

NOTAT

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att.: Jesper Halvorsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

DANSKE
REGIONER



03-07-2015

Sag nr. 15/1539

Dokumentnr. 35991/15

Morten Rasmussen

Tel. 35298268

E-mail: Mrs@regioner.dk

Europa-Kommissionens høring af effektiviteten af kontroldirektiverne

EU-Kommissionen har iværksat en høring vedrørende effektiviteten af kontroldirektiverne. Høringen består af et spørgeskema, som enhver interesseret kan udfylde og indsende via Kommissionens hjemmeside.

Det fremgår af Erhvervs- og Vækstministeriets fremsendelses-email, at eventuelle bemærkninger til reglerne om effektiv håndhævelse af udbudsreglerne ud over en besvarelse af Kommissionens online-spørgeskema, kan sendes til Erhvervs- og Vækstministeriet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

EU-Kommissionens spørgeskema om kontroldirektivernes anvendelse i medlemsstaterne sammenholdt med det af Erhvervs- og Vækstministeriet den 18. marts 2015 fremsatte lovforslag L 164 til en ny udbudslov giver Danske Regioner anledning til at bemærke følgende:

Det er klart angivet i kontroldirektiverne, at sanktionen for den alvorligste overtrædelse af udbudsreglerne (uretmæssig direkte indgåelse af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse), bør stå i rimeligt forhold til overtrædelsens karakter, og at der derfor på national plan skal indføres regler om, at visse kontrakter kan erklæres for uden virkning.

Kontroldirektiverne fastsætter en række minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer vedrørende udbudsdirektiverne, og det er således muligt at indføre strengere sanktioner i national ret. Det fremgår imidlertid også af kontroldirektiverne, at for at undgå den retsusikkerhed, der kan opstå i tilknytning til anvendelsen af den alvorligste sanktion ”uden virkning”, bør medlemsstaterne tillige indføre en undtagelse til sanktionen i de tilfælde, hvor ordregiver inden kontraktindgåelsen har offentliggjort en såkaldt profylaksebekendtgørelse. Modstykket til kravet om indførelse af denne meget

byrdefuld sanktion ved de alvorligste udbudsretlige overtrædelser er således udmøntet i et tilsvarende krav i kontroldirektiverne om, at der i national ret skal fastsættes regler, som gør muligt for ordregiver at sikre sig imod, at en kontrakt erklæres for uden virkning og skal bringes til ophør. Kontroldirektivernes bestemmelser om sanktionen uden virkning og profylaksebekendtgørelser er implementeret i dansk ret ved håndhævelsesloven, herunder §§ 4 og 16 - 19.

I det af Erhvervs- og Vækstministeriet den 18. marts 2015 fremsatte lovforslag L 164 til en ny udbudslov er der i § 185, stk. 2 indsat en ny bestemmelse, hvorefter ordregiver er forpligtet til at bringe en kontrakt til ophør, hvis tildelingsbeslutningen annulleres:

”§ 185, stk. 2: Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår, at forslaget er indsat, fordi der ifølge koncipisten er for få muligheder for at bringe kontrakter til ophør i den nugældende håndhævelseslov, og fordi klager sjældent kan dokumentere et erstatningsberettigende tab i henhold til dansk rets almindelige regler om erstatning.

§ 185, stk. 2 i lovforslaget betyder at den balance, der tidligere har været mellem den meget byrdefulde sanktion uden virkning sammenholdt med overtrædelsens væsentlighed, ikke længere er til stede. Afgørelser om annullation får de facto samme effekt, som når Klagenævnet for Udbud erklærer kontrakter for uden virkning for fremtiden, fordi ordregiver i § 185, stk. 2 pålægges at bringe en kontrakt til ophør, uanset der ikke er hjemmel til at erklære samme kontrakt for uden virkning.

Det er bekymrende, at der ikke længere er sikkerhed for, at ordregiver kan gennemføre en kontrakt på trods af, at der ikke i håndhævelsesloven er hjemmel til at erklære samme kontrakt for uden virkning.

Det vil i mange tilfælde være meget omkostningstungt for ordregiver at bringe en kontrakt til ophør midt i kontraktperioden som følge af en afgø-

relse om annulation af tildelingsbeslutningen. Ordregiver må foruden afholdelse af omkostningerne forbundet med at iværksætte et nyt udbud og implementere en ny kontraktpart også formodes at blive mødt med erstatningskrav for den eksisterende kontraktpart. En u hensigtsmæssig effekt af lovforslaget kan derfor blive, at ordregiver tidligt i et klageforløb, hvor klagers påstande endnu ikke er efterprøvet, presses til at indgå forlig, fordi det i langt de fleste tilfælde vil være mindre byrdefuldt, end hvis ordregiver påtager sig risikoen for, at en igangværende kontrakt senere viser sig at skulle bringes til ophør. Der er ligeledes risiko for, at afgørelser om annulation fra Klagenævnet for Udbud i stigende grad vil blive indbragt for domstolene af ordregiver, for at minimere kontraktpartens erstatningskrav mod ordregiver. Denne proces vil navnlig udgøre en belastning for den klager, der anlagde klagesagen ved Klagenævnet for Udbud.

En yderligere ressourcefordyrende effekt af lovforslaget vil være, at ordregiver, for at beskytte sig mod de erstatningsretlige effekter af pligten til at opsig en kontrakt ved annulation med stor sandsynlighed fremadrettet vil anvende exitklausuler, der muliggør udtræden af kontrakten med kort varsel, og som afgrænser de erstatningsretlige følger i forhold til leverandøren. Anvendelsen af exitklausuler må, særligt på bygge- og anlægsområdet og på andre områder hvor store initiale investeringer er nødvendige, forventes at medføre en væsentlig fordyrelse af leverandørernes tilbud i form af risikotillæg, og der vil for leverandørernes side være en ikke uvæsentlig risiko forbundet med kapitalisering af ordregivers exitklausuler. § 185, stk. 2 vil således medføre en generel fordyrelse af offentlige kontrakter på trods af, at den samfundsmæssige værdi af disse fordyrende tillæg er tvivlsom.

Hertil skal det tilføjes, at Klagenævnet for Udbuds praksis vedrørende annulation langt fra er entydig. Det er således ikke klart ud fra Klagenævnet for Udbuds' praksis, hvordan arten af overtrædelser, der medfører annulation, afgrænses.

Med lovforslaget synes ordregiver endelig at miste den beskyttelse, der opnås ved offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, og som følger direkte af kontroldirektiverne. Det er uklart, om Klagenævnet for Udbud eller en domstol uanset ordregiver har offentliggjort en profylaksebekendtgørelse vil kunne træffe afgørelse om annulation af beslutningen om at indgå kontrakt.

Kontroldirektivernes bestemmelser om ordregivers mulighed for at offentliggøre profylaksebekendtgørelser er netop udformet i erkendelse af, at når

der indføres pligt til at erklære visse kontrakter for uden virkning, så er der tale om en meget indgribende sanktion. En tilsvarende mulighed vil imidlertid ikke eksistere som værn imod restvirkningen af, at der træffes afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen. Ordregiver kan dermed heller ikke længere indrette sig i tillid til, at en kontrakt kan gennemføres, uanset kontroldirektivernes bestemmelser om profylaksebekendtgørelser.

Sammenfattende skal det fremhæves, at formålet med kontroldirektiverne er at indføre sanktioner, der er effektive og som står i rimeligt forhold til overtrædelsens karakter. Med det nye lovforslag får afgørelser om annullation af tildelingsbeslutninger en retsvirkning (lovkrav om at en kontrakt skal bringes til ophør), der til forveksling minder om sanktionen uden virkning som implementeret i dansk ret (afgørelse om at en kontrakt skal bringes til ophør). Dette på trods af, at de udbudsretlige overtrædelser, der kan begrunde anvendelse af sanktionen uden virkning er langt mere alvorlige end de overtrædelser, der kan begrunde en afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen.

Det nye lovforslag er derfor ikke afbalanceret, og der er risiko for, at forslaget er udtryk for en omgåelse af kontroldirektivernes bestemmelser om de tilfælde, hvor ordregiver har ret til at anvende profylaksebekendtgørelser.

Det udfyldte spørgeskema vedlægges til ministeriets og styrelsens orientering.

Dette brev sendes 3. juli 2015 pr. e-mail til Jesper Halvorsen (jh@kfst.dk) med kopi til Helge Hjorth (hhn@evm.dk) og Tej Friis Egefjord (tfe@evm.dk).