

Dansk Forening for Udbudsret – 23. maj 2013
EU's udbudsregler i forvaltningsretlig belysning

*Punktnedslag i krydsfeltet mellem udbudsret,
forvaltningsret og retspleje*

v/partner, advokat Morten Kroon

Klagenævnet for Udbud i forvaltningsretlig belysning

- › *”Klagenævnet for Udbud er en uafhængig administrativ klageinstans – et såkaldt ”domstolslignende klagenævn” – der ikke er undergivet instruktionsbeføjelser fra nogen. Klagenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene. Klagenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.”*

(www.klfu.dk)

- › *”Klagenævnet for Udbud er et administrativt rekursorgan og tilhører den offentlige forvaltning.*

Administrative rekursorganer er som udgangspunkt underlagt officialprincippet, men der findes rekursorganer, hvis sagsbehandling nærmer sig processen ved de almindelige domstole.”

(Bemærkningerne til lovforslag nr. L 204, fremsat 29. april 2011).

3 forvaltningsretlige emner:

- › Klagesager behandles som retssager – men med pligt for Klagenævnet til at oplyse sagen.
- › Er der begrænsninger i prøvelsen af det forvaltningsretlige skøn?
- › Klagenævnets enekompetence i forhold til andre forvaltningsmyndigheder?

Klagesager behandles som retssager – men med pligt for Klagenævnet til at oplyse sagen

- › Forvaltningsprincippet ctr. officialprincippet

Forhandlingsprincippet

- › *”Klagenævnet kan ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået og kan ikke tage hensyn til forhold som ikke er gjort gældende af den pågældende.”*

(Håndhævelseslovens § 10, stk. 2 og 3).

- › *”En sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, ...”*

(Håndhævelseslovens § 11, stk. 1).

Forhandlingsprincippet

- › *”Dette svarer til, hvad der gælder for de almindelige domstole i civile sager.*

...

... selv om klager grundet manglende aktindsigt på tidspunktet for klagens indbringelse, ikke har fået nedlagt alle relevante påstande, så har klager i lighed med i dag mulighed for at nedlægge nye eller revidere eksisterende påstande efterfølgende.”

(OEMs besvarelse af spm. 12 af 30. maj 2011).

- › *”... betyder, at Klagenævnet for Udbud er bundet af parternes påstande og kun kan tage hensyn til anbringender, der er gjort gældende. Klagenævnet kan dermed ikke længere bistå med formulering af brugbare påstande og faktiske og retlige forhold, som ikke vedrører parternes oprindelige påstande, ligesom klagenævnet ikke kan tage spørgsmål op af egen drift.”*

(Bemærkningerne til lovforslag nr. L204, fremsat 29. april 2011).

Forhandlingsprincippet

- › *”... også når det gælder grove overtrædelser, hvor sanktionen uden virkning kan eller skal anvendes, skal der være nedlagt en relevant påstand herom, før klagenævnet kan træffe afgørelse om spørgsmålet.”*

(OEMs supplerende høringsnotat af 16. maj 2011).

- › *”Der vurderes i øvrigt ikke at være behov for, at lovforslaget suppleres med en bestemmelse om, at en klage til klagenævnet skal indeholde påstande og anbringender. Det er således fast praksis, at klagenævnets afgørelser er opdelt i påstande og anbringender. Det fremgår da også af klagenævnets klagevejledning ...”*

(OEMs supplerende høringsnotat af 16. maj 2011).

Officialprincippet

- › *”Klagenævnet for Udbud kan kræve alle oplysninger, som skønnes nødvendige til vurderingen af, om de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2 og 3, er overholdt, eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af Klagenævnet for Udbuds kompetence.”*
(Håndhævelseslovens § 11, stk. 2).

- › *”Klagenævnet for Udbud kan pålægge daglige eller ugentlige tvangsbøder til den, der undlader at give Klagenævnet for Udbud oplysninger i henhold til § 11, stk. 2.”*
(Håndhævelseslovens § 24, stk. 2).

- › *”Klagenævnet for Udbud anmoder indklagede om at afgive en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt om at fremsende sagens dokumenter inden en af Klagenævnet for Udbud fastsat frist.*
Stk. 2. Klagenævnet for Udbud kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen ..., om at tilvejebringe oplysninger, der skønnes at have betydning for sagens bedømmelse. Fremkommer oplysningerne ikke inden en af Klagenævnet for Udbud fastsat frist, kan Klagenævnet for Udbud tillægge dette virkning til skade for den pågældende.”
(Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 6).

Officialprincippet

- › *”Klagenævnet vil fortsat kunne kræve enhver oplysning, som er nødvendig for at tilvejebringe et fyldestgørende faktisk og retligt grundlag, så klagenævnet kan træffe afgørelse i sagen i forhold til de nedlagte påstande og forhold, som er gjort gældende.”*

(Bemærkninger til lovforslag nr. L204, fremsat 29. april 2011).

- › *”...betyder ikke, at Klagenævnet er bundet af de fremlagte beviser. Klagenævnet har således som hidtil ansvaret for sagens oplysning og kan enten selv indhente oplysninger eller foranledige, at parterne fremskaffer oplysninger til brug for afgørelsen af en sag.”*

(Bemærkninger til lovforslag nr. L204, fremsat 29. april 2011).

Sagens oplysning i praksis

- › Aktindsigt
- › Processkrifter med bilag
- › Klagenævnet fremtvinger oplysninger med tvangsbøder
 - › er det forekommet?
- › Klagenævnet indhenter selv oplysninger
 - › er det forekommet?
- › Klagenævnet foranlediger, at parterne fremskaffer oplysninger

Eksempler fra Klagenævnets praksis

- › *”Der er trods klagenævnets opfordring hertil ikke fra klagernes side fremkommet oplysninger, som understøtter, at EUF-traktaten finder anvendelse, og der er heller ikke efter de øvrige oplysninger i sagen grundlag for at antage, at dette er tilfældet. Det EU-retlige lighedsprincip finder derfor ikke anvendelse. Klagenævnets kompetence omfatter ikke overholdelse af almindelige forvaltningsretlige principper, ...”*

(Kendelse af 10. januar 2012, Tandlægerne ... mod Frederikshavn Kommune).

- › *”Indklagede har på klagenævnets opfordring fremlagt ...’s udkast til rapport indeholdende ...”*

(Kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S).

Eksempler fra Klagenævnets praksis

- › *”På klagenævnets forespørgsel har klageren oplyst, at det rettelig er attachment 1, der henvises til. Klagenævnet har ikke kunnet identificere de pågældende oplysninger i det 88 sider lange attachment 1 dokument.”*

(Kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo STS SpA mod Banedanmark).

- › *”Klagenævnet har anmodet indklagede om at fremlægge skriftligt materiale, der afspejler brugerinddragelsen og de nævnte interne overvejelser ...”*

(Kendelse af 14. marts 2011, Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune).

”Legitimitetsprincippet”/”Retssikkerhedsprincippet”

Et sagkyndigt klageorgan

- › *”Tværtimod betragter klagenævnet det netop som afgørende for sin autoritet, at der medvirker sagkyndige i de afgørelser, der ikke kan træffes af en formand eller næstformand alene.”*

(Brev af 30. maj 2011 fra Klagenævnets formand til formanden for Erhvervsudvalget).

- › *”Formanden for den enkelte sag udpeger under hensyn til sagens beskaffenhed den eller de sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling ”*

(Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 3).

- › De sagkyndige er ikke alle ”tekniske sagkyndige”.

- › ”ca. 1/3 har juridisk baggrund”

(OEMs supplerende høringsnotat af 5. maj 2011).

Men

- › *”Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager et medlem fra formandskabet og et sagkyndigt medlem” – ved ”stemmelighed er stemmen fra formanden i den enkelte sag udslagsgivende.”*

(Håndhævelseslovens § 10, stk. 2 og 3).

Begrænsninger i prøvelsen

- › Det forvaltningsretlige skøn
 1. Klagenævnets efterprøvelse af ordregivers skøn
 2. Domstolenes efterprøvelse af ordregivers skøn/Klagenævnets afgørelser
- › Klagenævnet er første sagkyndige instans til efterprøvelse af de udbudsretlige regler.

Klagenævnets efterprøvelse af ordregivers skøn

- › Ordregiver ”bestemmer, hvad der ønskes anskaffet”.

(Kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod KL).

- › *”Det er indklagede, der skønsmæssigt fastsætter, hvordan ydelsen skal beskrives. Dette skøn kan klagenævnet ikke tilsidesætte.”*

(Kendelse af 18. december 2012, Stryker Danmark mod Region Syddanmark).

- › men dog f.eks.

”under de foreliggende omstændigheder påhviler det indklagede at påvise at der er sådanne fordele ved den udbudte tekniske konstruktion i forhold til andre tekniske konstruktioner og dimensioner, som kunne tilbydes af andre leverandører ...”

(Kendelse af 14. marts 2011, Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune).

- › *”Klagenævnet efter fast praksis ikke erstatter indklagedes skøn over tilbuddenes relative egenskaber med sit eget.”*

(Kendelse af 28. maj 2010, Clear Channel Danmark A/S mod Odense Kommune).

Klagenævnets efterprøvelse af ordregivers skøn

- › *”... ikke grundlag for at antage, at indklagede åbenbart har overskredet det vide skøn, som indklagede som ordregiver havde ved fastlæggelsen af udbuddets omfang, ...”*

”Klagenævnet erstatter efter fast praksis ikke ordregivers skøn over, i hvilket omfang et tilbud opfylder de kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, med sig eget.”

(Kendelse af 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland).

- › *”Tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” giver indklagede mulighed for et vist skøn inden for de fastsatte underkriterier. Klagenævnet har ikke grundlag for generelt at tilsidesætte dette skøn og erstatte det med sit eget. Dette gælder, uanset at kun 2 tilbud blev betragtet som konditionsmæssige.”*

(Kendelse af 17. oktober 2007, Triolab A/S mod Region Hovedstaden).

- › *”Klagenævnet finder, at der ikke består det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte denne skønsmæssige vurdering” (ang. prækvalifikation).*

(Kendelse af 8. marts 2011, HSS Engineering ApS mod Beredskabsstyrelsen).

Domstolenes efterprøvelse af ordregivers skøn/klagenævnets afgørelser

Eksempel fra et (andet) ankenævn – Ankenævnet for Søfartsforhold

- › *”Da der er tale om et paritetisk sammensat ankenævn, hvis medlemmer bortset fra formanden har særlig erfaring i sager vedrørende søfartsforhold, må der foreligge et sikkert grundlag for, at domstolene kan tilsidesætte det skøn, der ifølge loven er overladt til nævnet i det enkelte tilfælde.”*

(Østre Landsrets dom af 18. marts 2009, 12. afd. nr. B-1949-08).

Sagsbehandlingsfejl mv. – fuld domstolsprøvelse

- › Østre Landsrets dom af 29. juni 2009, Økonomistyrelsen mod Klagenævnet for Udbud. Biint.: Damm Cellular Systems A/S.

Domstolsprøvelse i øvrigt

- › **Af ordregivers skøn**

- › UfR 2004.1294 H

”... tildelingskriteriet ”det økonomiske mest fordelagtige tilbud”. Dette indrømmer ordregiveren et ganske vidtgående skøn over, hvilket tilbud, der bedst imødekommer ordregiverens behov. ...

... findes således at have foretaget skønnet over, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige, på et sagligt grundlag.” (Østre Landsrets dom).

”Der er, som anført af landsretten, ikke grundlag for at tilsidesætte Post Danmarks skøn over, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige.” (Højesterets dom)

Domstolenes efterprøvelse af ordregivers skøn/klagenævnets afgørelser

T-17/09 Rettens dom af 22. maj 2012 **Evropaïki Dynamiki** mod Europa-Kommissionen

- › ”37 It must be noted at the outset that the Commission has a broad discretion with regard to the factors to be taken into account for the purpose of deciding to award a contract following an invitation to tender. The Court’s review of the exercise of that discretion is therefore limited to checking that the rules governing the procedure and statement of reasons are complied with, that the facts are correct and that there is no manifest error of assessment or misuse of powers....
- › 38 It must also be noted that, where the Commission has a broad discretion, respect for the rights guaranteed by the European Union legal order in administrative procedures is of even more fundamental importance. Those guarantees include, in particular, the duty of the competent institution to provide adequate reasons for its decisions. Only then can the courts of the European Union verify whether the points of law and of fact upon which the exercise of the discretion depends were present “

T-32-08 Rettens dom af 24. april 2013 **Evropaïki Dynamiki** mod Europa-Kommissionen

”31 ... the Commission’s findings relating to the call for tenders and the choice of the tender offering the best value for money may only be subject to a restricted review by the Court.”

› **Af Klagenævnets afgørelser**

Ikke begrænsninger i prøvelsen.

”... *hensynet til effektiv kontrol med forvaltningen ...*” (UfR 2004.3051 H).

- › Landsretten skal ikke tiltrædes af sagkyndige dommere – UfR 2011.1473/1H.

Klagenævnets enekompetence i forhold til andre forvaltningsmyndigheder

Side 19

De udbudsregler, der er omfattet af håndhævelsesloven

”Klagenævnet for Udbud træffer afgørelse om, hvorvidt der er sket overtrædelse af de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2 og 3.”

(Håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 1. pkt.).

› Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 3. juli 2012:

”Statsforvaltningen finder derfor ikke, at Århus Kommune lovligt kan stille vilkår om fairtrade, når den udbyder leverancer af varer til kommunens brug.”

- i begrundelsen indgår udbudsdirektivet – præambelns betragtning nr. 2 og 46, artikel 23 og artikel 26.

› Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013:

”Det er ministeriets opfattelse, at Århus Kommune lovligt kan varetage de nævnte Fair Trade-hensyn.”

- men *”Det tilkommer ikke Økonomi- og Indenrigsministeriet som kommunal tilsynsmyndighed at udtale sig om, hvorvidt der i forbindelse med et udbud og med hjemmel i udbudsdirektivet kan fastsættes krav om, at de ønskede ydelser skal være Fairtrade mærkede.*

Der henvises herved til, at klager over, at en kommune ikke overholder udbudsdirektivet, kan indbringes for Klagenævnet for udbud af enhver der har retlig interesse heri, og at der ikke er nogen frist for indgivelse af klage. Der henvises til kapitel 3 i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

De kommunale tilsynsmyndigheders tilsyn viger således for klagenævnets kompetence, jf. § 48, stk. 3, i den kommunale styrelseslov.”

Aktindsigt

› *”Klagenævnet for Udbud er rekursinstans vedrørende klager over danske ordregivende myndigheders afgørelser vedrørende tilbudsgiveres adgang til partsaktindsigt i de dokumenter, der indgår i de danske offentlige ordregivende myndigheders sager vedrørende gennemførelse af EU-udbud og efterfølgende indgåelse af kontrakt.”*

(Kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd mod Region Hovedstaden og forvaltningslovens § 16, stk. 4, 1. pkt.).