregiverens underretning om tildelingsbeslutning (inkl. kort redegørelse).</p>	<p><u>Klage over ordregivers beslutning:</u> fx beslutning om annullation af udbuddet eller fristforlængelse: Mindst 10/15 dage fra ordregivers underretning om beslutning (inkl. kort redegørelse).</p> <p><u>Klage over grove overtrædelser (§ 17, stk. 1):</u></p> <p><i>Klager over kontrakt indgået i standstill-periode/periode med opsættende virkning, hvor ordregiveren samtidig har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket klagers mulighed for at få tildelt kontrakten:</i> Mindst 30 kalenderdage fra ordregivers underretning om</p>	<p>6 mdr. fra underretning om tildelingsbeslutning (inkl. kort redegørelse).</p>

	<p><i>Klager over direkte tildeling af rammeaftale:</i> 30 kalenderdage fra offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende – forudsat ordregiveren har fulgt proceduren i håndhævelseslovens § 4 (profylaksebekendtgørelsen).</p> <p><i>eller</i></p> <p>klager over direkte tildeling uden offentliggørelse: Ingen frist.</p>	<p>indgåelse af kontrakt (inkl. en kort redegørelse).</p> <p><i>Klager over direkte tildeling af rammeaftale:</i> Mindst 30 kalenderdage fra offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende – forudsat bekendtgørelsen indeholder begrundelse for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakt uden EU-udbud.</p> <p><i>eller</i></p> <p>under alle omstændigheder mindst 6 mdr. fra kontraktens indgåelse.</p>	Ingen ændringer.
Kontrakt baseret på miniudbud eller et dynamisk indkøbssystem	<p><u>Alle typer klager:</u> 30 kalenderdage fra ordregiverens underretning om tildeling (inkl. en kort redegørelse).</p>	<p><u>Klage over grove overtrædelser (§ 17, stk. 1):</u></p> <p><i>Klage over kontrakt baseret på miniudbud eller dynamisk indkøbscentral er indgået i strid med udbudsdirektiverne og værdien svarer til eller overstiger tærskelværdierne:</i> Mindst 30 kalenderdage fra ordregivers underretning om indgåelse af kontrakt (inkl. en kort redegørelse).</p> <p><i>Eller</i></p> <p>under alle omstændigheder 6 mdr. fra kontraktens indgåelse.</p>	Ingen ændringer.

Mulige fordele ved forslaget:

Klagefrist for prækvalifikation

Ved at nedbringe klagefristen for klager over prækvalifikation fra 30 dage til 15 dage, får ordregiveren hurtigere sikkerhed for at gå videre i udbudsprocessen uden at risikere en klage. Det kan indebære mindre tids- og værdispild for ordregiveren. Endelig er den ”hurtigere sikkerhed” også en fordel for de øvrige ansøgere, der er gået videre i konkurrencen.

Ved at sætte klagefristen til 15 dage – og ikke 10/15 dage afhængigt af kommunikationsmiddel – gives ansøgeren bedre mulighed for at nå at få en eventuel aktindsigt inden klagens indbringelse. Selvom ordregiver, i forbindelse med underretningen, kort skal redegøre for de relevante grunde for beslutningen, kan ansøger finde det nødvendigt at få sagen belyst yderligere ved aktindsigt. At

fastsætte klagefristen til 15 dage uanset kommunikationsmiddel er tillige et udtryk for regelforenkling.

Klagenævnet har anslået, at mindst 75 % af klagerne i klagenævnet indbringes i standstill-perioden. Dette indikerer, at det er muligt for klagerne at vurdere et klagegrundlag og indbringe en klage indenfor en kort tidsramme (10/15 dage). Det vides dog ikke, om dette også er et udslag af, at der klages for en sikkerheds skyld.

Indskrænkningen af klagefristen vil muligvis i mindre omfang nedbringe antallet af klagesager for klagenævnet.

Klagefrist for kontrakter

Forkortes klagefristen fra 6 måneder til 1 måned vil antallet af klager for klagenævnet muligvis blive nedbragt. Effekten må dog forventes at være begrænset. Det skyldes, at klagenævnet anslår, at mindst 75 % af alle klagesager er klager indbragt i standstill-perioden. De resterende 25 % af klagesagerne indeholder også klager over prækvalifikation og klager over træk på rammeaftaler.

En forbigået tilbudsgiver tvinges til tidligt at tage stilling til, om der skal indgives klage. Den periode hvor ordregiveren kan blive mødt med klager, reduceres væsentligt, og den usikkerhed som ordregiver forbinder med klagemuligheden reduceres dermed. Den forkortede klagefrist skaber tillige hurtigere "sikkerhed" hos den vindende tilbudsgiver for, at dennes kontrakt med ordregiveren ikke længere kan anfægtes.

At ca. 75 % af alle klagesager indbringes i standstill-perioden (indenfor 10/15 dage) kan være en indikation af, at ordregiver ikke har brug for 6 måneder til tage stilling til, hvorvidt denne ønsker at indbringe en klage for klagenævnet. Ordregiver kan nå at tage stilling indenfor væsentligt kortere tid.

Klagefrist for rammeaftaler

Med en nedsættelse af klagefristen fra 12 til 6 måneder bevares en vis proportionalitet i forhold til klagefristen for "almindelige" kontrakter. Dertil vil nedbringelsen af klagefristen bringe de danske håndhævelsesregler tættere på en direkte implementering af kontroldirektivet.

Ændringen vil tilskynde en mere effektiv håndhævelse. Det vil sige, at klager tilskyndes til at være hurtigere til at indbringe en eventuel klage. Er der hold i klagen, er det en fordel at få kortlagt overtrædelsen hurtigst muligt, så der foretages færrest mulige træk på en fejlbehæftet rammeaftale.

Ordregivers og leverandørens "usikkerheds-periode" forkortes væsentligt.

Ændringen forventes endvidere i et vist omfang at nedbringe antallet af klagesager vedrørende rammeaftaler og dermed også trækker på klagenavnets ressourcer.

Rammeaftaler med flere leverandører anses generelt for at være en af de mest konkurrencefremmende udbudsformer, fordi konkurrencen fastholdes igennem hele kontraktperioden. Forkortes fristen som foreslået, kan det give ordregiverne yderligere incitament til at anvende denne udbudsform.

Mulige ulemper ved forslaget:

Klagefrist for prækvalifikation

Er en klager presset tidsmæssigt, kan det ikke udelukkes, at denne klager blot for en sikkerheds skyld. Dette kan i værste fald trække i retning af, at antallet af klager stiger.

Som følge af sagsbehandlingstiden ved aktindsigtssager kan det ikke udelukkes, at en potentiel klager ikke når at indbringe en ellers velbegrundet klage, hvorved håndhævelsen svækkes.

Den kortere klagefrist kan gøre det vanskeligere for udenlandske ordregivere at klage, idet de må forventes at skulle oversætte dokumenter m.v. i forbindelse med en klagesag samt sætte sig ind i det danske klagesystem og regelsæt.

Forkortelse af klagefrist for kontrakter

Det kan ikke udelukkes, at en potentiel klager, som er under tidspres, finder sig tilskyndet til at klage blot for ikke at miste klagemuligheden.

Den kortere klagefrist lægger et vist tidspres på potentielle klager set i forhold til i dag. Som følge af sagsbehandlingstiden ved aktindsigtssager kan det ikke udelukkes, at en potentiel klager ikke når at indbringe en ellers velbegrundet klage, hvorved håndhævelsen svækkes.

Den kortere frist kan gøre det vanskeligere for udenlandske ordregivere at klage.

Forkortelse af klagefrist for rammeaftaler

Der er ingen garanti for, at antallet af klagesager over rammeaftaler nedbringes, idet det ikke kan udelukkes, at der indbringes klager for en sikkerheds skyld.

Omvendt følger det ikke af kontroldirektivet, at der skal gælde forskellige frister for henholdsvis ”almindelige” kontrakter og rammeaftaler.

De nationale hensyn, der ligger bag den udvidede klagefrist for rammeaftaler, skal ses i sammenhæng med en forståelse af, at det kan være vanskeligt at opdage overtrædelse af en rammeaftale, der ikke er bragt i anvendelse. Såfremt klagefristen er for kort, vil håndhævelsen derfor kunne svækkes. Baggrunden for at håndhævelsesloven opererer med en længere klagefrist end over ”almindelige” kontrakter (6 måneder) er, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af udbudsreglerne, når der er tale om en rammeaftale, som når der er tale om andre kontraktindgåelser. I praksis kan der gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på fx en 4-årig rammeaftale.

5.1.1.1. Klagefrister for klager over overtrædelser af tilbudsloven

Forslaget indebærer, at der indføres klagefrister for klager over tilbudsloven i lighed med, hvad der gælder for klager over udbudsdirektiverne. Det foreslås, at klager over overtrædelse af tilbudsloven skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud:

- 1) inden *1 mdr.* efter, ordregiveren har afsendt en underretning til tilbudsgiverne om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå kontrakt med, *forudsat* underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, eller

- 2) inden 6 mdr. efter, ordregiveren har afsendt en underretning til tilbudsgiverne om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå rammeaftale med, *forudsat* underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Ordregiver kan som hidtil underskrive kontrakten med den vindende tilbudsgiver umiddelbart efter tildelingsbeslutningen er truffet. En klage tillægges således ikke automatisk midlertidig opsættende virkning, og annonceringer/licitationer er (i lighed med i dag) ikke omfattet af en standstill-periode.

Efter gældende regler er klager over licitation eller annoncering i henhold til tilbudsloven ikke underlagt klagefrister.

Det foreslås, at klagefristens påbegyndelse forudsætter, at underretningen om tildelingsbeslutningen er ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Dermed har klager et grundlag for at vurdere, om der er sket fejl i tildelingen. Ordregiver er i dag, for så vidt angår licitation omfattet af tilbudslovens afsnit I (bygge- og anlæg), kun i visse tilfælde forpligtet til at redegøre for tildelingsbeslutningen i forbindelse med underretningen, mens ordregiveren for så vidt angår annoncering omfattet af tilbudslovens afsnit II (udbud under direktivernes tærskelværdier) ikke er forpligtet til at redegøre for tildelingsbeslutningen, medmindre tilbudsgiveren anmoder herom. Denne retsstilling vil fortsat være gældende - ordregiver er alene forpligtet til "automatisk" at redegøre for tildelingsbeslutningen, hvis klagefristen ønskes udløst. Hvis ordregiver ikke i forbindelse med underretningen redegør for beslutningen, kan der, som hidtil, klages på ubestemt tid.

Mulige fordele ved forslaget:

En forbigået tilbudsgiver tvinges til tidligt at tage stilling til, om klage skal indgives. Ordregiver får hurtigere sikkerhed for, at licitationen/annonceringen ikke indbringes for klagenævnet.

Antallet af klager i klagenævnet vil muligvis falde som følge af forslaget.

Ved at lade klagefristens påbegyndelse afhænge af, at ordregiver i forbindelse med underretningen kort redegør for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, gives klager bedre mulighed for at vurdere, om der er grundlag for at klage over ordregivers beslutning.

Forslaget lader det være op til ordregiver, om denne ønsker at give en kort redegørelse for beslutningen om tildeling i forbindelse med underretningen. Forslaget pålægger herved ikke ordregiver en ekstra administrativ byrde medmindre, ordregiver ønsker, at klager over den pågældende licitation/annoncering skal være underlagt en klagefrist.

Klagemulighederne for klager over overtrædelse af henholdsvis tilbudsloven og udbudsdirektiverne ensrettes. Det er således uhensigtsmæssigt, at en forbigået tilbudsgiver efter gældende regler kan klage på ubestemt tid over kontrakter af en værdi helt ned til 500.000 kr., mens tilbudsgiveren efter 6 måneder ikke kan klage over en kontrakt til måske adskillige millioner kr. Uanset kontraktens værdi, er det til gene for ordregiveren at blive mødt med en klage i klagenævnet lang tid efter kontraktens indgåelse.

Mulige ulemper ved forslaget:

Klager bliver underlagt et vist tidspres i forhold til i dag og skal på et relativt tidligt tidspunkt forholde sig til, om der skal klages.

Det kan i den forbindelse ikke udelukkes, at en potentiel klager, som er under tidspres, finder sig tilskyndet til at klage blot for ikke at miste klagemuligheden. Dette kan muligvis betyde en mindre stigning i antallet af klager.

5.1.2. Forhøjelse af klagegebyret

Frem til den 15. august 2011 var klagegebyret 4.000 kr. Som en del af Konkurrencepakken af 11. april 2011 blev klagegebyret forhøjet til 10.000 kr. fra den 15. august 2011. Får klageren helt eller delvist medhold i den indbragte klage, eller ændrer den indklagede sin afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand, tilbagebetales klagegebyret. Ved afvisning af klagen tilbagebetales gebyret også.

Et forslag om en forhøjelse af klagegebyret kan enten udmøntes som en generel forhøjelse eller som en gradueret forhøjelse afhængig af fx kontraktsummens størrelse eller tilbudsgiverens omsætning.

a) Generel forhøjelse:

Klagegebyret kan fastsættes til fx 25.000 kr. Det nye klagegebyr vil være ens for alle, der klager.

b) Gradueret forhøjelse, der gøres afhængig af kontraktsummens størrelse:

En forhøjelse af klagegebyret kan gradueres således, at størrelsen af den omtvistede kontraktsum er afgørende for klagegebyrets størrelse. Hermed kommer klagegebyret i højere grad til at reflektere klagens størrelse. Der er ikke udarbejdet særskilt tilbundsående analyse af, hvorvidt der forholdsmæssigt er flere klagesager, der omhandler en stor eller mindre kontraktværdi. Det er vurderingen, at klagesagerne spænder bredt over kontrakter af både stor og mindre størrelse. Organisationer og offentlige myndigheder, der også er tillagt klageadgang, vil på samme måde blive omfattet af de graduerede klagegebyrer.

En model kan opbygges, så der opereres med ét klagegebyr fx 10.000 kr. for klager over kontrakter under tærskelværdierne⁵², dvs. kontrakter indgået efter tilbudslovens annonceringspligt, og et andet klagegebyr fx 20.000 kr. for klager over kontrakter over tærskelværdierne, dvs. kontrakter indgået efter udbudsdirektivets procedureregler.

c) Gradueret forhøjelse, der gøres afhængig af tilbudsgiverens omsætning:

Alternativt har arbejdsgruppen søgt belyst, om en forhøjelse af klagegebyret kan gradueres således, at større virksomheder pålægges et større klagegebyr end mindre virksomheder.

En model kan på baggrund af årsregnskabslovens fire regnskabsklasser fx opbygges som nedenstående:

Klagerens omsætning	Klagegebyr
0-12 mio. kr.	15.000 kr.
12-72 mio. kr. samt organisationer og offentlige myndigheder, der er tillagt klageadgang.	20.000 kr.

⁵² Tærskelværdien er for bygge- og anlægsarbejder ca. 37 mio. kr. For en kommunal eller regional myndighed er tærskelværdien for varer og tjenesteydelser som udgangspunkt ca. 1,5 mio. kr., mens den er ca. 1 mio. kr. for en statslig myndighed.

72-286 mio. kr.	25.000 kr.
Over 286 mio. kr.	35.000 kr.

d) Fuld gebyrfinansiering af Klagenævnet for Udbud

Det er arbejdsgruppens umiddelbare vurdering, at en gebyrtakst pr. klagesag på ca. 60.000 kr. vil sikre fuld dækning af samtlige modsvarende omkostninger og dermed fuldt ud gebyrfinansiere klagenævnet.

Mulige fordele ved forslaget:

Antallet af klagesager forventes at falde ved en gebyrforhøjelse, hvad enten den er generel eller gradueret, herunder særligt antallet af åbenlyst ubegrundede klager. Dette kan frigøre ressourcer i klagenævnet til at behandle andre sager.

Transaktionsomkostninger for ordregivere forventes at falde som effekt af det forventede mindre antal klagesager. Samtidig forventes sagsbehandlingstiden at falde i kraft af færre klagesager, da det vil give klagenævnet bedre muligheder for at behandle de indkomne klager.

Mulige ulemper ved forslaget:

I praksis er det muligt, at de forhøjede klagegebyr kan afholde enkelte SMV'er fra at rejse ellers velbegrundede klagesager på grund af den øgede økonomiske risiko.

Tilbudsgiverens transaktionsomkostninger vil blive forøget, dog kun i tilfælde af, at gebyret ikke tilbagebetales, jf. ovenfor.

Håndhævelse af udbudsreglerne kan blive svækket i mindre omfang, såfremt ellers velbegrundede klagesager ikke rejses.

5.1.3. Arbejdsgruppens vurdering:

Det er arbejdsgruppens vurdering, at en forkortelse af klagefrister og en forhøjelse af klagegebyret vil kunne gavne det danske klagesystem for udbud. Ved at forkorte klagefristerne tvinges en klager til at være hurtigere til at indbringe en eventuel klage. Hermed forkortes "usikkerheds-perioden" for både ordregiver og leverandør væsentligt. Ved ligeledes at indføre en klagefrist for overtrædelser af tilbudsloven, ensrettes klagemulighederne for overtrædelser af henholdsvis udbudsdirektiverne og tilbudsloven.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at en forhøjelse af klagegebyret vil føre til et fald i antallet af klager, særligt i forhold til antallet af åbenlyst ubegrundede klager. Det er samtidig arbejdsgruppen vurdering, at en gradueret gebyrstruktur i forhold til kontraktsummens størrelse, fx efter tærskelværdierne, vil være mest hensigtsmæssig, da gebyret dermed kommer til at stå i et mere proportionalt forhold til sagens størrelse. Klagegebyret vil dog fortsat blive tilbagebetalt, hvis klager får helt eller delvist medhold i klagen.

Samtidig vil forkortelse af klagefristerne muligvis vil kunne betyde et mindre fald i antallet af klager. Som følge heraf forventes sagsbehandlingstiden at kunne falde i kraft af færre klagesager, da det vil give klagenævnet bedre muligheder for at behandle de indkomne klager. Som effekt af et lavere antal klager forventes transaktionsomkostningerne for ordregiver også at falde, ligesom et lavere antal klager kan forbedre Klagenævnets ressourcesituation.

5.2. Forslag som vedrører perioden, hvor en klagesag behandles i Klagenævnet for Udbud

5.2.1. Udvidet adgang til afvisning af klager

Med forslaget gives klagenævnet mulighed for umiddelbart at afvise klager og påstande, der ikke vil kunne medføre, at klagenævnet træffer afgørelse om anvendelse af de sanktioner, som klagenævnet kan pålægge i medfør af håndhævelsesloven, herunder eksempelvis annullation af ordregiverens ulovlige beslutninger. Klagenævnet kan genoptage en afvist sag, såfremt der er fremkommet væsentlige oplysninger mv., som ikke forelå ved klagenavnets afvisning af sagen. Forslaget vil indebære, at klagenævnet ikke er forpligtet til at anvende unødvendige ressourcer på udsigtsløse klager.

Den tidligere bekendtgørelse nr. 602 af 26. juni 2000 om Klagenævnet for Udbud indeholdt i § 7, stk. 1, en regel, hvorefter klagenævnet kunne afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvis.

Den tidligere bestemmelse blev ofte benyttet af klagenævnet som hjemmel til at undlade at behandle påstande, der enten var uden betydning for klagenavnets valg af sanktion, fx fordi en given overtrædelse ikke ville kunne medføre annullation, eller som efter klagenavnets vurdering af andre årsager alene var af underordnet betydning, hvorfor klagenævnet ikke ønskede at anvende ressourcer på at behandle påstandene. Bestemmelsen blev ikke overført til den gældende bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud, der med virkning fra den 15. august 2011 har afløst den tidligere bekendtgørelse.

Når § 7, stk. 1, ikke blev videreført i den nye bekendtgørelse, skyldes det formentlig, at fastsættelsen af klagenavnets sanktionsmidler i mellemtiden var sket i håndhævelsesloven.

Det må antages, at klagenævnet fortsat, også uden udtrykkelig hjemmel, kan afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvis, jf. som eksempler klagenavnets kendelse af 3. oktober 2011 og klagenavnets kendelse af 15. marts 2012.

Dertil kommer, at klagenævnet for at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenavnets ressourcer, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 2, kan afvise at behandle en klage, hvis klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. Indeholder en klage eksempelvis ikke en påstand, eller er påstanden uklar, kan Klagenævnet for Udbud afvise at behandle sagen. Denne afvisningsadgang er en konsekvens af, at nævnet ikke kan træffe afgørelser, der går ud over de nedlagte påstande eller faktiske og retlige forhold, som parterne fremfører. Bestemmelsen herom blev indsat i håndhævelsesloven ved § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011.

Det foreslås, at den gældende retstilstand om nævnets adgang til at afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvist, ud over det i § 6, stk. 2, angivne, kommer til at fremgå af en udtrykkelig bestemmelse i håndhævelsesloven. Bestemmelsen vil dermed give klagenævnet hjemmel til at afvise en klage uden yderligere behandling af klagen (realitetsbehandling), hvis nævnet må lægge til grund, at klagen ikke kan føre til anvendelse af de sanktioner, der er omfattet af håndhævelsesloven.

Den foreslåede afvisningsbestemmelse vil blandt andet kunne anvendes af klagenævnet til at afvise en sag i forbindelse med vurderingen af, om en klage skal have opsættende virkning, jf. afsnit 2.3.6.2.

Bestemmelsen vil også kunne anvendes, hvor klagenævnet i andre faser af sagens behandling må lægge til grund, at en klage er udsigtsløs. Det kan være tilfældet, hvor nævnet under forberedelsen vurderer, at en påberåbt fejl er uden betydning eller slet ikke begået. Det har været nævnt, at klager i visse tilfælde ikke indgives, fordi en klager har konstateret en fejl, men blot med den hensigt at forhale kontraktindgåelsen. Afvisning på et tidligt tidspunkt i sagsbehandlingen vil kunne modvirke sådanne klager, såfremt de måtte forekomme.

Det skal af retssikkerhedsmæssige årsager sikres, at klageren har mulighed for at få genoptaget en afvist sag under henvisning til, at der er fremkommet væsentlige oplysninger, der ikke forelå på tidspunktet for klagenævnets afvisning.

I øvrigt henviser arbejdsgruppen til, at klagenævnet fortsat skal opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7.

Mulige fordele ved forslaget:

Det vil blive tydeliggjort, at klagenævnet ikke er forpligtet til at anvende ressourcer på udsigtsløse klager og påstande.

Når der ikke anvendes ressourcer på udsigtsløse klager og påstande må det forventes at have en positiv effekt på sagsbehandlingstiden.

Mulige ulemper ved forslaget:

Det vil kunne anføres, at forslagets effekt er begrænset, da det må antages, at klagenævnet fortsat, også uden udtrykkelig hjemmel, kan afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvist.

5.2.2. Arbejdsgruppens vurdering:

Det er arbejdsgruppens vurdering, at en tydelig adgang til afvisning af klager kan betyde et fald i bl.a. antallet af udsigtsløse klager og påstande. Potentielle klager bliver således gjort opmærksom på, at grundløse klager må forventes at blive afvist. Dette forventes at have en positiv effekt på både klagenævnets ressourceanvendelse samt ordregivers og tilbudsgivers omkostninger til advokater og interne ressourcer.

Klagerens retssikkerhed varetages af adgangen til få at genoptaget en sag hvis der efterfølgende skulle fremkomme væsentlige oplysninger i sagen, samt forvaltningslovens bestemmelser om vejledningspligt.

5.3. Forslag som vedrører perioden efter afslutningen af klagesagsbehandling, herunder eventuelle sanktioner i forbindelse med afgørelsen

5.3.1. Begrænsning af anvendelsen af sanktionen uden virkning

Ifølge håndhævelseslovens § 18, stk. 1, kan klagenævnet erklære en kontrakt for uden virkning for allerede foretagne leverancer, hvor særlige forhold taler derfor, og hvis leverancerne kan tilbageleveres i væsentlig samme stand.

Kontroldirektivet overlader det til medlemsstaterne at fastsætte følgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning. Dvs. at det fastlægges i national ret, om alle allerede opfyldte kontraktretlige

forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller om annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt.

Det foreslås, at sanktionen uden virkning begrænses, således at det ikke længere vil være muligt at erklære allerede opfyldte leverancer for uden virkning. Hermed vil der ikke længere kunne stilles krav om tilbagelevering af gennemførte leverancer.

Mulige fordele ved forslaget:

Forslaget vil indebære en regelforenkling og sikre en mindre byrdefuld implementering af kontroldirektivets regler om uden virkning.

Dette understøttes af, at uden virkning for allerede foretagne leverancer har et begrænset anvendelsesområde. Pga. kravet om at leverancerne skal kunne tilbageleveres ”i væsentlig samme stand”, er uden virkning for allerede foretagne leverancer formentlig alene relevant for vareleverancer. Herudover skal ”særlige forhold” tale for uden virkning med tilbagevirkende kraft, hvilket yderligere indsnævrer anvendelsen.

Det bemærkes i øvrigt, at ordregiver – selvom kontrakten ikke erklæres for uden virkning for allerede foretagne leverancer – skal pålægges en økonomisk sanktion for de fortidige leverancer, jf. kontroldirektivet. Ordregiver vil derfor skulle pålægges en økonomisk sanktion for den del af kontrakten, der er opfyldt. Dette svarer til retstilstanden i dag, når kontrakten alene erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer.

Mulige ulemper ved forslaget:

De nugældende regler om uden virkning med tilbagevirkende kraft og dermed tilbagelevering af leverancer kan bidrage til, at ordregiver udbyder hele kontrakten, da ordregiver skal have dækket sit behov for den pågældende leverance. Herved får andre tilbudsgivere mulighed for at byde på opgaven. Forslaget indebærer, at ordregivers leverancebehov minimeres, idet ordregiveren kan beholde den leverance, som allerede er leveret i regi af den kontrakt, der erklæres for uden virkning. Herefter kan der kun skabes konkurrence om det resterende leverancebehov.

5.3.2. Ændret fordeling af sagsomkostninger

Det foreslås, at det også bliver muligt, at pålægge klageren at betale sagsomkostninger, når klager ikke får medhold. Forslaget indebærer, at der skabes symmetri i fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og klager med henblik på at mindske antallet af ubegrundede klager.

Efter de gældende regler i § 9, stk. 4, i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud kan klagenævnet i tilfælde, hvor en klager får helt eller delvist medhold i en klage, pålægge ordregiveren at betale de sagsomkostninger, klageren har haft i forbindelse med klagesagen. Det samme gælder i tilfælde, hvor ordregiveren har annulleret et udbud efter klagens modtagelse, og inden der foreligger en afgørelse fra Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet har derimod ikke mulighed for at pålægge klageren at betale sagsomkostninger til ordregiveren, såfremt klageren taber sagen.

En ordregiver, der ikke har overtrådt udbudsreglerne vil således altid skulle betale egne omkostninger til en advokat. Der kan argumenteres for, at denne ordning ikke er rimelig set fra ordregiverens side, og at der bør være en mere ligelig fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og klager i forbindelse med en klagesag, herunder af hensyn til at nedbringe sagsmængden og antallet af ubegrundede klager.

Ved domstolene er udgangspunktet, at den part, der taber sagen skal betale de udgifter, som den anden part har måttet afholde i forbindelse med retssagen. Dette princip står i modsætning til ordningen ved Klagenævnet for Udbud, hvor ordregiver i alle tilfælde selv må afholde udgifter til advokatbistand. Forslaget indebærer således, at der indføres symmetriske regler om sagsomkostninger, således at klagenævnet har samme mulighed som domstolene for at pålægge både klager og ordregiver at dække modpartens sagsomkostninger, når klager ikke får medhold.

Der er foretaget en sammenligning med praksis for fordeling af sagsomkostninger i en række øvrige klagenævn. Det bemærkes, at Konkurrenceankenævnet, Ankenævnet for Patent og Varemærker, Erhvervsankenævnet og Natur- og Miljøankenævnet ikke har en tilsvarende ordning, og nævnene kan, når en klager får helt eller delvist medhold i sine påstande, ikke pålægge indklagede at dække klagerens sagsomkostninger. Skatteankenævnet dækker 50 pct. af klagerens sagsomkostninger, også selvom sagen tabes, og i tilfælde af, at der gives fuldt medhold eller medhold i overvejende grad dækkes 100 pct. af klagerens omkostninger. Ingen af disse klagenævn pålægger klager at betale den indklagedes sagsomkostninger, hvis klager ikke får medhold.

De øvrige klagenævn er dog ikke alle helt sammenlignelige med Klagenævnet for Udbud, blandt andet fordi sagsomkostningerne (advokatudgifterne) formentlig er større i Klagenævnets sager. Det bemærkes endvidere, at ordregiveres beslutninger i udbudssager ikke er myndighedsafgørelser i forvaltningslovens forstand, men at der er tale om faktisk forvaltningsvirksomhed. Det indebærer blandt andet, at alternativet til en klagenævnsbehandling er domstolssystemet, hvor der en ligelig fordeling af sagsomkostninger. Klagenævnet for Udbud adskiller sig derved fra Ankenævnet for Patent og Varemærker, Erhvervsankenævnet, Skatteankenævnet og Natur- og Miljøankenævnet, der behandler klager over myndighedsafgørelser.

Mulige fordele ved forslaget:

Antallet af klagesager forventes at falde, herunder især antallet af åbenlyst ubegrundede sager som konsekvens af, at der med forslaget vil være en større økonomisk risiko forbundet med en klagesag. Der kan argumenteres for, at den nuværende ordning giver tilbudsgiver et incitament til uden tilstrækkeligt grundlag at indgive en klage for klagenævnet.

Transaktionsomkostninger for ordregivere forventes at falde som effekt af det forventede mindre antal klagesager.

I det omfang forslaget medfører færre klagesager, må det antages at klagenævnet kan få bedre mulighed for at nedbringe sagsbehandlingstiderne, ligesom der må antages at være et mindre træk på klagenævnets ressourcer.

Mulige ulemper ved forslaget:

Tilbudsgiverens transaktionsomkostninger kan blive forøget.

Modellen vil evt. kunne afholde især SMV'ere for at rejse ellers velbegrundede klager på grund af den større økonomiske risiko herved. For at beskytte mindre virksomheder kan der indsættes den modifikation, at klager alene skal dække indklagedes omkostninger, såfremt klagers omsætning overstiger et nærmere bestemt beløb. Det vurderes dog at være vanskeligt at fastlægge en naturlig grænse for, hvilke virksomheder der skal "beskyttes" mod ekstra omkostninger, og det kan give anledning til kritik af, at der vil være tale om forskelsbehandling af virksomhederne.

5.3.3. Øget information om principielle kendelser i Klagenævnet for Udbud

Det har været påpeget, at det kan være svært at overskue klagenævnets praksis, hvilke af de afsagte kendelser, der er principielle, og at der er kendelser indenfor samme område, der går i hver sin retning.

Forslaget indebærer, at klagenævnet pålægges at udarbejde en egentlig årsberetning, som skal formidle indholdet af principielle kendelser til både ordregivere og tilbudsgivere. Årsberetningen skal medvirke til at tydeliggøre rækkevidden af de principielle kendelser.

Til sammenligning kan nævnes, at eksempelvis Revisornævnet og Erhvervsankenævnet laver årsberetning. Der er imidlertid stor forskel på både tidsforbruget og indholdet af årsberetningerne.

En årsberetning, der alene indeholder en gengivelse af de afsagte kendelser og en sagsstatistik ville ikke have væsentligt positiv indflydelse på brugernes forståelse af praksis. Der sker allerede offentliggørelse af alle nævnets kendelser på nævnets hjemmeside.

Til sammenligning udgiver Konkurrenceankenævnet heller ikke en egentlig årsberetning, men sørger for, at alle nævnets kendelser offentliggøres på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside.

Mulige fordele ved forslaget:

Hvis nævnet videreformidler indholdet af de mest principielle kendelser, vil offentlige myndigheder lettere kunne få kendskab til og overblik over nævnets praksis. Dette giver mulighed for at offentlige myndigheder bedre kan efterleve reglerne på nævnets område.

Hvis nævnet styrker formidling af indholdet af de principielle sager, må det forventes at give øget fokus på, om fremtidige kendelser er i tråd med tidligere afsagte principielle kendelser. Det vil desuden kunne mindske oplevelsen af, at der afsiges kendelser indenfor samme område, som ikke er i overensstemmelse med tidligere praksis.

Hvis øget formidling om principielle sager fører til større efterlevelse hos de udbudsgivende myndigheder og større viden hos tilbudsgivere, der overvejer at klage over afslag, kan det medføre et fald i tilgangen af sager til nævnet. Øget viden om nævnets praksis hos virksomheder, der overvejer at klage, vil desuden muligvis kunne mindske antallet af åbenlyst ubegrundede klager.

Mulige ulemper ved forslaget:

At pålægge klagenævnet at øge formidlingen af indholdet af principielle kendelser vil formentlig indebære et øget ressourceforbrug, idet en forpligtigelse for klagenævnet til at udarbejde en egentlig sammenfatning af indholdet af de mest principielle kendelser vil være en ny opgave, som der vil skulle afsættes ressourcer til i klagenævnet. Hvis den øgede information medfører nedgang i tilgangen af sager, vil ulempen mindskes, men dette er relativt usikkert.

Det vurderes at være vanskeligt at regulere eventuelle krav til årsberetningens indhold i lovgivningen. I lyset heraf kan det være hensigtsmæssigt at overlade det til nævnet selv at vurdere, hvordan formidlingen skal ske.

5.3.4. Arbejdsgruppens vurdering:

Det er arbejdsgruppens vurdering, at sanktionen uden virkning med tilbagevirkende kraft (dvs. tilbagelevering af allerede foretagne leverancer) har et begrænset anvendelsesområde. For at forenkle regelsættet foreslår arbejdsgruppen derfor at begrænse sanktionen uden virkning således at det ikke længere skal være muligt at erklære allerede opfyldte leverancer for uden virkning. I følge kontroldirektivet skal ordregiver dog fortsat pålægges en økonomisk sanktion for de allerede foretagne leverancer.

Ved at skabe symmetri i fordelingen af sagsomkostninger mellem ordregiver og klager, er det arbejdsgruppens vurdering, at antallet af klagesager vil falde, herunder antallet af åbenlyst uberettigede klager. Som følge heraf forventes transaktionsomkostningerne for ordregiver at falde, ligesom den ændrede fordeling af sagsomkostningerne vil kunne have en positiv effekt på klagenævnets sagsbehandlingstid og ressourcetræk.

Det er samtidig arbejdsgruppens vurdering, at klagenævnet bør pålægges at offentliggøre information om de væsentligste principielle kendelser for bl.a. at skabe et større kendskab til og overblik over nævnets praksis. Arbejdsgruppen vurderer, at det bør være op til nævnets formand at afgøre den nærmere form for informationen. En mulighed er at offentliggøre nyheder på nævnets hjemmeside om indholdet af de mest principielle kendelser. På sigt kunne nævnet – i takt med at ressourcepresset mindskes - udvide arbejdet hen imod en egentlig årsberetning.

5.4 Øvrige forslag

Arbejdsgruppen har behandlet en række yderligere forslag, som ikke vurderes at skabe en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet. Arbejdsgruppen anbefaler derfor, at der ikke arbejdes videre med de nedenstående forslag.

5.4.1. Nedlæggelse af Klagenævnet for Udbud

EU-retten pålægger ikke medlemsstaterne at have et særskilt klagenævn for udbudssager, og i en række andre lande er udbudsklagesager således henvist til det almindelige domstolssystem. Klagesager kan i dag indbringes for både klagenævnet og domstolene, ligesom klagenævnets afgørelser også kan indbringes for domstolene. I praksis indbringes langt de fleste klagesager for dog for klagenævnet frem for domstolene. Hvis klagenævnet nedlægges, vil udbudsklager fremover alene blive behandlet ved domstolene.

Mulige fordele ved forslaget:

Ordregiverne (og den vindende tilbudsgiver) vil formentlig opleve færre åbenlyst uberettigede klager, da omkostningerne ved at indbringe sagen antages at stige. Ligeledes må det forventes, at antallet af klager over bagatelagtige overtrædelser også ville falde, blandt andet på grund af de øgede omkostninger og en længere sagsbehandlingstid ved at føre en klagesag ved domstolene.

Klager over et udbud kan i nogle tilfælde sætte udbudsprocessen i stå. Dette er uhensigtsmæssigt i forhold til udførelsen af den udbudte opgave og til gene for den tilbudsgiver, som har vundet opgaven. Det forventede fald i antallet af indbragte klagesager vil formentlig betyde, at færre udbud sættes i stå på grund af en klage.

Det forventede fald i antallet af klager vil antageligt betyde, at ordregivers omkostninger til eksterne rådgivere i udbudsprocessen og samlede omkostninger til klagesager vil falde.

Mulige ulemper ved forslaget:

Det forventes, at sagsbehandlingstiden vil blive længere til ulempe for såvel klager som indklagede. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid ved klagenævnet var i 2. halvår 2011 på 6,5 måneder. Til sammenligning var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid ved byretterne i almindelige civile sager på 10,3 måneder i 2011. Samtidig må det forventes, at udgifterne til advokatombudsninger i en retssag overstiger advokatombudsningerne til en sag i klagenævnet. Det kan i sær især gå ud over de små og mellemstore virksomheder.

Det kan ikke udelukkes, at det kan give administrative problemer, at samtlige af landets domstole skal kunne håndtere den direktivbestemte regel om, at klager, der indgives i standstill-perioden, tillægges automatisk opsættende virkning. Det skal ses i lyset af, at der inden 30 kalenderdage skal træffes afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges yderligere opsættende virkning. Denne regel, som er en national regel, er indført for at sikre, at klageprocessen bliver så hurtig og effektiv som mulig. Det skal bemærkes, at klager indgivet i standstill-perioden efter gældende regler alene kan indgives til klagenævnet – netop pga. ovenstående betragtninger.

Ved en nedlæggelse af klagenævnet vil retspraksis på området blive spredt ud over flere domstole. Dermed er der en risiko for, at praksis bliver væsentlig mere uensartet end i dag. I Sverige, hvor klagesystemet på udbudsområdet også er baseret på domstolsbehandling, er der store udfordringer med divergerende retspraksis, og et ministerielt nedsat udvalg er pt. ved at undersøge, hvordan det svenske klagesystem kan effektiviseres. Samtidig vil det forventede fald i antallet af klagesager betyde, at der vil være færre fortolkningsbidrag til forståelsen af udbudsreglerne og dermed større usikkerhed om reglerne. Såvel klagenavnets praksis som domstolspraksis er et vigtigt fortolkningsbidrag til forståelsen af udbudsreglerne.

Arbejdsgruppens vurdering:

Det forventes, at en nedlæggelse af Klagenævnet for Udbud vil betyde længere sagsbehandlingstid, højere sagsomkostninger til bl.a. advokatbistand samt en risiko for en mere uensartet retspraksis end i dag, da sagerne vil blive spredt ud over flere domstole. Hertil kommer, at forslaget har mødt stor modstand blandt interessenterne. På den baggrund finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.2. Opdeling af klageprocessen

Der kan i dag klages over alle elementer i udbudsforretningen inden for de fastsatte klagefrister. Forslaget indebærer, at der fastsættes differentierede frister for, hvornår der kan klages over forskellige aspekter af udbudsprocessen. Det betyder, at klager over udbudsmaterialet, udbudsproceduren samt prækvalifikation kun kan indgives frem til tidspunktet for udsendelse af underretning om, hvem der vil få tildelt kontrakten, og at der efter underretning om resultatet af udbudsforretningen kun kan klages over eksempelvis tildelingen og andre forhold, men ikke udbudsmaterialet.

En sådan opdeling er inspireret af FN's modellov for udbudsregler fra 2011. Modellove anses som bedste praksis for, hvordan en national lov på området bør se ud og danner rammen om mange ikke-EU-landes udbudsregler. FN's modellov fastlægger blandt andet, at en klage over udbudsmaterialet og udbudsproceduren samt prækvalifikationen skal være fremsat inden tilbudsfristen.

Princippet kendes allerede fra håndhævelsesloven, hvor en virksomheds klage over ikke at være blevet prækvalificeret skal være indgivet til klagenævnet inden 30 kalenderdage regnet fra dagen

efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt en underretning til de berørte ansøgere om, hvem der er blevet prækvalificeret.

Mulige fordele ved forslaget:

Det er muligt, at antallet af klagesager kan nedbringes, da en række tilbudsgivere formentlig afventer resultatet af udbudsprocessen, inden de indgiver deres klager, for ikke at afskære sig selv for muligheden for at vinde kontrakten. Samtidig kan differentierede klagefrister betyde, at antallet af påstande i de enkelte sager vil blive nedbragt, hvilket kan have en positiv effekt på sagsbehandlingstiden for den enkelte klagesag.

Endvidere vil forslaget understøtte, at klager fremsættes på det tidspunkt i udbudsprocessen, hvor det endnu er muligt at bringe eventuelle overtrædelser til ophør. Det vil kunne medføre, at klager reelt kan få noget ud af klagen.

Tilbudsgivere ansøres til at gøre opmærksom på tvivlsspørgsmål i udbudsmaterialet under udbudsprocessen, for eksempel i forbindelse med spørgsmål-svar-processen, og tilbudsgivere skal reagere på forhold i udbudsgrundlaget, som tilbudsgiver finder ulovlige, så tidligt i processen som muligt og inden underretningen. Det vil også betyde, at ordregivere, som måtte have begået fejl under gennemførelsen af udbudsforretningen som følge af, at klager over udbudsmaterialet skal indgives tidligere end i dag, i tilfælde af, at man er enig med klageren, vil kunne nå at rette op på fejl til fordel for både myndigheden og tilbudsgiverne.

Mulige ulemper ved forslaget:

Det kan ikke udelukkes, at antallet af klager vil stige, idet der kan opstå et incitament for at klage – dels for at sikre sig mod uklarheder i tilbudsmaterialet og dels for ikke at miste muligheden for at klage. Dertil kommer, at fx den eksisterende leverandør vil have interesse i at trække udbudsprocessen i langdrag.

Klager kan blive nødt til at indgive flere separate klager over samme udbud, fordi klagen vedrører forskellige faser i udbudsprocessen, hvortil der er tilknyttet særlige klagefrister. Eksempelvis er det muligt, at en klage over ikke at blive prækvalificeret, klage over udbudsmaterialet og klage over tildelingen vil kræve tre særskilte klager.

Det kan muligvis blive vanskeligt at adskille forhold i udbudsmaterialet fra efterfølgende forhold. Hvis tildelingskriterierne eksempelvis ikke er tilstrækkeligt belyst i udbudsmaterialet, så kan der opstå tvivl om, hvorvidt klagen skal indgives før tilbudsfristens udløb, eller om der skal klages efterfølgende fordi, der er tale om tildelingen.

Det kan ikke afvises, at klager i nogle tilfælde først vil opdage uhensigtsmæssigheden/overtrædelserne i udbudsmaterialet, når ordregiveren på baggrund af udbudsmaterialet træffer beslutning om, hvem der har vundet udbuddet – eksempelvis uklare tildelingskriterier eller uklare mindstekrav til tilbudsgiverens egnethed (i offentlige udbud).

Normalt påbegyndes en klagefrist ved en given handling – her udløber klagefristen ved en given handling, nemlig ved ordregivers underretning om, hvilken ordregiver der tildeles kontrakten. Da en potentiel klager ikke på forhånd kan vide, hvornår underretningen sker, ved klager ikke, hvornår fristen udløber. Dette synes retssikkerhedsmæssigt betænkeligt.

Arbejdsgruppens vurdering:

Effekten af forslaget forekommer på nuværende tidspunkt usikker. Det skyldes bl.a. at det ikke kan udelukkes, at der, for at sikre sig mod uklarheder i tilbudsmaterialet, kan opstå et øget incitament for at klage, og fordi klager kan være nødsaget til at indgive flere separate klager over samme udbud. På den baggrund finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.3. Klager skal sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Forslaget indebærer, at klager over udbud skal indbringes for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som tillægges kompetence til at træffe afgørelser i sager om overholdelse af udbudsdirektiverne og tilbudsloven. Styrelsen kan afvise en klage som udsigtsløs, træffe afgørelse eller videresende klagen til behandling i Klagenævnet for Udbud. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *skal* videresende klager, hvor der nedlægges påstand om uden virkning/økonomisk sanktion (grove overtrædelser), hvis styrelsen umiddelbart vurderer, at der er hold i klagen. Desuden *kan* styrelsen videresende klager til klagenævnet, der af styrelsen vurderes at have principiel karakter eller kræver særligt sagkundskab. Træffer styrelsen afgørelse i en sag, kan den indbringes for domstolene.

Mulige fordele ved forslaget:

Antallet af klagesager til klagenævnet må forventes at blive nedbragt, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må forventes at træffe afgørelse i hovedparten af sagerne.

Klagenævnets ressourcer bliver målrettet grove og principielle overtrædelser.

Mulige ulemper ved forslaget:

En sag, som ved sagens indbringelse vurderes at skulle behandles af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vil undervejs kunne skifte karakter, hvis der løbende kommer nye påstande i sagen. Det kan få den konsekvens, at en sag som indledningsvist behandles i styrelsen efterfølgende sendes til klagenævnet, fordi sagen grundet nye påstande vurderes at være principiel eller omhandler en grov overtrædelse. En sådan dobbeltbehandling vil kunne medføre et ressourcespild.

Sagsbehandlingstiden kan i visse tilfælde blive forlænget. Hvis der klages i standstill-perioden, skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen først tage stilling til sagens indhold og påstande for en vurdering af, om det er styrelsen eller klagenævnet, der skal træffe afgørelse. Sendes klagen videre til klagenævnet, vil den tid, som styrelsen anvender på at vurdere, hvem der skal behandle klagen, fra gå klagenævnets 30 dages frist til at træffe afgørelse om opsættende virkning. Det kan derfor ikke udelukkes, at det vil være nødvendigt at forlænge klagenævnets frist for at træffe afgørelse om opsættende virkning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uformelle klagesystem må forventes at skulle nedlægges som følge af styrelsens nye status som formel klageinstans. Herved mister klager og ordregivere muligheden for på uformel basis at få styrelsens vurdering af et udbud med henblik på at rette op på eventuelle fejl inden, kontrakten indgås.

Forslaget vil kræve flere ressourcer til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Det kan ikke udelukkes, at det vil være i strid med kontroldirektivet at tillægge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kompetence til at håndhæve udbudsreglerne.

Arbejdsgruppens vurdering:

Alene fordi forslaget kan betyde en forlængelse af sagsbehandlingstiden og en sammenblanding af henholdsvis det uformelle og det formelle klagesystem, med risiko for nedlæggelse af det uformelle klagesystem, er det arbejdsgruppens vurdering, at der ikke bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.3.1. Oprettelse af et større sekretariat i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til betjening af dommere/sagkyndige i klagenævnet

Som et alternativ til forslaget om at klager skal sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, kan det overvejes i stedet at oprette et større sekretariat til styrelsens betjening af dommere og sagkyndige i klagenævnet.

Forslaget indebærer, at et sekretariat i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen erstatter sekretariatet i Klagenævnet for Udbud og betjener klagenævnet ved at udarbejde 1. udkast til kendelser samt varetage det øvrige administrative arbejde i sekretariatet. I dag er det hovedreglen, at dommeren i den enkelte sag udarbejder 1. kendelsesudkast.

Mulige fordele ved forslaget:

Det må antages, at der kan ske et samlet kompetenceløft ved at samle viden om udbudsreglerne i én institution.

Det vil muligvis styrke udbudsområdet generelt, at de to ”myndigheder” på området ”slås sammen”. Det vil gøre det mere overskueligt for ordregiverne og tilbudsgiverne, at der kun er én myndighed, der har ”kompetence” på området. Det sker, at der er usikkerhed om, hvorvidt styrelsen og klagenævnet har samme opfattelse af en udbudsretlig problemstilling. Denne usikkerhed undgås med forslaget.

Et sekretariat, der har ressourcer til at udarbejde 1. kendelsesudkast, vil lette dommernes arbejdsbyrde og dermed formentlig forkorte sagsbehandlingstiderne til gavn for alle parter. Alt andet lige vil det også være billigere at lade sekretariatet udarbejde kendelsesudkast frem for, at dommerne gør det. Dommeren i den enkelte sag kan dog bestemme, at denne selv ønsker at udfærdige 1. kendelsesudkast, ligesom dommeren kan bestemme, at kendelsen skal skrives om flere gange, hvilket kan bevirke, at forslaget ikke nødvendigvis gør det billigere at træffe den enkelte afgørelse.

Mulige ulemper ved forslaget:

Det vil kræve flere ressourcer til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvis der skal oprettes et større sekretariat end det, der i dag findes i Erhvervsstyrelsen.

Ønskes forslaget fremmet skal det afklares, om det er hensigtsmæssigt både at have det uformelle klagesystem og det egentlige klagesystem i samme institution. Såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uformelle klagesystem nedlægges, kan det ikke udelukkes, at der vil være en stigning i antallet af klager for klagenævnet, da klagenævnet vil være den eneste mulighed for at løse en konflikt – udover prøvelse ved domstolene.

Arbejdsgruppens vurdering:

Alene fordi forslaget indebærer en risiko for sammenblanding af det formelle og det uformelle klagesystem, er det arbejdsgruppens vurdering, at der ikke bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.4. *Klagenævnet skal alene håndtere grove og principielle overtrædelser af udbudsdirektiverne*⁵³
Forslaget indebærer, at Klagenævnet for Udbud alene skal behandle klager med påstand om:

- anvendelse af uden virkning og/eller økonomisk sanktion (såkaldte grove overtrædelser) og
- overtrædelse af visse bestemmelser i udbudsdirektiverne, der karakteriseres ved i særlig grad at påvirke konkurrencen om offentlige opgaver. De pågældende bestemmelser vil klart skulle defineres i loven.

Mindre alvorlige overtrædelser af direktiverne samt overtrædelser af tilbudsloven skal kun kunne indbringes for domstolene.

For at sikre at sager af principiel betydning også fremadrettet kan behandles af Klagenævnet for Udbud, kan der overvejes en særlig klageadgang for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og evt. de organisationer og myndigheder, som ministeren har tillagt klageadgang. Parterne vil i givet fald have adgang til at indgive klager over enhver overtrædelse af udbudsreglerne.

Mulige fordele ved forslaget:

Forslaget vil formentlig nedbringe antallet af klager for Klagenævnet for Udbud. Det skal dog bemærkes, at kun et fåtal af klagerne indeholder påstand om uden virkning/økonomisk sanktion - til d.d. har ca. 4 sager berørt sanktionen uden virkning. Hvis antallet af sager falder betydeligt, og der forudsættes et uændret ressourcebrug, vil sagsbehandlingstiden tillige kunne blive reduceret.

Forslaget vil formentlig indebære, at det samlede antal af klager over udbudsreglerne vil blive mindre, idet klager over bagatelagte overtrædelser ikke kan forventes at blive indbragt for domstolene i samme omfang, som de hidtil er indbragt for klagenævnet. Falder det samlede antal af klager, må ordregivernes samlede sagsomkostninger i forbindelse med klager over udbudsreglerne tilsvarende blive mindre.

Mulige ulemper ved forslaget:

Det kan være vanskeligt for klager at vurdere, om der er tale om en grov eller principiel overtrædelse, hvilket kan skabe usikkerhed om, hvor klagen skal indgives.

Forslaget vil kunne afskære nogle SMV'ere fra at klage over et udbud, idet det alt andet lige er dyrere at indbringe en sag for domstolene. Generelt gælder det, at håndhævelsen af EU-udbudsreglerne og i særdeleshed tilbudsloven må forventes at blive forringet, da virksomhederne forventes at være mere tilbageholdende med at gå til domstolene.

Procesregler for sagsanlæg ved domstolene vil indebære, at udbudssagerne indbringes for forskellige domstole, praksis risikerer at blive mindre konsistent og der kan hermed opstå usikkerhed om reglerne. Endelig kan det kan være vanskeligt for de almindelige domstole at håndtere sager med automatisk midlertidig opsættende virkning indenfor de snævre tidsrammer, der gælder herfor.

⁵³ Udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvarsdirektivet.

Arbejdsgruppens vurdering:

Klagenævnet har mulighed for at organisere sine interne arbejdsprocesser på en sådan måde, at bagatelagte klager og klager af ikke-principiel karakter behandles på en hurtigere og mindre ressourcetung måde. Arbejdsgruppen finder derfor ikke, at der er tilstrækkelig grundlag til at dele klagerne op mellem klagenævnet og domstolene, med de ikke uvæsentlige ulemper det kan medføre. Hertil kommer, at forslaget har mødt modstand blandt interessenterne.

5.4.5. Klagenævn for små og mellemstore virksomheder

Forslaget indebærer, at klageadgangen til klagenævnet begrænses til kun at gælde for små og mellemstore virksomheder. Øvrige klager vil være henvist til at indbringe sagen for domstolene. Da langt de fleste danske virksomheder vil blive klassificeret som SMV'er ud fra de gængse SMV-definitioner, vil der skulle anvendes en anden definition på en SMV, for at forslaget vil have en reel effekt.

Mulige fordele ved forslaget:

Antallet af klagesager må forventes at blive nedbragt, da det alene er SMV'ere, der kan indbringe klager for nævnet. Det betyder samtidig færre omkostninger for nævnet. Sagsbehandlingstiden må også forventes at falde som følge af forslaget.

Mulige ulemper ved forslaget:

Der vil blive en skævhed i klagesystemet, idet store virksomheder får en mere omkostningstung og længerevarende klageproces end SMV'ere på trods af, at den påklagede overtrædelse kan være identisk.

Det kan blive vanskeligt at definere, hvem der skal have ret til at indbringe en sag for klagenævnet.

Der bliver med forslaget risiko for dobbeltbehandling – dvs., at et udbud behandles parallelt i såvel byretten som klagenævnet. Dette vil være tilfældet, hvis både en SMV'er og en større virksomhed klager over det samme udbud.

Klager over store bygge- og anlægskontrakter vil formentlig oftest blive indbragt af virksomheder, der ikke vil blive karakteriseret som SMV'er. Men netop i klager over store kontrakter – eksempelvis "Cityringen" – kan der være ekstra stort behov for en hurtigere sagsbehandling, end den nuværende ved domstolene.

Det kan ikke udelukkes, at forslaget vil medføre en uensartet praksis, idet der vil ske en fordeling af udbudssager mellem domstolene og Klagenævnet for Udbud. Ekspertisen bliver dermed også spredt.

Arbejdsgruppens vurdering:

Alene fordi forslaget vil forskelsbehandle klagerne, finder arbejdsgruppen ikke, at der skal gås videre med dette forslag. Arbejdsgruppen er ikke bekendt med en sådan forskelsbehandling af klager fra andre klageinstanser. Hertil kommer, at forslaget har mødt modstand blandt interessenterne.

5.4.6. Administrativ klagesagsbehandling

Som alternativ til en opdeling af klagenævnet, jf. afsnit 5.4.4. og 5.4.5., kan der for mindre sager fastsættes en administrativ klageadgang, hvorefter ordregiver ville få adgang til at behandle klager

over egne udbud. Ordregiver har i medfør af kontroldirektivets art. 1, stk. 5 adgang til at behandle klager, der vedrører egne udbud, dog kun i det omfang bestemmelsen er implementeret i national lovgivning, hvilket ikke er tilfældet i Danmark.

Muligheden for at drøfte begrundelser, udbudsprocessen m.v., vil sandsynligvis kunne give tilbudsgivere en bedre forståelse for hvorledes processen er gennemført, hvilket kan mindske incitamentet til at klage til Klagenævnet for Udbud over det gennemførte udbud.

Mulige fordele ved forslaget:

Indførelsen af en administrativ klageadgang kan bidrage til at lette antallet af klagesager i klagenævnet, da fx antallet af udsigtsløse klager, som bunder i misforståelser eller manglende indsigt i ordregivers beslutning, vil kunne nedbringes. Færre klagesager kan bidrage til en kortere sagsbehandlingstid i nævnet.

Mulige ulemper ved forslaget:

Indførelsen af en administrativ klageadgang må forventes at påføre ordregivere væsentlige administrative og økonomiske omkostninger. Forslaget kan indebære manglende ressourcer hos ordregivere til at gennemføre/færdiggøre de konkrete indkøb, der klages over, hvilket kan skade ordregiveres effektive håndtering af udbudsprocesser.

En administrativ klageadgang kan gøre klageprocessen tungere i de tilfælde, hvor klager i sidste ende alligevel beslutter at klage til Klagenævnet for Udbud, fordi ordregiveren ikke giver klager medhold i klagen.

Arbejdsgruppens vurdering:

Det følger allerede af god forvaltningsskik, at ordregivere i tilfælde af henvendelser vedrørende afholdte udbud bør indgå i dialog med tilbudsgiver med henblik på at opklare eventuelle spørgsmål vedrørende processen og begrunde tildelingsbeslutningen. Dette kombineret med ovennævnte risiko for administrative og økonomiske omkostninger gør, at arbejdsgruppen ikke finder, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.7. Ændringer vedrørende aktindsigt

Klagenævnet anvender en del ressourcer på at behandle spørgsmål om adgang til aktindsigt.

Aktindsigtssagerne falder i to grupper:

- 1) Behandling af ansøgninger om aktindsigt i klagesager, der behandles (eller har været behandlet) af klagenævnet.
- 2) Behandling af klager over andre myndigheders aktindsigtsafgørelser i udbudssager. Der er tale om klager over afgørelser om aktindsigt efter offentlighedsloven.

Ad 1) Behandling af ansøgninger om aktindsigt i klagesager, der behandles (eller har været behandlet) af klagenævnet:

I forbindelse med behandlingen af klagesager fremlægger de ordregivende myndigheder en lang række dokumenter fra udbudssagen, herunder modtagne tilbud. Der er som altovervejende hovedregel tale om sager om partsaktindsigt efter forvaltningsloven.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at der ikke er grundlag for at ændre på reglerne herom.

Ad 2) Behandling af klager over andre myndigheders aktindsigtsafgørelser i udbudssager

Klagenævnet er i medfør af offentlighedslovens § 15, stk. 2, klageinstans vedrørende andre myndigheders afgørelser om aktindsigt efter offentlighedsloven i udbudssager, der er omfattet af klagenævnets kompetence. Dette gælder uanset om udbuddet er under forberedelse, i gang eller afsluttet. Det antages, at bestemmelser, der fastsætter særlige klagefrister eller særlige begrænsninger i de klageberettigedes kreds i forhold til klager vedrørende den materielle sag, dvs. selve udbudsforretningen, ikke har betydning for adgangen til at påklage afgørelser om aktindsigt,

Det foreslås, at klagenævnets kompetence som klageinstans i sager om forvaltningsmyndigheders afgørelser om aktindsigt efter offentlighedsloven i udbudssager begrænses, således at nævnets kompetence bortfalder, når fristen for at klage til nævnet over det pågældende udbud er udløbet, uden at der er klaget til nævnet, eller når en eventuel klagesag er færdigbehandlet. Klage vil herefter skulle indgives efter de almindelige regler om administrativ rekurs, dvs. på samme måde som det er tilfældet for alle andre aktindsigtsafgørelser, der træffes af myndigheden.

Mulige fordele ved forslaget:

Klagenævnets ressourcer vil alene skulle anvendes i forbindelse med aktuelle eller potentielle klagesager, idet at nævnet ikke vil blive belastet af klager over aktindsigtsafgørelser, som ikke har forbindelse med en sag, som klagenævnet behandler eller vil kunne komme til at behandle.

Et færre antal af klager over aktindsigt kan muligvis bidrage til en kortere sagsbehandlingstid i nævnet som følge af frigørelsen af ressourcer fra behandlingen af aktindsigtssager.

Mulige ulemper ved forslaget:

Der vil være risiko for, at praksis vedrørende aktindsigt i udbudssager vil blive mere uensartet, end det er tilfældet i dag. Det skyldes, at forslaget vil betyde, at flere forvaltningsmyndigheder vil få sideløbende kompetence til at træffe afgørelse om aktindsigt.

Forslaget ville medføre, at klager over en forvaltningsmyndigheds afgørelse om aktindsigt i stedet ville skulle indgives efter de almindelige regler om administrativ rekurs. Dette kan være u hensigtsmæssigt, hvis der er tale om fx en kommune eller region, der ikke står i et almindeligt underordningsforhold til en anden forvaltningsmyndighed. Hermed er der en mulighed for, at aktindsigtsafgørelser ikke ville kunne påklages til en anden administrativ myndighed.

Arbejdsgruppens anbefaling:

Alene fordi, at der kan opstå situationer, hvor en aktindsigtsafgørelse ikke ville kunne påklages til en anden administrativ myndighed, og at for sikre en ensartet praksis vedrørende aktindsigt i udbudssager, finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.8. Klagenævnet skal i visse situationer have pligt til at pålægge ordregivere at lovliggøre en tildelingsbeslutning

Ifølge håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 3, kan klagenævnet pålægge ordregiver at lovliggøre en beslutning i forbindelse med udbudsforretningen, herunder ordregivers tildelingsbeslutning. Bestemmelsen giver klagenævnet mulighed for fx at påbyde ordregiver at lade en klagers tilbud indgå i en fornyet tilbudsevaluering med henblik på at rette op på en forkert tildelingsbeslutning –

uden at udbudsforretningen annulleres. Klagenævnets påbud om lovliggørelse af ordregivers tildelingsbeslutning anvendes i praksis i begrænset omfang.

Det foreslås, at klagenævnet i visse situationer skal have pligt til at påbyde ordregiver at lovliggøre en tildelingsbeslutning. Pligten skal foreligge i tilfælde af, at udbudsforretningen er behæftet med objektivet konstaterbare fejl fra ordregivers side. Fx når et tilbud ikke findes konkurrencedygtigt pga. en forkert sammentælling af point i forbindelse med tilbudsevalueringen, eller når et tilbud uretmæssigt afvises som ukonditionsmæssigt, fordi ordregiver har overset påkrævede tilbudsdokumenter, som faktisk var indgivet til ordregiver.

Mulige fordele ved forslaget:

En pligt til i visse nærmere angivne situationer at lovliggøre en tildelingsbeslutning kan formentlig i højere grad sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Endvidere kan en sådan regulering varetage hensynet til tilbudsgiveres ressourceforbrug i forbindelse med udbudsforretninger.

Mulige ulemper ved forslaget:

Hjemlen til at udstede påbud om lovliggørelse af beslutninger i kombination med annullation af ordregivers tildelingsbeslutning anvendes i praksis, se fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. september 2010, BKI Foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste. I sagen annullerede klagenævnet ordregivers beslutning om, at klagers tilbud var ukonditionsmæssigt, ligesom ordregivers tildelingsbeslutning blev annulleret. På den baggrund påbød klagenævnet ordregiver at lade klagers tilbud indgå i en fornyet tilbudsvurdering. Praksis støtter således, at sanktionen allerede anvendes, hvorfor yderligere regulering herom forekommer unødvendig.

Endvidere vil en sådan "skal-regel" fratage klagenævnet muligheden for at anvende påbud om lovliggørelse i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og udbudsreglernes formål. Der kan således opstå situationer, hvor en ordregiver har begået en objektiv konstaterbar fejl, men fejlen har ikke betydning for tildelingsbeslutningens resultat. Påbud om tildelingsbeslutningens lovliggørelse vil i så tilfælde være unødvendigt og savne formål. Såfremt påbud om lovliggørelse gennemføres i så tilfælde, påføres ordregiver et unødigt ressourceforbrug.

Hertil kommer, at forslaget må forventes at have en begrænset effekt. Påbud om lovliggørelse forudsætter, at et fejlagtigt forhold faktisk kan lovliggøres. Hvis ordregiver på tidspunktet for klagenævnets afgørelse om lovliggørelse har indgået kontrakten, dvs. at udbudsforretningen er afsluttet, vil nævnets påbud om lovliggørelse ikke kunne effektueres. Derfor kan forslaget alene have en reel effekt i de situationer, hvor ordregiver ikke har indgået kontrakt. Det bemærkes hertil, at ordregiver alene har pligt til at afvente kontraktindgåelse, hvis der indgives klage i standstill-perioden (automatisk midlertidig opsættende virkning), eller hvis klagenævnet træffer beslutning om, at klagen skal have opsættende virkning indtil nævnets endelige afgørelse foreligger.

Arbejdsgruppens anbefaling:

Alene fordi, at der kan opstå situationer, hvor ordregiver har begået en objektiv konstaterbar fejl, men hvor fejlen ikke har indflydelse på ordregiverens tildelingsbeslutning, finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget. En automatisk pligt for klagenævnet til at påbyde ordregiveren at lovliggøre tildelingsbeslutningen i sådanne situationer vil savne formål, forhale ordregivers indkøbsproces og påføre denne et unødigt ressourceforbrug.

5.4.9. Klagenævnet skal afgive bindende forhåndsbesked efter anmodning

Den ordregivende myndighed kan anmode om en bindende forhåndsbesked vedr. lovligheden, herunder overensstemmelsen med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet af udbudsforretningen og dens tilrettelæggelse. Forslaget indebærer, at klagenævnet skal forpligtes til afgive bindende forhåndsbeskeder efter anmodning fra ordregivende myndigheder.

Klagenævnet kan ikke efterfølgende underkende forhåndsbeskeden. En evt. klage over udbudsforretningen trods den bindende forhåndsbesked skal derfor indbringes for de almindelige domstole.

Adgangen til at anmode om den bindende forhåndsbesked skal afgrænses, så det alene vedrører særligt komplekse, principielle innovative og/eller økonomisk tunge udbudsforretninger, ligesom brugerbetaling for en sådan forhåndsbesked vurderes nødvendig.

Mulige fordele ved forslaget:

Forslaget om klagenævnets bindende forhåndsbesked kan bidrage til at antallet af klager over ordregivers udbudsmateriale nedbringes eller ordregivers brug af ”særlige” procedurer (fx adgangen til at bruge udbud med forhandling) nedbringes.

Mulige ulemper ved forslaget:

Forslaget må forventes at indebære væsentlige økonomiske og administrative omkostninger – også selvom adgangen til bindende forhåndsbesked begrænses til nærmere angivne udbudsforretninger. Det må netop forventes, at bindende forhåndsbesked i særligt komplekse, principielle innovative og/eller økonomisk tunge udbudsforretninger indebærer en særlig sagsbehandlingsbyrde.

Det må forventes, at et system med bindende forhåndsbesked vil indebære et øget tidsforbrug i klagenævnet. Såfremt der ikke er fuld omkostningsdækning via brugerbetaling på behandlingen af forhåndsmeddelelser (herunder om sagen opfylder betingelserne for at anmode om forhåndsgodkendelse), vil tidsforbruget på behandling af bindende forhåndsbeskeder forlænge af sagsbehandlingstiden for klagesager.

For at ordregiver ikke skal miste tid i sin udbudsproces, er det vigtigt at lave en klar afgrænsning af hvad der ”vedrører særligt komplekse, principielle innovative og/eller økonomisk tunge udbudsforretninger”. Dette kan vise sig vanskeligt at afgrænse i praksis.

Bindende forhåndsbesked er velegnet til gennemgang af ordregivers udbudsmateriale med henblik på kvalitetssikring. I en række tilfælde, vil det imidlertid ikke være muligt at kunne give en forhåndsgodkendelse. Det vil eksempelvis være tilfældet for særligt komplekse indkøb (som forslaget henviser til), hvor ordregiver ikke er i stand til at udarbejde et udbudsmateriale og derfor benytter sig af konkurrencepræget dialog. I så tilfælde vil der ikke være et egentligt udbudsmateriale at ”kvalitetssikre” inden processen går i gang, og ordregivers gennemførelse af den konkurrenceprægede dialog synes ikke at muliggøre en forudgående kvalitetssikring fra klagenævnet.

En bindende forhåndsbesked synes i et vist omfang at ”overlappe” med den eksisterende regulering i håndhævelseslovens § 4 om frivillig forudgående gennemsigtighed, hvormed ordregiver på effektiv vis kan sikre sig mod sanktionerne uden virkning og betalingskrav (administrativ bøde).

Arbejdsgruppens vurdering:

Allerede fordi forslaget må forventes at indebære væsentlige økonomiske og administrative omkostninger samt kan betyde en længere sagsbehandlingstid for klagersager, finder arbejdsgruppen ikke, at der skal arbejdes videre med dette forslag.

5.4.10. Begrænsning af automatisk opsættende virkning

Forslaget indebærer, at en klage kun tillægges *automatisk* midlertidig opsættende virkning i standstill-perioden, hvis der klages over ordregivers tildelingsbeslutning. Ved klager over andre forhold, fx udbudsmaterialets indhold, skal klager anmode om, at klagen tildeles opsættende virkning, hvis klager ønsker det.

I dag har alle klager, der indgives i standstill-perioden, automatisk midlertidig opsættende virkning, uanset klagens påstand. At klagen har automatisk midlertidig opsættende virkning betyder, at klagen har opsættende virkning indtil, at klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges (yderligere) opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Indbringes en klage før eller efter standstill-periodens udløb, har klager mulighed for at begære opsættende virkning. Klagen har i disse tilfælde først opsættende virkning i det øjeblik klagenævnet eventuelt tillægger klagen automatisk opsættende virkning.

Forslaget er i overensstemmelse med kontroldirektivet, der alene foreskriver automatisk opsættende virkning ved klager over tildelingsbeslutninger indgivet i standstill-perioden.

Mulige fordele ved forslaget:

Antallet af klager, der tillægges automatisk midlertidig opsættende virkning, må forventes at blive nedbragt. Det betyder, at ordregiver i flere tilfælde end i dag, kan indgå kontrakt umiddelbart efter standstill-periodens udløb.

Forslaget vil muligvis give klager incitament til at klage *tidligere* over andre forhold end tildelingsbeslutningen end i dag. Hvis klagenævnet skal kunne nå at tage stilling til en eventuel anmodning om opsættende virkning, inden kontrakten underskrives, vil klager skulle klage i god tid.

Ikke alle overtrædelser kan siges at begrunde automatisk midlertidig opsættende virkning. Det kan virke uproportionalt, at en bagatelagtig klage indbragt i standstill-perioden automatisk medfører midlertidig opsættende virkning – med efterprøvelse af (yderligere) opsættende virkning – til gene for ordregiver og den vindende tilbudsgiver. Denne uhensigtsmæssighed fjernes med forslaget.

Forslaget vil muligvis nedbringe antallet af bagatelagtige/udsigtsløse klager, idet klager der ikke tillægges automatisk midlertidig opsættende virkning ikke på samme måde, sætter kontraktindgåelsen på standby til gene for ordregiver.

Mulige ulemper ved forslaget:

Der kan være risiko for, at tilbudsgivere ”for en sikkerheds skyld” klager over tildelingsbeslutningen blot for at sikre sig automatisk opsættende virkning. Dermed påføres klagenævnet større administrative byrder som følge af, at der sker en udvidelse af klageskriftet.

Forslaget indebærer ikke nødvendigvis, at klagenævnet kommer til at behandle langt færre sager om opsættende virkning, idet klagerne i stedet må forventes i et større omfang at begære opsættende virkning.

Det kan være uklart for ordregiver, om der er klaget over tildelingen, og dermed om klagen udløser automatisk midlertidig opsættende virkning. Hvis der fx klages over en pointmodel, kan der være begrundet tvivl om, hvorvidt det er pointmodellen i sig selv, eller tildelingsbeslutningen på baggrund af pointmodellen, der klages over. Såfremt ordregiver indgår kontrakten – og der er tale om automatisk opsættende virkning – vil ordregiver blive ramt af ”uden virkning” eller blive pålagt en økonomisk sanktion.

Som tidligere nævnt benytter klagenævnet ikke sjældent kendelsen om opsættende virkning til at komme med en foreløbig udtalelse om, hvorvidt der ses at være hold i klagepunkterne. Sådanne foreløbige udtalelser fører i mange tilfælde til, at klage tilbagekaldes – enten fordi klageren vælger at trække klagen tilbage, eller fordi ordregiveren beslutter sig for at annullere tilbuddet. Denne ”afledte effekt” indskrænkes, såfremt automatisk opsættende virkning begrænses, med den konsekvens at flere sager realitetsbehandles.

Forslaget kan få den uheldige effekt, at tilbudsgiverne ikke længere klager i standstill-perioden men på et senere tidspunkt – da klager alligevel ikke som hidtil har bedre mulighed for forhindre kontraktindgåelsen ved at klage i standstill-perioden.

Arbejdsgruppens vurdering:

Forslaget indebærer en mulighed for, at klagenævnet påføres større administrative byrder som følge af, at der vil ske en udvidelse af klageskriftet. Samtidig kan forslaget medføre, at der kan opstå tvivl om, hvorvidt en klage udløser automatisk midlertidig opsættende virkning eller ej. Alene på den baggrund finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.4.11. Begrænsning af anvendelsen af sanktionerne annullation af ordregivers tildelingsbeslutning og annullation af udbudsforretningen

Ifølge håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 2, kan klagenævnet annullere ordregivers ulovlige beslutninger og udbudsforretningen. Annullation anvendes i vid udstrækning i relation til ordregivers tildelingsbeslutning, når klagenævnet finder, at ordregiver har begået en konkret og væsentlig fejl, og hvor fejlen medfører, at resultatet af udbuddet ville have været anderledes, såfremt fejlen ikke var begået. Fejlen behøver iht. klagenavnets praksis ikke have medført, at den klagende tilbudsgiver ville have vundet tildelingen af kontrakten, såfremt fejlen ikke var begået. Det er således tilstrækkeligt, at fejlen har påvirket resultatet af tilbudsevalueringen. Annullation af udbudsforretningen i sin helhed anvendes alene i begrænset omfang af klagenævnet.

Forslaget indebærer, at klagenavnets anvendelse af annullation af tildelingsbeslutningen og udbudsforretningen begrænses til tilfælde, hvor der er årsagssammenhæng mellem den begåede fejl og klagerens tab af kontrakten. Med andre ord skal annullationsbeføjelsen alene anvendes, hvor fejlen har medført, at den klagende tilbudsgiver er blevet ”snydt” for kontrakten.

Mulige fordele ved forslaget:

En begrænsning i klagenævnets muligheder for at anvende annullation af ordregivers tildelingsbeslutning og udbudsforretning kan bidrage til at sikre, at ordregivers indkøbsproces ikke bremses eller trækkes i langdrag.

Mulige ulemper ved forslaget:

Klagenævnets anvendelse af annullationsbeføjelsen beror på en samlet bedømmelse af karakteren af den konstaterede overtrædelse. Annullation af en tildelingsbeslutning forudsætter en overtrædelse, der har haft konkret betydning for udbuddets udfald, herunder fx at fejlen har medført, at tildelingsbeslutningens resultat er forkert. Det forekommer retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at afskære adgangen til at annullere en forkert tildelingsbeslutning, blot fordi det ikke er den "rette" tilbudsgiver, der klager over udbudsforretningen. Kontrolloven har til formål at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, og det er en forudsætning herfor, at klagenævnet har de nødvendige beføjelser til at annullere ulovlige beslutninger. Der kan derfor stilles spørgsmål ved, om forslaget indebærer en sådan udhuling af annullationsbeføjelsen, at det vil være uforeneligt med kontrollovens formål.

Endvidere vanskeliggøres forslaget af, at tildelingsbeslutningen, dvs. valget af det vindende tilbud, beror på ordregivers skøn af de indkomne tilbuds opfyldelse af de angivne konkurrenceparametre. Efter fast klagenævnspraksis efterprøver nævnet ikke den skønsmæssige del af ordregivers tilbudsevaluering. Med andre ord erstatter klagenævnet ikke ordregivers skøn med sit eget. Forslaget forudsætter imidlertid, at den "rette" tilbudsgiver udfindes, hvilket netop ikke vil være muligt.

Hertil kommer, at forslaget må forventes at have en begrænset effekt. Klagenævnets annullation af ordregivers tildelingsbeslutning indebærer ikke en pligt for ordregiver til at bringe selve den indgåede kontrakt til ophør. Derfor kan forslaget alene have en reel effekt i de situationer, hvor ordregiver ikke har indgået kontrakt. Hertil bemærkes, at ordregiver alene har pligt til at afvente kontraktindgåelse, hvis der indgives klage i standstill-perioden (automatisk midlertidig opsættende virkning), eller hvis klagenævnet træffer beslutning om, at klagen skal have opsættende virkning, indtil nævnets endelige afgørelse foreligger.

Arbejdsgruppens vurdering:

Alene fordi det forekommer retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at afskære adgangen til at annullere en forkert tildelingsbeslutning, blot fordi det ikke er den "rette" tilbudsgiver, der klager over udbudsforretningen, finder arbejdsgruppen ikke, at der bør arbejdes videre med forslaget.

5.5. Arbejdsgruppens anbefalinger

Det er vigtigt at have et effektivt og smidigt Klagenævn for Udbud, der håndhæver udbudsreglerne og understøtter en effektiv konkurrenceudsættelse af offentlige opgaver. Arbejdsgruppen har derfor analyseret mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet ved blandt andet at se på klagenævnets organisering, klagegebyrer, fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og tilbudsgiver, ressourceanvendelsen mv. samt se på begrundelsen for at have et særskilt klagenævn på området.

Det er i den forbindelse af stor betydning, at også de mere generelle rammebetingelser for udbud i form af udbudsregler og vejledning understøtter en hensigtsmæssig tilrettelæggelse af udbud. Derfor skal arbejdsgruppens tiltag bl.a. ses i sammenhæng med revisionen af EU's udbudsdirektiver

og den som følge heraf kommende danske udbudslov samt styrkelse af vejledningen om udbudsreglerne.

På den baggrund er det arbejdsgruppens anbefaling, at der foretages følgende ændringer af det danske klagesystem:

- Forkortelse af klagefrister: En markant nedsættelse af klagefristerne for klager over EU-udbud samt indførelse af klagefrister for klager over annonceringer efter tilbudsloven
- Forhøjelse af klagegebyret: En graduering af klagegebyret, så klager skal betale hhv. 10.000 og 20.000 kr. afhængig af kontraktsummens størrelse.
- Udvidet adgang til afvisning af klager: Klagenævnets mulighed for umiddelbart at afvise klager og påstande, som er udsigtsløse/åbenlyst ubegrundede tydeliggøres.
- Begrænsning af anvendelsen af sanktionen uden virkning: Det skal ikke længere være muligt at erklære allerede opfyldte leverancer for uden virkning og dermed stille krav om tilbagelevering af gennemførte leverancer.
- Ændret fordeling af sagsomkostninger: Der skabes symmetri i fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og klager, så klager også vil kunne pålægges at betale sagsomkostninger, når klager ikke får medhold.
- Øget information om principielle kendelser: Klagenævnet pålægges at formidle indholdet af principielle kendelser til både ordregivere og tilbudsgivere, fx i form af en årsberetning.

Det er arbejdsgruppens vurdering, at de foreslåede tiltag som en samlet pakke vil føre til et mere effektivt og forenklet klagesystem for udbud, og at effekterne frem for alt vil være:

- *Mere effektive udbudsprocesser* som følge af bl.a. færre klager, herunder særligt åbenlyst ubegrundede klager.
- *Hurtigere sagsbehandlingstid*, da klagenævnet skal behandle færre sager.
- *Færre transaktionsomkostninger*, da ordregivere skal bruge færre ressourcer på klagesager.
- *Større klarhed over klagenævnets praksis* gennem øget information om principielle kendelser, hvilket forventes at mindske oplevelsen af, at der afsiges kendelser, som ikke er i overensstemmelse med tidligere praksis.

Mere effektive udbudsprocesser og hurtigere sagsbehandlingstid:

En række af tiltagene forventes at kunne betyde et fald i antallet af klagesager. Et fald i antallet af klager vil frigøre ressourcer og give klagenævnet bedre mulighed for at behandle de indkomne klager, og sagsbehandlingstiden forventes som følge heraf at falde. Et fald i antallet af klager, herunder særligt de åbenlyst ubegrundede klager, vil betyde mere effektive udbudsprocesser for både ordregivere og tilbudsgivere.

Færre transaktionsomkostninger:

Et fald i antallet af klager, herunder antallet af åbenlyst ubegrundede klager og påstande, vil betyde at ordregiver skal bruge færre ressourcer på klagesager. Det forventes at have en positiv effekt på ordregivers omkostninger til advokater og interne ressourcer.

Større klarhed over klagenævnets praksis:

Gennem øget information om principielle kendelser vil offentlige myndigheder lettere kunne få kendskab til og overblik over nævnets praksis. Dette giver mulighed for at offentlige myndigheder bedre kan efterleve reglerne på nævnets område. Samtidig skabes der større viden hos tilbudsgivere, der overvejer at klage over afslag, hvilket kan medføre et fald i tilgangen af sager til nævnet.

Bilag 1 - Kommissorium for serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud

Baggrund

Klagenævnet for Udbud er et uafhængig klagenævn under Erhvervsstyrelsen, hvis hovedopgave er at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af EU-udbudsreglerne ved udbud af bygge- og anlægsarbejder og indkøb af varer og tjenesteydelser. Klager over udbud kan indbringes for Klagenævnet for Udbud og domstolene. I de fleste tilfælde vil det stå klageren frit for, hvor man vælger at klage, men klagenævnet anvendes oftest. Klagenævnet består af en formand og et antal næstformænd, som er byrets- og landsdommere, samt en række sagkyndige medlemmer. Klagenavnets praksis har afgørende betydning for fortolkningen af udbudsreglerne, idet EU's udbudsdirektiv er implementeret i dansk ret ved en kort implementeringsbekendtgørelse, der i store træk indebærer, at ordregivere, private virksomheder og Klagenævnet for Udbud skal anvende direktivets regler direkte. Klagenavnets kendelser kan indbringes for domstolene.

EU-retten pålægger ikke medlemsstaterne at have et særskilt klagenævn for udbudssager, og i en række andre lande, herunder England, Holland og Sverige er udbudsklagesager således alene henvist til det almindelige domstolssystem.

Særskilte klageorganer er ofte oprettet med det formål at fremme en smidig klageadgang for forbrugere og små virksomheder. Det skal bl.a. ses i lyset af, at behandling af klagesager ved domstolene typisk har længere sagsbehandlingstid og er mere omkostningsfuldt end behandling ved klagenævn.

Et af formålene bag klagenavnets oprettelse i 1991 var dermed også at sikre en hurtig og effektiv behandling af udbudsklager. Der er dog et stigende antal klager til klagenævnet. I 2004 var der 31 indkomne sager og 29 afsagte kendelser, mens tallet i 2011 var 178 indkomne klager og 104 afsagte kendelser. Samtidig oplever ordregivere i stigende grad, at tabende tilbudsgivere indgiver åbenlyst uberettigede klager for at forhindre og forsinke den videre udbudsproces. Stadigt færre klager ender således med at få medhold i den endelige kendelse. I 2007 fik 79,5 pct. helt eller delvist medhold i deres klage, mens det var 42,4 pct. i 2011. Hertil kommer, at retspraksis på nogle områder er uklar, hvilket kan gøre det vanskeligt for offentlige ordregivere at tilrettelægge udbud på en effektiv måde.

Udgifterne til klagenævnet forventes i 2012 at udgøre 7,5 mio. kr. på grund af en stigende sagsmængde. Klagenævnet trækker dermed i dag langt flere ressourcer end oprindeligt bevilliget.

KL har tidligere vurderet, at klagesager og aktindsigter i forbindelse med udbudsrunder tegner sig for 8 pct. af kommunernes samlede udgifter til konkurrenceudsættelse. Af en undersøgelse fra Udbudsrådet fra 2011 fremgår det, at ikke bare klagesager, men også frygten for klagesager er med til at drive transaktionsomkostninger ved udbud i vejret for særligt ordregivere men også tilbudsgivere. De høje transaktionsomkostninger for såvel ordregivende myndigheder og leverandører til det offentlige er dermed med til at hæmme konkurrenceudsættelsen af relevante offentlige opgaver.

Der blev gennemført en række tiltag i 2011, der skulle nedbringe sagsbehandlingstiden ved Klagenævnet for Udbud. Det er imidlertid vurderingen, at der er behov for at undersøge mulighederne for en egentlig reform af klagesystemet med henblik på at skabe større effektivitet og imødegå tendensen til et stigende antal åbenlyst ubegrundede klager.

Formål og opgaver

Der nedsættes en hurtigarbejdende arbejdsgruppe, der får til opgave bredt at analysere mulighederne for en generel forenkling og tilpasning af klagesystemet. Arbejdsgruppen skal både analysere mulighederne for at ændre klagesystemet ved at se på klagenævnets organisering, klagegebyrer, fordeling af sagsomkostninger mellem ordregiver og tilbudsgiver, ressourceanvendelsen mv. samt se på begrundelsen for at have et særskilt klagenævn på området. Arbejdsgruppen skal fremlægge konkrete forslag til en ny organisering af klagesystemet, herunder hvilke fordele og ulemper der er forbundet med de enkelte forslag.

I arbejdet vil indgå erfaringer fra bl.a. Sverige, Holland og England. Derudover vil arbejdsgruppen kunne belyse yderligere relevante forhold i relation til de enkelte forslag.

Arbejdsgruppen skal i dens arbejde inddrage Udbudsrådets analyse om klagemønstret ved klagenævnet, der forventes præsenteret i marts 2012. Såfremt der foreligger brugbare data herfor skal arbejdsgruppen også vurdere, i hvilket omfang tiltagene fra Konkurrencepakken af 2011 har haft en effekt på klagenævnets sagsmængde.

Arbejdsgruppen afrapporterer til regeringens Økonomiudvalg.

Arbejdsgruppens sammensætning

Arbejdsgruppen sammensættes af repræsentanter fra Erhvervs- og Vækstministeriet (formand), Finansministeriet og Økonomi- og Indenrigsministeriet. Andre ministerier inddrages efter behov.

Sekretariatsfunktionen varetages af Erhvervs- og Vækstministeriet med inddragelse af de øvrige ministerier i arbejdsgruppen.

Øvrige relevante ministerier (fx Justitsministeriet) og parter som eksempelvis ordregivere og erhvervsorganisationer inddrages efter behov med henblik på at afdække relevante synspunkter og forslag vedrørende klagenævnet.

Andet

Erhvervs- og Vækstministeriet vil løbende vejlede om udbudsreglernes anvendelse med henblik på at sikre en bedre forståelse af og klarhed om de gældende regler. Derudover vil erhvervs- og vækstministeren, når EU's nye udbudsdirektiver er vedtaget, nedsætte en arbejdsgruppe, der skal se nærmere på, hvordan direktiverne mest hensigtsmæssigt kan implementeres i dansk ret samt spørgsmålet om vejledning i forhold til det nye regelsæt og behovet for en øget vejledningsindsats, herunder særligt på områder, hvor der er tvivl.

Finansiering

Arbejdet vil ikke medføre udgifter, og anbefalingerne forudsættes at være udgiftsneutrale.

Bilag 2 – Organisationer og offentlige myndigheder der er tillagt kageadgang i henhold til § 6, stk. 1, nr. 3, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Arbejderbevægelsens Erhvervsråd	Dansk Mode og Textil
Asfaltindustrien	Dansk Taxi Råd
Boligselskabernes Landsforening (BL)	Dansk Transport og Logistik
Brancheforeningen for Kontor og Papir (KONPA)	Danske Ark
Brancheforeningen for Privathospitaler og Klinikker (BPK)	Danske Busvognmænd
Brancheforeningen SPT (sæbe, parfume og teknisk/kemiske artikler)	Danske Havnevirksomheder
Brancheforeningen for Sundhed og Forebyggelse (BSF)	Danske Regioner
Bygge- Anlægs- og Trækartellet	Danske Reklame- og Relationsbureauers Brancheforening (DRRB)
Bygherreforeningen	De kommunale tilsynsmyndigheder
Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark	De Samvirkende Købmænd (DSK)
CO-Industri	DI – Organisation for erhvervslivet
Danish Design Association (DDA)	Finansministeriet
Danmarks Rederiforening	Finansrådet
Dansk Arbejdsgiverforening	Foreningen af Rådgivende Ingeniører
Dansk Byggeri	Foreningen af Statsautoriserede Revisorer
Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening (DADIF)	Foreningen Af Sygeplejevikarbureauer i Danmark (FASID)
Dansk Energi	Foreningen af Vandværker i Danmark
Dansk Erhverv	Foreningen af Vikarbureauer i Danmark (FVD)
Dansk Fitness & Helse Organisation (DFHO)	Foreningen Registrerede Revisorer FRR
Dansk Fjernvarme	Forsikring & Pension
Dansk Kollektiv Trafik	Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste

Forsvarets Koncernfælles
Informationstjeneste

Vikarbureauer Certificerede i Danmark
(VICE)

Forsvarets Materieltjeneste

Forsvarsministeriet

Genvindingsindustrien (GI)

Grafisk Arbejdsgiverforening (GA)

Grafisk Industri og Medie Kartel

Handelskartellet i Danmark

Hotel- og Restaurationsbranchen
(HORESTA)

Håndværksrådet

Ingeniørforeningen i Danmark

International Transport Danmark

IT-Branchen

Jobrådgivernes Brancheforening

KL

Landbrug & Fødevarer

Landsorganisationen i Danmark

Lægemiddelindustriforeningen

Medicoindustrien

Offentligt Ansattes Organisationer

Professionel Elektronik (PE)

Public Relations Branchen

Realkreditrådet

Sammenslutningen af Danske
Oversættelsesvirksomheder

Tekniq - Installatørernes Organisation

Bilag 3 - Oversigt over sagsomkostninger, som Klagenævnet for Udbud har pålagt ordregivende myndigheder fra 2009 – 2011

2009

Kommune	Region	Statslig myndighed	Offentligretligt organ
30.000	30.000	40.000	15.000
15.000	50.000	25.000	60.000
60.000	150.000	60.000	10.000
75.000	25.000	40.000	80.000
75.000	150.000	50.000	50.000
60.000	45.000		
10.000	15.000		
8.000			
8.000			
50.000			
60.000			
30.000			
20.000			
80.000			

2010

Kommune	Region	Statslig myndighed	Offentligretligt organ
50.000	15.000	40.000	25.000
30.000	50.000	40.000	30.000
50.000		60.000	50.000
40.000		20.000	20.000
75.000		50.000	10.000
10.000		75.000	25.000
60.000		25.000	60.000
10.000		40.000	
60.000			
25.000			
50.000			
8.500			
30.000			
30.000			

2011

Kommune	Region	Statslig myndighed	Offentligretligt organ
25.000	25.000	15.000	25.000
25.000	65.000	15.000	50.000
100.000			75.000
12.000			
8.000			
5.000			
8.000			
20.000			
100.000			
25.000			