

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervsstyrelsen, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø.
Telefon: 35 29 10 00 - mail: klfu@erst.dk - Internet-adresse: www.klfu.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att.: Kontorchef Signe Schmidt
rzn@kfst.dk

Journalnummer
2015-12974

Dato
25. november 2015

Høring over udkast til bekendtgørelser om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet og bekendtgørelse om udbud.dk og elektronisk kommunikation vedrørende udbud – j.nr. POL-15/06882-13

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved brev af 28. oktober 2015 anmodet om blandt andre Klagenævnet for Udbuds eventuelle bemærkninger til udkast til tre bekendtgørelser om

- 1) implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet,
- 2) implementering af koncessionsdirektivet og
- 3) udbud.dk og elektronisk kommunikation vedrørende udbud.

Det fremgår af høringsbrevet, at alle tre bekendtgørelser vil blive udstedt i medfør af udbudsloven, som Folketinget i mellemtiden har vedtaget ved 3. behandlingen den 19. november 2015.

Klagenævnet ønsker af principielle grunde ikke at udtale sig om bekendtgørelsernes implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, og nævnet har på den anførte baggrund valgt alene at fremkomme med bemærkninger af mere teknisk karakter, jf. nedenfor pkt. 1-3.

1. Udkast til bekendtgørelse om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet

Ad indledningen

I bekendtgørelsens indledning synes at mangle en henvisning til erhvervs- og vækstministerens hjemmel til at udstede bekendtgørelsen.

Klagenævnet går ud fra, at hjemlen skal findes i udbudslovens § 194, stk. 2.

Ad § 5, stk. 1

Ordet ”at” synes at mangle mellem ”således” og ”en ordregiver”.

Ad § 10, stk. 2

Det bør præciseres, hvad det vil sige, at en ordregiver, der ikke er en offentlig myndighed, kan ”vælge at anvende” bestemmelserne i udbudslovens §§ 135-138 og 117, stk. 5.

Ad § 11

Bestemmelsen henviser til en række regler i udbudsloven, der for størstedelens vedkommende ikke finder anvendelse på udbud i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet de ikke i bekendtgørelsens øvrige bestemmelser er sat i kraft for sådanne udbud. Klagenævnet forstår bestemmelsen således, at det er hensigten, at de nævnte regler skal finde anvendelse.

Hvis denne forståelse er korrekt, bør det fremgå udtrykkeligt af bestemmelsen. I modsat fald bør henvisningerne udgå, da de er egnede til at skabe uklarhed om regelgrundlaget.

Det bør endvidere præciseres, om bestemmelsen også finder anvendelse i de tilfælde, hvor en ordregiver, der ikke er en offentlig myndighed, har ”valgt” at anvende bestemmelserne omfattet af § 10, stk. 2.

Ad § 15

Der synes at være en opstillingsfejl i § 15.

Ad § 16

I overgangsbestemmelsen i § 16, stk. 1, er det fastsat, at bekendtgørelsen træder i kraft den 1. januar 2016, og at den ikke finder anvendelse på udbud iværksat inden denne dato. I stk. 2 ophæves den hidtil gældende bekendtgørelse. Det bør i stk. 2 præciseres, at reglerne i den

ophævede bekendtgørelse fortsat skal finde anvendelse for udbud, der er iværksat inden den 1. januar 2016.

2. Udkast til bekendtgørelse om implementering af koncessionsdirektivet

Ad indledningen

I bekendtgørelsens indledning synes at mangle en henvisning til erhvervs- og vækstministerens hjemmel til at udstede bekendtgørelsen. Klagenævnet går ud fra, at hjemlen skal findes i udbudslovens § 194, stk. 2.

Ad § 8

I overgangsbestemmelsen i § 8, er det fastsat, at bekendtgørelsen træder i kraft den 1. januar 2016, og at den ikke finder anvendelse på udbud iværksat inden denne dato. Det bør herved præciseres, at de hidtil gældende regler fortsat skal finde anvendelse for udbud, der er iværksat inden den 1. januar 2016.

3. Udkast til bekendtgørelse om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse og om anvendelsen af elektroniske kommunikationsmidler i udbud efter udbudslovens afsnit II og III

Ad § 1

Udkastets § 1 indeholder bekendtgørelsens eneste bestemmelse, der angår annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med en klar grænseoverskridende interesse. Det fremgår af denne bestemmelse, at ”*Anskaffelser foretaget i henhold til udbudslovens afsnit IV skal annonceres på www.udbud.dk*”.

Som bestemmelsen er formuleret, er det mest nærliggende at læse den således, at den pålægger ordregivere, der allerede har foretaget et indkøb under tærskelværdierne med en klar grænseoverskridende interesse, en pligt til at offentliggøre oplysninger om det foretagne indkøb. Formuleringen er dermed uheldig, idet det fremgår af udbudslovens § 191, stk. 1, at en ordregiver skal annoncere kontrakten ”forud for indgåelse”.

Klagenævnet skal på den baggrund foreslå, at bestemmelsen præciseres, således at det kommer til at fremgå, at annonceringen skal ske på forhånd.

Den foreslåede bestemmelse er i øvrigt tavs med hensyn til, hvilke oplysninger ordregiveren skal offentliggøre. Klagenævnet skal i den forbindelse pege på, at det for at leve op til EU-domstolens krav om, at medlemsstaterne skal muliggøre, at interesserede virksomheder kan tilkendegive deres interesse, at annoncen i der mindste bør indeholde:

- En beskrivelse af kontraktens indhold
- *Enten* oplysning om de procedurer, som ordregiveren efter bestemmelsen i udbudslovens § 192 skal fastsætte med henblik på at sikre, at interesserede tilbudsgivere kan afgive tilbud, *eller* oplysning om, hvordan interesserede kan få disse oplysninger.

Klagenævnet skal på den baggrund foreslå, at det i den nævnte bestemmelse fastsættes, at annoncen skal indeholde disse oplysninger. For at undgå at belaste både ordregivere og potentielle tilbudsgivere med henvendelser vedrørende indkøb, der er gennemført, forekommer det endvidere nærliggende at fastsætte krav om, at annoncen indeholder oplysning om, hvornår det senest er muligt at tilkendegive sin interesse i kontrakten.

Ad § 4

Der synes at være en slåfejl i udkastet til § 4, stk. 1, nr. 1: ”Oplysningen”.

Ad § 5

Således som ikrafttrædelsesbestemmelsen i udbudslovens § 196 er udformet, ses der ikke at være mulighed for en overgangsordning, der som den, der er foreslået ovenfor, indebærer, at de hidtil gældende regler (i tilbudsloven) finder anvendelse for udbud, der er påbegyndt inden udbudslovens ikrafttræden. Det bør derfor overvejes, om – og i givet fald i hvilket omfang – reglerne i bekendtgørelsesudkastet alligevel bør sættes i kraft for indkøb, der ikke er afsluttet ved bekendtgørelsens ikrafttræden.

I det omfang klagenævnet måtte have mulighed herfor, deltager vi gerne i et møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for en nær-

mere drøftelse af de tre udkast til bekendtgørelser, hvis styrelsen måtte ønske det.

Med venlig hilsen

f. Michael Ellehauge

Formand for Klagenævnet for Udbud, landsdommer

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig