

K E N D E L S E

Dansk Byggeri
(selv)

mod

Tårnby Kommune
(advokat Rikke Munk Rye Andersen, Hellerup)

Den 8. juni 2019 iværksatte Tårnby Kommune en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) af en anlægstreprise vedrørende etablering af en ny skaterpark i kommunen. Tildelingskriteriet var fastsat til "laveste pris".

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 8. juni 2019 til følgende virksomheder:

1. FSR Beton ApS
2. Nord Skate & Entreprenad AB

Den 2. august 2019 meddelte Nord Skate & Entreprenad AB, at selskabet ikke havde mulighed for at afgive tilbud "pga. tidsplanen". Den 8. august 2019 afgav FSR Beton ApS tilbud med en samlet tilbudssum på 3.212.750 kr., og kontrakt blev herefter indgået den 5. september 2019.

Den 21. januar 2020 indgav Dansk Byggeri klage til Klagenævnet for Udbud over Tårnby Kommune.

Dansk Byggeri har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 2, hvorefter en udbyder skal udnytte de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence, ved i forbindelse med udbud af entreprisen Gemmas Alle 194, 2770 Kastrup, Tårnby Skaterpark, der blev udbudt ved begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation, jf. tilbudslovens § 6, stk. 3, alene at have inviteret 2 virksomheder til at give tilbud på entreprisen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 7, hvorefter de bydende er berettigede til at være til stede ved åbning af tilbuddene, ved at angive i udbudsbrevet, at *”Åbning af tilbuddene vil ske uden overværelse af de bydende”*.

Tårnby Kommune har nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Klagenævnet har besluttet at begrænse skriftvekslingen til spørgsmålet om klagens afvisning.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag og uden medvirken af sagkyndig jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af 8. juli 2019 er anlægsentreprisen vedrørende en ny skaterpark i Tårnby Kommune beskrevet med henvisning til bl.a. byggesagsbeskrivelse og arbejdsbeskrivelse.

I licitationsbetingelserne er desuden i pkt. 2. c) anført følgende:

”Åbning af tilbuddene vil ske uden overværelse af de bydende.”

Dansk Byggeri blev i december 2019 opmærksom på, at Tårnby Kommune havde gennemført en licitation af entreprisen vedrørende Tårnby Skaterpark, samt at licitationen efter Dansk Byggeris opfattelse kunne være sket i strid med reglerne i tilbudsloven. Dansk Byggeri rettede derfor den 23. december 2019 henvendelse til kommunen og anmodede samtidig om aktindsigt.

Tårnby Kommune gav den 10. januar 2020 Dansk Byggeri aktindsigt i licitationssagen, mens Dansk Byggeris henvendelse vedrørende lovligheden af den gennemførte licitation forblev ubesvaret.

Parternes anbringender vedrørende påstanden om afvisning

Tårnby Kommune har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at det af ordlyden af lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, entydigt fremgår, at en klage skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 45 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren underrettede de berørte tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen. Klagefristen er således præklusiv uanset, om klagen indgives af en med retlig interesse eller af en organisation, der er tillagt klageadgang. Det er alene Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der er undtaget fra den præklusive frist i lovens § 7, stk. 4, jf. § 7, stk. 7.

Tårnby Kommune har påpeget, at der intet sted i forarbejderne til klagenævnetsloven gives udtryk for, at der skulle gælde særlige regler for organisationer, og Dansk Byggeris forslag i organisationens høringsvar til lovforslag nr. 110 af 27. januar 2010, hvorefter klagefristerne ikke skulle gælde for organisationer, blev kommenteret således: "*Undtages organisationerne tillige fra de almindelige klagefrister, vil hensigten med klagefristerne udhules.*"

Heller ikke i direktiv 2007/66/EF (om ændring af kontroldirektiverne), der danner baggrund for, at der i klagenævnetsloven ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 blev indført klagefrister for overtrædelse af udbudsreglerne, lægges der op til en anderledes regulering for organisationer.

Tårnby Kommune underrettede den 4. september 2019 FSR Beton ApS om, at kommunen ønskede at indgå kontrakt med denne virksomhed. Klagefristen i henhold til klagenævnetsloven § 7, stk. 4, udløb således mandag den 21. oktober 2019 ved midnat, idet den 19. oktober 2019, der var 45 kalenderdage efter den 4. september 2019, var en lørdag. Dansk Byggeri indgav først klagen den 10. januar 2020, det vil sige efter klagefristens udløb, hvorfor klagen skal afvises. Tårnby Kommune har ligeledes henvist til klagenævnets praksis, jf. fx. kendelse af 5. december 2016, *Entreprenør Erling Jensen A/S mod Region Nordjylland*, og kendelse af 29. oktober 2018, *Øjenlægerens Center mod Region Nordjylland*.

Nord Skate & Entreprenad A/B, der blev opfordret til at afgive tilbud sammen med FSR Beton ApS, blev på ingen måde opfordret til at afgive tilbud, for at Tårnby Kommune kunne camouflere en direkte tildeling. Forud for tilbudsindhentningen havde kommunen således på flere bygherremøder drøftet, hvilke virksomheder som skulle opfordres til at afgive tilbud. Kommunens bygherrerådgiver, Rune Glifberg, Glifberg-Lykke ApS, der har specialiseret sig i design af skaterparker, anbefalede i den forbindelse at opfordre Nord Skate & Entreprenad A/B til at afgive tilbud, hvilket Nord Skate & Entreprenad A/B oplyste, at de var positive overfor og interesserede i. Nord Skate & Entreprenad A/B meddelte først seks dage inden tilbudsfristens udløb, at virksomheden måtte springe fra på grund af internt arbejdspress, som medførte, at det ikke var muligt for Nord Skate & Entreprenad A/B at overholde den tidsplan, som var en del af tilbudsmaterialet. Tårnby Kommune havde derfor indtil da en berettiget forventning om, at Nord Skate & Entreprenad A/B ville afgive tilbud.

Dansk Byggeri udleder sin forudsætning om, at klagefristen først begynder at løbe, når der er flere end én tilbudsgiver, der underrettes om tildelingsbeslutningen, af formuleringen af klagenævnensloven § 7, stk. 4, hvorefter der skal ske underretning af "de berørte tilbudsgivere".

Ved en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation, jf. tilbudslovens § 6, stk. 3, skal et antal tilbudsgivere ganske vist opfordres til at afgive tilbud. Det er imidlertid ikke givet, at alle tilbudsgivere faktisk afgiver tilbud, hvilket heller ikke er en forudsætning for, at en tilbudsindhentning kan gennemføres med hjemmel i tilbudslovens § 6, stk. 3. Der kan således forekomme tilfælde, hvor alene en enkelt eller et par tilbudsgivere vælger at afgive tilbud. En tilbudsgivers beslutning om at afgive tilbud eller ej hviler sædvanligvis på interne forhold, som er uden for ordregiverens kontrol.

Det kan derfor heller ikke være afgørende for klagefristens igangsættelse, om alle de tilbudsgivere, der er blevet opfordret til at afgive tilbud, faktisk også afgiver tilbud, eller om alene én tilbudsgiver vælger at afgive tilbud. Var dette tilfældet, ville dette i så fald medføre, at det i sidste ende var tilfældigt, om klagefristen blev igangsat.

På denne baggrund bestrider Tårnby Kommune derfor, at det forhold, at alene FSR Beton ApS afgav tilbud, medfører, at klagefristen ikke løber fra tidspunktet for underretningen den 4. september 2019.

Fristen i klagenævnsløven § 7, stk. 4, beregnes i overensstemmelse med principperne i kontroldirektiverne samt i overensstemmelse med EU-Domstolens udtalelser, idet fristen løber fra tidspunktet for underretningen, der netop er med til at give klageberettigede kendskab til, om der måtte foreligge en overtrædelse af reglerne.

Principperne i kontroldirektiverne samt EU-Domstolens praksis kan således ikke føre til, at fristen i klagenævnsløven § 7, stk. 4, skal begynde at løbe fra et andet tidspunkt end fra tidspunktet for underretningen. Var dette tilfældet, vil dette reelt set medføre, at der skete en tilsidesættelse af både principperne samt EU-Domstolens praksis.

Klagefristen i klagenævnsløven § 7, stk. 4, vil blive illusorisk, hvis klagefristen skulle regnes fra det tidspunkt, hvor blandt andet en organisation som Dansk Byggeri (tilfældigt) blev opmærksom på, at der havde været gennemført en tilbudsindhentning, idet ordregiveren herved på ubestemt tid vil kunne blive mødt med indsigelser om uden virkning og erstatning, hvilket på ingen måde kan have været hensigten med indførelsen af klagefristerne.

Lovgiver må således have vurderet, at en klagefrist på 45 dage er tilstrækkelig både til at varetage hensynet til en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og til at varetage hensynet til, at ordregiveren kan agere uden frygt for at blive mødt med indsigelser.

Lovgiver må derved have fundet, at en klagefrist på 45 dage "*ikke forhindrer eller gør det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsreglerne*", uanset om klage indgives af en organisation, der er tillagt klageadgang, og uanset om der klages over en indbudt licitation, hvor indgåelse af kontrakt ikke offentliggøres.

På denne baggrund kan formålet om at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne heller ikke føre til, at fristen i klagenævnsløven § 7, stk. 4, skal tilsidesættes.

Klagen skal derfor afvises.

Dansk Byggeri har til støtte for påstanden om, at klagesagen skal realitetsbehandles, gjort gældende, at hverken klagenævnsloven eller klagenævnsbekendtgørelsen forholder sig specifikt til, hvilke klagefrister der skal gælde for de organisationer, som er tillagt klageadgang. Den eneste bestemmelse om klagefrist ved klager efter tilbudsloven er klagenævnsloven § 7, stk. 4, hvorefter en klage skal være indgivet inden 45 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere, forudsat underretningen indeholder en begrundelse.

Hovedformålet med klagenævnsloven er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og derved understøtte en effektiv konkurrence om offentlige opgaver. Sikring af en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne indebærer imidlertid også et hensyn til udbyderne og navnlig til, at de ikke på ubestemt tid kan blive mødt med indsigelser om uden virkning og erstatning, hvilket er baggrunden for lovens klagefrister, herunder bestemmelsen i lovens § 7, stk. 4.

Det er en forudsætning for, at klagefristen går i gang, at ordregiverens underretning indeholder en kort redegørelse for beslutningen, hvilket ifølge bemærkningerne til lov nr. 511 af 27. maj 2013 er nødvendigt for at sikre, at en forbigået tilbudsgiver har tilstrækkelig information til at vurdere, om der er anledning til at indgive en klage.

Det fremgår således tydeligt af bemærkningerne til klagenævnslovens § 7, stk. 4, og navnlig af henvisningen til fristforordningen, at hovedformålet med indførelsen af frister for indgivelse af klager efter tilbudsloven har været at skabe ensartethed og symmetri mellem klagefrister efter tilbudsloven og udbudsloven. Hermed må lovgiver også have haft til hensigt, at fortolkningen af, hvornår klagefristen løber, er ens efter tilbudsloven og udbudsloven. Da klagefristens begyndelse efter udbudsloven forudsætter begrundelse eller bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt, må dette også kræves efter tilbudsloven.

Bemærkningernes udtrykkelige henvisning til, at det er en forudsætning for, at klagefristen begynder at løbe, at udbyder har givet en kort redegørelse, samt begrundelsen for den længere frist ved indgivelse af klager over tildeling af rammeaftaler viser, at det har været afgørende for lovgiver, at de klageberettigede har haft mulighed for at vurdere, om der er grundlag for at indgive klage.

Ved udbudsformen begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens § 6, stk. 3, bliver der ikke givet begrundelse eller bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt til andre end tilbudsgiverne. Som følge heraf vil de organisationer, der efter klagenævnsbekendtgørelsen er tillagt klageadgang, ikke have mulighed for at vurdere, om der er grundlag for at indgive klage, da disse organisationer typisk ikke vil have kendskab til, at der har været gennemført en licitation. Dette vil så meget desto mere gælde i en sag som denne, hvor der alene er indleveret ét tilbud og dermed kun givet underretning til den vindende tilbudsgiver.

Det følger af bestemmelsen, og navnlig af formuleringen ”*de berørte tilbudsgivere*”, at der forudsættes underretning af flere end den vindende tilbudsgiver, og ordlyden af klagenævnsløven § 7, stk. 4, udelukker ikke, at bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med det udtrykkeligt udtalte formål, der nævnes i bemærkningerne, om at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og at skabe symmetri mellem fristberegningen efter tilbudsloven og udbudsdirektiverne.

Såfremt klagefristen i dette tilfælde skal regnes fra dagen efter den dag, hvor udbyderen har givet underretningen til den eneste tilbudsgiver, vil klageadgangen de facto være afskåret, da alene den tilbudsgiver, der er indgået kontrakt med, har kendskab til, at opgaven er blevet tildelt, samt at klagefristen er begyndt at løbe.

Dette vil være i strid med både klagenævnsløvens overordnede formål – at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne – såvel som med det udtrykkelige formål at sikre ensartethed og symmetri mellem klager efter tilbudsloven og udbudsloven.

Ved klager over en udbyders overtrædelser af tilbudsloven i forbindelse med indbudt licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens § 6, stk. 3, må det således følge af bemærkningerne til lov nr. 511 af 27. maj 2013, at klagefristen i forhold til organisationer, der er tildelt klageadgang efter klagenævnsløvens § 6, stk. 1, regnes fra det tidspunkt, hvor organisationen har haft tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der er grundlag for at klage.

Dette vil i denne sag betyde, at klagefristen løber fra dagen efter den 10. januar 2020, idet det først var på denne dato, at Dansk Byggeri modtog aktindsigt i sagen vedrørende udbud af Tårnby Skaterpark og dermed havde tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der skulle indgives klage.

Hensynet til Tårnby Kommune, herunder i særdeleshed hensynet til, at kommunen ikke på ubestemt tid kan blive mødt med indsigelser om uden virkning og erstatning, taler ikke imod at lade klagefristen løbe fra dagen efter den dag, hvor der blev givet aktindsigt, idet klager fra de organisationer, der er tillagt klageadgang, ikke har til formål at få annulleret tildelingsbeslutningen eller kræve erstatning.

Formålet er derimod at få konstateret, at tilbudsloven er tilsidesat således, at en udbyder, der har handlet i strid med reglerne, bliver opmærksom på det og ikke fortsætter med at handle i strid med reglerne i efterfølgende licitationer. Det overordnede formål med klager fra organisationerne er således at sikre, at udbudsreglerne overholdes således, at der opnås den bedst mulige konkurrence om offentlige opgaver.

Det fremgår direkte af bemærkningerne såvel til lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. som til lov 511 af 27. maj 2013 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., at formålet med klagenævnsloven og klagefristen i lovens § 7, stk. 4, var at implementere kontroldirektiverne i dansk ret samt at sikre symmetri mellem fristerne for indgivelse af klager efter tilbudsloven og udbudsdirektiverne. Fristen i klagenævnslovens § 7, stk. 4, skal derfor fortolkes i overensstemmelse med principperne i kontroldirektiverne samt EU-Domstolens praksis vedrørende beregning af fristerne efter disse direktiver.

Dansk Byggeri har i tilknytning hertil med henvisning til EU-Domstolens dom af 28. januar 2010 i sag C-406/08, Uniplex, gjort gældende, at klagenævnslovens § 7, stk. 4, ikke alene skal fortolkes ud fra bestemmelsens ordlyd, men tillige ud fra formålet med bestemmelsen, også selvom de formål, der er angivet i bemærkningerne, ikke er kommet udtrykkelig til udtryk i bestemmelsens ordlyd.

Klagefrister, der reelt umuliggør eller gør det uforholdsmæssigt vanskeligt for de organisationer, der er tillagt klageadgang, at udnytte denne klageadgang, er i strid med formålet med klagenævnsloven samt med formålet med at give organisationer klageadgang.

Den særlige frist i klagenævnslovens § 7, stk. 7, på 2 år, som gælder for den klageadgang, der er tillagt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, skal regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er blevet offentliggjort. 2-årsfristens begyndelse forudsætter således offentliggørelse af en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt.

Dansk Byggeri gør ikke gældende, at organisationer skal *undtages* fra de almindelige klagefrister, men derimod, at tidspunktet for klagefristens begyndelse skal fortolkes i overensstemmelsen med klagenævnslovens formål samt bemærkningerne til klagenævnsloven.

Den praksis fra Klagenævnet for Udbud, som Tårnby Kommune påberåber sig, er ikke relevant for afgørelsen af spørgsmålet om klagefristens beregning i denne sag.

Klagen er således rettidig.

Retsgrundlaget

Med vedtagelsen af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. blev der i § 7, stk. 1 - 5, indført frister for klager over overtrædelser af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet således:

”§ 7. Har en ordregiver iværksat et begrænset udbud, et udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller et udbud efter proceduren konkurrencepræget dialog, efter udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal en virksomheds klage over ikke at være blevet prækvalificeret være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt en underretning til de berørte ansøgere om, hvem der er blevet prækvalificeret, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, hvis underretningen har angivet en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Stk. 2. Klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke er omfattet af stk. 1, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden:

1) 6 måneder efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

2) 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, at en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem er indgået, hvis underretningen har angivet en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

3) 12 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2.

Stk. 3. Har en ordregiver fulgt proceduren i § 4, skal klage i forbindelse med ordregiverens beslutning om, at ordregiveren har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed, være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen i henhold til § 4 er blevet offentliggjort.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse, hvis der ved domstolene anlægges sag om, at de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, er overtrådt, og sagsøgeren ikke forinden har indgivet klage til Klagenævnet for Udbud herom.

Stk. 5. Konkurrencestyrelsens klage over udbud omfattet af stk. 1-3 skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud, inden 2 år efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt eller agter at indgå kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.”

Det høringsnotat til lovforslag nr. 110 af 27. januar 2010, som er omtalt i Tårnby Kommunes anbringender, lyder:

”Dansk Erhverv (DE), og Landbrug & Fødevarer har påpeget, at klagefristerne ikke bør gælde for de organisationer, der er tillagt klageadgang, således at det sikres, at principielle spørgsmål også efter udløbet af klagefristen kan behandles. Organisationerne bør således sidestilles med Konkurrencestyrelsen.

Dansk Byggeri og Tekniq foreslår, at klagefristerne ikke skal gælde for organisationer, der er tillagt klageadgang i EU.

Kommentar

Når Konkurrencestyrelsen som noget særligt er undtaget de præklusive frister, er hensigten som anført i lovbemærkningerne, at styrelsen i grove eller principielle sager kan bringe en sag for Klagenævnet for Udbud, så overtrædelserne kan blive håndhævet, selvom klagefristerne er udløbet.

Det er ikke hensigten, at klagere, som ikke har nået at klage inden tidsfristens udløb, blot kan få Konkurrencestyrelsen til at klage over udbud med påstand om en hvilken som helst overtrædelse. Det må derfor forudses, at det vil det være et meget begrænset antal sager, Konkurrencestyrelsen vil indbringe for Klagenævnet for Udbud.

Det er imidlertid hensigtsmæssigt, at ordregiverne og de vindende tilbudsgivere efter en periode får sikkerhed for ikke at blive mødt med klagesager fra Konkurrencestyrelsen. På den baggrund foreslås det, at der fastsættes en frist på 2 år for Konkurrencestyrelsens indbringelse af klager for Klagenævnet for Udbud i lovforslagets § 7, stk. 5.

Det findes proportionalt og tilstrækkeligt, at Konkurrencestyrelsen, som ressortmyndighed for udbudsreglerne, som den eneste klageberettigede, har mulighed for at bringe grove og principielle sager for Klagenævnet for Udbud i op til 2 år. Undtages organisationerne tillige fra de almindelige klagefrister, vil hensigten med klagefristerne udhules.”

Det hedder om § 7 i bemærkningerne til lovforslag nr. 110 af 27. januar 2010:

”Til § 7

Med bestemmelsen indføres der som noget nyt frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af udbudsprocessen (såkaldte præklusive frister). Bestemmelserne retter sig kun mod udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der er i de gældende regler ikke fastsat sådanne præklusive frister. I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som den omstændighed, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, og at der kan pålægges en alternativ sanktion i form af bødeansvar eller en økonomisk sanktion, er det hensigtsmæssigt at indføre klagefrister i visse situationer. Det vil således være urimeligt, såfremt ordregiveren i alle tilfælde og på ubestemt tid kan blive mødt med, at en kontrakt erklæres for uden virkning.

KontrolDirektiverne giver mulighed for, at der kan indføres præklusive frister, men stiller ikke krav om det. Direktiverne anfører en række minimumsfrister og betingelser, hvis medlemsstaten vælger at indføre præklusive frister. Direktiverne udelukker ikke, at en medlemsstat kan indføre præklusive frister i andre situationer, end dem der er nævnt i direktiverne, så længe direktivernes minimumskrav overholdes.

Indførelse af en præklusiv frist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Omvendt vil det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelse, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber, under hensyntagen til direktivernes krav, en

hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang, og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssig indkøbsproces.

Som noget nyt foreslås det i stk. 1, at en klage fra en virksomhed over ikke at være blevet prækvalificeret i et begrænset udbud, et udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller et udbud efter proceduren konkurrencepræget dialog, skal være Klagenævnet i hænde senest 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere om, hvem af ansøgerne der er blevet prækvalificeret. Efter kontroldirektiverne er det en forudsætning for fristens anvendelse, at ordregiverens underretning er ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Såfremt ordregiveren ikke vedlægger en sådan redegørelse, er fristen for indgivelse af klage ikke påbegyndt.

Kontroldirektiverne foreskriver, at en præklusiv frist for klager over ordregiverens beslutninger som minimum fastsættes til 10-15 kalenderdage afhængigt af, om kommunikationen sker pr. brev eller elektronisk.

Fristen på 30 kalenderdage bevirker, at en potentiel klager får passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt der skal indgives en klage. Samtidig har ordregiveren sikkerhed for at kunne gå videre i udbudsprocessen, så snart klagefristen er udløbet.

Som noget nyt foreslås det i stk. 2, nr. 1, at en klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet skal være Klagenævnet i hænde senest 6 måneder efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, om at ordregiveren har indgået kontrakt. Klagen kan med få undtagelser omfatte alle tænkelige overtrædelser i en udbudsproces.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 35 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 43, at ordregivere skal indsende en bekendtgørelse om indgåelse af visse typer af kontrakter til Den Europæiske Unions Tidende. Det er således kun i de tilfælde, hvor ordregiveren offentliggør en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, at 6 måneders fristen finder anvendelse. Klager over kontrakter, der i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler er indgået uden offentliggørelse af en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, er således ikke omfattet af fristen.

Klagefristen på 6 måneder giver en potentiel klager passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt der skal indgives klage, ligesom det sikres, at klagen har aktuel betydning, når den behandles. Dermed er der større sandsynlighed for, at Klagenævnet kan udbedre de fejl, der måtte være begået.

Som noget nyt foreslås det i stk. 2, nr. 2, at en klage over indgåelse af en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem skal være Klagenævnet i hænde senest 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen til de berørte tilbudsgivere om, hvem der har fået

kontrakten tildelt, jf. forslaget § 2, stk. 1. I overensstemmelse med kontroldirektiverne er det en forudsætning for fristens anvendelse, at ordregiverens underretning er ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Såfremt ordregiveren ikke vedlægger en sådan redegørelse, er fristen for indgivelse af klage ikke påbegyndt, hvorfor der alt andet lige kan indgives en klage.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med forslaget § 3, stk. 2, nr. 2 og 3, hvorefter kontrakter, der tildeles på baggrund af en rammeaftale med eller uden genåbning af konkurrencen eller indgås inden for et dynamisk indkøbssystem, er undtaget fra reglerne om standstill. En ordregiver kan i disse situationer altid vælge at afholde en frivillig standstill-periode.

Da man fra dansk side vælger at undtage denne type kontrakter fra den obligatoriske standstill-periode, er Danmark ifølge kontroldirektiverne forpligtet til at fastsætte regler om, at sådanne kontrakter skal erklæres for uden virkning, hvis de er indgået i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler og overstiger udbudsdirektivets eller forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier. Dette er afspejlet i forslaget § 17, stk. 1, nr. 3 og 4. Hvis medlemsstaterne vælger at indføre en præklusiv frist for denne type klager, skal fristen som minimum fastsættes til 30 dage.

Rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer anses generelt for at være nogle af de mere konkurrencefremmende udbudsformer, fordi konkurrencen fastholdes igennem hele kontraktperioden. Fristen foreslås indført for at give ordregiverne incitament til fortsat at anvende disse udbudsformer. Med bestemmelsen sikres det således, at ordregiveren efter 30 kalenderdage ikke kan blive mødt med klager, jf. dog stk. 5.

Indgåelsen af selve rammeaftalen (hovedaftalen) er omfattet af den obligatoriske standstill-periode, jf. forslaget § 3, stk. 1. Klagefristen for indgåelse af selve rammeaftalen foreslås fastsat til 12 måneder, jf. stk. 2, nr. 3.

Med stk. 2, nr. 3, foreslås det, at 6 måneders fristen for at klage over en ordregivers kontrakt ikke gælder ved ordregiverens indgåelse af en rammeaftale, der i stedet er underlagt en 12 måneders frist.

Den foreslåede bestemmelse skal ses i lyset af, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de fællesskabsretlige udbudsregler, når der er tale om en rammeaftale, som når der er tale om øvrige kontraktindgåelser. I praksis kan der således gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

For at undgå, at ordregiveren på ubestemt tid kan blive mødt med klager og for at skabe incitament til, at der klages tidligt i forløbet, foreslås det, at når en ordregiver indgår en rammeaftale, skal klage over indgåelsen være Klagenævnet i hænde senest 12 måneder efter, at ordregiveren har indgået rammeaftalen. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretning til de berørte ansøgere, jf. § 2, stk. 2.

Med stk. 3 foreslås det, at når en ordregiver har fulgt proceduren i forslaget § 4, skal en klage i forbindelse med ordregiverens beslutning om, at

ordregiveren har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed, være Klagenævnet i hænde senest 30 kalenderdage efter ordregiverens offentliggørelse herom. I praksis kan denne type klager både indgives før og efter kontrakten er indgået, når blot klagen indgives inden fristens udløb.

Proceduren i § 4 omhandler de tilfælde, hvor ordregiveren finder, at tildelelse af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse er lovlig i henhold til de fællesskabsretlige udbudsregler, og har offentliggjort en bekendtgørelse med begrundelse herfor, og endelig har afventet en periode på 10 kalenderdage, inden kontrakten underskrives, for derved at sikre sig mod, at kontrakten senere erklæres for uden virkning.

Som følge af, at ordregiveren ved at følge proceduren i § 4 har givet maksimal åbenhed om kontraktindgåelsen, synes det hensigtsmæssigt og proportionalt, at ordregiveren efter 30 kalenderdage har sikkerhed for, at der ikke kan indgives klage til Klagenævnet, medmindre klage indgives af Konkurrencestyrelsen. Samtidig giver 30 kalenderdage en potentiel klager passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt man ønsker at klage. Det foreslås i stk. 4, at klagefristerne i stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse, hvis der anlægges sag ved domstolene om, at de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, er overtrådt, og sagsøgeren ikke forinden har indgivet klage til Klagenævnet. Bestemmelsen foreslås for at sikre, at klagefristerne er ens for indgivelse til Klagenævnet og domstolene. Bestemmelsen er identisk med, hvad der gælder for de sager, der skal anlægges ved Sø- og Handelsretten, jf. forslaget § 5, stk. 3.

Det foreslås i stk. 5, at klagefristerne i stk. 1-3 ikke gælder for Konkurrencestyrelsen. Bestemmelsen medfører, at der er mulighed for, at overtrædelser af principiel eller særlig grov karakter kan håndhæves, selvom klagefristerne er udløbet. For at ordregivere ikke på ubestemt tid kan blive mødt med klagesager fra Konkurrencestyrelsen, foreslås det, at Konkurrencestyrelsen skal indgive en klage inden 2 år efter, at ordregiveren har offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende, at denne har indgået en kontrakt eller agter at indgå en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.”

Med vedtagelsen af lov nr. 511 af 27. maj 2013 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. blev der med indsættelsen af et nyt stk. 4 i lovens § 7 fastfrist frister for klager over overtrædelse af tilbudsloven, jf. lovens § 1, nr. 4- 6, således:

”4. I § 7 indsættes efter stk. 3 som nye stykker:

»Stk. 4. Klage over overtrædelser af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden

1) 45 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, hvem ordregiveren har besluttet

at indgå kontrakt med, hvis underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, og

2) 6 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, hvis underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Stk. 5. Har en ordregiver iværksat et begrænset udbud med anvendelse af prækvalifikation efter lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, skal en virksomheds klage over ikke at være blevet prækvalificeret være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 20 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt en underretning til de berørte ansøgere om, hvem der er blevet prækvalificeret, hvis underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.«

Stk. 4 og 5 bliver herefter stk. 6 og 7.

5. I § 7, *stk. 4*, der bliver stk. 6, ændres »Stk. 1-3« til: »Stk. 1-5«.

6. I § 7, *stk. 5*, der bliver stk. 7, ændres »stk. 1-3« til: »stk. 1-5«.”

Det hedder i de specielle bemærkninger til lovforslaget herom:

”Håndhævelsesloven indeholder en række klagefrister ved indgivelse af klage over EU-retlige udbud. Derimod har der hidtil ikke været fastsat klagefrister, når det gælder kontraktindgåelse, der er omfattet af tilbudsloven. Dermed har der været en frist for, hvor længe der kan indgives klager for udbud, der vedrører store kontraktværdier, mens klager, som vedrører mindre kontraktværdier, har kunnet indgives til enhver tid – også længe efter kontraktindgåelsen.

For at skabe ensartethed indfører forslaget frister for indbringelse af klager i tilbudsloven. De foreslåede frister for indbringelse af klager i tilbudsloven svarer i store træk til de foreslåede frister for indbringelse af klager over overtrædelser af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forslaget indebærer, at klager over overtrædelse af tilbudsloven skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud senest 45 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå kontrakt med. En forudsætning for, at klagefristen går i gang, er dog, at ordregiverens underretning af de berørte tilbudsgivere indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Ordregiveren er ikke i henhold til tilbudsloven forpligtet til at afgive en kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, men ønsker ordregiveren, at der skal gælde en klagefrist, skal underretningen være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde. Dette er nødvendigt for at sikre, at en forbigået tilbudsgiver har tilstrækkelig information til at vurdere, om der er anledning til at indgive en klage, når klagefristen begynder at løbe.

En kort redegørelse om de relevante grunde indebærer f.eks., at ordregiveren meddeler alle forbigåede tilbudsgivere, hvorfor deres tilbud er forkastet. Det er ikke et krav, at redegørelsen lever op til kravene i håndhævelseslovens § 7, stk. 1. Den korte redegørelse om de relevante grunde til beslutningen efter tilbudsloven vil f.eks. ikke nødvendigvis indebære, at ordregiveren skal give meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele.

Ligesom det er tilfældet for klager over EU-udbud, foreslås en særlig klagefrist, når det gælder klager, der vedrører rammeaftaler. At klagefristen for klager over rammeaftaler foreslås længere end for klager over øvrige kontraktindgåelser hænger sammen med, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse, når der er tale om en rammeaftale frem for øvrige kontraktindgåelser. I praksis kan der således gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale om f.eks. varer og tjenesteydelser, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

Med forslaget skal klager være indgivet til Klagenævnet for Udbud senest 6 måneder efter, at ordregiveren har indgået en rammeaftale, regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere. Også her er det en forudsætning for, at klagefristen går i gang, at ordregiverens underretning af de berørte ansøgere og tilbudsgivere indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Ordregiveren er heller ikke ved tildeling af en rammeaftale forpligtet til at afgive en kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen i henhold til tilbudsloven. Men ønsker ordregiveren, at der skal gælde en klagefrist, skal underretningen være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde. Dette er nødvendigt for at sikre, at en forbigået tilbudsgiver har tilstrækkelig information til at vurdere, om der er anledning til at indgive en klage, når klagefristen begynder at løbe.

En kort redegørelse om de relevante grunde indebærer f.eks., at ordregiveren meddeler alle forbigåede ansøgere og tilbudsgivere, hvorfor deres tilbud er forkastet.

Forslaget indfører ligeledes en frist for, hvor længe en virksomhed kan klage over ikke at være blevet prækvalificeret efter tilbudsloven, således at der gælder de samme fristregler for udbudsdirektiverne som for tilbudsloven. Har en ordregiver iværksat et begrænset udbud med anvendelse af prækvalifikation efter lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, skal en virksomheds klage over ikke at være blevet prækvalificeret være indgivet til Klagenævnet for Udbud senest 20 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt en underretning til de berørte ansøgere om, hvem der er blevet prækvalificeret, hvis underretningen indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. En kort redegørelse om de relevante grunde indebærer f.eks., at ordregiveren meddeler alle forbigåede ansøgere og tilbudsgivere, hvorfor deres tilbud er forkastet.

Ved beregning af frister efter tilbudsloven finder Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter anvendelse, således at der dermed er symmetri mellem fristberegningerne efter tilbudsloven og efter udbudsdirektiverne.”

Klagenævnet udtaler:

Det følger klart af klagenævnslovens § 7, stk. 4, at fristen for indgivelse af klage over overtrædelser af tilbudsloven er 45 dage regnet fra dagen efter den dag, hvor de berørte tilbudsgivere blev underrettet, dog således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en længere frist på 2 år, jf. § 7, stk. 7. Forarbejderne til bestemmelsen, som blev indført med lov nr. 511 af 27. maj 2013, og til lov nr. 492 af 12. maj 2010, giver ikke støtte for en fortolkning i strid med lovens ordlyd, hvorefter klagefristen for de klageberettigede organisationer skulle løbe fra det tidspunkt, hvor organisationen har haft tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der er grundlag for at klage. Det bemærkes så meget desto mere, at den 2-årige klagefrist for Konkurrence og Forbrugerstyrelsen i givet fald ville være overflødig.

At der ikke ved licitationer efter tilbudsloven sker offentliggørelse svarende til den, der sker ved tildeling efter udbudsloven eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, kan ikke føre til et andet resultat. Det bemærkes i den forbindelse, at den ensartethed, som blev tilstræbt ved indførelsen af klagefristerne tillige for klager over overtrædelse af tilbudsloven, tilsigtede at give ordregiveren også ved mindre kontraktværdier mulighed for at tilrettelægge og gennemføre en hensigtsmæssig proces, idet det ved de dagældende regler, modsat hvad der gjaldt ved overtrædelser af de EU-retlige regler, var muligt at indgive klage over overtrædelse af tilbudsloven uden nogen som helst tidsbegrænsning.

En offentliggørelsespligt svarende til, hvad der gælder for de EU-retligt baserede regler, fremgår ikke af tilbudsloven, og det kan ikke i klagenævnslovens § 7, stk. 4, indfortolkes, at klageberettigede organisationer har krav på, at klagefristen for dem i tilfælde af overtrædelse af tilbudsloven først begynder at løbe på det tidspunkt, hvor organisationen har haft mulighed for at blive bekendt med den muligt lovstridige indgåede kontrakt, heller ikke i tilfælde som det foreliggende, hvor der alene er modtaget ét tilbud, som accepteres, og der derfor ikke kan forventes klager fra virksomheder, heller ikke igennem de faglige organisationer.

Da klagen derfor ikke er rettidig, tager klagenævnet Tårnby Kommunes påstand om afvisning til følge.

I medfør af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 5, tilbagebetales klagegebyret.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Dansk Byggeri skal i sagsomkostninger til Tårnby Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig