

C-19/13, Fastweb - fra et tilbudsgiverperspektiv

Dansk Forening for Udbudsret, 30. september 2014

Anders Birkelund Nielsen, Partner
abn@bechbruun.com

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Fortolkning af betingelsen om, at "ordregiveren finder"

- Udgangspunktet er simpelt:
 - ♦ En kontrakt kan ikke erklæres for uden virkning, når de tre betingelser i kontroldirektivets art. 2d, stk. 4 (håndhævelseslovens § 4, stk. 1) er opfyldt
- Hvornår er betingelsen - at "ordregiveren finder", at kontrakten kan indgås uden udbud - opfyldt?
- Generaladvokaten (punkt 80):
 - ♦ "I therefore consider it essential that, in the course of its verification of the conditions laid down in Article 2d(4) of Directive 89/665, the review body assess the conduct of the contracting authority. In my view, it should, in particular, determine whether the contracting authority acted in good faith and with due diligence when concluding the contract and whether the reasons it has given for awarding the contract [...] without publishing a contract notice in the Official Journal are or were legitimate"
- Domstolen (præmis 50):
 - ♦ "Den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, er [...] forpligtet til [...] at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere (could legitimately hold), at betingelserne [...] faktisk var opfyldt"

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Fortolkning af betingelsen om, at "ordregiveren finder" (fortsat)

- Hvordan skal dommen forstås?
 - ♦ Det fremgår direkte af bestemmelsen, at betingelsen er, at "ordregiveren finder" (indikerer en subjektiv vurdering)
 - ♦ Domstolen angiver nu, at det skal vurderes, om ordregiveren har udvist "den fornødne omhu", og (måske) om ordregiveren var berettiget til at forvente, at kontrakten kunne indgås uden udbud
 - Overvejelse
 - ♦ Skal der foretages en objektiv vurdering, forstået på den måde, at klageinstansen skal vurdere, om en tilstrækkelig grundig myndighed burde have vidst at kontrakten var udbudspligtig), eller
 - ♦ ... skal der foretages en mere subjektiv vurdering, således at det afgørende bliver, A) om ordregiveren konkret og reelt var i "god tro" og B) om ordregiveren - omstændighederne taget i betragtning - har foretaget en tilstrækkelig grundig vurdering?
 - ♦ Næppe stor forskel i realiteten
 - Konsekvens
 - ♦ Der skal foretages en meget grundig vurdering, hvis ordregiver ved indrykning af en profylakse-bekendtgørelse ønsker beskyttelse mod sanktionen "uden virkning"
-

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Skærpede krav til begrundelsen

- Begrundelsen indeholdt i profylaksebekendtgørelsen er nu helt central
 - Domstolen (præmis 48 og 51)
 - ♦ "... skal den nævnte begrundelse klart og utvetydigt angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter under fuldt kendskab til sagen (with full knowledge of the relevant facts) at afgøre, om sagen skal indbringes for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol"
 - ♦ "Blandt de forhold, som denne instans [...] skal tage hensyn til, fremgår de omstændigheder og grunde, som er nævnt i den i artikel 2d, stk. 4, andet led i direktiv 89/665 fastsatte bekendtgørelse ..."
 - Hvordan skal dommen forstås?
 - ♦ Begrundelseskravet er (tilsyneladende) meget omfattende (juridisk vurdering og relevant faktum)
 - ♦ Enhver *korrekt* begrundelse holder naturligvis, **men** ordregiver kan formentlig ikke påberåbe sig en ikke-anført (ikke korrekt) begrundelse, som grundlag for, at ordregiver har udvist "den fornødne omhu"
 - Overvejelse
 - ♦ Skal *alle* præmisser for vurderingen med i bekendtgørelsen?
-

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Virker systemet?

- Sagens andet spørgsmål lagde op til en mere generel vurdering af, om systemet med profylaksebekendtgørelser og en kort standstill-periode strider mod retten til en effektiv domstolsbeskyttelse
 - ♦ Helt specifikt synes Fastweb at have gjort gældende, at en profylaksebekendtgørelse og 10 dages standstill ikke gjorde det muligt for potentielle tilbudsgivere (konkurrenter) at varetage deres interesser
 - Domstolen
 - ♦ Det er foreneligt med retten til en effektiv domstolsbeskyttelse, at der fastsættes rimelige præklusive søgsmålsfrister
 - ♦ Selv når standstill-perioden på 10 dage er udløbet, kan skadelidte økonomiske aktører anlægge erstatningssag
 - ♦ Kontrol direktivet søger at forene de forskellige berørte parter interesser
 - Konklusion:
 - ♦ "Gennemgangen af det andet spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 2d, stk. 4 i [kontroldirektivet]"
 - ♦ Standstill-perioden på 10 dage er tilstrækkelig
-

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Virker systemet? (fortsat)

- Man kunne - set fra et tilbudsgiverperspektiv - have ønsket sig, at Domstolen var fremkommet med supplerende bemærkninger vedrørende betydningen indgivelse af en klage i den "frivillige" standstill-periode efter kontroldirektivets art. 2d, stk. 4 (håndhævelseslovens § 4, stk. 1)
 - ♦ Har en klage i den "frivillige" standstill-periode automatisk opsættende virkning?
 - ♦ Kontroldirektivets artikel 2, stk. 3: "Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5."
 - ♦ Klagenævnets praksis er (tilsyneladende), at en klage i denne standstill-periode ikke har automatisk opsættende virkning
-

C-19/13, Fastweb – supplerende bemærkninger

Hvilke klagefrister gælder?

- Hvis der er grundlag for konkludere, at betingelsen om "ordregiver finder" ikke er overholdt, er ordregiver ikke i sikker havn, selv om ordregiver venter med at indgå kontrakten til 10 dage efter offentliggørelse af profylaksebekendtgørelsen → Kontrakten kan stadig erklæres for "uden virkning"
- Men hvilke klagefrister gælder?
 - ♦ Den lovbestemte klagefrist er 30 dage efter offentliggørelse af en bekendtgørelse om indgået kontrakt, jf. håndhævelseslovens § 7, stk. 3
 - ♦ ... men, dette forudsætter efter bestemmelsens ordlyd, at ordregiver har "fulgt proceduren i § 4", hvilket der kan sættes spørgsmålstegn ved, hvis betingelsen om "ordregiver finder" ikke er overholdt
 - ♦ C-406/08, Uniplex (præmis 32): "Det følger heraf, at det i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 fastsatte formål vedrørende sikring af en effektiv mulighed for at indgive klage til prøvelse af tilsidesættelse af de bestemmelser, der finder anvendelse i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, kun kan opfyldes, hvis de frister, der er pålagt for at indgive disse klager, først begynder at løbe fra den dato, hvor sagsøgeren havde kendskab eller burde have haft kendskab til den angivelige tilsidesættelse af nævnte bestemmelser [...]"
 - ♦ Der kan formentlig - i nogle tilfælde - klages efter udløb af 30-dages fristen

Kontakt



Anders Birkelund Nielsen

Partner · København

EU-/konkurrenceret

T +45 72 27 34 04

M +45 25 26 34 04

E abn@bechbruun.com

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Værkmestergade 2
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai

Suite 1818, 18/F
No. 699 Nanjing West Road
Jing an District, 200041 Shanghai

T +45 72 27 00 00

F +45 72 27 00 27

E info@bechbruun.com

www.bechbruun.com