

NOTAT

September 2019

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Standstill-periode i forbindelse med kvalifikationsordning

Problemstillingen

Det fremgår af § 3, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud¹, at ordregivere tidligst må indgå kontrakter, når standstill-perioden er udløbet.

ERHVERVSMINISTERIET

I henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets² artikel 77 kan ordregivende enheder oprette og anvende kvalifikationsordninger. Lov om Klagenævnet for Udbud tager ikke eksplicit stilling til, om der skal afholdes en standstill-periode i forbindelse med kvalifikationsordninger, men det fremgår af lovbemærkningerne til loven, at pligten til at afholde en standstill-periode ikke gælder for kontrakter indgået på baggrund af en kvalifikationsordning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget flere spørgsmål om, hvorvidt der er en pligt til at afholde en standstill-periode i kontrakter indgået på baggrund af en kvalifikationsordning. Idet der ikke er taget stilling til spørgsmålet i lovteksten til lov om Klagenævnet for Udbud, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejdet denne konkrete vejledning vedrørende problemstillingen.

Indledningsvis skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således ikke kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i forhold til konkrete problemstillinger.

Regelgrundlag

Det fremgår af artikel 2a, stk. 1, i kontroldirektivets ændring til direktiv 92/13/EØF³, at virksomheder og andre skal have tilstrækkelige frister, som sikrer effektive muligheder for at klage over ordregivende enheders tildelingsbeslutninger. Denne standstill-periode skal i henhold til kontroldirektivets artikel 2a, stk. 2, være på mindst 10 kalenderdage regnet fra dagen

¹ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

³ 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.

efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, når tildelingsbeslutningen sendes ad elektronisk vej.

Artikel 2b i kontroldirektivets ændring til direktiv 92/13/EØF indeholder en række undtagelser fra pligten til en standstill-periode. Det fremgår blandt andet af artikel 2b, litra a), at der ikke er pligt til en standstill-periode, når forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kræver forudgående offentliggørelse af en "bekendtgørelse" i Den Europæiske Unions Tidende.

I lov om Klagenævnet for Udbud fremgår det af § 3, stk. 1, at der skal afholdes en standstill-periode, når en ordregiver beslutter at tildele en kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dog fremgår det af lovens § 3, stk. 3, nr. 1, at der ikke er pligt hertil, hvis "en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse". I lovbemærkningerne hertil⁴ fremgår det, at denne undtagelse gælder ved "indgåelse af en kontrakt på baggrund af et kvalifikationssystem".

Vurdering

I forhold til kvalifikationsordninger fremgår det af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 68, at ordregivende enheder skal offentliggøre en bekendtgørelse i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag X, når en kvalifikationsordning anvendes. Udbudsbekendtgørelser er derimod reguleret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 og bilag XI. Der er som følge heraf ikke krav om en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når en kvalifikationsordning anvendes, men alene en bekendtgørelse.

Undtagelserne fra afholdelse af standstill-perioden i kontroldirektivet er ikke nøjagtig ens, alt afhængig af om undtagelserne vedrørende kontrakter omfattet af udbudsdirektivet eller kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. I kontroldirektivet fremgår det vedrørende standstill-perioden i forbindelse med kontrakter omfattet af udbudsdirektivet, at der ikke er et krav om en standstill-periode i de tilfælde, hvor udbudsdirektivet ikke har krævet en forudgående offentliggørelse af en "udbudsbekendtgørelse". I forbindelse med kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet er der ikke et krav om en standstill-periode i de tilfælde, hvor forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kræver en forudgående offentliggørelse af en "bekendtgørelse".

De forskellige sprogudgaver af direktivet viser, at der ikke i alle sprogudgaver sondres mellem udbudsbekendtgørelser og bekendtgørelser. I denne

⁴ De relevante lovbemærkninger fremgår af lovforslag nr. L 110 om lov om håndhævelse af udbudsreglerne, der blev fremsat den 27. januar 2010.

forbindelse er det dog værd at bemærke, at den engelske sprogudgave indeholder sontringen.⁵

Brugen af ”bekendtgørelser” i forbindelse med artikel 2b, litra a) i kontrol-direktivets ændring til direktiv 92/13/EØF skyldes efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregivende enheder efter forsynings-virksomhedsdirektivet kan gennemføre udbud uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, men ved at anvende en bekendtgørelse, som det er tilfældet med kvalifikationsordninger. Derudover nævner artikel 2b og præambelen⁶ specifikke undtagelser, men kvalifikationsordninger nævnes ikke som en undtagelse.

Endvidere er der tale om en undtagelse, der som udgangspunkt skal fortolkes indskrænkende, og standstill-perioden er en central rettighed for berørte ansøgere og tilbudsgivere til at klage, inden kontrakten indgås. Undtagelsen i § 3, stk. 3, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud finder alene anvendelse, når en kontrakt tildeles uden forudgående udbudsbekendtgørelse. I denne forbindelse må ”udbudsbekendtgørelse” forstås som den i direktivet fastsatte offentliggørelsesmåde. Det vil sige, at en pligt til at offentliggøre en bekendtgørelse som ved kvalifikationsordninger vil afskære ordregivere fra at anvende undtagelsen. På samme måde finder undtagelsen heller ikke anvendelse, hvis der er mulighed for at bruge en forhånds-meddelelse til indkaldelse af tilbud, som kan indføres i udbudsdirektivet.⁷

Det forhold, at rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer er undtaget fra pligten til at gennemføre standstill-perioden, kan ikke føre til, at ordregivende enheder er undtaget fra at gennemføre standstill-periode i forbindelse med kvalifikationsordninger. Der er ikke den samme eksplicite undtagelse i forhold til udbud ved brug af kvalifikationsordninger. Endvidere skal der også afholdes en standstill-periode forud for indgåelsen af en rammeaftale, hvorfor der er taget stilling til, hvornår standstill-perioden skal afholdes ved rammeaftaler.

⁵ Det samme gør sig gældende for flere andre sprogudgaver, herunder den franske sprogversion.

⁶ Præambelbetragtning nr. 10 nævner, at de i tilfælde, der er omhandlet i artikel 40, stk. 3, litra i), i direktiv 2004/17/EF (nu direktiv 2014/25/EU), kræver kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, ikke forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. I disse tilfælde bør en standstill-periode ikke være obligatorisk. Selv om præambelen ikke er bindende, skal artikel 2b læses i overensstemmelse hermed, hvorved præambelen fungerer som en eksemplificering af anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelsen.

⁷ I henhold til udbudsdirektivets (2014/24/EU) artikel 48, stk. 2, kan ikkestatslige ordregivere under visse betingelser ved begrænset udbud og udbud med forhandling anvende en forhåndsmeddelelse som indkaldelsen af tilbud.

På baggrund af ovennævnte er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at lov om Klagenævnet for Udbud i sammenhæng med kontrol-direktivet skal forstås således, at ordregivende enheder skal afholde en standstill-periode for kontrakter indgået på baggrund af en kvalifikations-ordning. Dette er tilfældet, selv om det i lovbemærkningerne til håndhæ-velseslovens § 3, stk. 2, nr. 1, anføres, at undtagelsen gælder i forhold til kvalifikationsordninger, og selv om der alene er henvist til ”udbudsbe-kendtgørelser” i § 3, stk. 3, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.