

Erhvervsministeriet

Slotsholmsgade 10-12

1216 København K

Sendt til: siwola@em.dk og misopo@em.dk

Vesterbrogade 32
1620 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

Den 3. oktober 2024

Høringssvar over udkast til forslag til lov om ændring af visse love på Erhvervsministeriets område (Ændring af visse love og bestemmelser på Erhvervsministeriets område som følge af opgavebortfald)

Danske Advokater takker for muligheden for at afgive høringssvar. Dette høringssvar er udarbejdet i samarbejde med Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret.

Overordnede bemærkninger

Danske Advokater har bemærkninger til dele af de foreslåede ændringer, hvor Danske Advokater finder, at forslaget indebærer alvorlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder. Det drejer sig om:

- 1) bemyndigelsen til at pålægge den tabende part i en klagesag ved Klagenævnet for Udbud en afgift.
- 2) nedlæggelsen af Enheden for Pålidelighedsvurderinger i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Bemærkninger til forslaget om bemyndigelse til at pålægge den tabende part i en klagesag ved Klagenævnet for Udbud en afgift for nævnets sagsbehandling (forslagets § 7)

Erhvervsministeriet foreslår, at der indsættes en bemyndigelsesbestemmelse til at fastsætte regler om, at den tabende part i en klagesag ved Klagenævnet for Udbud skal betale en afgift for nævnets sagsbehandling. Ud fra retssikkerhedsmæssige hensyn gælder efter Danske Advokaters opfattelse helt overordnet, at forslaget vil svække det danske klagenævssystem for overtrædelser af udbudsreglerne betragteligt.

Klagesager ved Klagenævnet for Udbud er allerede i dag forbundet med betydelige omkostninger for administrative klager set i forhold til behandling af klagesager ved andre administrative klagenævn. De meget høje klagegebyrer, som findes i dag, blev

indført ved ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud i 2013¹, og førte i sig selv til en væsentlig reduktion i antallet af klagenævnssager. Det er et problem for retssikkerheden.

Allerede på nuværende tidspunkt risikerer man som klager ved Klagenævnet for Udbud at skulle betale et klagegebyr på (almindeligvis) kr. 20.000 samt sagsomkostninger til modparten på op til kr. 75.000, hvis man taber en klagesag. Det skal bemærkes, at Klagenævnet for Udbud har mulighed for at gå ud over rammen på kr. 75.000, og at Klagenævnet for Udbud, f.eks. har pålagt betaling af sagsomkostninger på kr. 100.000.²

Til sammenligning skal der alene betales et klagegebyr på f.eks. kr. 5.000 for at klage til Konkurrenceankenævnet og kr. 4.000 til Teleklagenævnet, uden at det samtidig er muligt at blive pålagt at betale sagsomkostninger til modparten. Klagegebyret til Planklagenævnet, samt Miljø- og Fødevarerklagenævnet er under kr. 2.000. Klager til andre administrative nævn, f.eks. Energiklagenævnet indebærer ingen gebyrer.

I tillæg til klagegebyret på kr. 20.000 og omkostninger til modparten vil forslaget medføre at klager som måtte tabesagen, fremover også pålægges en afgift af en endnu ukendt størrelse til Klagenævnet for deres sagsbehandlingsomkostninger. Ud over at dette er i oplagt strid med dansk forvaltningstradition på området for nævnsbehandlinger, er der efter Danske Advokaters opfattelse også tale om, at den mest omkostningstunge administrative klagenævnsproces i Danmark, og som allerede udgør en barriere for at få prøvet beslutninger i en udbudsproces, bliver endnu mere omkostningstung for parterne i sagen.³ Det bemærkes tilsvarende, at i de sager, hvor klager får medhold, vil den foreslåede afgift betyde, at den indklagede myndighed så - oveni idømte sagsomkostninger, evt. idømt erstatning og evt. omkostninger til (gen)udbud af det bagvedliggende projekt - vil skulle (med)finansiere et statsligt klagenævn.

Det er Danske Advokaters forståelse, at ideen med den foreslåede afgift er at begrænse, hvem der klager, og antallet af klager ved Klagenævnet for Udbud, for dermed at kunne spare ansatte i staten. Danske Advokater frygter, at indførslen af endnu en omkostning for at føre sin klagesag ved Klagenævnet for Udbud, får den *meget uheldige* konsekvens, at flere tilbudsgivere fremover helt afholder sig fra at indlede en klagesag over et udbud, af frygt for de samlede omkostninger, *selvom* klagen kan være begrundet. Hårdest kommer det formentlig til at gå ud over de små og mellemstore tilbudsgivere, hvor man med forslaget risikerer helt at afskære denne type tilbudsgivere fra at klage over udbudsovertrædelser alene på grund af *risikoen* for omfattende økonomiske omkostninger. Det er endvidere Danske Advokaters opfattelse, at risikoen for at skulle bære en sådan afgift vil kunne føre til, at indklagede myndigheder måske i højere grad vil tilbagekalde en tildelingsbeslutning og lade et udbud gå om, end at føre en klagesag som indklaget. Dette vil dels hindre den effektive retshåndhævelse af en potentiel ulovlig beslutning, og dels påføre både den offentlige og den private side en række, forøgede transaktionsomkostninger, hvilket ikke er samfundsøkonomisk gavnligt, og som i øvrigt vil kunne føre til en generel risiko for aftagende interesse for danske udbud.

¹ Bekendtgørelse nr. 550 af 29. maj 2013 om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud.

² Se eksempelvis Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. februar 2018 *Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*.

³ Se f.eks. afsnit 4.9.2 og Bilag 4 *Tabel over klagegebyrer og sagsomkostninger i andre nævn i Afrapportering fra arbejdsgruppen om effektiv håndhævelse af udbudsreglerne*, 1. juni 2007.

Danske Advokater bemærker desuden, at udbudsretten er et komplekst retsområde, hvor det ikke altid er ligetil som hverken tilbudsgiver eller ordregiver at afgøre, hvorvidt der er sket en overtrædelse af reglerne. Hvis klageprocessen fordyres yderligere med en afgift for den tabende part, er der derfor stor risiko for, at tilbudsgivere i mindre grad anlægger den type klagesager, hvor udfaldet ikke er entydigt klart på forhånd, da de økonomiske konsekvenser ved at tabe sagen er for store. I det tilfælde forsvinder mange af de sager, som fastlægger, hvordan udbudsreglerne finder anvendelse.

Danske Advokater bemærker desuden, at der er en meget nærliggende risiko for, at flere sager flyttes fra Klagenævnet for Udbud direkte til domstolene, henset til at omkostningsniveauet vil nærme sig hinanden - hvis ikke endda omkostningssiden ved Klagenævnet for Udbud vil overstige niveauet ved domstolene. Henset til den allerede store sagsbyrde og de lange sagsbehandlingstider hos domstolene, kan en sådan udvikling ikke anses som hensigtsmæssig fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv, og kan selsagt ikke være tanken bag oprettelsen af et administrativt klagenævn

Det er anført i forslaget, at et af målene med afgiften er at nedbringe antallet af åbenlyst grundløse klagesager. I 2023 modtog Klagenævnet kun 72 klager, hvilket er det laveste antal modtagne klager siden 2007. Samtidig er den overordnede tendens, at antallet af klager ved Klagenævnet er faldende set over en årrække.⁴ Forslaget synes derfor meget lidt proportionelt, når man ser på den faktiske udvikling i indkomne klager ved Klagenævnet for Udbud. På samme måde ses det, at antallet af klagesager over udbud allerede er begrænset, når man sammenholder antallet af danske klagesager med antallet af klagesager i andre sammenlignelige lande, f.eks. Norge og Sverige. I Danmark blev der i 2023 truffet afgørelse i 40 klagesager.⁵ I Norge blev der afgjort 148 klagesager i 2023,⁶ og i Sverige behandler de svenske domstole hvert år over 2.000 udbudsklager.⁷

Danske Advokater bemærker på den baggrund, at allerede i dag er antallet af klagenævnsager i Danmark meget beskedent, og at de "åbenbart grundløse" klager grundlæggende synes fjernet allerede med de nuværende gebyrstørrelser. Med afsæt heri finder Danske Advokater, at den yderligere afgift vil få en række negative konsekvenser for klagenævnsystemet for udbud, som ikke synes proportionel med målet om at nedbringe antallet af åbenlyst grundløse klagesager.

Danske Advokater finder det derfor bekymrende ud fra et retssikkerhedsperspektiv, at man fra lovgivers side via øgede omkostninger indirekte begrænser adgangen til at få prøvet lovligheden af en udbudsproces, når det ikke ses i praksis, at der anlægges uforholdsmæssigt mange sager om overtrædelse af udbudsreglerne.

Dette stemmer heller ikke overens med formålet bag kontroldirektiverne og den bagvedliggende EU-ret, som klagenævnsreglerne implementerer, hvorefter formålet er at sikre en *effektiv håndhævelse* af udbudsreglerne - hvilket fremgår eksplicit af alle

⁴ Klagenævnet for Udbuds årsberetning 2023 side 49.

⁵ Klagenævnet for Udbuds årsberetning 2023 side 51.

⁶ Statistik hentet fra Klagenemnda for Offentlige anskaffelsers (KOFA) hjemmeside ([link](#)) (senest besøgt 27. september 2024).

⁷ Se f.eks. statistik fra Upphandlingsmyndighetens hjemmeside: ([link](#)) (senest besøgt 1. oktober 2024).

tre kontroldirektiver.⁸ Det bemærkes desuden, at det fremgår bl.a. af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tidligere arbejde, at omkostningerne forbundet med en dansk klagesag over et udbud allerede i 2018 var høje i forhold til de andre lande i EU, der blev sammenlignet med.⁹ Den adgang til en effektiv håndhævelse, som EU-retten kræver, udhules yderligere ved forslaget om en ekstra afgift for den tabende part.

Derimod må det være i både samfundets og det offentlige interesse, at der føres en faktisk og effektiv kontrol med de danske udbud, så det sikres, at der købes *bedst muligt* ind for offentlige midler. Selv veletablerede ordregivere ses at udforme udbudsmaterialer i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Det er i både det offentlige og private aktørernes interesse, at sådanne uhensigtsmæssigheder kontrolleres og korrigeres via en effektiv klageproces.

På den baggrund opfordrer Danske Advokater til, at forslaget om at give bemyndigelse til at fastsætte regler om at pålægge den tabende part i en klagesag ved Klagenævnet for Udbud en afgift for nævnets sagsbehandling *ikke gennemføres*. Så betydningsfulde ændringer bør desuden ikke gennemføres som led i et finanslovsforslag, hvor de blot introduceres med en linje i et faktaark om "*Regeringens oplæg til politisk prioriteret opgavebortfald på FFL25*". Det er helt legitimt, at ønske at spare statslige stillinger, men et forslag om at ændre f.eks. omkostningerne for at indbringe en klage til administrative nævn bør ikke fremsættes med den begrundelse, men på baggrund af et kvalificeret lovforberedende arbejde - som det f.eks. var tilfældet med *Af rapportering fra arbejdsgruppen om effektiv håndhævelse af udbudsreglerne*, som blev afgivet 1. juni 2007, og med *Rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud* fra 2012, som førte til ændringerne gennemført ved L 153, FT 2012-13, vedtaget som lov nr. 511 af 27. maj 2013.

Bemærkninger til forslaget om nedlæggelse af Enheden for Pålidelighedsvurderinger (forslagets § 5)

Erhvervsministeriet foreslår at nedlægge Enheden for Pålidelighedsvurderinger. Enheden blev oprettet 1. januar 2023, hvorfor enheden kun når at have en levetid på cirka 2 år, hvis forslaget vedtages.

Danske Advokater finder dette forslag betænkeligt med afsæt i det oprindelige formål bag enhedens oprettelse, som ifølge forarbejderne bestod i at øge retssikkerheden for tilbudsgivere i forbindelse med ordregivers vurdering af en tilbudsgivers pålidelighed.¹⁰ Dette skulle ske ved at samle den nødvendige viden og erfaring på ét sted for gennemførelsen af vurderinger om dokumentation af pålidelighed, så vurderingerne fremover bliver mere ensrettet: '*Det er således hensigten, at der igennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udarbejdelse af vejledende udtalelser*

⁸ 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, Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter.

⁹ *Danske klagesager om udbud, fra 1. juni 2013 til 30. juni 2016*, februar 2018, Tabel 5.2.

¹⁰ Forslag til lov om ændring af udbudsloven mv., fremsat den 10. maj 2022, (L 199, FT 21-22), side 8.

på længere sigt oparbejdes viden og erfaring om dokumentation af pålidelighed'.¹¹ Denne hensigt gives der nu køb på med det nye forslag, hvilket ifølge Danske Advokater er til ulempe for både ordregivere og tilbudsgivere, som fremover igen kommer til at stå på et mere usikkert grundlag i forhold vurdering af dokumentation af pålidelighed. Ligesom den erfaring enheden allerede har opbygget går tabt.

Det blev desuden ved indførelsen af Enheden for Pålidelighedsvurderinger direkte angivet i forarbejderne, at formålet var at øge tilbudsgivernes retssikkerhed:

"Det er således regeringens vurdering, at det vil være mere effektivt for de enkelte ordregivende myndigheder og tilbudsgivere i forhold til både tid, økonomi og ressourcer. Samtidig vil det blive sikret, at de, der foretager en pålidelighedsvurdering, altid vil have den fornødne viden, erfaring og ressourceadgang. Herved vil oprettelsen af en enhed, som skal foretage vurderingen af en ansøgers eller tilbudsgivers pålidelighed på trods af at være omfattet af en udelukkelsesgrund, sikre større retssikkerhed."¹² (vores understregning)

Det må derfor betyde, at regeringen med den nu foreslåede afskaffelse af Enheden for Pålidelighedsvurderinger ønsker at begrænse tilbudsgivernes retssikkerhed.

Danske Advokater bemærker desuden, at forslaget eneste formål synes at være, at *staten* skal spare penge. Reelt flyttes udgifterne til vurderingen af dokumentation af pålidelighed bare fra staten til de enkelte offentlige ordregivere i kommuner, regioner og statslige styrelser og ministeriet. Det offentlige som helhed kommer dermed ikke til at spare penge ved forslaget. Snarere tværtimod, da hver enkelt ordregiver nu skal foretage sin egen vurdering (alene), og ikke kan tage udgangspunkt i en forudgående vejledende vurderingen fra Enheden for Pålidelighedsvurderinger. Det var da også direkte angivet i lovforslaget, hvor Enheden for Pålidelighedsvurderinger blev indført, at forslaget ville indebære en besparelse for det offentlige:

"Den vejledende udtalelse vil således blive genbrugt af ordregivere i hele landet og vil derfor spare ordregiverne for omkostninger forbundet med vurdering af dokumentation af pålidelighed. Enheden for pålidelighedsvurderingers arbejde ventes at medføre statslige besparelser på anslået 2,8 mio. kr. i perioden 2023-2026. Samtidig ventes enheden for pålidelighedsvurderingers arbejde at kunne medføre besparelser hos kommuner og regioner for omkring 5,7 mio. kr. i samme periode."¹³

Det undrer Danske Advokater, at man ønsker at droppe den retssikkerhed for tilbudsgivere og ordregivere, der består i at få en vejledende udtalelse fra en central enhed, der har erfaring og viden med vurdering af dokumentation for pålidelighed for at opnå den begrænsede fordel, det er, at flytte omkostningerne forbundet hermed fra staten til de enkelte ordregivere - *så kort tid* efter enheden blev oprettet.

Danske Advokater er opmærksom på, at Enheden for Pålidelighedsvurderingers udtalelser i henhold til EU-Domstolens praksis om udbudsdirektiverne ikke kan være bindende for de enkelte ordregivere, men alene kan være vejledende. Dette var dog

¹¹ Forslag til lov om ændring af udbudsloven mv., fremsat den 10. maj 2022, (L 199, FT 21-22), side 28.

¹² Forslag til lov om ændring af udbudsloven mv., fremsat den 10. maj 2022, (L 199, FT 21-22), side 8.

¹³ Forslag til lov om ændring af udbudsloven mv., fremsat den 10. maj 2022, (L 199, FT 21-22), side 13.

kendt allerede ved oprettelsen af Enheden for Pålidelighedsvurderinger. Desuden bemærkes, at det af Europa-Kommissionens forkvinde er udmeldt, at udbudsdirektiverne skal ændres i den kommende parlamentsperiode. Det kunne derfor være oplagt at ændre udbudsdirektiverne således, at vurderingen af pålidelighed i fremtiden kan foretages af en central enhed med bindende virkning for alle ordregivere. Hvis en sådan ændring gennemføres inden for et par år, vil det være meget uheldigt at nedlægge Enheden for Pålidelighedsvurderinger for så senere at skulle oprette den på ny, da der så vil gå værdifuld viden tabt i mellemtiden.

Danske Advokater opfordrer på den baggrund til, at forslaget om at nedlægge Enheden for Pålidelighedsvurderinger *ikke gennemføres*.

Afsluttende bemærkninger:

Danske Advokater står altid gerne til rådighed for uddybende spørgsmål eller dialog.

Med venlig hilsen

Nikoline Sneholt
Juridisk konsulent