



”Klagenævnet for Udbud – fra et advokatperspektiv”

Dansk Forening for Udbudsret den 9. november 2023

Advokat Martin Stæhr

SI

ADVOKATFIRMAET
STÆHR | SCHÜTZE | INGEMANN

DAGENS AGENDA

KLAGENÆVNET FOR UDBUD FRA ET ADVOKATPERSPEKTIV

- **Klagenævnet for Udbud som det var engang.....**
- **Klagenævnet som det er i dag**
- **Fordelene ved at have et Klagenævn for Udbud**
- **Det man ikke kan læse nogen steder!**
- **Hvordan kunne man optimere klagenævnsprocessen?**
- **Fun facts om Klagenævnet for Udbud**

KLAGENÆVNET SOM DET VAR ENGANG

KLAGENÆVNET SOM DET VAR ENGANG....

- Klagenævnet for Udbud nedsat med det formål at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne
- Første kendelse afsagt i august 1992 – klage over at Maribo Kommunes kontrakt om bygning af en katamaranfærge til ruten Bandholm – Askø ikke havde været i udbud – ikke medhold!
- Derefter halvandet år uden kendelser!
- I 1996 18 kendelser
- I 1997 18 kendelser
- Klagesagerne i 90'erne i vid udstrækning rettet mod bygge- og anlægsområdet (inkl. teknisk rådgivning) og transportområdet

KLAGENÆVNET SOM DET VAR ENGANG....

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. juni 1996 - Dansk Industri mod Kolding Kommune**
- Klagesag gående på om den vindende tilbudsgiver ved et udbud af skolemøbler reelt havde taget et utilladeligt forbehold ved at tilbyde stole, der ikke opfyldte en standard, der var henvist til i udbudsmaterialet
- Under sagen ved Klagenævnet afgivet forklaring af 9 personer!
- Bl.a. af Hoerst Niesobski fra den tyske afprøvningsvirksomhed TÜV og "Professor Mandal"
- Fra kendelsen (afsagt af Klagenævnet med Rosenmeier som dommer):
- *"Professor Mandal er efter det oplyste en meget fremtrædende ergonomisagkyndig. Hans forklaring har alene angået ergonomiske spørgsmål og findes uden betydning for sagen."*
- Klagenævnets kendelse blot 5 sider lang - præmisserne under 1 A4-side

KLAGENÆVNET SOM DET VAR ENGANG....

- **Klagenævnprocessen i "gamle dage":**
- Meget lille klagegebyr (4.000 kr.)
- Som klager ikke muligt at blive pålagt at betale sagsomkostninger til indklagede
- Langt højere sagsomkostningsbeløb end nu, når klager vandt
- Længerevarende klageforløb – ingen standstill
- Klagenævnet havde mulighed for at tage overtrædelser op af egen drift
- Klagenævnet meget aktive i sagens forberedelse – stillede spørgsmål til parterne
- Mundtlige forhandlinger i Klagenævnet – forelæggelse, "afhøringer", procedurer
- Konkurrencestyrelsen aktive parallelt med Klagenævnet for Udbud

KLAGENÆVNET SOM DET ER I DAG

NED OG OP OG NED....

- I 2011 111 offentliggjorte kendelser fra Klagenævnet
- Derefter flere reformer af klagesystemet
- Klagegebyr hævet fra 4.000 kr. til 10.000 kr. til 20.000 kr.
- Mulighed for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til ordregiver
- Nu ligger vi i et nogenlunde stabilt leje på ca. 65-70 offentliggjorte kendelser årligt

- Årsagen til det meget lave antal klagesager i dag?

NÅR DER SÅ ENDELIG KLAGES – HVAD SÅ?

- Størstedelen af klagesagerne ved Klagenævnet for Udbud er standstill-klagesager
- Betyder, at der åbnes op for en helt enormt komprimeret klageproces, hvor Klagenævnet i løbet af 30 dage skal arbejde sig frem til at kunne afsige en (gennemarbejdet) delkendelse med en foreløbig vurdering af klagen
- Klageskrift
- (evt. behov for håndtering af mangler i klageskriftet)
- Åbningsskrivelse fra Klagenævnet til parterne
- Involvering af vindende tilbudsgiver (potentiell intervention)
- Svarskrift - standardmæssigt en uges frist (med praktisk mulighed for kort forlængelse)
- Ofte replik og duplik
- (parallelt aktindsigtsspør)
- Delkendelse fra Klagenævnet

KLAGENÆVNET PÅ “SPEED”

- Delkendelserne fra Klagenævnet indeholder (i modsætning til tidligere) stort set altid en ”fumus-tilkendegivelse” – er der udsigt til medhold i klagen?
- Kræver ekstrem hurtig håndtering fra Klagenævnets side
- Tillige eksempler på, at Klagenævnet har afsagt realitetskendelse inden for de 30 dage fra klagens indgivelse – kæmpe fordel for parterne
- Eksempler:
 - Kendelse af 25. marts 2021 - Jacobs Douwe Egberts DK Aps mod Fællesindkøb Fyn – realitetskendelse 37 dage efter klages indgivelse (klage indgivet inden tilbudsfrist)
 - Kendelse af 17. februar 2021 - Systematic A/S mod Greve Kommune mfl. – realitetskendelse 29 dage efter klages indgivelse (101 side i kompleks IT-sag!)
 - Kendelse af 7. oktober 2020 - Remondis A/S mod Hedensted Kommune – realitetskendelse 30 dage efter klages indgivelse (kompleks sag vedr. sondring ml. kontrakt og rammeaftale)
 - Kendelse af 25. marts 2015 - ZENZO Group ApS mod Horsens Kommune – realitetskendelse 16 dage efter klagens indgivelse (!!!)

FORDELE VED KLAGENÆVNETS SPEED-PROCES

- **Fordele ved de brugbare fumus-delkendelser samt hurtige realitetskendelser:**
- Ordregiver kan disponere efter (del)kendelsen og vil efter omstændighederne kunne bringe udbuddet på ret kurs igen eller annullere det hurtigt
- Ordregiver skal ikke ind og træffe en vanskelig og ikke fuldt ud uoplyst beslutning om, hvorvidt ordregiver kan tillade sig at indgå kontrakt på baggrund af udbuddet
- Klagende virksomhed får i videre udstrækning mulighed for at komme i betragtning til kontrakten – må ikke bare nøjes med at jage erstatning
- Minimerer risikoen for efterfølgende erstatningskrav
- Minimerer risikoen for udløsning af ”§ 185, stk. 2 forpligtelsen”
- Begrænser omkostningerne til sagsførelse betydeligt

FORUDSÆTNINGER FOR AT DET KAN LADE SIG GØRE

- **Men kan man altid forvente, at Klagenævnets medlemmer smider alt, hvad de har i hænderne for at hjælpe parterne på vej med en hurtig og brugbar kendelse?**
- Kræver åbenlyst medvirken fra sagens parter (advokaterne)
- Kræver helt åbenlyst, at sagens parter (advokaterne) kender ”spillets regler” og appellerer til en øjeblikkelig realitetsafgørelse, hvis man ønsker det
- Kræver (nok), at den klagende virksomhed tænker strategisk og skærer klagen til, så den er lige til at gå til for Klagenævnet
- Kræver (nok), at den klagende virksomhed afgrænser eventuelle aktindsigtsspørgsmål til det højest nødvendige
- Kræver (nok), at den indklagede ordregiver hastebehandler aktindsigtsbegæring
- Kræver (nok), at parterne er enige om at begrænse antallet af processkrifter – og måske også hjælper Klagenævnet på vej med fristerne

SÅDAN KAN DET OGSÅ GÅ.....

- Hvis ikke man selv jagter den hurtige kendelse, kan det tage lang tid, før man får den!

- Sag 1:
 - Klage indgivet 8. April 2022 (ikke standstill-klage)
 - Sidste processkrift indleveret den 2. september 2022 (interventionsindlæg)
 - Kendelse afsagt den 26. September 2023

- Sag 2:
 - Klage indgivet den 1. august 2022 (klage over manglende udbud)
 - Sidste processkrift indleveret den 25. oktober 2022
 - Fortsat ingen kendelse i sagen den 9. November 2023

FORDELENE VED AT HAVE ET KLAGENÆVN

FORDELE VED KLAGENÆVNSPROCESSEN VS. DOMSTOLENE

- Smidig forberedelse af sagen – aktivt og enormt hurtigt responderende sekretariat (eks.)
- Plads til formalitetsfejl
- Reel mulighed for selvmødere (selv om det kan være op ad bakke)
- Hurtige afgørelser, hvis man hjælper Klagenævnet
- Kendelser, der i nogle tilfælde kan bruges til at komme videre med udbudsprocessen
- Dommere og sagkyndige, der ved, hvad de snakker (skriver) om!
- Udførligt begrundede afgørelser – beskrivelse af den relevante jura

SEKRETARIATET HURTIGERE END LYSET – NÆSTEN....

- Tirsdag den 7. November 2023 kl. 10.51 – mail til Klagenævnet og sagens parter med anmodning om vindende tilbudsgivers indtræden i en klagesag til fordel for ordregiver
- Tirsdag den 7. November 2023 kl. 11.23 – brev fra Klagenævnet med beslutning omkring vindende tilbudsgivers indtræden i klagesagen plus anmodning til klager om hurtigst muligt at fremsende sagens bilag til vindende tilbudsgiver.
- Tirsdag den 7. November 2023 kl. 12.02 – klagers advokat fremsender alle sagens bilag til vindende tilbudsgivers advokat.
- Det er stærkt!

DET MAN IKKE KAN LÆSE NOGEN STEDER....

UDSKILLELSE TIL SÆRSKILT BEHANDLING

- Kan man få Klagenævnet til at delbehandle en sag og dermed undlade at skulle bruge en masse dyrbar tid på påstande, som Klagenævnet potentielt slet ikke har kompetence til at behandle?
- Klagenævnets kendelse af 5. oktober 2016 – Kinnerup Care mod Hørsholm Kommune
- Tilbudsinhentning på en bilag IIB tjenesteydelse
- Klage fra en forbigået tilbudsgiver – påstande om manglende iagttagelse af de generelle EU-udbudsretlige principper
- Ordregiver anmodede om udskillelse af spørgsmålet om Klagenævnets kompetence (klar grænseoverskridende interesse) til særskilt behandling
- Klager protesterede mod udskillelse af spørgsmålet.
- *”Klagenævnet har den 26. maj 2016 truffet afgørelse om, at spørgsmålet om hvorvidt rammeaftalen har klar grænseoverskridende interesse, udskilles til særskilt behandling.”*

KLAGENÆVNET HOLDER OGSÅ SOMMERFERIE

- Er det strategisk klogt at foretage en tildeling lige op til sommerferien, hvis man ved, at risikoen for klager er overvejende sandsynlig?
- Eksempel fra virkeligheden:
- Klage indgivet til standstill-perioden torsdag den 27. juni 2019
- Mandag den 30. juni 2019 – inden ordregiver reelt havde haft mulighed for at forholde sig til klagen – afgørelse fra Klagenævnet om ikke at tillægge klagen opsættende virkning
- Manglende uopsættelighed – ingen stillingtagen til “fumus”
- Frist for svarskrift den 5. august 2019
- Tør man så indgå kontrakt?

PRAKTISKE INSIDER-TIPS FOR DEN NYE I KLAGENÆVNET

- Klagenævnets standard-åbningskrivelse til ordregiver, når der er indledt en klagesag:
- *”Klagenævnet skal anmode indklagede om at afgive **en udtalelse om spørgsmålet om, hvorvidt udbudsproceduren skal standses**. Indklagede skal samtidig fremsende **sagens dokumenter**, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1. Udtalelsen og bilagene sendes både til klagenævnet og til klageren.”*
- *”Udtalelse om spørgsmålet om, hvorvidt udbudsproceduren skal standses”* i praksis = et udførligt svarskrift med påstande, supplerende sagsfremstilling og anbringender
- *”Sagens dokumenter”* i praksis = de dokumenter, der har betydning for Klagenævnets behandling af de nedlagte påstande. Ikke prækvalifikationsansøgninger, tilbud fra nr. 5 ved udbuddet, udbudsmaterialets bilag 37, hvis ikke disse dokumenter har betydning i forhold til de nedlagte påstande

PRAKTISKE INSIDER-TIPS FOR DEN NYE I KLAGENÆVNET

- *”Klagenævnet har besluttet, at indklagedes udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning og sagens dokumenter skal være klagenævnet i hænde senest den **10. oktober 2023 kl. 15.00.**”*
- I praksis = ok at bede om fristforlængelse med nogle få dage, hvilket Klagenævnet standardmæssigt imødekommer.
- *”Processkrifter m.v. fra parterne der modtages i klagenævnet efter udløbet af den fastsatte frist for indklagedes udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning, kan ikke forventes at blive taget i betragtning ved klagenævnets afgørelse af dette spørgsmål.”*
- I praksis = der afgives meget ofte replik og duplik (ud af det blå), og Klagenævnet inddrager dem ofte i afgørelsen om opsættende virkning

HVORDAN KUNNE MAN OPTIMERE KLAGENÆVNSPROCESSEN

HVORDAN KUNNE MAN OPTIMERE KLAGENÆVNSPROCESSEN

- Det kunne nok give mening at genoptage muligheden for mundtlig forhandling (i praksis):
- *§ 8. En sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, medmindre det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, beslutter, at der skal ske mundtlig forhandling.*
- Fra Klagenævnets årsberetninger for 2022, 2021 og 2020:
- *”Der har i 2022 ikke været afholdt mundtlig forhandling.”*
- *”Der har i 2021 ikke været afholdt mundtlig forhandling.”*
- *”Der har i 2020 ikke været afholdt mundtlig forhandling.”*
- Visse sager egner sig rigtig godt til mundtlig forhandling!
- Ressourcespørgsmål?

HVORDAN KUNNE MAN OPTIMERE KLAGENÆVNSPROCESSEN

- Mulighed for et indledende ”klagenævnsmøde”/retsmøde umiddelbart efter klagens indgivelse ved standstill-klager (elektronisk møde).
- Mulighed for at drøfte en eventuel afgrænsning af påstandene
- Mulighed for at drøfte udskillelse af spørgsmål (KLFU-kompetence)
- Mulighed for at drøfte eventuelle faktuelle misforståelser i klageskriftet
- Mulighed for at drøfte aktindsigtsspørgsmål – hvor meget er det relevant at fremlægge
- Mulighed for at drøfte frister for replik og duplik
- Alle har en interesse i, at klagesagen kan lukkes ned efter delkendelsen om opsættende virkning!

MERE AKTIV INDDRAGELSE AF DE SAGKYNDIGE

- MEGET sjældent, at der afgives dissens af de sagkyndige i klagenævnskendelserne
- Periode fra december 2015 til marts 2022, hvor der ikke var en eneste kendelse med dissens
- Afspejler ikke den udbudsretlige virkelighed, der meget sjældent er helt ligetil
- Skal vi have ændret dissenssystemet?
- Skal de sagkyndige have bedre muligheder for at blive inddraget i sagernes afgørelse?
- Måske bliver de det allerede?
- Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 3 og 4:
 - *Stk. 3. Formanden for den enkelte sag udpeger under hensyn til sagens beskaffenhed den eller de sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling, jf. § 10, stk. 2, 2. og 3. pkt., i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.*
 - *Stk. 4. Forudsætter afgørelsen kendskab til prøvnings-, certificerings-, inspektions- og verifikationsvirksomhed, skal mindst en sagkyndig have særligt kendskab til området.*

FUN FACTS OM KLAGENÆVNET FOR UDBUD

FUN FACTS OM KLAGENÆVNET FOR UDBUD

- Hvilken dommer har haft sit navn på flest offentliggjorte kendelser i Klagenævnet?
- Hvilken advokat har haft sit navn på flest offentliggjorte kendelser i Klagenævnet?
- Hvilken advokat har haft den længste klagenævnskarriere (fra første til seneste kendelse)?
- Kendelse med flest påstande?
- Længste kendelse?

KONTAKT



Partner, advokat Martin Stæhr

Advokatfirmaet
Stæhr Schütze Ingemann

Telefon: 4242 6622

E-mail: mst@ssiadvokater.dk

www.ssiadvokater.dk

