

Erhvervs- og Vækstministeriet
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98
FAX 33 36 97 50

DATO: 14. august 2012
SAGSNR.: 2012 - 2175
ID NR.: 189932

crh@kfst.dk

Høring - over udkast til forslag om ændring af tilbudsloven og lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuner og regioners deltagelse i selskaber

Ved e-mail af 22-06-2012 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Efter forslaget § 1, nr. 2, ophæves annonceringspligten ved ordregivende myndigheders indkøb af tjenesteydelser omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Annonceringspligten for bilag II B-tjenesteydelser ophæves helt generelt for alle ordregivende myndigheder og ikke blot i situationer, hvor en kommune - eller en anden offentlig myndighed - overlader udførelsen af en opgave til en anden kommune.

Annonceringspligten for bilag II B-tjenesteydelser blev indført i 2007 for at styrke konkurrencen om offentlige opgaver og med henblik på at bidrage til at udmønte traktatens krav om gennemsigtighed. Det følger således af EU-domstolens praksis, at ordregivende myndigheder ved indgåelse af kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektivets detaljerede procedureregler, men som har grænseoverskridende interesse, efter traktaten er forpligtede til at sikre en passende grad af gennemsigtighed. Sådan gennemsigtighed kan alene sikres ved forudgående annoncering af den ordregivende myndigheds intention om indgåelse af en kontrakt.

Advokatrådet er principielt positivt stemt overfor deregulerende lovgivningstiltag, der letter administrative byrder, skaber klarhed og øger retssikkerheden.

I relation til det konkrete lovforslag finder Advokatrådet dog, at ophævelsen af den generelle annonceringspligt svækker retssikkerheden. Indførelsen af tilbudslovens § 15 a, stk. 1, nr. 3, har i vidt omfang medvirket til at sikre, at de ordregivende myndigheder lever op til forpligtelserne efter traktaten. Efter lovforslaget overlades det imidlertid nu til hver enkelt ordregivende myndighed at vurdere, om det konkrete

indkøb af tjenesteydelser omfattet af bilag II B har en sådan tyngde, at kontrakten på baggrund af forpligtelserne efter traktaten skal annonceres og dermed konkurrenceudsættes.

Dette kan - på grund af uklarhed omkring forpligtelserne efter traktaten - medføre, at færre ordregivende myndigheder vil leve op til det af traktaten afledte krav om annoncering. Endvidere kan lovforslaget - på grund af uklarheden omkring forpligtelserne efter Traktaten - medføre en u hensigtsmæssig stigning i antallet af klagesager relateret til indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser omfattet af bilag II B. Dette vil i givet fald øge de ordregivende myndigheders administrative byrder.

Hertil kommer, at forhandlingerne om udformningen af et nyt udbudsdirektiv, herunder forhandlinger om forpligtelserne i relation til de af bilag II B omfattede tjenesteydelser, forventes tilendebragt inden udgangen af 2012. Det er på denne baggrund Advokatrådets opfattelse, at en ændring af tilbudslovens bestemmelser om annonceringspligt ved indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser omfattet af bilag II B i videst muligt omfang bør tilrettelægges, så lovændringen tager højde for eventuelle forpligtelser i et nyt udbudsdirektiv. Dette med henblik på at undgå hyppige lovændringer, som kan medvirke til at skabe uklarhed om de ordregivende myndigheders forpligtelser.

Efter forslagens § 1, nr. 3, skal den med tilbudslovens afsnit II indførte annonceringsforpligtelse ikke finde anvendelse, når en kommune - eller en anden offentlig myndighed - overlader udførelsen af en opgave til en anden kommune i overensstemmelse med bestemmelserne i lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder mv.

Advokatrådet finder, at også denne del af lovforslaget svækker retssikkerheden, idet det også her overlades til hver enkelt ordregivende myndighed at vurdere, om det konkrete indkøb har en sådan tyngde, at kontrakten på baggrund af forpligtelserne efter traktaten skal annonceres og dermed konkurrenceudsættes, jf. betragtningerne ovenfor.

Svækkelsen af retssikkerheden synes dog mindre i relation til denne del af lovforslaget, idet forslaget udelukkende vedrører indkøb under udbudsdirektivets tærskelværdier, og idet annonceringsforpligtelsen alene er aktuel, hvis indkøbet ikke kan foretages uden annoncering i medfør af EU-domstolens retspraksis om henholdsvis institutionaliseret in house-samarbejde eller ikke-institutionaliseret samarbejde med henblik på at opfylde offentlige opgaver i fællesskab, jf. sag C-480/06 Kommissionen mod Tyskland.

I relation til forslagens § 1, nr. 3, forudsætter Advokatrådet i øvrigt, at tilføjelsen til tilbudsloven suppleres med en tilsvarende tilpasning af udbudsforpligtelserne relateret til § 2, stk. 2, og 3 i lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder mv. sammenholdt med § 2, stk. 2, i

bekendtgørelse nr. 533 af 18. juni 1995 som ændret ved bekendtgørelse nr. 566 af 27. juni 2002.

Med venlig hilsen


Torben Jensen