

The background features an abstract graphic design consisting of three overlapping circles of varying sizes, each composed of concentric rings in shades of blue. Two thin, light blue lines intersect at the top left and extend diagonally across the page, framing the circles. The overall aesthetic is clean and modern.

Om konsekvenserne af klager afgivet til Klagenævnet for Udbud

Copenhagen Business School 2013

Vejledere: Ruth Nielsen og Lasse Henningsen

Forfatter: Jens Henriksen

17. Juni 2013

154.043 anslag svarende til 67,7 normalsider

Kandidatafhandling Cand.merc(jur)

Executive summary

In 2007 the remedies directives were substantially amended by directive 2007/66/EF, which introduced two new main features.

1. Introduction of the standstill period, with the purpose of strengthen the pre – contractual enforcement of public procurement.
2. More stringent rules against illegal direct awards of public contracts, national courts will be able to render these contracts ineffective if they have been awarded illegally and directly prior to competitive tendering – or if they have been awarded in the standstill period.

These features along with other minor changes to national legislation, improved the status of the tenders that sought to file complaints to the national Danish courts. In fact there has been a tremendous increase in the number of complaints filed, throughout 2005-2011. This has caused a negative impact on the contracting authorities. Recently the Danish legislator took certain steps to stagger the incentive that tenders had to file complaints.

In this thesis I will examine the economic and legal consequences of such complaints. This will be done by exploring the legal status of the parties under the given situation of these new features amended by directive 2007/66/EF.

Furthermore I will analyze the development in quantity of complaints throughout the period of 2005-2012, in order to estimate whether the fee of complaint is satisfactory.

Finally I will examine the economic impact, which these complaints have on the contracting authorities.

Indholdsfortegnelse

EXECUTIVE SUMMARY	2
Indholdsfortegnelse.....	2
1.1 INDLEDNING.....	6
1.2 PROBLEMFORMULERING	8
1.3.1 JURIDISK AFGRÆNSNING.....	9
1.3.2 ØKONOMISK AFGRÆNSNING	9
1.4 JURIDISK METODE.....	10
1.4.1 Regulering.....	10
Forarbejder og præambler.....	12
1.4.2 Retspraksis	12
EU-domstolen	12
Teleologisk fortolkning	12
Generaladvokatens forslag til afgørelse og dennes betydning.....	13
Præjudicielle spørgsmål	13
Kommissionens kompetencer - Traktatbrudssager og intervention	13
Klagenævnet for Udbud	13
1.5 ØKONOMISK METODE	15
2. JURIDISK AFSNIT.....	16

2.1 Ligebehandlings- & gennemsigtighedsprincippet.....	16
Princippernes indhold	16
Princippernes anvendelsesområde	17
Koncessionskontrakter	18
Udbudsdirektivets Bilag II B.....	19
Kontrakter under tærskelværdierne.....	19
Grænseoverskridende interesse.....	20
Det lovbestemte ligebehandlingsprincip	20
2.1.1 Princippet om effektiv judiciel beskyttelse	21
2.2.1 Baggrunden for indførelse af Standstill - perioden og behovet for prækontraktuel annulation.....	21
Alcatel dommen.....	21
Sagens relevans.....	22
Sagens nærmere omstændigheder.....	22
Diskussion	23
Konklusion.....	24
Konsekvenserne af Alcatel Dommen	25
Standstill perioden i direktiv 2007/66/EF.....	25
Hvilke kontrakter er omfattet af standstill-perioden.....	26
Kontrakter under direktivernes tærskelværdier.....	26
Koncessions- og B ydelser	28
2.2 Opsættende virkning.....	28
Midlertidige foranstaltninger i henhold til TEUF ART 279	28
2.2.1 Opsættende virkning i dansk praksis	30
Sagens nærmere omstændigheder.....	31
Diskussion	32
2.2.2 Fumus Boni Juris.....	33
2.2.3 Uopsættelighed.....	35
2.2.4 Interesseafvejning	39
Tidsrammerne for klagens indgivelse	40

Retsvirkning af opsættende virkning	41
2.2.5 Sammenfatning	42
2.3 Uden Virkning	42
2.3.1 Anvendelsesområde for håndhævelsesloven § 16.....	44
Fortolkning af bestemmelsen	44
2.3.2 Anvendelsesområde af håndhævelsesloven § 17	47
2.3.3 Væsentlige hensyn til almenhedens interesser	48
3 ØKONOMISK ANALYSE.....	49
3.1 Analyse af klagestrukturen på baggrund af embedsmandsudvalgets- og udbudsrådets rapporter.....	49
3.2 Statistisk sammenhæng imellem klagegebyrets forhøjelse og udviklingen af indkomne klager?.....	53
Bias.....	54
Konklusion	54
3.3 Præsentation af Shavel's theory of Litigation	57
3.3.1 Sammenhæng imellem klagegebyrets forhøjelse og udviklingen af indkomne klager på baggrund af Shavell's teori?	59
3.4 Sammenligning af resultater.....	63
3.5 Ordregivers omkostninger i forbindelse med klagesager.....	66
3.5.1 Analyse af forbigået tilbudsgiveres transaktionsomkostninger	67
3.5.2 Ordregivers transaktionsomkostninger i forbindelse med en klagesag.	68
3.5.3 Den forbigået tilbudsgivers strategiske valg.....	71
Negative value suits: Et reelt problem for ordregiver fremadrettet?	72
Negative value suits illustreret ved spilteori.....	73

3.5.4 Ordregivers tab i forbindelse med erstatning.....	75
Kumulative erstatningskrav af negativ kontraktinteresse som illustreret ved Ortos - sagen.....	78
Positiv Opfyldelsesinteresse som illustreret ved Amager Strandpark - sagen	80
Sammenfatning.....	81
4 KONKLUSION	81
Litteraturliste	84
EU-domme	85
Dansk Retspraksis	86
Bøger	88
Artikler	88
Websites.....	89

1.1 Indledning

I en tid, hvor recession og økonomisk stagnation præger dagsordenen i Europa og de sydlige dele af den europæiske union har store vanskeligheder med at overholde deres finansielle aftaler med resten af unionen. I en tid, hvor de nationalistiske og anti – europæiske kræfter har vind i sejlene, er

de fælles visioner om et økonomisk stærkt og samlet Europa, der kan spille en afgørende rolle på den internationale scene, trådt i baggrunden.

Den politiske vision om et Europa som en politisk, økonomisk og retlig union blev udformet i slipstrømmen af 2 altødelæggende verdenskrige. Det politiske mål var ved hjælp af integration af primært den franske og tyske økonomi, at skabe grobund for et stadig tættere politisk samarbejde og dermed opretholde et ønske om fred og sikkerhed for de to store centrale lande i Europa, Tyskland og Frankrig. I 1951 indgik man Kul- og Stålfælleskabstraktaten¹. Hvis man satte de tyske og franske stål- og kul resurser under fælles forvaltning ville dette kunne hjælpe med, at forebygge en ny krig imellem de to europæiske stormagter. I 1957 kom Rom-traktaten, siden da er der sket adskillige tilføjelser til samarbejdet. Den seneste traktat, Lissabon-traktaten blev indgået den 13. december 2007, hvor vi fik Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde². Denne traktat udgør hovedfundamentet for den retlige union som Danmark er med af i dag og der er sket en rivende udvikling af både det økonomiske og retlige samarbejde siden da.

Hovedpillerne i det indre marked er den frie bevægelighed af varer, tjenesteydelser, personer og kapital. Der sker en stadig tættere økonomisk integration ikke kun på det private marked, men også på det udbudsretlige område. Udbudsrettens formål er, ved hjælp af fælleskabsretlig regulering at styre offentlige institutioners indkøbspolitik til at gøre den mere efficient og samtidig stimulere vækst, ved at forpligte til samarbejde med private virksomheder på tværs af grænserne og dermed stimulere realiseringen af det indre marked. Udbudsretten er en relativ ny disciplin og har specielt inden for de sidste 15 år været inde i en hastig udvikling, i takt med at nye spørgsmål havde behov for at blive afklaret af EU-domstolen har kommissionen forfulgt sit mål, at beskytte realiseringen af det indre marked. Den materielle udbudsret har dog lidt under, at håndhævelsen ikke altid har været effektiv.

Man havde med den daværende håndhævelse ikke kompetence til at annullere allerede indgåede kontrakter, selvom ordregiver havde overtrådt den materielle udbudsret, og forbigået tilbudsgivere var henvist til erstatning. Når kontrakten imellem ordregiver og medkontrahenten er underskrevet forligger der en privatretlig aftale, som de nationale håndhævende instanser ikke har kompetence til at ophæve. Derfor fandt man det nødvendigt, at styrke både den prækontraktuelle og den postkontraktuelle håndhævelse. Under trussel af en traktatbrudssag, indførte man i Danmark en

¹ Sørensen, Karsten Engsig & Nielsen, Poul Runge EU-Retten s.26

² Se lov register

standstill periode i 2006, med det formål at styrke den prækontraktuelle håndhævelse. I 2007 kom ændringsdirektivet til kontroldirektiverne, som pålagde nationalstaterne at indføre regler til styrkelse af prækontraktuel håndhævelse i form af automatisk opsættende virkning af klager afsagt i standstill perioden. Derudover var der i direktivet indført nye regler om postkontraktuel håndhævelse, der gav de nationale håndhævende instanser kompetencer til at erklære ulovligt direkte indgået kontrakter for uvirksomme. Disse regler blev implementeret i dansk lovgivning med håndhævelsesloven i 2010.

Disse nye væsentlige regler har sammen med en række andre mindre ændringer i klagesystemet forbedret retstillingen for den forbigået tilbudsgiver. Der er noget der tyder på man måske i Danmark er gået for vidt. Siden 2005 er antallet af klager afgivet til klagenævnet for Udbud steget eksplosivt, deri også antallet af ubegrundede klager. Man forhøjede derfor klagegebyret i 2011 og antallet af klager har siden da faktisk stabiliseret sig. Senest her i juni 2013 indførte man drastiske ændringer i klagesystemet for at imødegå ordregivers interesser.

Jeg undersøger i denne opgave baggrunden for de seneste ændringer til kontroldirektivet og fastlægger retstillingen i forbindelse herved.

Jeg analyserer udviklingen i klagemønstret og undersøger konsekvenserne for ordregiver når der bliver klaget.

1.2 Problemformulering

Hvilke juridiske og økonomiske konsekvenser har klager afgivet til Klagenævnet for Udbud

Juridisk underspørgsmål:

I hvilket omfang er behovet for præ-kontraktuel håndhævelse blevet tilgodeset?

Hvad skal der til for, at en klage tildes yderligere opsættende virkning?

Hvad skal der til for, at en kontrakt erklæres for uden virkning?

Økonomiske underspørgsmål:

Kan jeg vise at der er en sammenhæng imellem gebyrets størrelse og antallet af klager? Har klagegebyret den rette størrelse?

Hvilke omkostninger er der for ordregiver ved indgivelse af klage?

1.3.1 Juridisk Afgrænsning

Jeg vil i mit juridiske afsnit behandle nogle spørgsmål, som er blevet relevante efter håndhævelsesloven trådte i kraft. Disse spørgsmål er prækontraktuel håndhævelse herunder standstill perioden. Den obligatoriske standstill periode gælder, grund at hjemlen i kontroldirektivet, som implementeret i håndhævelsesloven § 3 kun for udbud omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet(eksklusiv kategori II B ydelser). Det skal siges der er en hvis tvivl, om hvorvidt der gælder en forpligtigelse til, at afholde standstill for andre typer af kontrakter også, dette har jeg behandlet nærmere i afsnit 2.2.1.

Ligeledes gælder reglerne for uden virkning, dvs. § 16-17 i håndhævelsesloven kun for kontrakter omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, dette er igen en konsekvens af at kontroldirektivet, som indeholder den sekundærretlige hjemmel kun finder anvendelse på udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet jf. kontroldirektivets 2. præambel.

Opsættende virkning derimod er en processuel sanktion, som klagenævnet og EU domstolene i sagens natur, kan benytte på udbud af alle typer af kontrakter der indbringes.

Derfor finder jeg det naturligt ikke, at afgrænse bestemte kontrakttyper og derfor forholde mig åbent til de 3 hovedemner, som jeg vil behandle.

1.3.2 Økonomisk afgrænsning

I min økonomiske analyse vil jeg fokusere på ordregivers omkostninger, dette vil jeg gøre fordi jeg mener at udbudsreglerne (specielt udbudsdirektiverne) i en vis grad tilgodeser private tilbudsgiveres omkostninger, derfor vil det være mest relevant at undersøge ordregivers omkostninger ud fra en tese om at disse omkostninger måske er for tunge. Der er mange andre nærliggende emner, såsom SMV'ers udfordringer på udbudsmarkedet, men behandlinger af tilbudsgiveres omkostninger vil kun blive behandlet, når det findes nødvendigt i forhold til ordregivers situation.

1.4 Juridisk Metode

For at besvare min opgave vil jeg bruge den retsdogmatiske fortolkning, dvs. at jeg vil bruge de retskilder, som den relevante dømmende instans vil bruge for, at løse det konkrete juridiske problem. Den retsdogmatiske arbejdsmetode består af 4 punkter, hvoraf de sidste 2 punkter spiller en begrænset rolle for mit vedkommende.

Regulering

Retspraksis

Retssædvaner

Forholdets natur

1.4.1 Regulering

Inden for det udbudsretlige område er Reguleringen enten EU-retlig eller afledt af EU-retten. Det er derfor relevant, at gennemgå de EU-retlige retskilder og deres relevans for min afhandling.

Regulering på det overnationale niveau inddeles i 2 hovedgrupper, primærretten og sekundærretten.

Primærretten udgøres af traktatgrundlaget og de almindelige retsprincipper. Traktatgrundlaget er EU-traktaten, EUF-Traktaten og chartret om grundlæggende rettigheder. Primærretten regulerer områder, hvor medlemsstaterne har afgivet suverænitet. De almindelige retsprincipper har desuden stor relevans inden for det udbudsretlige område, da offentlige kontrakter skal indgås i

overensstemmelse med visse almindelige retsprincipper, såsom ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.³

Sekundærreguleringen består af forordninger, direktiver og cirkulærer mv. hvor forordninger og direktiver har bindende retsvirkning. Det er vigtigt at bemærke, at der ikke er et egentligt hierarki imellem de EU-retlige retskilder på samme niveau, men det er selvfølgelig naturligt at sondre imellem primærretten og sekundærretten. Den vigtigste sekundære retskilde i min afhandling vil være Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, som er et ændringsdirektiv og fremover benævnt *Kontroldirektivet*.⁴

Al afledet lovgivning fra EU's organer skal følge legalitetsprincippet, der netop siger, at institutionerne ikke kan udstede retsakter uden den hjemmel der står i traktaterne jf. TEUF ART 296⁵. Kontrolldirektivet har sin hjemmel i TEUF ART 95⁶.

Historisk set har håndhævelse af EU – lovgivning været et nationalt anliggende, men på det udbudsretlige område fandt man det nødvendigt i 1989, at fastsætte nogle minimumskrav til, hvordan udbudsreglerne skulle håndhæves. Disse regler er i dag udmøntet i kontrolldirektivet. Den danske håndhævelse af kontrolldirektivet er udmøntet i håndhævelsesloven⁷. Håndhævelsesloven befinder sig hierarkisk under den EU-retlige sekundærlovgivning. Ligesom man i den materielle Udbudsret har nogle generelle EU-retlige principper, som skal overholdes gælder det også for proces- og sanktionsspørgsmål, at de enkelte medlemslande skal respektere:

- Ækvivalensprincippet⁸
- Effektivitetsprincippet

³ Betragtning 2 i præambelen til rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004, Udbudsirektivet, se endvidere Nielsen, Ruth, Udbud af Offentlige kontrakter s.67.

⁴ Se lov register

⁵ Nielsen, Ruth & Neergaard, Ulla EU-RET s. 103

⁶ Se *Kontroldirektivet* s.1

⁷ L492/2010, se endvidere lov register.

⁸ Dette princip kommer til udtryk i ART 1, stk. 2, i kontrolldirektiverne.

- Proportionalitetsprincippet
- Princippet om generel judiciel beskyttelse
- Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Forarbejder og præambler

Forarbejdernes værdi som selvstændig retskilde er inden for det udbudsretlige område ret begrænset, men de kan bruges som supplement til at forstå, hvilke intentioner man har haft med implementeringen af håndhævelsesloven. På det overnationale niveau kan præambler til direktiver mm. Fortolkes lidt ligesom de danske forarbejder. Præambler er ikke helt uden retsvirkning og domstolen har ved flere lejligheder henvist til disse, bl.a. i Bosman-sagen⁹. Rationaler, som ligger til grund for §12 stk. 2 i håndhævelsesloven, skal findes dels ved at kigge på forarbejderne til håndhævelsesloven og dels ved, at inddrage kontroldirektivet og primærretten.

1.4.2 Retspraksis

EU-domstolen

EU-domstolen og retten i første instans er de øverste dømmende instanser i EU, hvor EU-domstolen i praksis er den mest relevante myndighed. Specielt inden for det udbudsretlige område er præjudikater afsagt af EU-domstolen meget vigtige retskilder.

Teleologisk fortolkning

EU-domstolen har en teleologisk fortolkningsstil, som indebærer at den fortolker en regel i lyset af alle relevante regler og formålet med disse på det nuværende udviklingstrin. I C-283/81 *CILFIT* står der således om de fortolkningsregler, der ligger til grund for fælleskabsretten:

”..., fordi denne udgør en ny retsorden, og derfor må fortolkes på en måde, >>som går ud over ordvalget i de enkelte bestemmelser<<; fortolkningen skal således være teleologisk og tage hensyn til de tilsigtede virkninger.”

⁹ Sag C-415/93 Union Royale belge des sociétés de football association ASBL mod Jean-Marc Bosman. Se evt. Retskilder & Retsteorier Nielsen, Ruth m.fl. s. 239.

Dette betyde at man inden for udbudsretten bl.a. skal tage hensyn til ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og principperne om fri bevægelighed inden for det indre marked.

Generaladvokatens forslag til afgørelse og dennes betydning

Retskildeværdien af generaladvokatens udtalelser og forslag til afgørelser har tvivlsom værdi,¹⁰ men kan medvirke til at belyse hvordan traktaterne og anden regulering skal fortolkes i den konkrete sag. Generaladvokat Mischo's udtalelser i Alcatel-sagen¹¹ er brugbare.

Præjudicielle spørgsmål

Præjudicielle spørgsmål i hht. TEUF ART 267 kan stilles til EU-domstolen af de nationale retter, såfremt der opstår tvivl om hvorledes en fællesskabsretlig bestemmelse skal fortolkes. KLFU har således kompetence til, at stille et præjudicielt spørgsmål til EU-domstolen jf. TEUF ART 267b. Iflg. Samme bestemmelse har Højesteret ikke kun mulighed, men også pligt til at stille præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen. Det er ikke helt klart, hvornår TEUF ART 267 finder anvendelse, men der findes en del praksis på området, se bla. *CILFIT*.

Kommissionens kompetencer - Traktatbrudssager og intervention

I henhold til TEUF ART. 258, har kommission kompetence til at indbringe en sag for EU-domstolen, hvis en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtigelse, der påhviler den i henhold til traktaten. Danmark har været indbragt for EU-domstolen én gang i henhold til denne artikel i forbindelse med Storebælt sagen¹²

Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud har pligt til EU-konform fortolkning. Dvs. at man er underlagt de retspraksis udviklede principper fra EU-domstolen.

Klagenævnet blev oprettet i sin tid for, at sikre en effektiv og hurtig behandling af klager inden for det udbudsretlige område, hvor de tidligste kendelser går helt tilbage til 1992. Netop en effektiv håndhævelse er et krav der udspringer fra kontroldirektivet og i øvrigt fra det primærretlige *effet*

¹⁰ Neergaard Ulla & Nielsen, Ruth s. 158

¹¹ C-81/98 Alcatel-sagen, Alcatel Austria AG m.fl., mod Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

¹² C-243/89 Storebælt-sagen, kommissionen mod Danmark

Utile. Jeg vil ikke komme nærmere ind på proceskravene til en sag anlagt ved retten i første og anden instans ved de normale domstole. Jeg vil blot fremhæve at sagsbehandlingen er hurtigere og transaktionsomkostningerne er væsentligt lavere for klager ved klagenævnet for udbud. Jeg vil senere i min afhandling komme nærmere ind på transaktionsomkostningerne ved, at indgive en klage til klagenævnet.

Hjemlen for KLFU's funktion er i håndhævelsesloven og i klagenævnsbekendtgørelsen¹³.

Klagenævnet er et domstolslignende organ der består af en formand og en række næstformænd, disse næstformænd fungerer som dommere i hver enkelt sag. Der kan desuden tilknyttes en række sagkyndige hertil hvis det findes nødvendigt.

Klagenævnet er ikke obligatorisk første instans for klager. I praksis er det dog det eneste relevante organ for behandling af klager indgivet i Danmark. Det er muligt at gå direkte til domstolene, men det er kun i et enkelt tilfælde sket, at der er blevet anlagt sag uden om klagenævnet¹⁴. Som Jesper Kaltoft m.fl. omtaler, er det formentlig et udtryk for, at folk foretrækker klagenævnet. Det er der sådan set ikke noget bemærkelsesværdigt i. Det fremhæver bare, at klagenævnets procedurer fungerer.

Iflg. Håndhævelsesloven § 5 er KLFU dog obligatorisk første instans for klager afgivet i standstill – perioden.

I § 1 er klagenævnets kompetence beskrevet. Det har således kompetence til, at behandle klager angående overtrædelse af udbudsreglerne i henhold til fællesskabsretten, specielt udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Derudover behandler det klager vedrørende overtrædelser af tilbudsloven. Desuden er det kompetent, når der er fastsat klageadgang til nævnet i henhold til lov.

Med L618/2011 blev klagenævnets funktionsmåde ændret og der blev indført partsautonomi i § 10. Dette indbefatter, at klager kan afvises, hvis de ifølge håndhævelsesloven § 6 stk. 2, er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. Dette er alene en hjemmel til at afvise klager, der ikke er

¹³ Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011.

¹⁴ Kaltoft, Jesper & Pedersen, Claus K Tilbudsloven – Offentlige kontrakter s. 207

formuleret grundigt eller klart nok. Med seneste ændring i 2013 til håndhævelsesloven har klagenævnet nu også kompetence til at afvise åbenlyse ubegrundede klager i § 10 stk. 2. Dette indbefatter en stillingtagen af klagens materielle substans, foretaget af klagenævnet. Det er en interessant lovændring, som jeg forventer, vil blive brugt fremadrettet, da der er meget der tyder på, at der er en stigning i antallet af klager, der bliver afgivet på tyndt grundlag.¹⁵

Klagenævnets sanktionsmuligheder er:

- Annullation af ulovlige beslutninger eller udbudsforretninger.
- Erklære en kontrakt for uden virkning ex post og/eller at, pålægge ordregiveren en bøde.
- Tillægge en klage opsættende virkning.
- Tilkende erstatning.

1.5 Økonomisk Metode

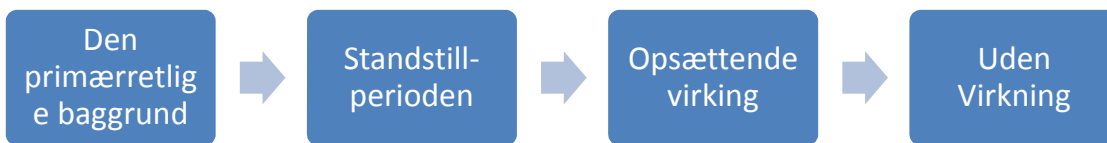
Jeg vil først undersøge, om jeg kan finde en statistisk sammenhæng imellem antallet af klager og den historiske udvikling af klagegebyret fra først 4000,- til 10.000,-. Med de seneste ændringer til klagenævnsbekendtgørelsen¹⁶ er dette gebyr blevet gradueret, så klager over EU-udbud koster 20.000,- i depositum. Der er dog store usikkerheder forbundet med dette, fordi der i praksis kan være utrolig mange faktorer, der spiller ind på, hvorvidt man beslutter sig for, at afgive en klage. Så det vil være usikkert om jeg kan drage en sikker konklusion på baggrund af dette resultat. Jeg kan formentlig fastslå, at der er en sammenhæng, men ikke hvor stor en faktor denne sammenhæng har på beslutningen om at klage. Jeg vil på baggrund af dette bruge statistisk materiale fra en rapport¹⁷ bestilt af erhvervs- og vækstministeriet, lavet af et embedsmandsudvalg forud for den seneste lovændring af klagenævnsbekendtgørelsen og håndhævelsesloven. Jeg vil dersom det bliver nødvendigt supplere med tal fra KlfU's hjemmeside.

¹⁵ Se nærmere om dette i afsnit 4.1 Klageanalyse.

¹⁶ Se lovregister.

¹⁷ Rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud, december 2012(klagenævnsrapporten 2012)

2. Juridisk afsnit



2.1 Ligebehandlings- & gennemsigtighedsprincippet

Princippernes indhold

Det generelle EU-retlige ligebehandlings- & gennemsigtighedsprincip er ligesom de andre primærretlige principper en del af det juridiske fundament for EU. I TEUF artikel 18 findes forbuddet imod diskrimination på baggrund af nationalitet, som er et udtryk for, at ligebehandlingsprincippet i en specifik udformning kommer til udtryk i Lissabon-traktaten. Generelt siger princippet, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt medmindre objektive begrundelser taler herfor. Domstolen formulerede det således i 1979 i *Überschär*-sagen¹⁸: *Ifølge fast praksis ved Domstolen er det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet blot er en speciel udforming af, et grundlæggende princip i fælleskabsretten. Efter dette princip må ensartede situation ikke behandles forskelligt, med mindre en forskellig behandling er objektivt begrundet*". Ligeledes betyder det også at

¹⁸ Sag 810/79, Peter *Überschär* mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Præmis 16

forskellige situationer ikke må behandles ens, i *Fabricom*¹⁹ udtaler domstolen i præmis 27: "...og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellige behandling er objektivt begrundet." Ligeledes hænger princippet sammen med TEUF artikel 34 – varernes frie bevægelighed, artikel 45 arbejdskraftens frie bevægelighed, artikel 49 etableringsfrihed og artikel 56 tjenesteydelser. I *Hospital Ingenieure*²⁰ sagen i præmis 45 udtalte domstolen:

"Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemskuelse, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt..."

Man kan således udlede af dette, at der er en nær sammenhæng imellem princippet om ligebehandling og gennemsigtighed. Generelt set er gennemsigtighedsprincippet underordnet, da formålet med dette princip er, at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Dette støttes endvidere af at klagenævnet i nyere retspraksis ofte henviser til de to principper samlet.

Princippernes anvendelsesområde

Det primærretlige ligebehandlingsprincip gælder internt i EU retten og skal desuden respekteres i de tilfælde, hvor traktaten og de primærretlige principper har virkning. Det fremgår af den almindelige fællesskabsret at traktaten og de grundlæggende principper har direkte vertikal anvendelighed på områder, som ikke beror på rent interne forhold. Det vil sige at der skal være et grænseoverskridende element før fællesskabsretten finder anvendelse. Domstol fastslå dog i 2010 i *Zambrano-sagen*²¹, at traktaten dog i visse tilfælde finder anvendelse på rent interne forhold. Domstolen slog fast at TEUF artikel 20 om unionsborgerskab fandt anvendelse på trods af, at der kun i sagen var tale om rent interne forhold. Sagen har dog en begrænset relevans for udbud af offentlige kontrakter uden grænseoverskridende interesser, der har heller ikke været nogen retspraksis endnu, hvor TEUF artikel 20 er blevet brugt i en klage over et udbud uden grænseoverskridende interesse. Litteraturen nævner dog et teoretisk eksempel, hvor der er

¹⁹ Sag C-21/03 *Fabricom SA mod État Belge*

²⁰ Sag C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs GmbH (HI) mod Stadt Wien*

²¹ Sag C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mod Office national de l'emploi (OMEm)*,

uoverensstemmelse imellem de danske nationale regler og fællesskabsretten, hvor domstolens praksis efter Zambrano-dommen kunne være relevant.²²

Lad os undersøge, i hvilke tilfælde traktaten og ligebehandlingsprincippet finder anvendelse på udbud af offentlige kontrakter, som ikke er reguleret af de i udbudsdirektivet normale bestemmelser. Der er 3 typer af kontrakter: koncessionskontrakter, bilag II B kontrakter²³ og udbud under de i udbudsdirektivets fastsatte tærskelværdier.

Koncessionskontrakter

Som nævnt ovenfor, er det et krav, at der i disse undtagelser til direktivet, skal være en grænseoverskridende interesse før ligebehandlingsprincippet, sammen med den øvrige primærret finder anvendelse. I *Coname – sagen*²⁴ understregede domstolen, at man ved udbud af koncessionskontrakter skulle respektere gennemsigtighedsprincippet.

I *Parking Brixen – sagen*²⁵, nævnte domstolen de nuværende art. 49 og 56 TEUF samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som argumentation imod, at en offentlig myndighed ikke afholdte udbud af en offentlig tjenesteydelseskoncession.

I det første svar slog domstolen det fast, at tildeling af driften af en offentlig parkeringsplads, hvor modydelsen består af opkrævning af betaling fra tredjemand er en offentlig tjenesteydelseskoncession, hvor det daværende tjenesteydelsesdirektiv ikke fandt anvendelse. I det andet svar udtaler domstolen, at selvom vi befinder os udenfor det direktivbaserede område finder traktatens bestemmelser, samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet anvendelse, fordi der for det første er udsigt til privat ejerskab med kapitaltilførsel og for det andet er en autonom bestyrelse. Det er en sondring, som domstolen anvender for, at vurdere at der ikke er tale om In-house. Der er desuden tale om grænseoverskridende interesse, da selskabets aktiviteter er blevet udvidet geografisk til, at omfatte hele landet samt udlandet.

²² Nielsen, Ruth, Udbud af offentlige kontrakter s. 82

²³ De kontrakttyper der er nævnt i udbudsdirektivets Bilag II B, er alene omfattet af art. 23 og 35, stk. 4.

²⁴ Sag C-231/03, Consorzio Aziende Metano mod Comune di Cingia de' Botti.

²⁵ C-458/03, Parking Brixen

Udbudsdirektivets Bilag II B

*An – Post*²⁶ sagen handlede om en indgået kontrakt imellem den irske stat og det irske postvæsen An Post. Kontrakten blev kategoriseret, som en tjenesteydelse omfattet af det daværende tjenesteydelsesdirektiv(direktiv 92/50/EØF) Bilag I B. Denne type kontrakter svarer til de i Udbudsdirektivet særlige bilag II B kontrakter. Sådanne kontrakter skal kun indgås i overensstemmelse med et par enkelte bestemmelser i det tilhørende direktiv og er ikke underlagt de mere restriktive regler, der gælder for almindelige EU-udbud. Domstolen udtalte dog, at Fællesskabsrettens almindelige principper samt principperne om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser også gælder for denne type af kontrakter, såfremt der er en klar grænseoverskridende interesse, se præmis 29. Endeligt tog domstolen stilling til, om der så forelå en ”klar grænseoverskridende interesse” og fandt, at kommission ikke havde godtgjort dette og Irland blev frifundet.

Kontrakter under tærskelværdierne

I Danmark og i en del andre medlemsstater har man i national lovgivning indført yderligere tærskelværdier under direktivets. Dette er et udtryk for, at udbud under udbudsdirektivets tærskelværdier kan være omfattet af bl.a. ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Faktisk har man i de enkelte medlemsstater en eller flere tærskelværdier under udbudsdirektivets tærskelværdi. Tilbudsloven er et udtryk for, en sådan tærskelværdi.

Det er klart, at der bag fastsættelsen af tærskelværdierne er en form for overvejelse, om hvornår potentielle tilbudsgivere i de forskellige medlemsstater må forventes, at miste interessen for udbud i et andet land. Selvom et udbud ligger under tærskelværdierne betyder dette ikke, at ordregiver ikke er underlagt traktaten og princippet om ligebehandling. I sagen Bent Moustén Vestergaard²⁷, gjorde domstolen det klart, at traktatens grundlæggende principper skal respekteres i udbud af kontrakter, som beløbsmæssigt ligger under udbudsdirektivets tærskelværdi. Domstolen nævner her ikke noget om, hvorvidt kontraktens beløbsmæssige størrelse eller karakter gør, at der er en vis

²⁶ Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland

²⁷ Sag C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab.

grænseoverskridende interesse. Den nævner blot at hensynet til varernes frie bevægelighed bevirker, at en ordregivende myndighed ved udbud af en bygge- og anlægskontrakt, der ikke er omfattet af det tilhørende direktiv, skal indsætte ”eller dermed ligestillet” i en klausul der bestemmer, at der skal bruges et bestemt fabrikat. Da grænseoverskridende interesse er en forudsætning for anvendelsen af de almindelige fælleskabsretlige principper, må man konkludere at domstolen mener, at denne præmis er opfyldt.

Grænseoverskridende interesse

Jeg har illustreret, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet finder anvendelse på de 3 typer af ovennævnte kontrakter, såfremt kriteriet om grænseoverskridende interesse er opfyldt. Der er meget der tyder på, at der skal være en ”klar” grænseoverskridende interesse.²⁸*SECAP sagen*²⁹ og *An Post* understøtter dette. En vurdering om der er en klar grænseoverskridende interesse beror i alle tilfælde på et konkret skøn, hvor bl.a. kriterier, som geografisk beliggenhed for kontraktens udførelse, kompleksiteten og kontraktens beløbsmæssige størrelse indgår.

Det lovbestemte ligebehandlingsprincip

I udbudsdirektivets artikel 2, forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 er ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet udtrykkeligt indskrevet. Der er ikke som sådan nogen materiel forskel på det direktivbestemte ligebehandlingsprincip og det primærretlige, men det direktivbestemte ligebehandlingsprincip har en potentielt bredere anvendelse i teorien, da udbudsdirektivernes anvendelsesområde ikke har noget krav om grænseoverskridende interesse. I praksis kan man dog diskutere om, et udbud over tærskelværdierne ikke kan have nogen grænseoverskridende interesse.

²⁸ Hansen, Carina Risvig Treaty requirements for contracts ”outside” the procurement directives p 21. Og Fabricius Jesper Offentlige Indkøb I praksis 2. Udgave 2012. s. 227

²⁹ Sag C-147/06, Secap SpA mod Comune di Torino

Også i tilbudslovens³⁰ § 2 stk. 3 er ligebehandlingsprincippet nedskrevet, man nævner ikke noget om gennemsigtighedsprincippet, men det er klart at det primærretlige gennemsigtighedsprincip jo også gælder for kontrakter omfattet af tilbudsloven, såfremt disse har en klar grænseoverskridende interesse.

2.1.1 Princippet om effektiv judiciel beskyttelse

Dette princip spiller en central rolle i udviklingen af håndhævelse af udbudsreglerne. Princippet hviler på EUF ART 4, stk.3. Der bl.a. siger om medlemsstaternes forpligtigelser: "...Medlemsstaterne bistår Unionen i gennemførelsen af dens opgaver og afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare."

2.2.1 Baggrunden for indførelse af Standstill - perioden og behovet for prækontraktuel annullation.

Den første standstill – regel blev indført i Danmark i 2006 med den da gældende udbudsbekendtgørelse.³¹ Den blev indført for, at give klagere og potentielle klagere mulighed for, at gøre indsigelser imod tildelingsbeslutninger før Ordregiver har tildelt og underskrevet kontrakten med den valgte tilbudsgiver. Der var ikke noget formelt krav fra ordregivers side til, at informere andre tilbudsgivere end den vindende om tildelingsbeslutningen og forbigået tilbudsgivere fandt derfor ofte først ud af, hvem der havde vundet udbuddet efter kontrakten var underskrevet.

Alcatel dommen

D. 28 oktober 1999 afsagde EU - domstolen dom i Alcatel-sagen. Baggrunden var et præjudicielt spørgsmål forelagt domstolen af *Bundesvergabeamt*³², om hvorledes det kontroldirektiv der knytter sig til udbudsdirektivet skal fortolkes vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

³⁰ Kontrakter under direktivernes fastsatte tærskelværdier, men over den i tilbudslovens fastsatte nedre tærskelværdi. For bygge- og anlægskontrakter der ikke er omfattet af direktiverne.

³¹ Bkg. Nr. 588 af 12.6.2006 om ændring af bkg. Nr. 937 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

³² Den Østrigske ret der håndterer klager om offentlige udbud.

Sagens relevans

Cirka 6 år før kravet om en standstill - periode blev indført sammen med ændringerne til kontroldirektiverne i 2006, kan man i Alcatel dommens præmis 29 se hvorledes domstolen udtalte sig om behovet for, at få indført en procedure, som gør det muligt at få kendt ordregiverens afgørelse ugyldig, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er indgået.

Sagens nærmere omstændigheder

Med henblik på at der skulle installeres noget software til det østrigske vejnet satte Bundesministerium(den østrigske stat) et udbud i gang den 23. maj 1996. Den 5. september 1996 blev Kapsch AG givet tilslag og kontrakten blev indgået samme dag. De forbigåede tilbudsgivere indledte efter, at have fået kendskab til kontraktindgåelse igennem pressen, en klagesag ved Bundesvergabeamt.

Klagernes krav om opsættende virkning blev afvist, da der ikke på det tidspunkt efter østrigsk ret var beføjelse til at give klager opsættende virkning, når tilslag var givet. Denne afgørelse blev anket til *Verfassungsgerichtshof*³³, som herefter ophævede Bundesvergabeamts afgørelse om afvisning af opsættende virkning. Den 18 august 1997 genoptog Bundesvergabeamt sagen og traf afgørelse som forbød ordregiver, at fortsætte med opfyldelse af kontrakten. Dette blev dog anket af ordregiver til *Verfassungsgerichtshof*, som bevirkede at Bundesvergabeamts afgørelse om opsættende virkning var uden retsvirkning. Der blev herefter stillet præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen om, hvorledes kontroldirektivet skulle fortolkes angående muligheden for prækontraktuel annullation, dvs. *annullering af tildelingsbeslutninger* og om det følger af EU-retlige principper og EU-rettens forrang og direkte virkning, at der kan ske annullation direkte efter direktivet, hvis der ikke i national ret findes denne mulighed.

I sin forelæggelseskendelse³⁴ siger Bundesvergabeamt, at ordregiveren optræder i udbudsproceduren, som privat rettighedshaver og der etableres derfor et privatretligt kontraktforhold til tilbudsgiver, når tilslaget er kommet denne til kendskab. Bundesvergabeamt

³³ Den østrigske forfatningsdomstol der er på niveau med den østrigske højesteret.

³⁴ Som udgangspunktet er det kun retten i sidste instans som kan forelægge præjudicielle spørgsmål for EU – domstolen, men i visse tilfælde kan præjudicielle spørgsmål stilles af retter på andre niveauer. Se evt. C-210/06 Cartesio.

kompetence til at annullere indgåede kontraktens retsvirkning er stærkt begrænset ifølge Bundesvergabegesetz. Samme problematik gjorde sig gældende i dansk ret.

Diskussion

Hvis vi kigger på Rådets dir. 89/665/EØF art. 2, stk. 1 litra a) står der: ” hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formaal at bringe den paastaede overtraedelse til ophoer eller hindre, at der paafoeres de paagaeldende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik paa at afbryde eller foranledige afbrydelse af den paagaeldende procedure for indgaaelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemfoerelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero;”

Når man læser denne bestemmelse står der ikke direkte noget om at medlemsstaterne har pligt til at indføre en 10 dages standstill periode. Det var også derfor, at Bundesvergabegesetz stillede sit præjudicielle spørgsmål om, hvorledes ovenstående bestemmelse sammenholdt med art. 2, stk. 1. litra b) og art. 2, stk. 6 skulle fortolkes.

Generaladvokaten udtalte herom i sit forslag til afgørelse i præmis 61, at for at sikre direktivets effektive virkning, hvor han henviste til det generelle princip om effektiv judiciel håndhævelse, var det nødvendigt at indføre en interimsperiode mellem tilslagsafgivelse og kontraktindgåelse, så det var muligt for diverse aktører, at klage over tildelingsbeslutningen. Dette skulle efter hans mening gælde for medlemsstater, der benyttede sig af direktivets ART 2, stk. 6 til, at afskære muligheden for post kontraktuel annulation, såvel som for lande der tillod post-kontraktuel annulation af tildelingsbeslutninger, som bl.a. Danmark.

Domstolen udtalte i sin afgørelse:

”...altid er forpligtet til at indføre en klageprocedure, i hvilken klageren, såfremt betingelserne er opfyldt, kan få ordregiverens afgørelse kendt ugyldig, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er blevet indgået.”³⁵

³⁵ ALCATEL, C-81/98 I-7712

Domstolen udtaler her i sit svar mere generelt, at medlemsstaterne er forpligtiget ifølge direktivet til, at indføre en klageprocedure, som gør det muligt at annullere ordregivers afgørelse. Det fremgår allerede af direktivet, at denne annullationsbeføjelse skal være der, vedrørende ordregivers ulovlige beslutninger. Domstolen gjorde det klart i denne dom, at disse ulovlige beslutninger også omfatter ulovlige tildelingsbeslutninger. Hvis man i praksis skulle sørge for, at det var muligt at klage over ordregivers tildelingsbeslutning og få denne annulleret inden kontraktindgåelse, opstår der et behov for via lovgivning at sørge for, at alle tilbudsgivere får kendskab til ordregivers tildelingsbeslutning på et tidspunkt, som gør at der er tid til at klage inden kontraktindgåelsen. Man har måske vidst hvem man gerne ville tildele kontrakten internt i ordregivers organisation før tilslag, men man har ikke i praksis behøvet at bekendtgøre sin beslutning. Dette var en del af problematikken i Alcatel-sagen. Dette betyder at der skal være mulighed for prækontraktuel annulation i lande, hvor det ikke er muligt at gøre brug af post-kontraktuel annulation. Dette vil betyde en indførelse i disse lande af en interimperiode mellem tildelingsbeslutning og kontraktindgåelse. I lande, hvor det er mulighed for post-kontraktuel annulation udtaler domstolen sig ikke lige så klart. Men der var i dommen visse præmisser der talte for, at jo tidligere det var muligt at gribe ind overfor ulovligheder desto mere var det i tråd med direktivets effektive virkning, hvilket talte for en standstill periode også i lande, hvor der var mulighed for post-kontraktuel annulation(Danmark).

Konklusion

Der er ingen tvivl om at, man i lande der gør brug af ART. 2 stk.6 til at afskære post-kontraktuel annulation, skulle fortolke Rådets direktiv 89/665/EØF art. 2, stk. 1, litra a) og b) således, at der skulle være mulighed for præ-kontraktuel annulation. Dette kunne betyde indførelse af en standstill periode.

Dommens betydning for Danmark på dette punkt, var mere uklar. Litteraturen har dog behandlet spørgsmålet om den danske implementering af kontroldirektivet på dette tidspunkt var mangelfuld, og om man også i Danmark skulle implementere muligheden for præ-kontraktuel annulation. Ruth Nielsen³⁶ konkluderer at generaladvokatens fortolkning af direktivet sammenholdt med domstolens

³⁶ Nielsen, Ruth Præ-kontraktuel annulation af beslutninger om tildeling af offentlige kontrakter U.2000B.27 s.3

udtalelser vil betyde, at hvis domstolen fik et spørgsmål om den danske implementering ville anse denne for utilstrækkelig.

Konsekvenserne af Alcatel Dommen

På baggrund af Alcatel dommen indledte kommissionen en traktatbrudssag imod Østrig, som blev dømt i sag C-212/02 i 2004.

Kommissionen indledte ligeledes en traktatbrudsprocedure imod Danmark, men droppede sagen, da Danmark i 2006 implementerede standstill perioden eksplicit i national lovgivning med en bekendtgørelse.³⁷

I sin argumentation for at indføre standstill – perioden henviser domstolen således til, det generelle princip om effektiv juridisk beskyttelse af kontroldirektiverne. Standstill – perioden blev således implementeret med ændringsdirektivet 2007/66/EF ART. 2a.

Standstill perioden i direktiv 2007/66/EF

Som nævnt ovenfor i forbindelse med Alcatel dommen fandt man det nødvendigt, at indføre ændringer til de oprindelige kontroldirektiver og i 2007 kom der således et ændringsdirektiv. De relevante ændringer var som sagt indførelse af en standstill periode i art. 2a. Der er også et krav om midlertidige foranstaltninger i art 2 stk.1(a), som kan læses som et krav til, at implementere automatisk opsættende virkning. I henhold til artikel 3 følger det, at medlemsstaterne senest skulle implementere dette direktiv i den 20. december 2009. Danmark implementerede dog først ændringerne i forbindelse med håndhævelsesloven med virkning fra den 1.juli 2010. Så der har været ca. et halvt år forsinkelse og i den periode har kontroldirektiverne haft direkte virkning, men det er ikke længere en relevant diskussion.

³⁷ Standstill-reglerne blev indført ved § 6 a og § 6 b i bekendtgørelse nr. 588 af 12 juni 2006 om ændring af bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Hvilke kontrakter er omfattet af standstill-perioden

I henhold til § 3 i håndhævelsesloven skal ordregiver med kontrakter omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet afholde en standstill periode på minimum 10 kalenderdage fra den dag, man har offentliggjort, hvem man vil indgå kontrakt med.

Kontrakter under direktivernes tærskelværdier

Det diskuteres i litteraturen om udbud, som ikke er omfattet udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet skal indeholde en standstill periode. Karina Risvig Hansen argumenter for, at der også i udbud omfattet af tilbudsloven skal afholdes en standstill periode³⁸. Selvom der ikke i håndhævelsesloven er indført standstill-regler for udbud i henhold til tilbudsloven, så går diskussionen på om det følger af praksis fra domstolen og kravet til traktatens effektive virkning, at der alligevel skal afholdes en standstill periode for udbud omfattet af tilbudsloven. Der henvises til Alcatel dommen og den efterfølgende traktatbrudssag anlagt af kommissionen imod Østrig, som jeg har behandlet ovenfor. Det fremføres således, at der er et krav om afholdelse af en standstill periode for udbud omfattet af tilbudsloven og når disse har en klar grænseoverskridende interesse, så traktaten og de grundlæggende principper har virkning³⁹. De 2 nævnte domme omhandlede ganske vist sager, hvori udbuddet var omfattet af udbudsdirektivet, men forfatteren argumenterer for, at domstolens udtalelser i disse domme kan bruges analogt, dvs. en standstill periode for udbud omfattet af udbudsdirektivet er nødvendig for, at sikre direktivets effektive virkning. På samme måde er en standstill periode for udbud, der ikke er omfattet af direktiverne, men som har en klar grænseoverskridende interesse, således også nødvendig for at sikre traktatens principper effektiv virkning. Karina Risvig Hansen konkluderer, at: *”En standstill-periode er med til at sikre retsbeskyttelse for de virksomheder, der deltager i en udbudsforretning. Der synes ikke at være grundlag for at skelne mellem, om der er tale om kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektiverne, eller kontrakter, der er omfattet af tilbudsloven.”*

³⁸ Hansen, Karina Risvig i UfR 2011B.101 Pligt til annoncering af offentlige kontrakter – uden effektiv håndhævelse af reglerne?

³⁹ For en redegørelse om hvornår der foreligger en klar grænseoverskridende interesse se afsnit 2.1.2 om ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Det ville efter Karina Risvig Hansens mening være bedst, hvis man i dansk lovgivning implementerede et krav om en standstill periode for udbud omfattet af tilbudsloven, hvor der er en klar grænseoverskridende interesse.

Omvendt er der flere forhold, der taler imod at udbud omfattet af tilbudsloven, skal indeholde en standstill periode. For det første er der i kontroldirektivets artikel 2a stk. 2 et krav om, at kontrakter omfattet af udbudsdirektivet skal afholde en standstill periode, men der er ikke nævnt andre tilfælde, hvor en sådan 10 dages periode kommer på tale. Ligeledes står der i håndhævelsesloven § 3, at det kun er kontrakter og rammeaftaler omfattet af Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor der skal afholdes en standstill periode. Dette er jo ikke så overraskende og bare et udtryk for, at man i Danmark, på dette område, har valgt at holde sig til minimumskravene i direktivet. Modsætningsvis kan man således tolke, at man i kontrakter, som ikke er omfattet af håndhævelseslovens § 3, netop ikke skal afholde en standstill periode. Dette harmonerer desuden med retspraksis fra KlFU.

Nævnet afsagde en kendelse i 2012, hvor det tog stilling til dette spørgsmål. *Proffice*⁴⁰ omhandlede en rammeaftale omfattet af tilbudsloven afsnit II, dvs. en tjenesteydelse omfattet af lovens § 15 stk. 1 nr. 1. Indklagede havde afvist et bud, med den begrundelse, at det var unormalt lavt og meddelte i forbindelse herved, at der var mulighed for at klage i den efterfølgende standstill periode. Klagenævnet udtalte i kendelsen: ”Da der ikke er tale om en situation som omhandlet i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, men om tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, finder reglerne om standstill ikke anvendelse.” Der er ikke i klagenævnets begrundelse anført noget om, at denne kontrakt ikke havde nogen klar grænseoverskridende interesse. Men eftersom beløbet har været over 500.000,- må man formode, at der også i dette udbud er en klar grænseoverskridende interesse.

Der er desuden i litteraturen en vis enighed om, at det i udbud omfattet af tilbudsloven ikke på et nuværende tidspunkt er grundlag for, at afholde en standstill periode. Man erkender at der er en vis usikkerhed, men fastholder at udgangspunktet er, at der ikke er et krav om afholdelse af standstill

⁴⁰ Klagenævnets kendelse af den 23. januar 2012 Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

for kontrakter, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der fremføres dog, at det ikke er udelukket, at domstolen på et tidspunkt vil tage stilling til denne problemstilling og ændre retstillingen.⁴¹

Det kunne ud fra en normativ betragtning være ønskværdigt, hvis man indførte en standstill periode i tilbudsloven, men indtil domstolen får chancen for, at tage stilling til problemstillingen, er klagenævnets praksis klar, der er ikke noget krav om, at afholde en standstill periode i udbud omfattet af tilbudsloven.

Koncessions- og B ydelser

Koncessioner er hverken omfattet af kontroldirektivets artikel 2a om afholdelse af standstill periode eller håndhævelseslovens §3, og der er næppe et krav om, at afholde en sådan periode i henhold til traktatens almindelige principper, jf. diskussion i ovenstående afsnit. Ordregiver er heller ikke forpligtiget til at afholde en standstill periode for udbud kategoriseret som en B-ydelse. B-ydelser er oplyst i UD og FSV, men kan undtages iflg. kontroldirektivets artikel 2b, ligeledes er de omfattet af håndhævelseslovens § 3 stk. 1, men kan undtages iflg. § 3 stk. 2.

2.2 Opsættende virkning

Midlertidige foranstaltninger i henhold til TEUF ART 279

I henhold til artikel 279 kan domstolen foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler i sager, der indbragt for den. Dette kan bl.a. komme på tale i sager, hvor kommissionen indleder en traktatbrudsprocedure imod en medlemsstat.⁴²

Hvis der træffes foreløbige forholdsregler bevirker det, at den pågældende medlemsstat ikke må indgå kontrakten og i øvrigt skal still udbudsprocessen i bero.

Formålet med disse foreløbige forholdsregler er, at undgå at kommissionen lider et uopretteligt tab i sin egenskab af den institution, som sørger for at traktatens principper har effektiv virkning.⁴³

⁴¹ Se Frank, Morten & Høg Torkil Håndhævelsesloven med kommentarer s. 55 øverst.

Og Berg, Claus udbudsret i Byggeriet s. 757.

⁴² Se ovenstående afsnit om kommissionens kompetence

I sagen *Lottomatica*⁴⁴ illustreres, hvilke betingelser der skal være opfyldt før domstolen kan foreskrive foreløbige forholdsregler. Der skal være udsigt til, at den indbringende part vil vinde sagen (*fumus boni juris*), der er en betingelse om at den indbringende part vil lide et uopretteligt tab, hvis der ikke træffes foreløbige forholdsregler og endeligt skal der foretages en interesseafvejning.

Sagen handlede i korte træk om en tjenesteydelseskoncession på automatisering af lottospil, som det italienske finansministerium udbød i november 1990. I udbudsbekendtgørelsen havde man opstillet et kriterium om, at kun selskaber som var overvejende offentligt ejet kunne komme i betragtning til prækvalifikation. Ved en tildelingsbeslutning den 14. juni 1991 blev konsortiet *Lottomatica* valgt og kommissionen indledte en traktatbrudsprocedure og begærede opsættende virkning. Domstolen undersøgte om der kunne træffes foreløbige forholdsregler i præmis 20 ff. I præmis 24 udtalte domstolen, at kravet om *fumus boni juris* var opfyldt og henviste til en tidligere dom, hvor den italienske stat var blevet dømt. Angående spørgsmålet om uopsættelighed anførte kommissionen, at det var nødvendigt at med foreløbige forholdsregler for, at stoppe den videre udførelse af kontrakten imellem *Lottomatica* og den italienske stat. Hvis ikke man nedlagde foreløbige forholdsregler havde man ikke anden mulighed end, at acceptere disse overtrædelser af traktaten, dermed ville kommissionen lide et uopretteligt tab ved ikke, at kunne håndhæve afgørelsen af den endelige dom.

Vedrørende spørgsmålet om en interesseafvejning anførte den italienske stat, at man for at komme det illegale spil til livs og undgå en tabt fortjeneste på ca. 500 milliarder lire om året måtte implementere det nye spilsystem, men domstolen udtalte at kommissionens interesser og i øvrigt hensynet til den dom, hvor Italien tidligere var blevet dømt for en lignende overtrædelse, måtte gå forud for statens interesse i, at få gennemført spilsystemet hurtigt. Domstolen tog altså begæring

⁴³ Se bla. Nielsen, Ruth, Udbud af offentlige kontrakter s. 378 nederset

⁴⁴ Sag C-272/91, *Lottomatica Kommissionen mod Italien*, Saml 1994 I-1409.

om foreløbig forholdsregler til følge. Sagen om de *Wallonske busser*⁴⁵ illustrerer, at kommissionens passivitet førte til kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt.

2.2.1 Opsættende virkning i dansk praksis

Håndhævelsesloven § 12 siger: *"Hvor særlige grunde taler her, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning."*

Vi har i Danmark ligesom resten af medlemsstaterne implementeret kontroldirektiverne i national lovgivning, dette er i Danmark senest gjort med håndhævelsesloven. Det betyder at håndhævelsesloven skal sikre, at kontroldirektivernes effektive virkning og det primærretlige effektivitetsprincip, håndhæves i national ret. Som jeg har været inde på i afsnit 2.1.2 om baggrunden for at indføre standstill, så er muligheden for at tillægge en klage opsættende virkning, et middel til at sikre at en formodentlig ulovlig beslutning kan sættes i bero, indtil sagen er afgjort. Man kan i direktiv 2007/66/EF artikel 2 stk. 1 (a) læse, at direktivet forpligtiger medlemsstaterne til implementere regler der giver mulighed for at: "Hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger med henblik på afbrydelse af udbudsprocessen eller at stille gennemførelsen af beslutninger i bero."

Der er i Danmark fra og med 2004 til og med 2012 kun blevet tillagt opsættende virkning af klager i 12 sager ved klagenævnet for udbud. Jeg har ikke oplysninger, der viser antallet af sager, hvori der er blevet tildelt opsættende virkning ved de danske domstole, men de følger samme fremgangsmåde i vurderingen som klagenævnet, derfor er der sandsynligvis også dér en forholdsvis lille andel af sagerne, hvor der er blevet tillagt opsættende virkning.

Hvis vi betragter § 12 som er citeret ovenfor gives der anledning til, at spekulere hvad der menes med "særlige grunde". Der er ikke i Håndhævelsesloven eller dens forarbejder noget, der uddyber hvad der menes med dette, men klagenævnet har i enkelte sager redegjort for, hvilke kriterier der skal opfyldes for, at tillægge en klage opsættende virkning. Nævnet benytter i øvrigt med sin EU-konforme fortolkning samme kriterier, som EU-domstolen og retten i første instans bruger til at

⁴⁵ Sag C-87/94 R, De Wallonske Busser Kommissionen mod Belgien, Saml 1994 I-1395

afgøre om, der skal bruges foreløbige forholdsregler⁴⁶. Ud fra sagen *Kuwait Petroleum*⁴⁷ illustrerer klagenævnet to forhold, som har betydning for, at tillægge en klage opsættende virkning.

Det første forhold er dets fremgangsmåde og vurderingskriterier for, at tillægge en klage opsættende virkning. Det andet forhold kan man læse ud fra kendelsen, og det fastsætter, at klagenævnet kan tillægge en klage *direkte opsættende virkning* såfremt ordregiver ikke protesterer, klagenævnet udtaler på side 3 øverst: ” »Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning. Klagenævnet skal derfor – i forhold til hver enkelt af de påstande, som klageren på dette stadium af sagen har nedlagt – på det foreliggende, foreløbige grundlag vurdere...”

Derudover skal man være opmærksom på at klagenævnet normalt ikke gengiver sin afgørelse om opsættende virkning i detaljer, så det kan være svært at få det fulde overblik, heldigvis findes der forskellig litteratur, som har belyst dette område.⁴⁸

Sagens nærmere omstændigheder

Sagen handlede om Sønderborg kommunes udbud af en ramme aftale om successiv levering af diverse brændstoffer til kommunen i henhold til udbudsdirektivet. Udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort den 6. juni 2007 og den 7. september 2007 indgav en af de 3 forbigået tilbudsgivere, Kuwait Petroleum A/S en klage til KlFU, over tildelingen. Klager fremførte fire påstande, som har relevans for beslutningen om opsættende virkning:

Påstand 1) Klager mente at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivets ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53 ved, at have lagt vægt på ugyldige tildelingskriterier.

Påstand 2) Klager mente at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivets ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip i artikel 2 ved, at have tilkendegivet, at man ville lægge vægt på upræcise tildelingskriterier.

⁴⁶ Se sag T-114/06 R, Globe SA mod Kommissionen præmis 26 ff.

⁴⁷ Kuwait Petroleum Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune

⁴⁸ Bla. Håndhævelsesloven med kommentarer og UfR 2010B.303

Påstand 3) En generel påstand om at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivet ved en utilstrækkelig beskrivelse af udbudsmaterialet.

Påstand 4) En forespørgsel om at de påståede overtrædelser skal føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Klager fremsagde i den forbindelse desuden påstand om, at nævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning i henhold til den nu ophævede klagenævnsløvs § 6 stk. 2. Indklagede protesterede imod at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 24. september 2007 blev klagen tillagt opsættende virkning. Den 1. oktober 2007 erkendte indklagede de påståede overtrædelser og annullerede herefter udbudet. Herefter kom der en femte påstand om overtrædelse af udbudsreglerne fra klager, som indklagede også erkendte. Indklagede betalte alle sagsomkostninger.

Diskussion

For det første skriver klagenævnet i kendelsen at: *”Indklagede har protesteret mod at klagen opsættende virkning, klagenævnet skal derfor – i forhold til hver enkelt af de påstande, som klageren på dette stadium af sagen har nedlagt – på det foreliggende, foreløbige grundlag vurdere, om...”*

Dette fortolkes således at, en begæring om opsættende virkning umiddelbart tages til følge såfremt den indklagede ikke protesterer. Herefter oplister klagenævnet 3 betingelser, som skal være opfyldt kumulativt i forbindelse med hver enkelt påstand, for at klagenævnet kan tillægge klagen opsættende virkning. Disse 3 kriterier er:

Et krav om Fumus boni juris⁴⁹

Et krav om Uopsættelighed

Interesseafvejning

⁴⁹ En røg af god ret.

Angående spørgsmålet om opsættende virkning behandlede klagenævnet klagers påstand 2 og 3 samlet og udtalte at: *"Klageren har, fra den pågældende levering blev udbudt, haft viden om de forhold, der er omfattet af påstandene. Kravet om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt."*

Ud fra dette kan man modsætningsvis slutte, at klagenævnet mente at det første krav om fumus boni juris var opfyldt, men at man vurderede at kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt. Begrundelsen var, at klager har været vidende om disse påståede overtrædelser igennem længere tid. Jeg vil behandle kravet om uopsættelighed nærmere nedenfor i næste afsnit. Da punkt nr. 2 ikke var opfyldt, tog nævnet i sagens natur derfor ikke fat i en interesseafvejning angående disse 2 påstande.

Dernæst tog klagenævnet stilling til påstand 1 og 4 samlet og udtalte, at der var en "formodning" om, at indklagede havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 2 og 53, og klager havde dermed sandsynliggjort, at påstanden vil føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Kravet om uopsættelighed var desuden opfyldt og en interesseafvejning kunne ikke forhindre klagen i, at få opsættende virkning.

Denne kendelse giver et indblik i klagenævnets metode og fremgangsmåde ved vurdering af om en klage skal gives opsættende virkning. Jeg vil nu uddybe hver af de 3 punkter og inddrage andre kendelser og domme.

2.2.2 Fumus Boni Juris

I det første af de 3 kriterier, som klagenævnet skal tage stilling til, når det giver en klage opsættende virkning, foretager klagenævnet en vurdering af den påståede overtrædelses karakter. Der stilles krav om kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne og at klageren skal have sandsynliggjort, at beslutningen om prækvalifikation eller tildeling vil være i strid med udbudsreglerne. Eller at klager skulle være blevet prækvalificeret. I situationer hvor håndhævelsesloven § 13, nr. 2 og 3 vil kunne finde anvendelse, vil opsættende virkning kunne

komme på tale og det er mest relevant i sager, hvor konkurrencestyrelsen indgiver en klage eller intervenserer⁵⁰. Hvis der er tale om ulovlig direkte tildeling er betingelsen umiddelbart opfyldt uden, at tage nærmere stilling til klagen, jf. sagen *PlayTech Limited*⁵¹, hvor klagenævnet udtalte sig om, hvorvidt betingelsen for *fumus boni juris* var opfyldt: ”*indklagede har undladt at udbyde kontrakten om poker og casino ydelser efter Udbudsdirektivet.*”

I sag *Atlantic Container Line*⁵² udtalte domstolen i præmis 26 om betingelse for *fumus boni juris*:

”...*kan de argumenter, som er fremført af den part, der har fremsat*

begæring om foreløbige forholdsregler, ikke forkastes på dette trin af proceduren

uden en uddybende undersøgelse...”.

Skønt denne sag ikke havde noget, at gøre med udbud af offentlige kontrakter så siger det noget, hvad domstolen ligger til grund for *fumus boni juris*. KlFU har med sin pligt til EU-konform fortolkning pligt til, at anvende lignede fortolkning.

I sag T-114/06 R *Globe*⁵³ udtaler retten i første instans: ”...*af betingelsen om tilstedeværelse af fumus boni juris fastslår, at sagsøgerens argumenter i denne forbindelse ikke umiddelbart er ugrundede.*”

Den formulering som bliver brugt er et andet udtryk for, at klagers sandsynliggørelse af sine påstande om overtrædelse skal fortolkes udvidende. Man skal dog huske på, at bevisbyrden er klagers og der stilles krav til grundig formulering af påstandene.

⁵⁰Konkurrencestyrelsen har en generel berettigelse til klageadgang eller intervention jvf. § 6 stk. 1 håndhævelsesloven. Se endvidere afsnittet om konkurrencestyrelsens kompetence.

⁵¹ *Playtech Limited* KlFU's kendelse af 7. juni 2010, *PlayTech Limited mod Danske Spil*

⁵² *Atlantic Container Line, C-149/95 P(R), Atlantic Container Line AB m.fl., kendelse 19 juli 1995*

⁵³ Rettens kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, *Globe SA mod kommissionen*, præmis 86

Den danske retspraksis ved klagenævnet synes, at støtte op om domstolens lempelige fortolkning, i *AV Form*⁵⁴ udtaler klagenævnet: ”at det ikke på forhånd kan udelukkes, at klageren vil få medhold i de nedlagte påstande...”

I *BKI Foods A/S*⁵⁵ udtalte klagenævnet, at det: ”*efter en foreløbig bedømmelse er sandsynligt*” at klageren ville kunne få medhold.

2.2.3 Uopsættelighed

I kravet om uopsættelighed ligger, at det er nødvendigt at tillægge en klage opsættende virkning for, at forhindre et alvorligt og uopretteligt tab. Dette er et kumulativt krav dvs. , at tabet både skal være alvorligt og uopretteligt. I retspraksis fra retten i første instans finder vi disse sondringer, se bl.a. *Globe* præmis 99⁵⁶. Begrebet uoprettelig er en obligationsretlig formulering og hænger sammen med muligheden for, at opnå erstatning. Netop klagers mulighed for at få fuld erstatning for det tab, som ordregivers ulovlige beslutning vil påføre klager har en negativ sammenhæng med uopsættelighed. Jo større sandsynlighed der er for, at klager vil kunne opnå fuld erstatning for det tab, som denne har lidt desto mindre sandsynligt er det, at der foreligger et uopretteligt tab. Dertil kommer, at det er klager, der skal løfte denne bevisbyrde, hvilket gør det relativt svært at sandsynliggøre, at der foreligger uoprettelighed. I sagen *Capgemini Nederland*⁵⁷, som handlede et begrænset it-udbud foretaget af Kommissionen, udtalte retten i første instans i præmis 98, at ”...som følge heraf ville sagsøgerens eventuelle skade ikke kunne betragtes som uoprettelig, når der senere kan betales erstatning herfor.”

Derudover følger det både af dansk og EU-retspraksis, at selv om klager kan gøre gældende at denne vil lide et uopretteligt tab er det ikke sikkert, at forudsætningen for uopsættelighed, derfor er til stede. Tabet skal også være så alvorligt, at andre faktorer end tabets økonomiske størrelse spiller

⁵⁴ KlifU's afgørelse af 16. januar 2008.

⁵⁵ KlifU's kendelse af 29. september 2010, BKI Foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste.

⁵⁶ Rettens kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, Globe SA mod kommissionen

⁵⁷ Rettens kendelse af 31. januar 2005 i sag T-447/04 R, Capgemini Nederland BV mod Kommissionen

ind. I klagenævnets kendelse af d. 2. januar 2011 *MET 4 JV Cityringen Tender Office*⁵⁸ udtalte nævnet at ”som udgangspunkt er et tab, der alene er økonomisk, efter fast praksis ikke uopsætteligt.” Og anførte at klageren ikke havde sandsynliggjort, at en økonomisk erstatning ikke ville kunne oprette det tab, som klager ville have fået. Desuden havde klageren ikke gjort gældende, at der fx var tale om at: ”tabet vil true selve eksistensen af de virksomheder, der indgår i konsortiet.”

Ligeledes konstaterede retten i første instans i sagen *Deloitte Business Advisory*⁵⁹, at selv om et tab fandtes at være uopretteligt var det ikke sikkert, at det ud fra en konkret vurdering også var alvorligt nok. Sagsøger havde altså ikke løftet sin bevisbyrde.(præmis 151) På baggrund af præmisserne 157-160 kan man se, at retten ikke finder at tabet er alvorligt nok. Det estimerede tab lå på ca. 1 mio. EURO og sagsøgerens havde en årlig omsætning på ca. 27 mio. EURO. Dertil kom at sagsøgeren var en del af en stor koncern, der beskæftigede omkring 130.000 mennesker på verdensplan og 20.000 i eurozonen. Retten kom frem til samme konklusion i *Computer Resources International*⁶⁰, hvor klager fremførte man var en lille virksomhed på 12 medarbejdere med en årlig omsætning på ca. 2 mio. EURO, omfattet kontraktsummen i den pågældende sag. Klageren mente at der forelå uopsættelighed, da virksomhedens eksistens var truet, hvis man ikke fik tilkendt opsættende virkning, men i stedet var nødsaget til, at få erstatning for sit tab efterfølgende. Retten svarede, at klager var en del af en større koncern og i øvrigt ikke havde løftet bevisbyrden for, at man ville få et tilpas alvorligt tab, hvis der ikke blev tilkendt klagen opsættende virkning.

Computer Resources International og Deloitte Business Advisory illustrerer, at retten i første instans er restriktiv i sin praksis med, at tilkende uopsættelighed i sager, hvor klagers størrelse er

⁵⁸ Klagenævnets kendelse af 2. januar 2011, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S. Denne kendelse er ikke offentliggjort på KlfU's hjemmeside og hovedsagen(klagenævnets kendelse af 8. januar 2013) indeholder ikke detaljer angående spørgsmålet om opsættende virkning, men refererer alene til kendelsen. Derfor vil jeg henvise til Håndhævelsesloven med kommentarer s. 161.

⁵⁹ Rettens kendelse af 20. september 2005 i sag T-195/05 R

⁶⁰ Rettens kendelse af 5. oktober 2011 sag T-442/11 R præmis 24 ff.

betydelig i forhold til den kontraktsum, som kontrakten indeholder. Dette er efter min mening en bemærkelsesværdig måde, at afgøre alvorlighedsspørgsmålet på. Kunne man i teorien forestille sig to identiske påstande om opsættende virkning i to identiske sager, med to forskellige klagere, hvori en sådan koncernbetragtning vil være det kriterium, der afgjorde hvorvidt der blev tilkendt klagen opsættende virkning eller ej. Den eneste forskel var størrelsen af de to virksomheder var størrelsen og den mindste virksomhed ville gå konkurs, mens den største virksomhed på grund af sin øvrige omsætning ikke vil lide et så alvorligt tab. Den mindste virksomhed vil ud fra en sådan koncernbetragtning sandsynligvis få tilkendt sin klage opsættende virkning, mens den største virksomhed vil være nødsaget til at få erstatning som *negativ kontraktinteresse*. Man ville få forskellige afgørelser på baggrund af subjektive betragtninger, og det kan give anledning til, at overveje om det generelle primærretlige ligebehandlingsprincip i en sådan situation vil blive brudt.

Jeg vil ikke uddybe mine betragtninger nærmere på dette punkt, og kan således bare konstatere rettens restriktive praksis i disse 2 kendelser. Modsætningsvis er der også eksempler på, at en sådan koncernbetragtning har mindre betydning, hvis der foreligger andre alvorlige forhold som taler for uopsættelighed, man skal huske på at både retten i første instans og klagenævnet tager udgangspunkt i en konkret vurdering, hvor alle relevante forhold har betydning.

Modsat fandt retten i første instans, på baggrund af en samlet vurdering og i særdeleshed et tab af referencer, at der forelå uopsættelighed i sagen *Globe*.⁶¹

Sagen handlede om et udbud, der blev foretaget på vegne af kommissionen i 2005, om et informationssystem til gasledningsnettet til gasselskaber i centralasien. Ordregiver havde anført laveste pris som det eneste tildelingskriterium.(præmis 15) Ud af de 4 prækvalificerede tilbudsgivere havde Globe afgivet det umiddelbart laveste bud. Efter tilbudsfristen gav kommissionen dog en anden tilbudsgiver (IGN) lov til, at tilpasse sit antageligvis ukonditionsmæssige tilbud, så det var det laveste og kommissionen gav herefter tilslag til IGN. En

⁶¹ Rettens kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, Globe SA mod kommissionen

måned senere blev kontrakten underskrevet. Og IGN påbegyndte gennemførelsen af det i kontrakten fastsatte arbejde.

Globe indbragte sagen for retten og fik tilkendt opsættende virkning. Rettens begrundelse for, at give klageren medhold i sin begæring om opsættende virkning hængte sammen med, at retten i forbindelse med kravet om fumus boni juris konkluderede, at der var ”*meget alvorlig tvivl om lovligheden af tildelingen af kontrakten*”(præmis 87). Til dette forhold skal tilføjes, at Globe opererede på et meget begrænset marked med skarp konkurrence fra de andre aktører. Globe ville lide et uopretteligt og alvorligt tab ved, at miste referencer samt omsætning, hvis den (sandsynligvis) uretmæssige konkurrent IGN kunne fortsætte gennemførelsen af kontrakten.

Det bemærkelsesværdige i denne dom er, at retten i første instans ligesom klagenævnet for udbud er tilbageholdende med, at give klager opsættende virkning. Dette er til dels, fordi kravet til uopsættelighed er svært at opfylde i praksis og som regel er den af de 3 betingelser, som er sværest at opfylde. I denne dom havde ordregivers grove overtrædelser i tildelingsfasen, som fremført under rettens fumus boni juris vurdering, indflydelse på rettens vurdering af uopsættelighed, hvilket er værd at bemærke. Det skal efter min mening ses som en undtagelse, der gør det muligt i særlig grove tilfælde, at opfylde betingelsen om alvorlighed for, at en klage er uopsættelig.

I BKI foods A/S⁶² fandt KlFU at betingelsen om uopsættelig var opfyldt og ”henviste til sagens oplysninger om markedssituationen og betydningen af den udbudte kontrakt”⁶³

Det skal tilføjes at udbuddet omhandlede en rammeaftale og det kan være svært, at vurdere tabt indtægt i forbindelse med sådanne kontrakter. Dette kunne influere positivt på en vurdering af uopsættelighed.

⁶² KlFU's kendelse af 28. juni 2010 om opsættende virkning, se desuden kendelse af 29. september 2010 BKI foods A/S mod Forsvaret.

⁶³ <http://www.hpros.dk> resumé af kendelse 29. september 2010 BKI foods mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste s.3 øverst.

Jeg har ikke adgang til kendelsens detaljer, da KlFU ikke offentliggør disse kendelser på deres hjemmeside, jeg har derfor tilladt mig at citere fra H.P. Rosenmeiers resumé af denne kendelse i forbindelse med hovedsagen den 29. september 2010.

2.2.4 Interesseafvejning

Såfremt de to første betingelser for opsættende virkning er opfyldt, skal der foretages en samlet afvejning af de to parteres interesser. Der sondres imellem klagers interesse i, at få stoppet processen og udbyders interesse i, at få gennemført processen, dertil kommer tvingende samfundsmæssige hensyn som kan tale imod, at klagen bliver tillagt opsættende virkning. Kirsten Thorup & Mette Frimodt Hansen betegner dette tredje kriterium, som en ”Kattelem til at undgå et samfundsmæssigt set urimeligt resultat.”⁶⁴

Som jeg allerede har beskrevet er både retten i første instans og klagenævnet meget tilbageholdende med, at give opsættende virkning og dette er en konsekvens af de sjældne tilfælde, hvor forudsætningen for uopsættelighed er opfyldt. I de tilfælde hvor man skal foretage en interesseafvejning, har man allerede belyst klagerens interesser og konsekvenserne for denne, hvis der ikke bliver tillagt opsættende virkning. Ydelsens beløb taler ikke i sig selv for, at ordregivers interesse i, at fortsætte udbuddet skal tilgodeses, ydelsens karakter er dog væsentlig.

I udbud inden for området af forsyningsvirksomhedsdirektivet, kan der være stærke samfundsmæssige hensyn, der taler for imod at give en klage opsættende virkning. Sagen *Alfa Laval Nordic A/S*⁶⁵ handlede om Odense Vandselskabs indkøb og installation af en vandcentrifuge. En af de forbigåede tilbudsgivere Alfa Laval Nordic A/S, klagede over tildelingen, med påstand om at ordregivers skøn om, hvorvidt kontrakten var omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet eller tilbudsloven.(Ordregivers skøn var forkert). Klager begærede desuden om opsættende virkning. Det interessante ved denne kendelse er dog klagenævnets begrundelse for, at afvise at tillægge klagen opsættende virkning. Man kan læse at klagenævnet springer direkte til en vurdering

⁶⁴ Thorup, Kirsten & Hansen, Mette Frimodt UfR 2010 B.303

⁶⁵ KlFU's kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S

af interesseafvejningen, deri kan man modsætningsvis slutte betingelserne om fumus boni juri og uopsættelighed var opfyldt. Klagenævnet udtalte dog: ”*Det er Klagenævnets vurdering, at en interesseafvejning fører til, at klagen ikke bør tillægges opsættende virkning.*”

Begrundelsen var, at den indklagede var en forsyningsvirksomhed omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet og at der ofte til sådanne virksomheder knytter sig tungtvejende samfundsmæssige interesser. Med andre ord er borgernes interesse i ikke, at få afbrudt deres vandforsyning et tungtvejende argument, der taler imod klagers interesse i, at få tildelt klagen opsættende virkning. Derudover nævnte man, at udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke var omfattet af en standstill forpligtigelse, hvilket efter min mening skal illustrere, at et ønske fra lovgivers side at lempe kravene til opsættende virkning for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Sagen fandt dog sted i løbet af 2009, og man har sidenhen med ikrafttrædelsen af håndhævelsesloven, valgt at lade standstill perioden gælde for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. Håndhævelsesloven § 3. Dette ændrer dog næppe på klagenævnets generelle betragtninger og sagen er stadig relevant.

Der er også andre tilfælde, hvor tungtvejende samfundsmæssige interesser har afgørende indflydelse på en interesseafvejning, til fordel for ordregiver, bl.a. inden for sundhedssektoren. I sagen *Mölnlycke Health Care ApS*⁶⁶, hvor der var tale om indkøb af bl.a. sårbehandlingsprodukter, blev opsættende virkning også afvist og jeg formoder det var på grund af stærke samfundsmæssige hensyn.⁶⁷

Tidsrammerne for klagens indgivelse

Klager kan risikere at hans passivitet kan føre til, at klagenævnet afviser, at tillægge klagen opsættende virkning, dette har blandt betydning, hvis klager på baggrund af udbudsmaterialet venter med, at klage til efter tildelingen. Hvis en klage bliver afgivet i standstill perioden har den automatisk opsættende virkning, indtil klagenævnet har taget endeligt stilling. Hvis der bliver

⁶⁶ KlfU's kendelse af 4. august 2009 Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden

⁶⁷ Berg, Claus s. 882 midtfor, Også i dette tilfælde er klagenævnets kendelse om opsættende virkning ikke offentlig tilgængelig, da jeg ikke har adgang til den oprindelige retskilde, vil jeg derfor henvise til litteraturen i stedet.

klaget efter kontraktindgåelse kan der tillægges opsættende virkning i tilfælde, hvor kontrakten kan erklæres for uden virkning.

Retsvirkning af opsættende virkning

Det er ikke helt klart, hvad retsvirkningen af opsættende virkning er. Det er ikke nærmere anført i § 12, hvad konsekvenserne af en sådan beslutning er. Af forarbejderne til Håndhævelsesloven⁶⁸ fremgår det, at ordregiver ikke må underskrive kontrakten, når en klage har fået opsættende virkning. Dette afklarer dog ikke, hvorvidt ordregiver også skal afholde sig fra, at træffe mindre beslutninger eller på anden måde fortsætte med udbudsprocessen. Hvis man forestiller sig, at der bliver klaget over en beslutning om manglende prækvalifikation, så ville det være meget mærkeligt, hvis ordregiver kunne fortsætte med tildelingsfasen, man må forvente at opsættende virkning vil bevirke, at alle ordregivers relevante beslutninger skal sættes i stå. Klagenævnet har i to forskellige kendelser udtalt sig om dette emne. I *Technicomm A/S*⁶⁹ s. 8 midtfor udtaler klagenævnet, at ordregiveren ikke måtte træffe beslutning om indgåelse af kontrakten, men ikke i øvrigt skulle standse udbudsprocessen. I *BKI foods A/S*⁷⁰, som i øvrigt er en 11 år nyere kendelse blev der tillagt en klage opsættende virkning efter tildelingsbeslutningen, klagenævnet udtalte s. 9 nederst: ” *Det påhviler herefter indklagede at stoppe udbudsproceduren og herunder navnlig at undlade at indgå aftale.*«” Ifølge Fabricius, Jesper s. 613 nederst, fremgår det af Klagenævnets standardskrivelse til parterne at ”udbudsproceduren skal standses, og at der ikke må indgås kontrakt.” Dette harmonerer med klagenævnets udtalelse i *Bki foods A/S*. Tildeles en klage over prækvalifikation opsættende virkning betyder dette formentlig, at ordregiver ikke må gå videre til tildelingsfasen. Klages der over tildeling må ordregiver selvfølgelig ikke indgå kontrakt, før klagesagen er behandlet. Klages, der efter kontrakten er indgået vil opsættende virkning formentlig medføre, at udførelsen af kontrakten skal stilles i bero. Opsættende virkning efter kontraktindgåelse vil kun give mening, såfremt kontrakten vil kunne erklæres for uden virkning. Før håndhævelseslovens ikrafttræden i 2010 havde klagenævnet ikke kompetence til, at

⁶⁸ L 110 2009-2010

⁶⁹ KlFu's kendelse 9. marts 1999, Technicomm A/S mod DSB

⁷⁰ KlFu's kendelse af 29. september 2010 BKI foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablisementtjeneste

tillægge klager opsættende virkning, når kontrakten var indgået, med den begrundelse at udbuddet var afsluttet⁷¹ og man ikke havde bemyndigelse til, at gribe ind i et privat *inter partes* forhold. Den retstilling er ændret efter indførelsen af de nye regler om uden virkning. Man må forvente at opsættende virkning må kunne tillægges for, at stoppe en ulovlig udførelse af en kontrakt, så en større del af denne kontrakt vil kunne erklæres for uden virkning.

2.2.5 Sammenfatning

Vi har fra klagenævnets kendelse *Kuwait Petroleum* fået et indblik i, hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at der kan være opsættende virkning. Betingelse to om uopsættelighed er den sværeste betingelse, at opfylde og ofte grunden til, at der ikke bliver tildelt opsættende virkning, da særligt kravet om alvorlighed er svært at opfylde. Klager skal i alle tilfælde sørge for, at prøve at løfte sin bevisbyrde, så grundigt som muligt i henhold til alle tre betingelser. Kontrakttypen har indflydelse på klagenævnets vurdering i interesseafvejningen. I tilfælde hvor der er tale om tungtvejende samfundsmæssige hensyn er klagenævnet mere tilbøjelig til, at afvise opsættende virkning. I dansk såvel som EU praksis tillægges der derfor relativt sjældent opsættende virkning af en klage. Faktisk er der i perioden 2004 -2012 kun blevet tillagt klager opsættende virkning i 12 kendelser. Det har derfor i litteraturen været fremført at denne restriktive praksis muligvis er i strid med effektivitetsprincippet.

Jesper Fabricius mener, at der er tegn på at klagenævnet, i nyere praksis, fortolker betingelsen om uopsættelighed og interesseafvejningen mere lempelig i forhold til klageren.

2.3 Uden Virkning

I dette afsnit vil jeg gøre rede for, hvornår klagenævnet *kan* eller *skal* erklære en kontrakt for uvirksom.

Med Rådets direktiv 2007/66/EF, kom et krav om skærpet national håndhævelse i bestemte situationer, hvor praksis havde afdækket svagheder ved det daværende håndhævelsessystem. Hovedformålet med ”uden virkning reglerne er sammen med reglerne om standstill periode og opsættende virkning at sikre en samle effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Reglerne om

⁷¹ KlifU's kendelse af 16. juni 2010 KMD A/S mod Middelfart Kommune

standstill perioden og opsættende virkning har til formål, at styrke den prækontraktuelle håndhævelse,⁷² mens sanktionen ”uden virkning” har til formål, at håndhæve den postkontraktuelle håndhævelse af udbudsreglerne. KontrolDirektiverne og effektivitetsprincippet dikterer, at de nationale håndhævelsessystemer samlet set skal sikre en effektiv håndhævelse af navnlig udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet samt fællesskabsretten i øvrigt.

I sag C-503/04 *Kommissionen mod Tyskland*⁷³ var det domstolens opfattelse at der er en pligt for ordregivende myndigheder til at bringe indgåede kontrakter, i strid med udbudsreglerne til ophør. Sagen udsprang af to tidligere domme, hvor kommissionen mente, at Tyskland ikke havde truffet de nødvendige foranstaltninger til, at efterkomme domstolens domme i disse sager.

I sag C-26/03 *Stadt Halle*⁷⁴ udtalte domstolen i præmis 37 i forbindelse med ulovligt direkte tildeling af en tjenesteydelseskontrakt, at: *”...ville kunne lede til den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, der kan begås af en ordregivende myndighed. Dette ville medføre en væsentlig begrænsning af den effektive og hurtige klageadgang, som var tilsigtet med direktiv 89/665 og skade de formål, som forfølges med direktiv 92/50, nemlig målsætningerne om fri bevægelighed for tjenesteydelser og en fri, ufordrejet konkurrence i alle medlemsstater på dette område.”*

Sagen *Wall*⁷⁵, handlede om tildelingen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende drift og vedligeholdelse af drift og vedligeholdelse af offentlige toiletter. Her udtalte domstolen i sin dom, at: *”Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, forpligter ikke de nationale myndigheder til at opsige en kontrakt og pålægger heller ikke de nationale domstole at afsige en forbudskendelse i hvert enkelt tilfælde af en angivelig*

⁷² Det vil ikke være udelukket at tillægge en klage opsættende virkning efter kontraktindgåelse.

⁷³ Sag C-503/04, *Kommissionen mod Tyskland*

⁷⁴ Sag C-26/03, *Stadt Halle mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*

⁷⁵ Sag C-91/08, *Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main m.fl.*

tilsidesættelse af denne forpligtelse i forbindelse med tildelingen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser.”

Det fremgår at domstolen for den type af kontrakter ikke mener, at der påhviler medlemsstaterne en forpligtelse til, at opsigse sådanne kontrakter. En sådan kontrakt er heller ikke omfattet af hverken udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet og derfor er der igen pligt i henhold til kontroldirektivet til, at sikre nationale uvirksomhedsregler i sådanne tilfælde.

Reglerne om ”uden virkning” kom med ændringsdirektivet i 2007. De blev implementeret med Håndhævelsesloven i juli 2010 i § 16-17. § 18 regulerer retsvirkningen af uden virkning og er fra og med 1. juni 2013⁷⁶ blevet ændret, så det ikke længere er muligt, at erklære kontrakter uvirksomme med tilbagevirkende kraft.

§ 17 bruges i de tilfælde, hvor en kontrakt *skal* erklæres for uden virkning, mens § 16 dækker de tilfælde, hvor en kontrakt *kan* erklæres for uden virkning.

2.3.1 Anvendelsesområde for håndhævelsesloven § 16

Denne bestemmelse dikterer de situationer, hvor klagenævnet *kan* erklære en kontrakt for uden virkning. Bestemmelsen gælder for kontrakter, der er omfattet af enten udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Bestemmelsen gælder i de situationer, hvor kontrakter bliver indgået enten i standstill perioden i henhold til § 3 stk. 1 eller i en periode, hvor en klage har opsættende virkning. Det fremgår tydeligt af bestemmelsen, at der ikke kræves nogen overtrædelse af de materielle udbudsregler, der stilles alene et formelt krav.

Fortolkning af bestemmelsen

Hvis klagenævnet vælger ikke at erklære en kontrakt omfattet af § 16 for uvirksom er det forpligtiget til, at anvende en alternativ sanktion jf. § 18 stk. 2. En sådan alternativ sanktion er bøde eller anden form for økonomisk sanktion i henhold til § 19 og § 20. Det fremgår desuden af direktiv 2007/66/EF i præambelens 19 betragtning, at såfremt de nationale myndigheder finder at sanktionen ”uden virkning” er uhensigtsmæssigt, kan man pålægge ordregiver en bøde eller afkorte

⁷⁶ Se lov nr. 511 af 27. maj 2013.

kontrakten. Dette er vel et udtryk for, at klagenævnets sanktion skal være proportional. Dette hensyn til proportionalitetsprincippet fremgår desuden af forarbejderne⁷⁷: ”Da bestemmelsen foreskriver, at Klagenævnet kan, men ikke skal, erklære en kontrakt for uden virkning, forudsættes det, at Klagenævnet ved afgørelse af den konkrete sag vil anvende den sanktion, der i den konkrete sag findes mest proportional.”

Det interessante er så i hvilket omfang klagenævnet anser det for værende proportionalt, at erklære en kontrakt for uvirksom.

I direktivet 2007/66/EF, præambelens 14 betragtning står der: ”uden virkning” er den mest effektive måde, at genskabe konkurrencen og til, at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for, at konkurrere.” Hvis ordregiver ikke handlet ulovligt udover, at overtræde de formelle regler, kan det være svært at se, hvordan man har frataget de forskellige økonomiske aktører deres mulighed for, at konkurrere. Dette kunne eksempelvis være, at ordregiver indgår kontrakt i standstill perioden og der bliver klaget efterfølgende, det viser sig at klagen er ubegrundet og at man ikke kan konstatere nogen overtrædelser af de materielle regler. I dette tilfælde ville det ikke være i overensstemmelse med præambelens 14 betragtning, at bruge ”uden virkning” sanktionen. Det fremgår også generelt af kontroldirektiverne, at medlemsstaterne skal sikre et effektivt og hurtigt klagesystem samt, at sikre håndhævelse af udbudsreglerne. At benytte sanktionen ”uden virkning” på et forhold, hvor der ikke er konstateret nogen overtrædelser af de materielle regler må i den forbindelse næppe kunne ses som proportionalt.

Der ville derimod være en mulighed for, at bruge § 16 på de forhold, hvor der er konstateret en overtrædelse i henhold til bestemmelsens nr. 1 eller 2 og samtidig er sket materielle overtrædelser af udbudsreglerne. Vi skal huske på, at vi befinder os inden for udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, så en overtrædelse af disse regler vil ofte være a ”grov” karakter. Dernæst må vi afgrænse bestemmelsens virkningsområde i forhold til § 17 stk.1 nr. 2, som regulerer de forhold, hvor der er sket en overtrædelse af de formelle regler, samt de materielle

⁷⁷ LFF 2010-01-27 nr. 110 under § 16

udbudsregler og denne overtrædelse har påvirket klagerens mulighed for, at få tildelt kontrakten. Dette efterlader altså den situation tilbage, hvor der foreligger en formel overtrædelse af § 16 nr. 1 eller 2 og en overtrædelse af de materielle udbudsregler, men hvor klagenævnet vurderer at disse overtrædelser ikke har påvirket klagerens mulighed for, at få tildelt kontrakten. Vil sanktionen ”uden virkning” være proportional i dette tilfælde? Det er svært at sige. Ordregiveren og muligvis også kontraktpartneren vil få et tab, der svarer til deres transaktionsomkostningerne, men kontraktpartneren ville givetvis kunne søge erstatning, da ordregiver netop har overtrådt udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁷⁸ I dette henseende forekommer det mere rimeligt at erklære kontrakten for ”uden virkning”. Min analyse er lavet på baggrund af, at der synes ikke at være nogen praksis fra klagenævnet på området og indtil der bliver afsagt kendelser, må man forholde sig forsigtigt. Ifølge Morten Frank og Torkil Høg s. 274 må bestemmelsen dog mest forventes, at blive brugt subsidiært i forhold til § 17 stk. 1. nr. 2.

Set ud fra et praktisk synspunkt giver den måske lidt uklare retsstilling i forhold til retsvirkningerne dog ikke anledning til bekymring, da både § 16 stk. 1 og 2 er meget klare. Lad være med at indgå kontrakt i standstill perioden eller når en klage har opsættende virkning. Der er begrænset retspraksis fra klagenævnet, hvor § 16 er blevet påråbt. Denne retspraksis drejer sig desuden om spørgsmålet, hvornår standstill perioden begynder at løbe. I klagenævnets kendelse af 14. december 2011 *Holm & Halby A/S mod Aarhus Universitet*.

Kendelsen handlede om en klage over 2 EU-udbud af rammeaftaler om varekøb. Klageren var blevet prækvalificeret, men havde ikke afgivet et tilbud. Og var ikke blevet underrettet om tildelingsbeslutningen. Denne klagede dog alligevel over udbudsbetingelserne. Klagenævnet fastslog først, at klager der var blevet prækvalificeret og ikke havde afgivet et tilbud, var klageberettiget i henhold til håndhævelsesloven § 6 nr. 1. Derefter at ordregiver havde pligt til, at underrette samtlige interessenter om tildelingsbeslutningen inklusive prækvalificerede, der ikke havde afgivet tilbud. Dog var standstill perioden begyndt at løbe fra det tidspunkt, hvor de øvrige prækvalificerede blev bekendt med tildelingsbeslutningen. Klagen var derfor blevet indgivet efter

⁷⁸ Jeg vil ikke komme nærmere ind på det erstatningsretlige aspekt her, men bare konstatere at der ikke kræves culpa før ordregiver kan blive erstatningsansvarlig.

udløbet af standstill perioden, og klagers subsidiære påstand om, at rammeaftalerne skulle erklæres uvirksomme i henhold til håndhævelseslovens § 16 blev afvist. Udover at klagen ikke var blevet afgivet i standstill perioden, udtalte klagenævnet desuden (min kursivering): ”Disse bestemmelser (§ 16 og 17) er i øvrigt forbeholdt de groveste overtrædelser af udbudsreglerne og finder ikke anvendelse i den foreliggende overfor beskrevne situation.”

Dertil skal anføres, at ud af klagers 5 påstande om overtrædelse af udbudsreglerne, fik denne kun medhold i påstand 1 vedrørende manglende oplysning om tildelingsbeslutning.

2.3.2 Anvendelsesområde af håndhævelsesloven § 17

§ 17 regulerer de tilfælde hvor klagenævnet for udbud *skal* erklære en kontrakt for uden virkning.

§ 17 stk.1 nr. 1 omfatter direkte ulovligt tildelte kontrakter, dvs. i de tilfælde, hvor ordregiver ikke har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende. Bestemmelsen er en implementering af kontroldirektivets artikel 2d, stk. 1. Alle bestemmelserne om uden virkning er blevet indført i håndhævelsesloven, som følge af direktiv 2007/66/EF. Behovet får denne sanktion kan bl.a. illustreres med klagenævnet kendelse af 3. maj 2005 og den efterfølgende dom i Østre landsrets dom af 22. september 2008.

Taxa Stig sagen ved klagenævnet handlede om Vestsjællands Amt, der havde indgået en aftale med Falck om forskellige former for patienttransport i 2001 for en femårig periode. Den 8 og 28. april afgjorde klagenævnet, at Amtet havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet ved, at have indgået kontrakt uden EU-Udbud. Senere klagede de forbigået tilbudsgivere igen, denne gang over at amtet som følge af klagenavnets kendelse ikke havde opsagt kontrakten. Klagenævnet tog stilling til klagen og kom frem til den konklusion, at der ikke var hjemmel i national ret til, at pålægge ordregiver at opsige sin kontrakt, man henviste bl.a. til 1. kontroldirektiv artikel 2 stk. 6. der siger at virkningen af et klageorgans afgørelser fastlægges af national ret. Desuden indeholdte den daværende lov om klagenævnet for udbud ikke bestemmelser, der pålagde ordregiver at opsige kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne. Landsretten kom senere i 2008 frem til samme resultat vedrørende samme problem, i mellemtiden var direktiv 200/66/EF blevet vedtaget og med

det, de nye regler om uvirksomhed, men Danmark havde endnu ikke implementeret det, derfor kunne retten heller ikke benytte uvirksomhedsbestemmelserne.

Håndhævelsesloven § 17 stk. 1 nr.1 vil omfatte denne ulovlige direkte tildeling, som illustreret i Taxa Stig sagen og klagenævnet skal erklære en sådan kontrakt for uden virkning.

I praksis kunne man forestille sig at ordregivers fejlagtige skøn af kontraktværdier, kunne medføre at en kontrakt i realiteten viser sig, at være over tærskelværdien for EU-udbud og den direkte tildeling derfor viser sig, at være ulovlig i henhold til håndhævelsesloven § 17 stk. 1 nr. 1.

Man kunne også forestille sig at ordregivers fejlvurdering af kontrakttypen ville medføre, at kontrakten modsat ordregivers opfattelsen var over tærskelværdien for EU-udbud.

§ 17 stk. 1 nr. 2 omfatter de tilfælde, hvor en kontrakt er indgået i standstill perioden eller når en klage har opsættende virkning, og der samtidig forelægger kvalificerede overtrædelser af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med § 16. Forskellen er som der fremgår af lovteksten, at der udover formelle overtrædelser også skal være materielle overtrædelser, som har påvirket klagerens mulighed for, at få tildelt kontrakten.

Derudover er der i § 17, stk. 1, nr. 3 og 4 mulighed for under bestemte situationer at bestemme, at kontrakter baseret på rammeaftaler med genåbning af konkurrencen eller dynamiske indkøbssystem, skal erklæres for uden virkning.

2.3.3 Væsentlige hensyn til almenhedens interesser

I henhold til § 17 stk. 3 kan en kontrakt der skal erklæres for uden virkning i henhold til stk. 1 nr. 1-4 undtagelsesvis opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt. Bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende. Hjemlen til denne bestemmelse findes i kontroldirektivet. I kontroldirektivets artikel 2d stk. 3 står der:

”Økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kan kun anses som væsentlige hensyn eller uomgængeligt nødvendige krav, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.”

Dertil skal tilføjes at økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten aldrig vil kunne udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser.

Kontroldirektivet omtaler kun økonomiske interesser, men det fremgår af forarbejderne til håndhævelsesloven, at der også i andre tilfælde vil være tale om væsentlige hensyn til almenhedens interesser:

” Et væsentligt hensyn til almenhedens interesser kan fx være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare.”

Der foreligger ikke nogen retspraksis på området, men man må formode at kontrakter inden for sundhedssektoren, ville kunne være omfattet. Det beror på konkret vurdering, og som jeg tidligere har nævnt skal bestemmelsen fortolkes indskrænket.

Hertil vil jeg nævne at klagenævnet har kompetence til under hensyn til almenhedens interesse, at lade en kontrakt, der erklæres for uvirksom, løbe i en begrænset periode, en såkaldt ”*grace period*”.

3 Økonomisk analyse

3.1 Analyse af klagestrukturen på baggrund af embedsmandsudvalgets- og udbudsrådets rapporter.

Embedsmandsudvalget har på baggrund af Rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud December 2012(herefter kaldt klagenævnsrapporten) konstateret, at der er sket en stigning af klager i perioden 2005 til 2011, og denne stigning kan ikke alene forklares med et stigende antal udbud. Samtidig er andelen af afviste sager og sager, hvor klager har fået helt eller delvis medhold blevet mindre i denne periode. Denne stigende klagekultur medfører øgede transaktionsomkostninger for ordregiveren såvel som for tilbudsgivere⁷⁹. På baggrund af

⁷⁹ S. 3 Udbudsrådet 2012

Udbudsrådets rapport fra december 2011 (Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud), kan man læse, at offentlige ordregiveres frygt for klagesager også er med til at disses transaktionsomkostninger. I Danmark er der sket en procentvis stigning i antallet af klager set i forhold til antallet af udbud. Fra 0,8% i 2007 til 2,2% i 2010. Dette virker umiddelbart ikke, som en særlig stor andel, men karakteren af disse klagesager er bemærkelsesværdig. Kun i ca. halvdelen af alle sager er der konstateret overtrædelser af udbudsreglerne, og klager får medhold i nogle eller alle påstande, i resten af tilfældene er der ikke sket overtrædelser.⁸⁰ Det betyder at ca. halvdelen af alle klager enten bliver afvist eller trukket tilbage, eller ikke får medhold i nogle af påstandene. Dette er bemærkelsesværdigt og kunne indikere, at klagesystemet ikke er effektivt nok. Det er ganske vist også den konklusion embedsmandsudvalget og udbudsrådet er kommet frem til i deres rapporter.

For at nedbringe unødvendige transaktionsomkostninger blev embedsmandsudvalget sat til komme med anbefalinger til, hvordan man kunne ændre på lovgivningen, så man vil gøre det mindre attraktivt, at indlevere ubegrundede klager. I klagenævnsrapporten kom man frem til 6 forslag, som skulle effektivisere klagenævns funktion, det fremgår af side 4:

Forkortelse af klagefrister

Forhøjelse af klagegebyret for EU-udbud fra 10.000,- til 20.000,-

Udvidet adgang til at afvise klager

Ændring af sanktionen uden virkning

Ændret fordeling af sagsomkostningerne til ordregivers fordel⁸¹

Øget information om principielle kendelser

⁸⁰ S. 7 Udbudsrådet 2012

⁸¹ Klager kan nu blive pålagt at betale ordregivers sagsomkostninger hvis klager ikke får medhold.

Alle 6 anbefalinger er den 1. juni 2013 blevet gennemført og implementeret i håndhævelsesloven og klagenævnsbekendtgørelsen. Derfor kan man ikke på nuværende tidspunkt se, hvilke effekter disse ændringer i lovgivningen vil have på klagestrukturen.

Ikke alle punkter er relevant for mig at undersøge, særligt punkt 2 og punkt 5 er interessant, at undersøge nærmere. Dette skyldes at fordelingen af sagsomkostninger og gebyrets størrelse er relevante faktorer, der har direkte betydning for en forbigået tilbudsgiver, når denne skal tage en beslutning om, at indgive en klage til klagenævnet.

Jeg vil starte med, at undersøge udviklingen af klager over tid og sammenholde dette med klagegebyret. Det er vigtigt at nævne at klagegebyrets størrelse blev hævet fra 4000kr. til 10.000kr. i august 2011. I juni 2013 blev gebyret sat yderligere op fra 10.000kr. til 20.000kr for udbud omfattet af direktiverne. Der findes på baggrund af klagenævnsrapporten kun data fra 2005 til ultimo 2011.

Ordregivers omkostninger er i gennemsnit 40.981 kr. per klagesag(dette er alle omkostninger indbereget, både sager hvor de vinder og sager, hvor man taber og skal betale sagsomkostninger).⁸² Dette beløb er bereget, som et gennemsnit af kommunerne, statslige myndigheder, offentligtretlige organer og regionernes udgifter.

Nedenstående Figur 1 er taget fra udbudsrådets analyse af klagemønstret i udbudsklagesager fra 2012(se hyperlink i artikel register). Materialet er behandlet på baggrund af tal fra KlfU's hjemmeside.

Figur 1

ANTAL INDKOMNE, TILBAGEKLADTE, AFVISTE OG AFGJORTE KLAGER I KLAGENÆVNET FOR UDBUD 2005-2012

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
------	------	------	------	------	------	------	------

⁸² Udbudsrådet 2012 s. 27

Indkomne sager	33	37	58	84	115	182	178	
Klagen tilbagekaldt	3	8	16	15	23	67	71	
Afviste klager	2	2	8	9	14	9	12	
Indkomne sager til substantiel behandling	28	27	34	60	78	125	111	110*
Afgjorte Sager	27	24	39	40	58	72	92	

Kilde: Udbudsrådets analyse af klagemønstret i udbudsklagesager 2012. Deres data er fra klagenævnet. *Data fra 2012 har jeg selv optalt på baggrund af data fra klagenævnets hjemmeside.

Indkomne klager dækker over alle klager der indgives i det pågældende år, dette inkluderer afviste klager og tilbagekaldte klager før og efter klagenævnets afgørelse om fumus boni juri.⁸³

Klagen tilbagekaldt dækker over alle klager, der bliver tilbagekaldt på forskellige tidspunkter i sagsbehandlingen. I 2010 begyndte man mht. dataindsamling at skelne imellem tilbagekaldelse af klager fra før og efter afgørelse om fumus boni juri. Derfor har man data fra 2010 og 2011 af klager, der er tilbagekaldt efter fumus boni juri, disse tal har jeg dog for overskuelighedens skyld inkluderet i tilbagekaldte klager, ligesom det er fra 2005-2009.

Afviste klager dækker over klager, som har været uegnet til at danne grundlag for en sag iflg. håndhævelsesloven § 6 stk. 2.

Indkomne sager til substantiel behandling er antallet af indkomne klager fratrukket tilbagekaldte klager og afviste klager, men omfatter derimod tilbagekaldte klager efter afgørelse om fumus boni juri. Som navnet antyder tages der her stilling til de påstande, som klager har fremført og dette er et parameter over klagenævnets arbejdsbelastning.

⁸³ Se evt. afsnit 3.1.1 om opsættende virkning.

Afgjorte Sager er naturligvis sager, hvor der er blevet afsagt kendelse.⁸⁴ Man skal have in mente, at antallet af afgjorte sager også indeholder et ubestemt antal sager, som er blevet modtaget i det foregående år. Man skal altså med andre ord tage højde for sagsbehandlingstiden, som kan variere.

3.2 Statistisk sammenhæng imellem klagegebyrets forhøjelse og udviklingen af indkomne klager?

For at undersøge om der er en statistisk sammenhæng imellem forhøjelse af klagegebyret og udviklingen i antal klager, vil jeg lave en korrelationstest. Jeg vil bruge parameteret *indkomne sager til substantiel behandling* og klagegebyrets størrelse som det andet parameter for at se om der er en lineær sammenhæng. Grunden til at jeg bruger *indkomne sager til substantiel behandling* er af praktiske årsager. Parameteret *indkomne sager* giver et mere præcis billede af klageres incitament, men jeg har ikke kunne få fat på data fra 2012 der viser *indkomne sager*. Dette skyldes at afviste klager og tilbagekaldte klager før afgørelse af *fumus boni juris* ikke offentliggøres på klagenævnets hjemmeside. Derimod kan parameteret *indkomne klager til substantiel behandling* optælles.

Figur 2 nedenfor viser dog, at *indkomne sager til substantiel behandling* og *indkomne sager* har nogenlunde samme hældningskoefficient, dette indikerer at *indkomne sager til substantiel behandling* vil være brugbar i en korrelationstest med gebyrets størrelse.

År	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Indkomne sager til substantiel behandling	28	27	34	60	78	125	111	110
Klagegebyrets størrelse	4000	4000	4000	4000	4000	4000	7351*	10000

Som nævnt ovenfor blev klagegebyret sat op i august 2011, dette betyder at sager indgivet for de første 7 måneder i 2011 kostede 4000 og sager indgivet efter primo august 2011 kostede 10.000.

⁸⁴ Klagenævnsrapporten s. 16-17

Jeg vil derfor justere klagegebyret for 2011 forholdsmæssigt i forhold til hvor mange klager der er indgivet før d. 1. august. På baggrund af en optælling er der 62 sager før d. 1. august. Disse sagers andel ud af alle sager i 2011, giver os et forhold på: $62/111 = 0,559$

Dette forhold gange med stigningen i gebyret for perioden giver: $0,559 * 6000 = 3351$

Dette lagt til det oprindelige gebyr på 4000kr. giver: $4000 + 3351 = 7351$ kr.

Vi har nu data til at beregne korrelationen imellem *indkomne sager til substantiel behandling* og klagegebyrets størrelse for perioden 2005-2012.

Ved at bruge Excel til, at beregne en lineær sammenhæng får vi en korrelationskoefficient R på: **0,5641**. Dette betyder at der er en *moderat* sammenhæng imellem *Indkomne sager til substantiel behandling* og klagegebyrets stigning over tid. R ligger altid i intervallet $[-1;1]$. Jo tættere R ligger på 1, desto større er sammenhængen imellem de to populationer. Modsætningsvis er der kun svag sammenhæng hvis $0 < R < 0,5$.

Den moderat/lave korrelationskoefficient betyder i dette tilfælde, at jeg kan påvise en usikker, men eksisterende sammenhæng imellem stigning af klagegebyret og *indkomne sager til substantiel behandling*.

Bias

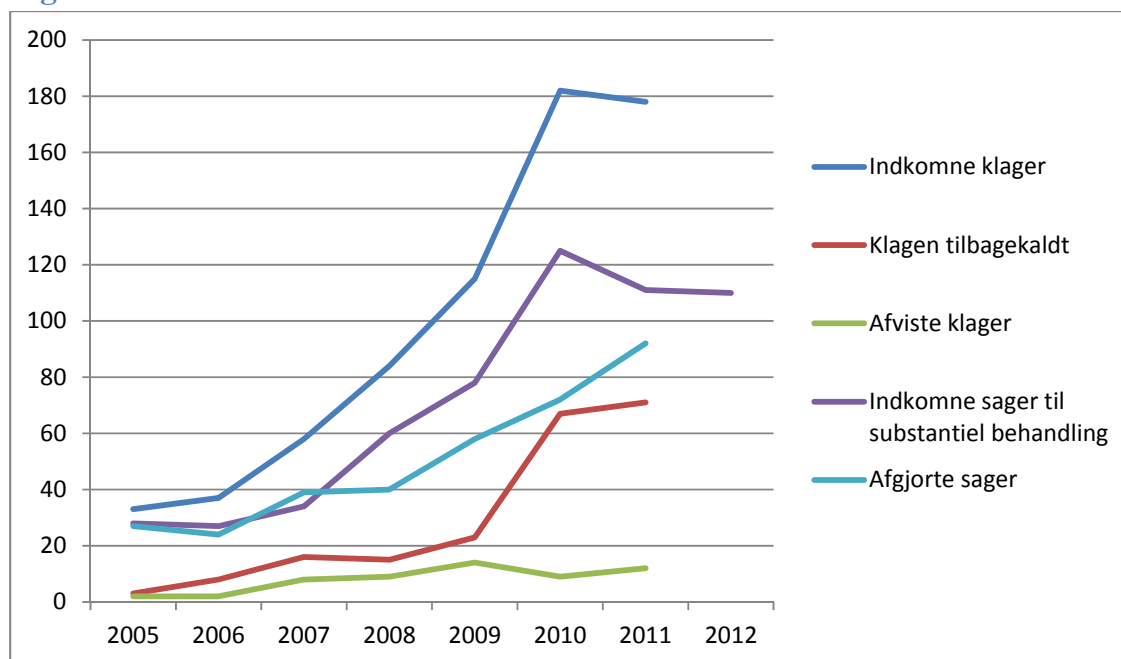
Jeg kunne af praktiske årsager ikke bruge mit foretrukne parameter *indkomne sager* og *indkomne sager til substantiel behandling* giver et mindre præcist billede af klagers incitament, da afviste klager og en del af de tilbagekaldte klager ikke er medregnet heri.

Konklusion

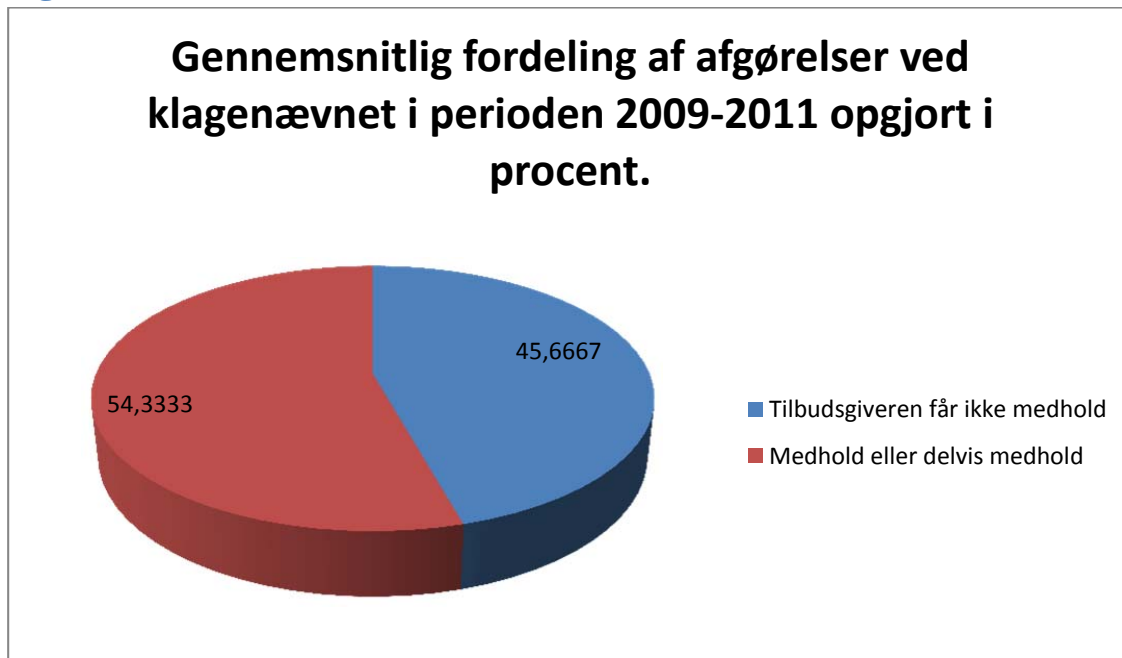
R viser, at der er en sammenhæng, imellem *indkomne sager til substantiel behandling* og klagegebyrets stigning over tid. Denne sammenhæng er dog relativt svag. Det relativt lave R og en begrænset population gør, at denne sammenhæng kan være et resultat af tilfældige udsving. Jeg kan altså ikke ud fra mit resultat konkludere, at udviklingen af indkomne sager er en konsekvens af gebyrets stigning. Dertil kommer at der kan være eksterne faktorer, der rammer sammenfaldende med stigningen i 2011, der påvirker udviklingen af indkomne sager.

Jeg kan derfor *ikke* på baggrund af mit resultat konkludere en brugbar sammenhæng imellem udviklingen i *indkomne sager til substantiel behandling* og klagegebyrets stigning, i perioden 2005-2012.

Figur 2



Figur 3



Kilde: Udbudsrådet 2012 s. 31

Det gennemsnitlige antal indkomne klager i perioden 2009-2011 er ca. 158.

Det gennemsnitlige antal afgjorte sager er i samme periode 74. Klager får altså medhold eller delvis medhold i $74 \cdot 54,3/100 = \text{ca. } 40$ sager. Klager har altså i denne periode fået medhold eller delvis medhold i ca. $\frac{1}{4}$ af alle de klager, der blev indbragt for klagenævnet.

Dette må siges at være en ganske lav succesrate. Hvordan kan det være, at der er blevet indbragt så mange klager, der har manglet substans? Som jeg har været inde på i mit juridiske kapitel, er der i Danmark specielt siden 2006, hvor standstill perioden blev indført i national lovgivning, sket en skærpelse af håndhævelsesreglerne. Det har gjort det mere effektivt at klage, med det nye kontroldirektiv i 2007, som blev implementeret i dansk ret i 2010 med håndhævelsesloven, er der kommet automatisk opsættende virkning. Særligt indførelsen af standstill perioden har styrket den præ-kontraktuelle håndhævelse. Dette har medført en stigende motivation for, at klage. Derudover har reglerne været mere uklare end de er i dag. Klagegebyret var lavere og konsekvenserne ved ikke, at få medhold var små. Ordregiver skulle i disse tilfælde stadig bære sine egen

sagsomkostninger. Umiddelbart ser knækket i *indkomne sager* og *indkomne sager til substantiel behandling* ud til at falde sammen med klagegebyrsforhøjelsen i 2011. Jeg kom frem til et usikkert resultat i min statistiske analyse, jeg vil derfor ud fra Shavell's retsprocess teori se, om jeg kan forklare udviklingen.

3.3 Præsentation af Shavell's theory of Litigation

Jeg vil bruge Steven Shavell's teori: "theory of Litigation", som beskrevet i *Foundation of economic analysis of law*.⁸⁵ Denne teori er interessant, fordi den prøver at forklare, hvilke mekanismer, der lovgivningsmæssigt kan bruges til, at påvirke sagsøgers incitament til at føre sag, således det sammenfalder med hvad der er samfundsøkonomisk hensigtsmæssigt.

Shavell går ud fra at både sagsøger og sagsøgte, er risikoneutrale, hvilket betyder at den forventede samlede gevinst eller omkostning er afgørende. De er endvidere rationelle og har kun økonomisk gevinst for øje.

Sagsøgeren vil anlægge sag, når den forventede gevinst ved at vinde er større end omkostningerne ved at føre sagen. Shavell mener der er en forskel på, hvad der er gavnligt for henholdsvis sagsøgeren og samfundet generelt, det antal sager som sagsøgeren har incitament til at føre, er ikke nødvendigvis et socialt optimalt antal. Shavell udtrykker det som, at de tilfælde hvor sagsøger har incitament til, at lægge sag an er ikke altid "*Socially beneficial*" omvendt, siger han: *Thus, the socially optimal amount of suits is that which minimizes total social costs.*⁸⁶

Sagsøgeren tager kun sin egen omkostning ved at føre sag i betragtning, ikke forsvarens eller statens omkostninger⁸⁷, derfor vil han nogle gange føre sag, selvom det vil være uhensigtsmæssigt, hvis man tager alle omkostninger i betragtning. Derudover tager sagsøgeren ikke, de for ham gavnlige afledede effekter i betragtning, som der også er hver gang, der er nogle der bliver sagsøgt. Med andre ord har hver sag, der bliver ført en afskrækkende effekt på potentielle

⁸⁵ Shavell, Steven *Foundation of Economic analysis of law* s. 387

⁸⁶ Shavell s. 392.

⁸⁷ Shavell tager udgangspunkt i det amerikanske retssystem, som er anderledes end det danske mht. fordeling a sagsomkostninger.

skadevoldere.⁸⁸ Denne afskrækkende effekt kan have både gavnlige og ikke gavnlige konsekvenser for en potentiel sagsøgt. Set i en udbudsretlig kontekst har der været kritik over, at udbydere sætter deres transaktionsomkostninger op ex-ante for, at undgå klager. Dette er udtryk for, at sagshistorikken, på det danske udbudsmarked, har skabt en afskrækkende effekt.

Generelt set er det statens opgave, at sørge for at parterne har præcis det incitament, der skal til for at de samlede samfundsmæssige omkostninger holdes nede, dette betyder i Shavell's kontekst, at skadevolders omkostninger ved at blive sagsøgt virker så afskrækkende, at denne bruger lige præcis, den mængde af resurser, der skal til for at opretholde det mest efficiente agtpågivenhedsniveau. Dette kan gøres ved at lade skadevolder betale sin egen, sagsøgers og statens omkostninger ved, at føre en sag. Modsat kan man lovgive, for at begrænse sagsøgers incitament til, at føre sag.

Shavell nævner på side 398, at lade sagsøger betale statens sagsomkostninger. Han fremfører, at ud fra en grundlæggende økonomisk betragtning giver det mening, at lade sagsøger betale for den ydelse (statens tilbud om sagsanlæg) han bruger, da sagsøger netop kun i de tilfælde, hvor ydelsen er mere værd for ham end den koster staten, vil bruge den. Dette er dog ikke at foretrække i alle tilfælde, da det kan afskrække sagsøger til at føre sag, selv når det for ud fra et samfundsnyttigt synspunkt er, at foretrække.

*"loser-pays-fee-shifting"*⁸⁹ er en anden måde, hvorpå man kan stimulere sagsøgerens incitament til, at føre sager, da denne som regel har en god chance for at vinde. Det er vigtigt at have i mente Shavell befinder sig inden for erstatningsretten, hvor sagsøger formodentlig er offer for en skadevoldende handling og har et tab. Omvendt kan det afskrække potentielle sagsøgere til, at lægge sag an, hvis de er usikre på, om de kan vinde. Der er dog ikke en systematisk fordel ved, at bruge fee-shifting. Man kan dog notere sig at fee shifting har en effekt på sagsøgers incitament til, at føre sag. Lad os sige at:

⁸⁸ Shavell s. 391, udtrykket skadevolder eller "injurer" som han skriver, bliver brugt i en erstatningsretlig kontekst, men betegnelsen er egentlig underordnet

⁸⁹ Taberen betaler vinderens sagsomkostninger.

p er sandsynligheden for at sagsøger vinder sagen

x er det beløb som retten vil tilkende sagsøger i erstatning, hvis han vinder

C_p er sagsøgers sagsomkostninger og C_d er sagsøgtes sagsomkostninger.

Hvis der er en regel om at hver part bærer sin egne sagsomkostninger, vil sagsøger anlægge sag, hvis: $C_p < px$

Hvis der er en regel om fee-shifting vil sagsøger anlægge sag, hvis:

$$(1 - p)(C_p + C_d) < px$$

Forskellen imellem de to regler kan herved forklares, at under fee-shifting reglen er sagsøgers incitament i langt højere grad styret af p . og der vil komme flere sager under fee-shifting når: ($0.5 > p > 1$) omvendt vil der under fee-shifting reglen være en forstærket afskrækkende effekt, hvis: ($0 > p > 0.5$).

Det er interessant at tilføje, fee-shifting vil have en negativ effekt på sagsøgers incitament til at anlægge sag, hvis sagsøger er risiko avers. Dette vil være tilfældet for små virksomheder.

3.3.1 Sammenhæng imellem klagegebyrets forhøjelse og udviklingen af indkomne klager på baggrund af Shavell's teori?

For at kunne opstille en model er det nødvendigt at foretage nogle afgrænsninger og forudsætninger. Shavell beskriver sin teori ud fra en erstatningsretlig begrebsverden og der forudsættes, at skadevolder forårsager et tab, som skadelidte kan forsøge, at få kompenseret ved at anlægge sag.

Hvis Shavell's teori skal bruges på klager over udbud forudsætter det at klager, som en rationel spiller kan se en økonomisk gevinst ved, at klage. Dette betinger, at klageren vurderer at

ordregiveren har overtrådt reglerne i en sådan grad, at klager via en af de retlige sanktioner⁹⁰ vil kunne få tildelt ordren, fordi udbuddet skal gå om.

Der er ikke nogen umiddelbar økonomisk gevinst ved at klage, hvis der ikke er en realistisk chance for at få tildelt kontrakten via en genåbning af udbuddet. Best case scenario i en sådan situation, kunne være at klager får delvis medhold i en påstand, der vedrører en ikke væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, og klagenævnet pålægger ordregiver lovliggørelse af udbudsforretningen uden at annullere udbuddet. I en sådan situation vil klageren få sine sagsomkostninger dækket af ordregiver, få klagegebyret tilbagebetalt, men han vil stadig have et samlet tab pga. transaktionsomkostninger ved udarbejdelse af tilbud. Derfor mangler incitamentet.

I tilfældet, hvor klager har en formodning om, at han vil få tildelt kontrakten, fordi hans bud er næst lavest, det laveste bud var ukonditionsmæssigt, og tildelingskriteriet er laveste pris. Forudsættes dette kan man antage, at klager har p sandsynlighed for, at få medhold og vinde x , som er klagers forventede fortjeneste ved, at gennemføre den tildelte kontrakt.

C_p er klagers sagsomkostninger ved, at klage og C_d er ordregivers sagsomkostninger.

G er klagegebyret og sættes til 20.000kr, da vi i første omgang forudsætter, at klagen vedrører et udbud omfattet af udbudsdirektivet.

Udbudstypen er en vareindkøbskontrakt foretaget af en statslig myndighed. Tærskelværdien er i sådan et tilfælde: 968.000kr. så kontraktsummen forudsættes at være på 1 million kr.

Klagers forventede fortjeneste hvis han vinder kontrakten er 10%, dvs 100.000kr.

Vi forudsætter, at der gælder fuld *fee-shifting*⁹¹ dvs. at taberen betaler alle sagsomkostninger, hvoraf ordregiver maksimalt kan kræve 75.000kr. dækket, hvis klager taber sagen.

⁹⁰ Langt størstedelen af klager vedrører tildelingsbeslutninger, og klages der over en tildelingsbeslutning foregår dette sandsynligvis i standstill perioden, dvs. i sådanne tilfælde vil klagers påstand vedrøre annulation af tildelingsbeslutningen og genåbning af udbuddet.

For statslige myndigheder ligger de gennemsnitlige pålagte sagsomkostninger på ca. 40.000 kr. i dette beløb er indbereget klagers sagsomkostninger.⁹² Dvs. vi vil forudsætte at $C_p + C_d = 40.000$ kr.

p er klagerens sandsynlighed for, at vinde sagen. Dette er den udslagsgivende variabel, og kan ikke rigtig beregnes. Figur 3 giver et indblik i den historiske fordeling af sager, hvor der er blevet givet medhold, men kan ikke bruges som empirisk grundlag for et fremadrettet estimat. Derfor må jeg enten antage en værdi for p eller angive en mængde af p , hvor der gælder at: $(1 - p)(C_p + C_d + G) < px$

Vi forudsætter at klagen hverken bliver tilbagekaldt eller afvist og at den indgår til substantiel behandling

Klagers sagsomkostninger betegnes C_p . Ordregivers omkostninger betegnes, som C_d . Som nævnt ovenfor er $C_p + C_d = 40.000$ kr.

G betegner gebyrets størrelse. Som er sat til 20.000kr

p er sandsynligheden for, at klager får medhold

x er klagers fortjeneste, hvis han får tildelt ordren. Hvilket sættes til 10% af den samlede kontraktsum på 1 million, hvilket vil sige 100.000kr.

Det interessante er, at finde hvilken given mængde af p , der opfylder at: $(1 - p)(C_p + C_d + G) < px$. Da det netop er de tilfælde, hvor klager får en fortjeneste. Kun i disse tilfælde har klager et incitament til at klage. Vi kan konstatere, at klager maksimalt kan tabe sagsomkostningerne + gebyret, dvs 60.000kr. netop, hvis p er 0. Han kan maksimalt vinde 100.000kr. hvis p er 1. Hvis vi betragter det økonomiske resultat af klagesagen, som funktion af klagers chance for at vinde p , får vi 2 lineære funktioner af p :

$$f(p) = (1 - p)(C_p + C_d + G) \text{ og}$$

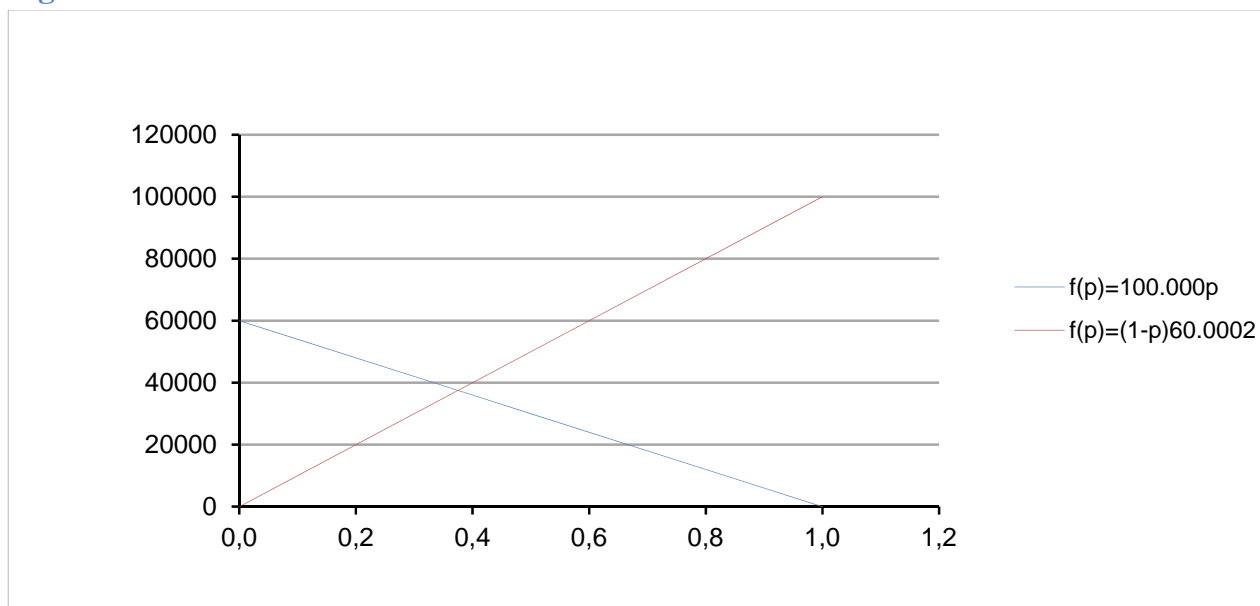
⁹¹ Klagenævnet kan tilkende den tabende part at dække modpartens sagsomkostninger helt eller delvis jf. klagenævnsbekendtgørelsen § 9 stk. 4. Maksimale sagsomkostninger for klager er 75.000kr.

⁹² Udbudsrådet 2012 s. 27

$$f(p) = 100.000p$$

Skæringspunktet kan således illustreres visuelt i en graf hvor $f(p) = [0; 100.000]$ og $p = [0; 1]$.

Figur 4



Som vi kan se på grafen ser det ud til at skæringspunktet ligger omkring 0,4 men det præcise skæringspunkt kan findes, hvis vi sætter $f(p)$ til 0 og vi får følgende udsagn: $(1 - p) (C_p + C_d + G) = px$, isolerer vi p , får vi $p = 1/2,6667 = 0,375$

Dvs. der gælder at $(1 - p) (C_p + C_d + G) < px$, når $p = [0,375; 1]$.

Vi kan altså udlede, at klager har økonomisk incitament til at klage, når hans chance for at vinde sagen er over 37,5%. I praksis vil det dog betyde at, man enten har konstateret en overtrædelse og

man er rimelig sikker på at få medhold, eller også har man ikke konstateret en overtrædelse og ens chance for at få medhold vil være 0%. Dette giver en divergens imellem teori og praksis.

Hvis vi sætter klagegebyret ned til 10.000kr. gælder at, $(1 - p) (C_p + C_d + G) < px$, når $p = [0,33;1]$. Dvs. at man vil klage, når chancen for at vinde er over 33%.

Hvis vi sætter klagegebyret op til 40.000kr. gælder at, $(1 - p) (C_p + C_d + G) < px$, når $p = [0,44;1]$. Dvs. at man vil klage, når chance for at vinde er over 44%.

Vi kan se at en forhøjelse af klagegebyret fra 10.000kr. til 20.000kr. kun vil flytte p med under 5% og at en forhøjelse til 40.000kr. vil medføre at en stigning på i alt 11%.

Vi kan på baggrund af Shavell's teori og ud fra analyse disse beregninger, udlede at klagers incitament for, at føre sag faktisk ikke er særlig påvirket af klagegebyrets størrelse.

Med andre ord er størrelsen af G ikke særlig afgørende for værdien af p . Gebyret er kun en del af de øvrige sagsomkostninger og det er en konstant. Hæves værdien af kontraktsummen vil det alt andet lige medføre, at G vil have en endnu mindre effekt på klagers adfærd når han skal beslutte sig for, om det kan betale sig at klage.

3.4 Sammenligning af resultater

Hvordan hænger dette resultat sammen med mit resultat fra min statistiske analyse, som jo viste at der var en **usikker sammenhæng** imellem antallet af klager over tid og gebyrets forhøjelse. De to resultater harmonerer rimeligt. Det er tydeligt ud fra begge analyser, at der er en sammenhæng, men at denne er svag. Det er dog bare bemærkelsesværdigt, at man på baggrund af figur 2 kan se en kraftigt stigning i klager fra perioden 2005 til 2010, derefter er der sket en stabilisering frem til 2012. Knækket i kurven kom i 2011, hvor stigningen fra 4000kr. til 10.000kr. Hvis vi kigger på de norske og svenske klagesystemer har man i Norge en lignende model med et klagenævn, der behandler klager over udbud, gebyret for at klage er dog under 1000kr.⁹³I Sverige har man ikke et selvstændigt organ til, at behandle klager over udbud og dette foregår ved de normale domstole.

⁹³ Udbudsrådet 2012 s. 24

Sammenligner man de 3 landes andel af klager kan man se, at andelen af klager ud af samtlige udbud i 2010 er på:

Klagefrekvens

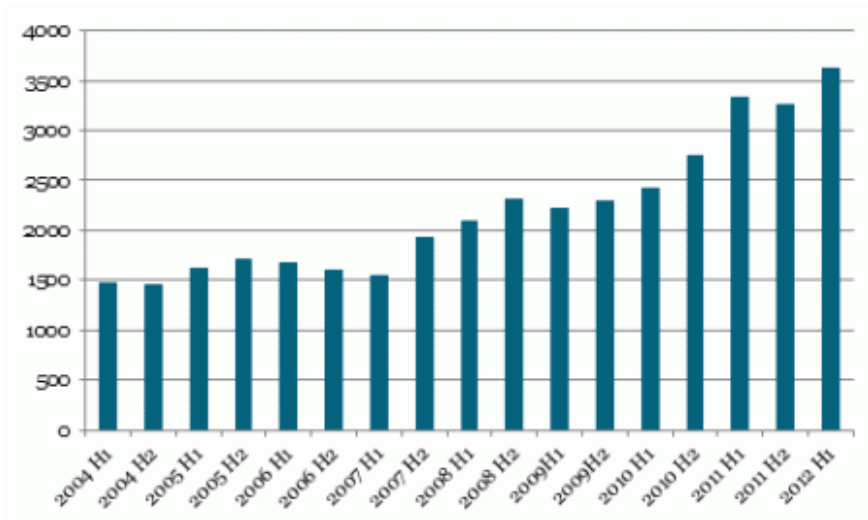
Danmark	Norge	Sverige
2,2 %	3,8 %	5,0 %

Kilde: udbudsrådet 2012 s.23

Det fortæller os at klagefrekvensen faktisk er lav i Danmark i forhold til de andre nordiske lande. Dette kunne tale for, at klagegebyret faktisk har en adfærdsregulerende virkning overfor potentielle klager. Man kan dog ikke umiddelbart sammenligne data fra Sverige og Danmark, da deres klagesystem er anderledes og mere diffust. I Sverige varetager de normale domstole klager over udbud og retsafgiften i den forbindelse er meget lavere.

I Norge har man i den forbindelse også planlagt, at sætte gebyret op. Lovgivere i både Danmark og Norge har således vurderet, at det vil have en effekt. Den danske forhøjelse af gebyret i forbindelse med ændringerne i klagenævnsbekendtgørelsen og håndhævelsesloven, skal dog ikke ses isoleret, men som en del af en samlet pakke, som både skal forbedre forholdene for ordregiver, men også generelt set skal gøre klagenævnets funktionsmåde bedre for begge parter. Jf.

Figur 5 Udviklingen i antal udbud, 2004 - 2012



Kilde: Dansk Erhverv på baggrund af udbudsvagten.

Figur 5 viser at antallet af udbud i Danmark er steget støt i periode 2004-2012. Vi kan se, at der faktisk har været en kraftig stigning fra anden halvdel af 2010 til 2012. Dette er interessant, hvis vi sammenholder dette med data fra figur 2, som netop viste, at *indkomne klager* og *indkomne klager til substantiel behandling* i samme periode stabiliserede sig og tilmed faldt svagt fra og med 2011. Dette understøtter at de tiltag man satte i gang med forhøjelse af klagegebyret i 2011 rent faktisk har en effekt.

Dette modsvarer umiddelbart det resultat, som jeg i min analyse af *Shavell's theory of Litigation*, kom frem til, hvori jeg konkluderede at gebyrets størrelse kun havde en lille effekt på sagsøgers incitament på, at klage i forhold til den estimerede sandsynlighed for, at vinde klagesagen og den forventede fortjeneste ved, at opnå positiv opfyldelse ved et erstatningskrav. Som en konsekvens heraf kan vi slutte, at jo højere kontraktsummen er, desto mindre betydning har de faste omkostninger, som gebyret.

Dette kunne tyde på, at forhøjelsen af gebyret har en effekt på små virksomheders adfærd, der byder på ordrer, hvor kontraktsummen er begrænset og modsat ikke har nogen effekt på store virksomheder, der byder på ordrer, hvor kontraktsummen er større. Dette vil medføre en

skævvridning i håndhævelsessystemet. Dette er også det, som man ifølge embedsmandsudvalgets rapport har taget højde for ved, at indføre graduering i gebyrstigning fra juni 2013.

Konklusion

På baggrund af de resultat jeg er kommet frem til i både den statistiske analyse og sagsomkostningsanalysen, mener jeg at forhøjelsen af klagegebyret har en lille effekt, men ikke desto mindre ser det ud til, at gebyret har den tilsigtede effekt. Et klagegebyr kan dog ikke stå alene, hvis man vil stække incitamentet til, at indlevere åbenlyse ubegrundede klager. Derfor er de andre dele af det lovforslag, som blev vedtaget på baggrund af embedsmandsudvalgets rapport vigtige. Muligheden for at kunne pålægge klager at betale alle sagsomkostninger, som i den forbindelse maksimalt kan løbe op i 75.000kr. er et andet værktøj, som er mere afskrækkende.

Formålet med at have et effektivt klagesystem er, at sikre at der klages i sager, hvor der forekommer en overtrædelse af udbudsreglerne, således at udbudsdirektiverne og de øvrige udbudsregler har effektiv virkning i Danmark. Dog skal man have in mente, at klageprocessen er dyr både for tilbudsgivere og ordregivere. Det bliver et problem, hvis omkostninger bliver så høje, at det kan afholde tilbudsgivere at indlevere en begrundede klage, fordi transaktionsomkostningerne bliver for høje. Det er ligeledes et problem, hvis ordregiver undlader at udbyde opgaver, fordi en klageproces har uforholdsmæssige mange omkostninger. Embedsmandsudvalget har i den forbindelse fremført, at der er et problem med høje transaktionsomkostninger i forbindelse med klagesager.

3.5 Ordregivers omkostninger i forbindelse med klagesager

I dette afsnit vil jeg foretage en analyse af ordregivers omkostninger i forbindelse med klagesager. Det fremgår af embedsmandsudvalgets rapport og Udbudsrådets analyse af transaktionsomkostninger i forbindelse med udbud, at der er mange omkostninger forbundet med offentlige udbud. Særligt i forbindelse med klagesager har disse transaktionsomkostninger betydning. Mit udgangspunkt i analysen er ordregivers omkostninger, men som jeg vil komme ind på senere, er det også nødvendigt at tage den forbigået tilbudsgivers omkostninger i betragtning. En kort forklaring på dette er, at klager/forbigået tilbudsgiver har mulighed for, at få sine ex ante omkostninger dækket af ordregiver via påstand om erstatning. Derudover kan ordregiver blive

pålagt, at betale klagers sagsomkostninger helt eller delvis. Jeg vil derfor først foretage en kort transaktionsanalyse af tilbudsgiveres omkostninger før indgivelse af klage. Dernæst vil jeg undersøge, hvilke transaktionsomkostninger ordregiver har i forbindelse med en klagesag.

3.5.1 Analyse af forbigået tilbudsgiveres transaktionsomkostninger

Tilbudsgivere ses i en neoklassisk virksomhedsteoretisk sammenhæng, som fuldt rationelle enheder hvis eneste mål er, at skabe så stor profit til deres ejere, som muligt. Transaktionsomkostningsteorien, som formuleret af Williamson udspringer af denne, men adskiller sig på væsentlige punkter, idet han ikke tillægger agenterne fuld rationalitet.⁹⁴ Dertil kommer at agenterne altid vil forsøge, at minimere omkostninger ved, at handle opportunistisk på bekostning af andre spillere på markedet⁹⁵.

Transaktionsomkostninger er alle omkostninger, både eksterne såvel som interne, som ikke er produktionsomkostninger.

Williamson skelner imellem ex-ante og ex post transaktionsomkostninger, hvor omkostningerne ex-ante har indflydelse på ex-post omkostningerne. Jeg vil definere ex-ante omkostninger, som omkostninger, der afholdes før klagens indgivelse, og ex-post, som omkostninger, der afholdes i forbindelse med klagesagen og derefter.

De første transaktionsomkostninger fra potentielle tilbudsgivere finder sted allerede før offentliggørelse af udbuddet. Man overvåger og screener markedet. Den tid man bruger på overvågningen koster resurser, dertil kommer at nogle virksomheder betaler eksterne firmaer for, at overvåge markedet. Dernæst er der omkostninger i forbindelse med dialogmøder med ordregiveren, hvor opgaveløsningen skal drøftes, alt dette forgår før virksomheden beslutter sig for, at afgive tilbud eller ej.

Den næste fase, som er fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse til kontraktindgåelse er for tilbudsgivere den mest omkostningstunge. Her skal man gennemlæse udbudsmaterialet og beslutte

⁹⁴ Sornn-Friese, Henrik s 102.

⁹⁵ Williamson Oliver E. s. 11

om, man skal afgive tilbud. Hvis man ikke internt i virksomheden, har den ekspertise eller viden der kræves for, at udføre kontrakten, skal man til at søge efter den. Man kan have yderligere spørgsmål til udbudsmaterialet og i denne fase afsættes der også yderligere resurser til dialog med ordregiveren. Det er i blandt tilbudsgivere en normal opfattelse at resurser, der bliver brugt til dialogmøder både før en evt. prækvalificering og efter er omkostninger, der er godt givet ud, da det er med til at forbedre samarbejde og forbedre muligheden for, at blive valgt. Der er en række andre transaktionsomkostninger af mindre relevant karakter.⁹⁶ Det er svært at give et generaliseret svar på, hvor mange transaktionsomkostninger forbigået tilbudsgivere har før man beslutter sig for, at indgive en klage til Klagenævnet for Udbud. Det kommer i sagens natur an på, hvilken påståede overtrædelse, der klages over og derfor kan tidspunktet være forskelligt. Klages der allerede over en manglende prækvalifikation, har tilbudsgiveren sandsynligvis ikke haft mange transaktionsomkostninger. Vi ved dog at størstedelen af klager vedrører tildelingsbeslutninger, enten fordi ordregiver vælger et ukonditionsbaseret tilbud eller fordi den forbigået tilbudsgiver mener, at ordregiver har overtrådt ligebehandlingsprincippet og/eller gennemsigtighedsprincippet. Det er sjældent, der bliver klaget efter kontraktindgåelse, dette er pga. både den styrkede prækontraktuelle håndhævelse og reglerne om uvirksomhed.

Udover transaktionsomkostningerne før indgivelse af klage er der omkostninger ved selve klageprocessen, som jeg har været inde på i tidligere afsnit omfatter disse omkostninger selve klagegebyret. I forbindelse hermed skal der formuleres en klage. Med indførelse af partsautonomi kræves der i realiteten advokatbistand i de mere komplekse udbud. Alle udgifter i forbindelse med advokatbistand er sagsomkostninger, som klageren får dækket helt eller delvis sammen med tilbagebetaling af gebyr, hvis han får medhold. Alle disse transaktionsomkostninger forekommer umiddelbart, at være en tung byrde for tilbudsgivere, men som jeg kommer ind på senere, vil disse omkostninger blive lagt over på ordregiveren, som sagsomkostninger og erstatningskrav om negativ kontraktinteresse. I nogle tilfælde endda positiv opfyldelse.

3.5.2 Ordregivers transaktionsomkostninger i forbindelse med en klagesag.

Vi kan dele ordregivers transaktionsomkostninger op i tre faser.

⁹⁶ Udbudsrådet 2011 s. 53

Før offentliggørelse af udbuddet.

Efter offentliggørelse til klageindgivelse.

Fra klageindgivelse til afslutning af sagen.

På baggrund af Udbudsrådets rapport fra 2011 fremgår det at ordregivers transaktionsomkostninger fordeler sig skævt over de 3 faser.⁹⁷ Det viser sig at ordregiver tilpasser sit udbudsmateriale på baggrund af markedet, og derfor bruges mange resurser på at scanne markedet og på et overordnet plan, at finde ud af, hvilke løsninger de forskellige tilbudsgivere kan tilbyde. Dette gøres igennem dialog før offentliggørelse af udbuddet. I denne fase er der desuden positive erfaringer med, at indhente udbudskonsulenter til at varetage den videre proces. Dette gør sig navnlig gældende, når der er behov for mere komplekse ydelser. Indhentning af ex house ekspertise kan være dyrt, men det fremgår af analysen, at omkostningerne er givet godt ud. Særligt ved udarbejdning af selve udbudsmaterialet er udgifterne til specialister givet godt ud. Navnlig ved de mere komplekse udbud vil transaktionsomkostninger brugt i denne del af processen have en positiv effekt på transaktionsomkostninger senere hen. Dette gør sig gældende særligt, fordi upræcise eller uigennemsigtige tildelingskriterier er en af hovedårsagerne til klager.⁹⁸ Som et eksempel kan der nævnes at Forsvarets materieltjeneste har et fast samarbejde med Kammeradvokaten om gennemgang af udbudsmaterialet før en udbudsbekendtgørelse bliver offentliggjort.

Efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, er der en del transaktionsomkostninger i forbindelse med dialogmøder med tilbudsgiveres spørgsmål/svar. Det vil også være i denne fase, at det går op for ordregiveren, hvis man har lavet fejl i udbudsbetingelserne. Endelig er der en del omkostninger forbundet med selve tilbudsvurderingen. Det fremgår af udbudsrådet analyse, at tildeling af kontrakter til tilbudsgivere, der har afgivet ukonditionsmæssige tilbud er en stor kilde til klager.⁹⁹ Ukonditionsmæssighed kan bl.a. fremgå af at ordregiver har accepteret tilbud, der ikke

⁹⁷ Udbudsrådet 2011 s. 19

⁹⁸ Udbudsrådet 2012 s. 33

⁹⁹ Udbudsrådet 2012 s. 38

lever op til mindstekrav i udbudsbetingelserne eller indeholder forbehold for ”grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne”. Accept af sådanne ukonditionsmæssige tilbud er en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne og kan ligesom andre væsentlige overtrædelser medføre alvorlige konsekvenser, hvis forbigået tilbudsgivere klager. Som retstillingen er på nuværende tidspunkt, forelægger der ikke noget pligt for ordregiver til, at kontrollere at tilbudsmaterialet er konditionsmæssigt. Det har været fremført af udbudsrådet, at pålægge ordregiver en pligt til en sådan kontrol, bl.a. for at undgå, at de accepterer ukonditionsmæssige tilbud. Dette vil dog efter min mening medføre uhensigtsmæssige transaktionsomkostninger i denne del af udbudsprocessen. Udgangspunktet må være, at man fra ordregivers side kun gennemgår det materiale fra den tilbudsgiver, som man har intentioner om, at tildele kontrakten til.

Forud for en indgivelse af klage vil der typisk komme begæring om aktindsigt fra tilbudsgivere, der overvejer at klage. Det fremgår af udbudsrådets analyse, at der er betydelig transaktionsomkostninger forbundet med aktindsigt.¹⁰⁰ Det er tidskrævende for ordregiver, når man skal svare på de spørgsmål, der kommer, heri ligger desuden at man skal gennemgå materialet for, at undgå at fortrolige/hemmelighedsstempelt oplysninger bliver lækket. Nogle kommuner har ligefrem brugt resurser på løbende at forberede materiale, så man nemmere kan imødekomme aktindsigt og klager. Dette er en transaktionsomkostning, som disse kommuner åbenbart har vurderet er nødvendigt, men det er en tabt investering i alle de tilfælde, hvor der ikke kommer begæring om aktindsigt eller bliver afgivet klage.

Vi har nu beskrevet hvilke transaktionsomkostninger der typisk opstår for såvel tilbudsgivere, som ordregivere. Begge aktører har et ønske om, at reducere disse omkostninger så meget som muligt. Det er desuden beskrevet i transaktionsteorien, at aktørerne er opportunistiske, dvs. man vil søge at reducere sine omkostninger eller maksimere sin profit, selvom dette fx vil medføre andre spillere et højere tab end den opnåede gevinst. Dette er efter min mening sandt, når vi taler om tilbudsgivere.

¹⁰⁰ Udbudsrådet 2011 s. 43

I det næste afsnit vil jeg forklare ud fra en markedsstrategisk betragtning, hvorfor der er en divergens imellem den forbigåede tilbudsgivers interesser og ordregivers interesser, og i forlængelse heraf samfundets interesser.

3.5.3 Den forbigået tilbudsgivers strategiske valg.

Som jeg har beskrevet i ovenstående afsnit, afholder tilbudsgiver transaktions- omkostninger på at komme i betragtning og udarbejde tilbud på offentlige udbud. Det er klart, at hvis man ikke får tildelt kontrakten, vil man, som forbigået tilbudsgiver se på, om det er muligt at få dækket sine omkostninger, som er blevet afholdt i fasen ex ante kontrakttildelingen. Dette kan kun gøres ved, at indlevere en klage. Man vil overveje om det er det værd, at investere yderligere resurser i aktindsigt og arbejdstimer i, at kigge udbudsmaterialet og ordregivers tildelingsbeslutning igennem for, at vurdere om der er grundlag for, at starte en sag. Hvis først tilbudsgiver har vurderet, at der er fundet en overtrædelse sted, vil han kun have incitament til, at starte en klagesag. Hvis vi antager at tilbudsgivers juridiske vurdering af situationen er korrekt og at der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne, er der kun positive udfald af at klage.

Disse udfald kan alt efter overtrædelsens karakter være forskellige. Tilbudsgiver kan nedlægge påstand om negativ kontraktinteresse og få dækket sine transaktionsomkostninger, hvis der er grundlag for at få erstatning. Han kan nedlægge påstand om positiv opfyldelsesinteresse, hvis han kan gøre gældende med overvejende sandsynlighed, at han ville have fået tildelt kontrakten, hvis ikke overtrædelsen havde fundet sted. Dette er nemmest at gøre gældende i udbud, hvor der i tildelingskriterierne er anført laveste pris. Udover krav om erstatning, vil klager typisk også nedlægge påstand om, hvilke sanktioner ordregiver bør pålægges. Dette vil typisk være begæring om annullation af tildeling, da det er i klagers interesse, at få en chance mere for, at få tildelt kontrakten.

Det har i udbudsrådets rapport fra 2011 været fremført, at tilbudsgiver i nogle tilfælde har afholdt sig fra, at klage over overtrædelser, fordi de frygtede at deres forhold til ordregiveren ville lide skade og at de derfor ville få svære ved, at få tildelt kontrakter i fremtiden. Dette står i kontrast til de helt åbenlyse incitamenten den forbigået tilbudsgiver har til at klage, hvis han vurderer der er

grundlag for en sag. Det er efter min vurdering heller ikke et argument, man skal lægge for meget vægt på, da tilbudsgivere i teorien er beskyttet imod diskriminering af særligt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Forbigået tilbudsgivere har altså stærke økonomiske incitamenters til at klage, når det er vurderet at udbudsreglerne ikke er blevet overholdt. Dette er ud fra et håndhævelsesmæssigt synspunkt ønskværdigt, men ikke ud fra et økonomisk synspunkt.

Negative value suits: Et reelt problem for ordregiver fremadrettet?

SKI har i forbindelse med embedsmandsudvalgets anbefalinger til lov nr. 511 af 27. maj 2013 om ændring af håndhævelsesloven og lov nr. 550 af 29. maj 2013, udtalt om de nye tiltag, at: ”Årsagen er, at det vil mindske de klagesager, som fremsættes for at chikanere og forhale udbudsprocessen, selv om der ikke er et reelt udbudsretligt problem.”¹⁰¹ Disse typer af klagesager er kendetegnet ved, at en forbigået tilbudsgiver klager, selvom grundlaget er svagt. I teorien kan dette betale sig for at påføre konkurrerende virksomheder udgifter i forbindelse med forsinkelse af udbudsprocessen. Dette har følgelig også en residual negativ effekt i form af stigende transaktionsomkostninger for ordregiver. Forudsat at der ikke er nogen overtrædelser af udbudsreglerne, har en ubegrundet klage før 2013, haft de konsekvenser at klageren i teorien kunne sætte udbudsprocessen i stå i op til 40 dage. (10 dages standstill periode og max 30 dages behandlingstid af klagenævnets vurdering om yderligere opsættende virkning jf. Håndhævelsesloven § 3 stk. 1)

Incitamentet til at iværksætte en sådan klagesag vil være til stede, når klager vurderer, at de gavnlige markedsstrategiske effekter ved, at forhale udbudsprocessen er større end de negative effekter af transaktionsomkostningerne ved, at føre sagen og ikke få medhold. Der er efter min mening dog en række forhold, der taler imod at *negative value suits* vil udgøre et reelt problem særligt efter de seneste lovændringer. Lad os først tage de seneste lovændringer i betragtning, når vi antager at der bliver klaget i et udbud, hvor der ikke er sket en væsentlig overtrædelse. Klagers transaktionsomkostninger er siden d.1 juni blevet forhøjet ved, at indlede sagen (klagenævnsbekendtgørelsen § 5 stk. 4), forudsat der er tale om EU-udbud. Derudover vil klager blive påbudt at dække ordregivers sagsomkostninger (klagenævnsbekendtgørelsen § 9 stk. 4).

¹⁰¹ ”Virksomheder for sværere ved at klage over udbud” Børsen 11.januar 2013 side 8

Disse to faktorer er, som jeg har behandlet i ovenstående afsnit, ikke altid de afgørende faktorer, klagegebyret er fast og sagsomkostningerne kan maksimalt beløbe sig til 75.000kr. for klageren. Det vil have mindre betydning for store virksomheder, men er klageren en SMV med begrænsede ressourcer til rådighed kan omkostningerne opveje de konkurrencemæssige fordele, der opstår ved at forhale udbudsprocessen for konkurrenten. Man kan diskutere om der faktisk med ændring af klagenævnsbekendtgørelsens § 9 stk. 4 er skabt en barriere for SMV'er, der overvejer at klage.

Med den seneste lovændring til håndhævelsesloven er der i § 10 stk. 2 indsat hjemmel for klagenævnet at "*afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvis*". Dette betyder at klagenævnet får beføjelse til, at afvise "åbenlyse ubegrundede klager" og man har nu hjemmel til, at afvise både klager med formelle mangler og klager, der ikke har den nødvendige materielle substans. Der findes ikke noget retspraksis, hvor håndhævelseslovens § 10 stk. 2 er blevet taget i betragtning, så det er svært at afgøre på nuværende tidspunkt, hvordan klagenævnet vil tolke bestemmelsen. Det fremgår af spørgsmål i forbindelse med udvalgsbehandlingen til L 153, at der har været bekymring for, hvorledes at det vil svække virksomheders retstilling at klagenævnet over én kam kan afvise klager. Ministeren svarede hertil, at der allerede før bestemmelsens vedtagelse var fastlagt en retspraksis på området og at bestemmelsen bare er en kodificering af denne retspraksis. I praksis beror det på en konkret vurdering af den pågældende retsformand, at tage stilling til om en klage kan afvises eller afgøres i realiteten helt eller delvis. Det er min vurdering, at bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende, så det kun i de særlige tilfælde, hvor der ikke vil være nogen usikkerhed om, hvorvidt der har fundet nogen overtrædelse sted. Desto mere komplekst udbuddet er, desto mindre sandsynligt vil det være, at man med sikkerhed kan fastslå, at der ikke er et grundlag for en klagesag. Jeg vil ikke gå dybere ind i dette spørgsmål, men springe tilbage til den markedsstrategiske diskussion og tilføje, at et *negative value suit* forudsætter klager har godtgjort, at der i det mindste vil være tvivl om, hvorvidt der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne.

Negative value suits illustreret ved spilteori

Lad os betragte et marked med fuld information. Markedet består af 2 private virksomheder og Ordregiver. Virksomhederne er opportunistiske, ordregiver kan ikke tillade sig at være

opportunistisk i samme grad, men har stadig sin egen omkostningsminimering for øje. Spillet køres i 2 runder, hvor parterne beholder erfaring fra første runde. Virksomhed A kan byde og ikke byde. Virksomhed B kan klage eller ikke klage. Ordregiver har i første runde ikke noget valg, men kan i anden runde vælge enten, at allokere ekstra resurser ex ante kontrakttildelingen eller at få løst opgaven *in-house*.

Runde 1

Ordregiver udbyder en kontrakt og tildeler den til virksomhed A (medkontrahent), som kan opnå en fortjeneste på 6. Senere viser det sig at udbudsmaterialet indeholder en uvæsentlig mangel. B (klager) bruger 1 resurse på, at finde ud af dette ved hjælp af aktindsigt og bruger 1 resurse mere på, at klage i standstill perioden. Der bliver automatisk tillagt opsættende virkning og der går to uger inden klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om yderligere opsættende virkning og afvist dette med begrundelse af manglende *fumus boni juri*. B trækker derefter sin klage tilbage for, at undgå yderligere omkostninger velvidende, at han ikke vil have mulighed for at få erstatning. I mellemtiden er A og O (ordregiver) hver især blevet påført 3 i skade, som følge af forsinkelsen. Klager har opnået en konkurrencefordel på 1 resurse, men har påført kontraktparterne omkostninger på 6 og har selv tabt 2. Denne simulering illustrerer, at klageren med sin adfærd, der binder i konkurrencemæssige forhold, påfører ikke kun sin konkurrent, men også det offentlige og sig selv omkostninger ved sin opportunistiske adfærd og samlet set er der kommet et transaktionsomkostningsspild på 2 ved, at udbyde kontrakten. Det er værd at understrege, at dette er en optimal strategi for B, men set ud fra en nyttebetragtning for samfundet generelt er det ikke et ønskværdigt scenarie. Lad os gentage simuleringen, men denne gang kender parterne til resultatet af runde 1.

Runde 2

A's valg ændrer sig ikke, han vil stadig byde og opnå en fortjeneste på 6 ved, at få tildelt kontrakten, velvidende at han vil tabe 3, hvis B klager. B vil stadig bruge 2 på at klage for, at påføre sin konkurrent et tab på 3 og opnå en konkurrencefordel på 1, hvis han stadig har muligheden. Lad os dog nu sige, at O kan bruge 2 resurser på at sikre at udbudsmaterialet lever op til loven og at processen ex ante kontrakttildeling forløber uden overtrædelser af nogen art. O vil

allokere 2 ekstra resurser på, at sikre sig imod klager og B vil ikke have noget grundlag for at klage længere. A vil vinde 6, B vil vinde 0 og O vil tabe 2. Samlet set har vi en gevinst på 4 og denne situation er at foretrække frem for situationen i runde 1. Den er dog ikke optimal for alle parter. O har stadig et tab på 2. Det kunne være fordelagtigt for O, at overveje at få leveret varen eller ydelsen *in-house*, hvis det er muligt.

Sammenfatning

Jeg har i teorien beskrevet hvordan en forbigået tilbudsgiver ud fra markedsstrategiske overvejelser har incitament til, at klage og påføre sig selv og andre omkostninger, selvom der ikke er udsigt til at få medhold. I de situationer, hvor der bliver klaget, bliver både ordregiver og medkontrahtenten påført ekstra omkostninger i form af forhaling af udbudsprocessen. Dette påvirker Ordregivers adfærd til enten, at bruge resurser på at sikre sig imod klager eller helt, at lade være med at udbyde kontrakten, hvis dette er en mulighed.

Rent juridisk er der dog en mulighed for at klagenævnet kan afvise åbenlyse ubegrundede klager og dette indsnævrer i realiteten de situationer, hvor det både kan betale sig og er muligt at føre et *negative value suit*. Dertil kommer at stigende gebyr og muligheden for, at blive pålagt sagsomkostninger kan fjerne incitamentet for SMV'er.

3.5.4 Ordregivers tab i forbindelse med erstatning.

Formålet med dette afsnit er at klarlægge de erstatningsmæssige scenarier som ordregiver kan komme til at befinde sig i, det er således ikke min intention at lave en dybdegående analyse af samtlige erstatningsretlige problemstillinger i forhold til udbud af offentlige kontrakter, da dette formegentlig er et hovedemne i sig selv. Jeg vil tage udgangspunkt i de to typer af erstatningskrav, som ordregiver kan blive stillet overfor; nemlig erstatningskrav for tab i forbindelse med udarbejdning af tilbud og erstatningskrav i forbindelse med positiv opfyldelse.

Erstatningssager imod ordregiver kan enten blive rejst imod ordregiver ved klagenævnet eller ved de normale domstole. Klagenævnet er dog et forvaltningsretligt organ der har en afgrænset hjemmel til kun at behandle klager over ordregiver. Dette gør at klagenævnet ikke har kompetence til at behandle alle typer af erstatningskrav. Håndhævelsesloven § 1 afgrænser klagenavnets

funktionsområde, og klagenævnets hjemmel til at behandle klager i henhold til § 14, skal ses i sammenhæng med denne. Dette betyder at klagenævnet ikke har kompetence til at behandle erstatningsspørgsmål der udspringer af en allerede indgået kontrakt imellem ordregiver og medkontrahent. Klagenævnet har kompetence til efter påstand at tage stilling til spørgsmål om erstatning om negativ kontraktinteresse og positiv opfyldelsesinteresse, som følge af ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne. I henhold til håndhævelsesloven § 14 kan klagenævnet pålægge ordregiver, at yde erstatning til klagere for det tab, som de i forbindelse med ordregivers overtrædelse af de i § 1 stk. 2 nævnte regler er blevet påført. I forarbejderne til § 14 nævnes det, at erstatningsspørgsmål i øvrigt skal afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler, som hviler på obligationsretlige principper, derfor må der gælde at § 14 ikke udelukker, at forbigået tilbudsgivere kan søge erstatning ved de almindelige domstole i øvrigt. I forarbejderne til 2000 klagenævnsloven står der, at ordregivers forhold til forbigået tilbudsgivere ”*må bedømmes ud fra reglerne om erstatning i kontraktforhold, fordi ordregiveren har givet et gyldigt løfte om at tildele ordren på grundlag af på forhånd fastsatte kriterier.*”¹⁰²

Det erstatningsretlige system inden for udbudsretten bestående af klagenævnet og de almindelige domstole, bruger samme grundlæggende erstatningsretlige fremgangsmåde:

Ansvarsgrundlag

kausaltet og adækvans

Der skal være et tab

§ 14 stk. 2 indeholder lempede krav til bevisbyrde, hvis tabet vedrører overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet og kravet er erstatning af negativ kontraktinteresse. Jeg vil ganske kort opridse de tre krav set i et udbudsretligt lys.

Ad 1)

For at vurdere om der foreligger et ansvarsgrundlag, må man foretage en culpabedømmelse af ordregivers handlinger/overtrædelser. I en culpabedømmelse ligger der en subjektiv vurdering af

¹⁰² Morten Frank og Torkil Høg s. 220.

skadevolders uagtsomhed. Culpabedømmelsen på udbudsområdet er derimod objektiveret.¹⁰³ Det fremgår af litteraturen, at der er en vis uenighed om denne strenge bedømmelse af ordregivers ansvarsnorm. Nogle forfattere mener, at der skal lægges en nuanceret bedømmelse af ordregivers ansvarsgrundlag, *Claus Berg* fremhæver dog, at der i nyere retspraksis fra både EU domstolen og Højesteret, er anlagt en nærmest objektiveret culpabedømmelse, hvor der bare skal konstateres en overtrædelse af EU-udbudsreglerne. Der er en rimelig omfattende domspraksis, som understøtter dette.

Ad 2)

For at betingelsen om kausalitet er opfyldt, skal den klager/sagsøger gøre gældende, at der er en årsagssammenhæng imellem den skadevoldende handling og tabet som han har lidt. Ved bedømmelse af årsagssammenhængen i krav om negativ kontraktinteresse, beror vurdering navnlig, om den erstatningssøgende havde undladt at afgive tilbud hvis han havde været klar over ordregivers overtrædelser. Ved krav om erstatning om positiv opfyldelse skal den erstatningssøgende gøre gældende at han ville have fået kontrakten, hvis ikke ordregiver havde overtrådt udbudsreglerne.

Vurdering om adækvans er i praksis ikke så relevant i en udbudsretlig sammenhæng. Dette krav er primært en slags ”sikkerhedsventil” som skal sikre at skadevolder ikke kan blive pålagt at erstatte uforholdsmæssigt store tab. Der foreligger kun adækvans, hvis skadevolder har kunnet påregne at handlingen ville have medført den pågældende skade. I en udbudsretlige kontekst er tabet klart. Ved negativ kontraktinteresse er det udgifter til udarbejdelse af tilbud. Ved positiv opfyldelse er det den erstatningssøgendes nettofortjeneste, hvis han altså havde fået tildelt kontrakten.

Ad 3)

Tilbudsgiveren skal bevise han har lidt et erstatningsberettiget tab, dette betyder han kan få erstatning for omkostninger der er blevet afholdt direkte i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet. Det kan være problematisk præcis at opgøre hvad der er omkostninger i direkte

¹⁰³ Berg s. 892

forbindelse med tilbuddet og hvad der er indirekte omkostninger, dette beror på en kontrakt vurdering af klagenævnet eller domstolene. Har tilbudsgiveren ikke fremført de præcise udgifter han har haft i forbindelse med tilbudsgivningen, har klagenævnet i flere sager tilkendt denne et skønsmæssigt beløb.

Kumulative erstatningskrav af negativ kontraktinteresse som illustreret ved Ortos - sagen.



Med udgangspunkt i klagenævnets kendelse af 15. januar 2009¹⁰⁴, har klagenævnet tilkendt erstatning til 3 forbigået tilbudsgivere, for negativ kontraktinteresse i kendelserne af d. 14. december 2009 Ortos A/S mod Odense Kommune, d. 15. december Sahva A/S mod Odense kommune og d. 16. Konsortiet de Jysk - Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense kommune. I den oprindelige sag, som omhandlede et udbud af en rammeaftale om indkøb af ortopædisk udstyr, havde kommunen bl.a. overtrådt gennemsigtigheds- og lighedsprincippet ved bl.a. at have givet modstridende oplysninger i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Derudover havde ordregiveren desuden begået en række andre overtrædelser i selve tilbudsvurderingen. Det springende punkt i de tre kendelser om erstatning er klagenævnets

¹⁰⁴ Ortos A/S m.fl. mod Odense Kommune

vurdering om årsagssammenhæng. Efter indbringelse af klagen i den oprindelige sag annullerede Ordregiver selv udbuddet, hvilket set i lyset af overtrædelsernes karakter var lovligt.

I kendelsen af 14. december vedrørende Ortos A/S's erstatning, fandt klagenævnet først at tilbudsgiveren som havde erfaring med tidligere EU-udbud, måtte forventes at have kendskab til ordregivers overtrædelser af udbudsdirektivet i forbindelse med de modstridende oplysninger i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte: *"Efter karakteren af konstaterede overtrædelser ad påstand 1 og 4 lægger Klagenævnet til grund, at klageren enten var eller burde have været bekendt med disse overtrædelser:"*

I forbindelse med ordregivers andre overtrædelser i forbindelse med selve evalueringen af tilbuddene, fandt klagenævnet at der var årsagssammenhæng.

Klagenævnet udtalte om overtrædelserne som anført i påstand 5-9: *"Hvis klageren havde været bekendt med, at indklagede ikke ville foretage en lovlig evaluering af tilbuddene, er det overvejende sandsynligt, at klageren ville have undladt at afgive tilbud."*

Da indklagede ikke bestred erstatningens størrelse blev Odense kommune pålagt at betale 58.800 kr. i erstatning og 15.000 kr. i sagsomkostninger.

I kendelsen af 15. december vedrørende Sahva A/S's. gjorde Klagenævnet de samme forhold gældende, nemlig at der ikke var årsagssammenhæng imellem ordregivers overtrædelse af reglerne i forbindelse med de modstridende oplysninger i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og klagers tab. Klageren fik dog ligesom i sagen d. 14. december tilkendt erstatning på grundlag af ordregivers overtrædelser i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Sahva A/S fik tilkendt 17.125 kr. i erstatning som negativ kontraktinteresse og tilkendt 10.000kr af ordregiver til at dække sagsomkostningerne.

I kendelsen af 16. december fik klageren, konsortiet De Jysk – Fynske Bandagerier og Skomagerier tilkendt 13.125 i erstatning, som negativ kontraktinteresse og Odense Kommune skulle dække klagerens sagsomkostninger på 8000 kr. Angående klagenævnets vurdering af erstatningsspørgsmålet gjorde de samme forhold sig gældende her.

Der er i teorien ikke grænser for hvor mange erstatningsberettigede der kan føre krav imod ordregiver. Som følge af disse tre erstatningssager og sagsomkostningerne i den oprindelse sag d.15. januar blev Odense Kommune pålagt at betale i alt 152.000 kr. i erstatning og sagsomkostninger til klagerne. Udover dette beløb komme Odense kommunes egne transaktionsomkostninger i forbindelse med de i alt 4 sager, så man kan sige det blev en dyr fornøjelse. Derudover skal man huske på at udbuddet blev annulleret og kommunen skulle sandsynligvis iværksætte et nyt udbud, med de dertil hørende transaktionsomkostninger.

Positiv Opfyldelsesinteresse som illustreret ved Amager Strandpark - sagen

U 2011.1955 H . *Amager Strandpark* –sagen, handlede om udbud af en bygge- og anlægskontrakt med opgave til at anlægge Amager Strandpark. I udbudsbetingelserne have ordregiver, i stedet for AB 92's standardbestemmelser, anført at forskellige former for foranstaltninger mod vejr, vinterforanstaltninger etc. Skulle være indberegnet i tilbuddet. Samt at vejrforhold, kun i begrænset omfang kunne undskylde en forlængelse af fristen for entreprenørens arbejde. *Hoffmann/Boskalis JV* fik tildelt kontrakten, selvom de i deres tilbudsmateriale bare havde anført dansk byggeris standardforbehold i forbindelse med vejrforanstaltninger. Højesteret fandt at dansk byggeris standardforbehold var i strid med ordregivers forbehold, der ”*måtte anses for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.*”¹⁰⁵ Deraf følger det at *Hoffmann/Boskalis A/S* tilbud var ukonditionsmæssigt og at ordregiver ved, at have tildelt dem kontrakten havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og artikel 6 stk. 6 i det dagældende bygge- og anlægsgeset. Højesteret fandt at ordregiver pga. karakteren af overtrædelsen havde handlet ansvarspådragende og at sagsøger ville have fået tildelt entreprisen, hvis ikke ordregiver have accepteret det ukonditionsmæssige tilbud. Derfor kunne sagsøgeren *Per Aarsleff A/S* skønmæssigt få tilkendt 8 millioner for sit tab i forbindelse med mistet dækningsbidrag, altså positiv opfyldelsesinteresse. Det interessante i denne dom syntes at være, at en banal uoverensstemmelse mellem tilbudsgiverens forbehold og ordregivers forbehold angående vejrlig foranstaltninger, kunne føre til at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Nu kalder jeg det banalt, Højesteret fandt jo at der var en væsentlig uoverensstemmelse og det er jo det man må forholde sig til. Når tilbuddet er fundet

¹⁰⁵ S.1 U 2011.1955 H

ukonditionsmæssigt, følger det selvfølgelig også, at tildeling af kontrakten til et sådan tilbud vil være en klar overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Det forekommer mig interessant, at Højesteret finder at ordregiverens forbehold mht. vejrlig foranstaltninger udgør et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. *Claus Berg* er også inde på dette på s. 896 og nævner, at Landsretten havde en anden opfattelse end højesteret på dette område. Ikke desto mindre har Højesteretsdommen jo større retskildeværdi. Denne dom understøtter altså en meget skærpet ansvarsnorm. Claus Berg mener at efter den seneste udvikling i rets - og klagenævnspraksis vil, der som udgangspunkt foreligge det fornødne ansvarsgrundlag alene i kraft af en konstatering af overtrædelser af udbudsreglerne. Altså et næsten objektivi ansvar.

Det er følger i sagens natur af den erstatningsretlige vurdering af positiv opfyldelse, at der aldrig kan være mere end én erstatningsberettiget. Den erstatningssøgende skal jo påvise at han med overvejende sandsynlighed ville have fået tildelt kontrakten, hvis den pågældende overtrædelse havde fundet sted. Dette er alt andet lige lettere for den erstatningssøgende at gøre gældende, hvis tildelingskriteriet er laveste pris, end hvis det er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Sammenfatning

Vi har fået illustreret at selv banale fejl i tilbudsevalueringen. Eller forskel imellem en tilbudsgivers forbehold og ordregivers forbehold i udbudsbetingelser, som fører til accept af et ukonditionsmæssigt tilbud, kan medføre store omkostninger for ordregiver i form af erstatning til forbigået tilbudsgivere. Med de to ovenstående eksempler på erstatning af negativ kontraktinteresse og positiv opfyldelsesinteresse, må det være ordregivers prioritet at satse på at allokere flere ressourcer til at sikre at processen forløber uden overtrædelser af udbudsreglerne. De ekstra transaktionsomkostninger der bliver brugt ex ante en kontrakttildeling, vil kunne sikre ordregiver imod utilfredse tilbudsgivere og de retlige skridt som deraf følger, såsom aktindsigt og klagesager.

4 Konklusion

Siden Alcatel dommen og den efterfølgende traktatbrudssag imod Østrig, er den internationale samt den nationale håndhævelse af udbudsretten blevet gradvist blevet mere effektiv. Det viste sig der var behov for regler, der gjorde det muligt at stoppe ulovlige beslutninger før

kontraktindgåelsen. Ved den danske indførelse af en standstill periode i 2006, blev der taget et skridt i den rigtige retning. Med ændringsdirektivet til de to oprindelige kontroldirektiver, kom der i 2007 nye regler, som skulle støtte håndhævelsen generelt og gøre standstill perioden mere effektiv. Disse regler blev i form af Håndhævelsesloven implementeret i dansk ret i 2010 med forsinkelse. Med indførelse af automatisk opsættende virkning for klager afgivet i standstill perioden, blev den prækontraktuelle håndhævelse gjort yderligere effektiv. En klage i denne 10 dages periode mellem tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelse medfører i første omgang at udbudsprocessen sættes i stå indtil klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om yderligere opsættende virkning, hvilket kan tage op til 30 dage. Hvis ordregiver beslutter sig for, at indgå kontrakt på i denne interimperiode træder de strenge regler om uvirksomhed i kraft. Man har før vedtagelsen af automatisk opsættende virkning i Danmark i 2010, haft muligheden for at tillægge en klage opsættende. Retspraksis har dog vist sig at være særdeles restriktiv, både på EU – retligt plan, og på nationalt plan i Danmark. Faktisk har Klagenævnet kun tillagt klager opsættende virkning i 12 kendelser ud af mange hundrede kendelser, i perioden 2005 – 2012. Dette hænger sammen med et strengt krav i form af uopsættelighed. Det har i den forbindelse været diskuteret hvorvidt denne strenge praksis er i strid med det EU – retlige effektivitetsprincip. Klagenævnet har dog i sin praksis fulgt samme linje som retten i første instans, og hvis man tager de omfattende omkostninger med i sin betragtning, som man i den forbindelse påfører ordregiver, giver det god mening at have en restriktiv praksis.

Den post kontraktuelle håndhævelse styrket med de nye regler om uvirksomhed. Med indførelse af disse regler har klagenævnet fået kompetence til at erklære ulovligt direkte indgåede kontrakter for uden virkning. Dette er en forvaltningsretlig afgørelse, hvor klagenævnet kan påbyde den ordregivende myndighed at opsige en indgået kontrakt med sin medkontrahent. Dette kan medføre erstatningskrav fra medkontrahenten og kan derfor blive omkostningstungt for ordregiver. Der har været enkelte sager hvor reglerne om uvirksomhed er blevet brugt i klagers påstand, men nærmere behandling af sagen har vist sig at man befandt sig uden for anvendelsesområdet af Håndhævelsesloven § 16 og 17. Kombination af alle disse nye tiltag inden for håndhævelses af udbudsretten har betydet at klagers retsstilling er blevet forbedret væsentligt.

Jeg har haft en tese om at klagesystem måske var blevet for lempeligt for klagerne og at dette har medført u hensigtsmæssige omkostninger for ordregiverne. Derfor undersøgte jeg udviklingen af klager og kunne umiddelbart se at der har været en stor stigning i klager, og at en stor andel af disse har været uden substans. Jeg kunne se at stigning i klager stoppede i 2011, hvor netop klagegebyret blev forhøjet. Derfor undersøgte jeg om der er en statistisk sammenhæng imellem klagegebyrets forhøjelse og udviklingen i klager igennem perioden 2005 – 2012. Hvis jeg kunne påvise en klar sammenhæng kunne jeg udlede at klagegebyret havde udgjort en effektiv foranstaltning imod den stigende klagekultur. Min statistiske analyse viste dog ikke noget klart resultat. Jeg kunne se at der var en sammenhæng, men denne var relativt svag, og derfor kunne jeg ikke konkludere at der var kausalitet i mellem klagegebyrets stigning og udviklingen i klagerne.

Jeg anlagde derfor en retsøkonomisk indgangsvinkel og tog udgangspunkt i Shavell's retsteoretiske incitamentsteorier. Jeg kom her frem til samme resultat, nemlig at klagegebyrets størrelse havde en effekt på klagerens incitament til at klage, men at dette ikke var den udslagsgivende faktor. Sagsomkostninger og klagers vurdering af sine chancer for at få medhold var begge meget mere udslagsgivende.

Endelig undersøgte jeg ordregivers omkostninger i forbindelse med klagesager ud fra en transaktionsanalytisk tilgang. Jeg fandt ud af at der faktisk er nogle ret omfattende transaktionsomkostninger i forbindelse med de forskellige scenarier, som ordregiver kan risikere at befinde sig i. Ordregivers agtpågivenheds niveau skal i teorien være højere end tilbudsgivernes, igennem hele udbudsprocessen. En tilbudsgiver risikerer ved overtrædelse af reglerne kun at hans tilbud bliver betragtet som ukonditionsmæssigt, og han mister derved de transaktionsomkostninger som han har afholdt i forbindelse med udarbejdelse af tilbuddet. Ordregivers fejl i alle faser af udbudsprocessen, kan medføre at store omkostninger i form af transaktionsomkostninger til aktindsigt, klager og erstatningskrav om både negativ kontraktinteresse og positiv opfyldelse. Dette er væsentlige risikomomenter, som ordregiver har in mente og dette kan føre til overvejelser om in-house levering.

Lovgiver har med den seneste ændring af Håndhævelsesloven og klagenævnsbekendtgørelsen i juni 2013 erkendt, at klagekulturen har haft væsentlige negative implikationer på ordregivers situation. Man har forhøjet klagegebyret yderligere og på andre punkter forbedret ordregiver position i klagesager. Der har under lovforslagets gennemgang i folketinget været anført kritik af at lovændringerne har været for fokuseret på at nedbringe antallet af klager og i forbindelse herved forringet SMV'ers retsstilling. Særligt muligheden for at pålægge klager en del eller alle sagsomkostningerne har været kritiseret. Klagenævnet for Udbud er dog også det første forvaltningsretlige organ der har fået kompetence til dette, og man bryder dermed med en tradition om at klageinstanser skal tilbyde billige klagemuligheder for borgerne.

Litteraturliste

Begrebsforklaringer

Domstolen – EU - domstolen

Effet Utile – Princippet om effektiv judiciel håndhævelse

Traktaten – Lissabon Traktaten

B-ydelser – Tjenesteydelser omfattet af UD bilag II B eller FVD bilag XVII B.

Fumus Boni Juri – Delkriterium som bl.a. klagenævnet bruger til afgøre om en klage skal have opsættende virkning.

SMV – Små og Mellemstore Virksomheder

Dansk Lovgivning

Håndhævelsesloven, lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., som ændret ved § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, som ændret ved lov nr. 618 af 14/06/2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012 og lov nr. 511 af 27. maj 2013.

Tilbudsloven, Lovbekendtgørelse nr 1410 af 7. december 2007, som ændret ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 og lov nr. 1234 af 18. december 2012.

Klagenævnsbekendtgørelsen, Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, BEK nr. 887 af 11. august 2011, som ændret ved bekendtgørelse nr. 550 af 29. maj 2013.

EU Lovgivning

TEUF Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde, konsolideret i Lissabon, 13. Dec 2007.

Kontroldirektiverne, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Udbudsdirektivet, rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004, om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Domsregister

EU-domme

CILFIT, C-283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sunhedsministeriet, domstolens dom af 6. oktober 1982.

ALCATEL, C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mod Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr

Parking Brixen C-458/03 Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG

Überschär 810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.

Zambrano C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano mod Office national de l'emploi (ONEm),

An – Post C-507/03, Kommissionen mod Irland

Lottmatica C-272/91 Kommissionen mod Italien, Saml 1994 I-1409.

Globe Rettens kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, *Globe SA* mod kommissionen

Capgemini Nederland Rettens kendelse af 31. januar 2005 i sag T-447/04 R, *Capgemini Nederland BV* mod Kommissionen

Deloitte Business Advisory Rettens kendelse af 20. september 2005 i sag T-195/05 R, *Deloitte Business Advisory* mod Kommissionen

Computer Resources International S.A Rettens kendelse af 5. oktober 2011 sag T-442/11 R
Computer Resources International S.A mod Kommissionen

Kommissionen mod Tyskland C-503/04, Kommissionen mod Tyskland

Wall AG C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main m.fl.

Stadt Halle C-26/03, Stadt Halle mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und
Energieverwertungsanlage TREA Leuna

Dansk Retspraksis

Kuwait Petroleum Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2007, *Kuwait Petroleum A/S* mod
Sønderborg Kommune.

Proffice Klagenævnets kendelse af den 23. januar 2012 *Proffice A/S* mod Statens og Kommunernes
Indkøbsservice A/S (SKI)

MET 4 JV Cityringen Tender Office Klagenævnets kendelse af 2. januar 2011, *MET 4 JV*
Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S.

Alfa Laval Nordic A/S klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S

Mölnlycke Health Care ApS klagenævnets kendelse af 4. august 2009 Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovestaden

BKI foods A/S klagenævnets kendelse af 29. september 2010 BKI foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste

Technicomm A/S klagenævnets kendelse af 9. Marts 1999 Technicomm A/S mod DSB

KMD A/S klagenævnets kendelse af 16. juni 2010 KMD A/S mod Middelfart Kommune

Taxa Stig klagenævnets kendelse af 3. maj 2005 Taxa Stig m.fl. mod Vestsjællands Amt.

Holm & Halby A/S klagenævnets kendelse af 14. december 2011 Holm & Halby A/S mod Aarhus Universitet.

Østre Landsrets dom af 22. september 2008 Taxa Stig mod Region Sjælland.

Amager Strandpark-sagen U 2011.1955 H Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

Ortos klagenævnets kendelse af 15. januar 2009 Ortos A/S m.fl. mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 14. december 2009 Ortos A/S mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 15. december 2009 Sahva A/S mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 16. december 2009 Konsortiet de Jysk – Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune.

Litteraturliste

Bøger

Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D. 2008 *Retskilder & Retsteorier* Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2. reviderede udgave.

Sørensen, Karsten E. & Nielsen, Poul R. 2008 *EU-Retten* Jurist- og Økonomforbundets Forlag 4. udgave.

Kaltoft, Jesper & Pedersen, Claus K *Tilbudsloven – Offentlige kontrakter* Forlaget Thomson 2. Udgave.

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth 2010 *EU – Ret* Thomson Reuters 6. revideret udgave.

Berg, Claus *Udbudsret i Byggeriet* 2012 Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Frank, Morten & Høg Torkil 2011 *Håndhævelsesloven med kommentarer* Karnov 1. udgave

Shavel, Steven 2004 *Foundation of economic analysis of law* The Belknap press of Harvard university press

Sornn-Friese Henrik 2010 *Hvad er en virksomhed – Erhvervsøkonomisk teori og analyse* Forlaget Samfundslitteratur

Williamson, Oliver E. 1993 *The economic analysis of institutions and organisations – in general and with respect to country studies*. University of California, Berkely

Artikler

Thorup, Kirsten & Hansen, Mette Frimodt UfR 2010 B.303 Standstill- og opsættende virkning.

Hansen, Carina Risvig Treaty requirements for contracts "outside" the procurement directives

Bendsen, Jørgen Virksomheder for sværere ved at klage over udbud Børsen 11.januar 2013 side 8

Websites

EU-domstolen www.curia.europa.eu

Klagenævnet www.klfu.dk

TEUF <http://www.euo.dk/dokumenter/traktat/TEUF>

Thomson.dk

Hpros.dk

Folketinget.dk

Rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud, December 2012(klagenævnsrapporten): <http://www.evm.dk/~media/oem/pdf/2012/pressemeddelelser-2012/21-12-12-bedre-klagesystem-for-udbud/rapport-om-serviceeftersyn-af-det-danske-klagesystem-for-udbud.ashx>

Udbudsrådets rapport fra december 2011: ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”

http://www.rops.dk/fileadmin/user_upload/Rapporter/Analyse_af_transaktionsomkostninger_ved_udbud.pdf

Udbudsrådets analyse 2012: Klagemønstret i udbudsklagesager

http://www.udbudsraadet.dk/fileadmin/user_upload/Rapporter/Klagemoenstret/Analyse_af_klagemoenstret_i_udbudsklagesager.pdf