

Anvendelse af profylaksebekendtgørelser - Ordregiver, udvis den fornødne omhu!

EU-Domstolens- og Klagenævnet for Udbuds nyere praksis samt klagenævnslovens ikrafttrædelse har medvirket til at skærpe kravene til anvendelse af profylaksebekendtgørelser. Ordregiver skal fremadrettet udvise "fornøden omhu" i forbindelse med vurderingen af, om kontrakten er udbudspligtig, og klager over profylaksebekendtgørelser vil have automatisk midlertidig opsættende virkning i op til 30 dage.



Retstilstanden før klagenævnslovens ikrafttrædelse

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta, udtalte Klagenævnet - henset til ordlyden af håndhævelseslovens § 4 og den EU-retlige baggrund – at Klagenævnet ikke havde hjemmel til at efterprøve ordregivers skøn i forbindelse med anvendelse af profylaksebekendtgørelser. Klagenævnet efterprøvede dermed ikke ordregiverens skøn, herunder hvorvidt ordregiver var i god eller ond tro, samt hvorvidt kontrakten var udbudspligtig.

En profylaksebekendtgørelse sikrede tidligere mod sanktionen "uden virkning" og var tiltænkt de situationer, hvor kontrakten som udgangspunkt ikke blev vurderet at være udbudspligtig, men hvor den ordregivende myndighed ønskede at eliminere risikoen for sanktioner, såfremt det modsatte skulle vise sig at være tilfældet. Klagenævnet anså ikke, at Klagenævnet havde hjemmel til efterprøvelse af ordregivers skøn, herunder en efterfølgende tilsidesættelse af ordregivers vurdering af lovligheden af anvendelse af profylaksebekendtgørelser. Beskyttelsen var alene betinget af, at de ordregivende myndigheder udsendte en profylaksebekendtgørelse, at kontrakten ikke var indgået inden for 10-kalenderdages fristen, og at ordregiveren vurderede, at den pågældende kontrakt

ikke var udbudspligtig. Konsekvensen heraf var, at ordregiver kunne beskytte kontrakten fra sanktionen uden virkning, selvom ordregiveren bevidst havde indgået en kontrakt i strid med udbudsreglerne og dermed var i ond tro.

Klagenævnets praksis fra Konica Minolta blev ændret af EU-domstolens dom af 11. september 2014, herefter omtalt som FastWeb-sagen. EU-Domstolen fastslog, at de nationale klageinstanser er forpligtet til at:

- 1) Undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu i sin vurdering af, om kontrakten er udbudspligtig.
- 2) Efterprøve om betingelserne for at unklade udbud faktisk er opfyldt.

Retstilstanden efter klagenævnslovens ikrafttrædelse

Klagenævnsloven regulerer anvendelse af profylaksebekendtgørelser i lovens § 4. Lovens bestemmelse er næsten identisk med håndhævelseslovens § 4. Det fremgår af klagenævnslovens § 4, at Klagenævnet for Udbud som udgangspunkt ikke kan tilsidesætte en tildeling, såfremt ordregiver:

- Offentliggør en profylaksebekendtgørelse i EU-tidende,

- venter med at indgå kontrakten til 10 kalenderdage fra dagen efter bekendtgørelsens offentliggørelse
- finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

En væsentlig nyskabelse i klagenævnsløven er, at der er indført en lovbestemt retsvirkning af, at der klages til Klagenævnet inden for 10-kalenderdages fristen efter offentliggørelse af profylaksebekendtgørelsen. I henhold til Klagenævnslovens § 12, stk. 3 vil klagen have automatisk midlertidig opsættende virkning op til 30 dage, svarende til hvad der gælder for standstill-klager. Dette medfører, at der er større retssikkerhed for klageren, da klagen allerede fra afgivelse vil have den retsvirkning, at ordregiver ikke kan indgå den påtænkte kontrakt.

Retspraksis

En konsekvens af Fastweb-sagen er, at Klagenævnet for Udbud har ændret praksis. I Klagenævnets nyere praksis, kendelse af 4. maj 2016 CGI Danmark mod Moderniseringsstyrelsen, fandt Klagenævnet i overensstemmelse med EU-Domstolens udtalelser i FastWeb-sagen, at ordregiver skal udvise den fornødne omhu, når de vurderer, om en kontrakt anses for udbudspligtig. I den pågældende sag fandt Klagenævnet, at Moderniseringsstyrelsen ikke havde udvist den fornødne omhu, og at vurderingen var åbenbart urigtig.

EU-Domstolen har præciseret begrundelseskravet. Klagenævnet er berettiget til at undersøge ordregivers begrundelse for, at kontrakten er indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Dette betyder, at ordregivers begrundelse i profylaksebekendtgørelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, hvorvidt der kan indgås kontrakt ved anvendelse af en profylaksebekendtgørelse. Der foreligger et krav til begrundelsen om, at den skal være så fyldestgørende, at interesserede parter under fuldt kendskab til sagen

kan afgøre, om sagen skal indbringes for en klageinstans, og for klageinstansen at kunne udøve en effektiv kontrol, jf. FastWeb-sagens præmis 48.

Anvendelse af profylaksebekendtgørelser i fremtiden

Det anbefales offentlige myndigheder at iagttage følgende forhold i forbindelse med beslutningen om, hvorvidt profylaksebekendtgørelser kan anvendes i det konkrete tilfælde:

- **Udvis den fornødne omhu:** Foretag en konkret objektiv vurdering af, om den pågældende kontrakt er udbudspligtig.
- **Skærpet begrundelseskrav:** Såfremt kontrakten vurderes ikke at være udbudspligtig, skal begrundelsen i profylaksebekendtgørelsen klart og utvetydigt angive betragtningerne, der ligger til grund for vurderingen.
- **Ikke fuldstændig beskyttelse:** Kontrakter indgået ved direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan erklæres for uden virkning. Dette uanset, om de ordregivende myndigheder har iagttaget klagenævnsløvens § 4 og derfor har udsendt en profylaksebekendtgørelse, afventet standstill-perioden på 10-kalenderdage samt vurderet, at kontrakten ikke har været udbudspligtig. Ordregiver er således ikke fuldstændig beskyttet ved anvendelse af profylaksebekendtgørelser.
- **Udbudsretlig risiko:** Vær opmærksom på, at der er en udbudsretlig risiko forbundet med, at kontrakten kan blive erklæret uden virkning. Udover, at kontrakten kan blive erklæret uden virkning, kan der pålægges en økonomisk sanktion. Den udbudsretlige risiko skal altid kapitaliseres inden anvendelse af en profylaksebekendtgørelse.

Har du lyst til at høre mere om anvendelse af profylaksebekendtgørelser, eller har du andre spørgsmål om udbud, kontakt da Kim Dyhring, Chef for udbud hos FalckEkdahl på kd@falckekdahl.dk eller + 45 27 21 43 87.