

Sendt pr. e-mail: Poul.Carstensen@stab.rm.dk

Region Midtjylland

Att.: Poul Carstensen

Skottenborg 26

8800 Viborg

Håndtering af inhabilitet i forbindelse med udbud af OPP-kontrakt

1. INDLEDNING OG KONKLUSION

Region Midtjylland har telefonisk og ved e-mails af 15., 17. og 18. marts 2013 bedt mig vurdere regionens muligheder for håndtering af en problemstilling om mulig inhabilitet i forbindelse med udbud af en OPP-kontrakt om etablering m.v. af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby.

Til brug for min vurdering har jeg haft adgang til udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 16. januar 2013, prækvalifikationsbeskrivelse for projektet, uddrag af prækvalifikationsansøgning, dagsordenspunkter til møder i forretningsudvalget og regionsrådet den 20. marts 2013 samt beslutningspunkt af 19. december 2012 fra møde i regionsrådet.

Det fremgår af materialet, at udbuddet gennemføres som konkurrencepræget dialog, og at nybyggeriet forventes at få et samlet etageareal på ca. 51.000 m² (brutto). Ifølge udbudsbekendtgørelsen skal der prækvalificeres 3-5 virksomheder. Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 4. marts 2013 har Region Midtjylland modtaget fire ansøgninger om prækvalifikation. Den ene af de fire ansøgere agter regionen at diskvalificere, da ansøgningen er mangelfuld (manglende regnskabstal og referencer m.v.). De resterende tre ansøgere vurderer regionen er egnede. Den ene af disse tre ansøgere er KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration A/S (PKA) og Lærernes Pension Ejen- domsselskab (Lærernes Pension). Bent Hansen, der er formand for regionsrådet og forretningsudvalget, er tillige bestyrelsesformand i PKA efter udpegning af Danske Regioner.

For god ordens skyld vil jeg gøre opmærksom på, at mit firma håndterer forskellige andre sager, som Bent Hansen har berøring med (bl.a. for Amgros I/S og den fælles offentlige sundhedsportal sundhed.dk). Dette indebærer efter min vurdering dog ikke, at jeg ikke kan vurdere de spørgsmål, som regionen har rettet henvendelse til mig om.

Sammenfattende er det min vurdering, at Bent Hansen i medfør af forvaltningslovens § 3, stk. 1, er inhabil i forhold til udbuddet og derfor må afstå fra at medvirke ved behandlingen heraf i forretningsudvalget og regionsrådet, ligesom han ikke bør modtage papirer fra udbudssagen eller i det hele taget deltage i møder eller uformelle drøftelser om udbuddet. Det er min vurdering, at Region Midtjylland i så fald samtidig vil kunne opfylde sin forpligtelse efter det udbudsretlige ligebehandlingsprincip til at sikre, at der ikke opstår risiko for favorisering af det konsortium, hvori PKA indgår. Desuden er det min anbefaling, at Bent Hansen tillige undgår at medvirke ved sagens behandling i PKA.

2. MIN VURDERING

2.1 Inhabilitet hos Region Midtjylland som ordregiver

Udbudsreglerne indeholder ikke bestemmelser om, hvornår der hos en ordregiver foreligger inhabilitet med den virkning, at en person hos ordregiveren er afskåret fra at medvirke ved behandlingen af en konkret udbudssag (såkaldt speciel inhabilitet). Afgørelsen heraf må derfor foretages på baggrund af de almindelige forvaltningsretlige regler om inhabilitet.

Forvaltningslovens kapitel 2 om speciel inhabilitet omfatter - udover forvaltningslovens sædvanlige anvendelsesområde - også behandlingen af sager om indgåelse af kontraktforhold, jf. lovens § 2, stk. 2. Bestemmelserne om inhabilitet må således antages at finde direkte anvendelse i forbindelse med behandlingen af en udbudssag.

En person, der virker inden for den offentlige forvaltning, er efter forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3 som udgangspunkt inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis vedkommende deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, der har en særlig interesse i sagens udfald. Bestemmelsen omfatter i almindelighed bl.a. bestyrelsesmedlemmer. At der skal være tale om en "særlig interesse" indebærer navnlig, at en juridisk persons mere almene interesse af f.eks. generel foreningsmæssig, ideologisk eller politisk interesse som udgangspunkt ikke fører til inhabilitet, jf. bemærkningerne til § 3 i forslag nr. L 4 til forvaltningslov fremsat den 2. oktober 1985.

Det er min vurdering, at PKA har en særlig interesse i udbudssagen i forvaltningslovens § 3, stk. 1's forstand. Det fremgår således bl.a. af anmodningsbrevet fra konsortiet, hvori PKA indgår, at der mellem konsortiedeltagerne er indgået aftale om, at PKA vil blive den ultimative ejer af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby og dermed Region Midtjyllands ultimative kontraktpart i OPP-kontrakten om design, projektering, udførelse, drift og vedligehold af centret.

Som formand for regionsrådet og for forretningsudvalget er Bent Hansen omfattet af personkredsen i forvaltningslovens § 3. Bent Hansens post som bestyrelsesformand i PKA vil derfor efter min vurdering føre til, at Bent Hansen er inhabil ved behandlingen af udbuddet i regionen, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3.

Det ændrer efter min opfattelse ikke herved, at Bent Hansen er udpeget til bestyrelsen for PKA af Danske Regioner.

Det antages, at en offentligt udpeget persons deltagelse i ledelsen af et privat selskab m.v. som udgangspunkt ikke medfører inhabilitet i den udpegende myndigheds behandling af sager vedrørende selskabet, såfremt den pågældende er udpeget til at varetage offentlige interesser, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), side 261. Inhabilitet vil dog efter omstændighederne kunne foreligge i situationer, hvor der er tale om privatretlige aftaler mellem myndigheden og selskabet, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), side 262, og Jens Garde m.fl., Forvaltningsret - Sagsbehandling, 6. udgave (2007), side 111.

Jeg har ikke fået nærmere oplysninger om baggrunden for, at Bent Hansen af Danske Regioner er udpeget til bestyrelsen for PKA. Selv om det ikke kan udelukkes, at der i et vist omfang kan være sammenfaldende offentlige interesser mellem Bent Hansens varetagelse af posten som regionsrådsformand i Region Midtjylland og hans varetagelse af bestyrelsesformandsposten i PKA, er det dog på det foreliggende grundlag, som nævnt ovenfor, min vurdering, at der i denne sag foreligger inhabilitet.

Jeg har i den forbindelse tillagt det betydning, at udbudssagen, hvori PKA har en særlig interesse, ikke behandles af den udpegende myndighed, dvs. Danske Regioner, men af Region Midtjylland, at der er tale om en sag vedrørende kontraktindgåelse mellem regionen og et privat selskab, og at PKA således har en direkte økonomisk interesse i udbudssagen.

Inhabiliteten medfører, at Bent Hansen ikke må medvirke ved behandlingen af udbuddet, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 3. Enhver form for medvirken er efter bestemmelsen udelukket. Den inhabile forvaltningsperson er dermed ikke blot afskåret fra at deltage i selve afgørelsen af sagen, men også i den forudgående administrative behandling eller drøftelse af sagen.

På den baggrund er det min anbefaling, at Bent Hansen på møderne den 20. marts 2013 hverken deltager under det dagsordenspunkt, hvor forretningsudvalget orienteres om prækvalifikationen og tager prækvalifikationsrapporten til efterretning, eller det dagsordenspunkt, hvor forretningsudvalget bemyndiges til at træffe beslutninger i relation til dialogmateriale. Tilsvarende gælder selvsagt under den resterende behandling af udbudssagen i forretningsudvalget og regionsrådet.

Jeg bemærker i den forbindelse, at den særlige interesse, der begrundet inhabilitet, knytter sig til behandlingen af selve udbudssagen i forretningsudvalget og regionsrådet, herunder de beslutninger om prækvalifikation og tildeling, som vil skulle træffes, og hvori PKA har en særlig interesse. Det kan derimod ikke antages, at Bent Hansen har været inhabil i forbin-

delse med den politiske drøftelse om iværksættelsen af udbuddet, som har fundet sted inden modtagelsen af ansøgningen om prækvalifikation fra konsortiet, hvori PKA indgår.

Det forhold, at en forvaltningsperson er inhabil i forhold til behandlingen af en bestemt sag, medfører ikke i sig selv, at vedkommende er afskåret fra at se det fremlagte materiale til møder, hvor vedkommende er afskåret fra at deltage. Det sikreste er dog formentlig, at Bent Hansen ikke modtager papirer fra udbuddet, indtil tildelingen har fundet sted.

Sammenfattende er det min vurdering, at Bent Hansen er inhabil, men at inhabiliteten kan afhjælpes ved, at han ikke deltager i møder/dagsordenspunkter, hvor udbuddet behandles.

2.2 Inhabilitet for ansøgeren

Det må overvejes, om forbindelsen mellem Bent Hansen og PKA medfører, at konsortiet, hvori PKA indgår, er afskåret fra at blive prækvalificeret som følge af udbudsretlig inhabilitet.

Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip i udbudsdirektivets artikel 2 medfører overordnet en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling af tilbudsgiverne, og at tilbudsgiverne har samme grundlag at afgive tilbud på, herunder lige adgang til udbudsmaterialet. Ethvert forspring i viden eller tid kan således potentielt indebære en konkurrencefordel for en eller flere tilbudsgivere på bekostning af de øvrige.

I denne situation vil udbudsretlig inhabilitet kunne være begrundet i, at der som følge af Bent Hansens post som bestyrelsesformand i PKA opstår risiko for favorisering af PKA under udbuddet, bl.a. ved at PKA potentielt kan få adgang til oplysninger, som de øvrige deltagere i udbuddet ikke har adgang til.

Det bemærkes, at jeg ikke har kendskab til, i hvilket omfang Bent Hansen indtil nu har deltaget i sagen hos PKA, herunder i forbindelse med indgivelse af prækvalifikationsansøgning for konsortiet. Jeg har således lagt til grund, at Bent Hansen ikke har været involveret i udarbejdelsen af prækvalifikationsansøgningen.

Overordnet set har både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud anlagt den linje, at spørgsmålet om udbudsretlig inhabilitet altid skal vurderes ud fra en konkret bedømmelse af omstændighederne og den påvirkning, som disse har på konkurrencen.

Det bemærkes, at Region Midtjylland ikke blot kan beslutte at afvise at prækvalificere konsortiet, hvori PKA indgår, idet dette - såfremt udelukkelsen sker på et urigtigt grundlag (påstået inhabilitet) - vil udgøre en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til den pågældende ansøger.

På det foreliggende grundlag er det sammenfattende min vurdering, at forbindelsen mellem Bent Hansen og PKA ikke indebærer, at konsortiet, hvori PKA deltager, har opnået en uberettiget konkurrencefordel på de øvrige ansøgere bekostning med den konsekvens, at konsortiet skal udelukkes fra udbuddet.

Jeg har i den forbindelse tillagt det betydning, at udbudssagen efter det oplyste alene har været drøftet i forretningsudvalget og regionsrådet i forbindelse med, at regionsrådet godkendte iværksættelsen af udbuddet i december 2012. Sagen blev behandlet på et lukket dagsordenspunkt, men de oplysninger, der fremgår af beslutningspunktet, er i det væsentligste at genfinde i udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationsbeskrivelsen.

Hverken udbudsbekendtgørelsen eller prækvalifikationsbeskrivelsen gengiver dog de underkriterier med vægtning, som tilbuddene vil skulle vurderes ud fra, og som fremgår af beslutningspunktet fra regionsrådets beslutning om iværksættelse af udbuddet. Bl.a. i lyset af, at den endelige vægtning af underkriterierne samt delkriteriernes indhold først vil blive fastlagt i udbudsmaterialet og først vil have betydning i forbindelse med udarbejdelse af tilbud, kan det efter min vurdering ikke antages at indebære en konkurrencefordel at have kendskab til de underkriterier med vægtning, der fremgår af beslutningspunktet.

Det er således min vurdering, at der ikke er nogen risiko for, at Bent Hansen ved at deltage i forretningsudvalgets og regionsrådets behandling af sagen i december 2012 har haft mulighed for at udøve særlig indflydelse på tilrettelæggelsen af udbuddet eller har opnået en særlig viden, som kun vanskeligt kan tilegnes af konkurrerende ansøgere, og at det konsortium, hvori PKA deltager, derfor ikke som følge heraf har haft nogen konkurrencefordel i forhold til de øvrige ansøgere.

Jeg vil anbefale, at Region Midtjylland for en sikkerheds skyld overvejer, om der er tilgået forretningsudvalget og/eller regionsrådet andre oplysninger, som kan indebære en konkurrencefordel for en ansøger, hvis denne har modtaget oplysningerne, herunder navnlig i det notat vedrørende udvælgelses- og tildelingskriterier, eller i den ansøgning til deponeringsfritagelsespuljen, der er omtalt i beslutningspunktet. Såfremt der er sådanne oplysninger, bør oplysningerne gøres tilgængelige for ansøgerne, f.eks. som en del af dialogmaterialet.

Med henblik på at minimere risikoen for, at der senere kan sættes spørgsmålstejn ved regionens håndtering af sagen, kan det overvejes at bede Bent Hansen underskrive en erklæring om, at han heller ikke medvirker ved sagens behandling hos PKA, hverken i bestyrelsesmøder, hvor sagen drøftes, eller i forbindelse med konsortiets deltagelse i dialogmøder, udarbejdelse af oplæg til dialog, tilbud osv. I forlængelse heraf anbefales det, at det noteres i protokoller fra bestyrelsesmøder hos PKA, hvor sagen behandles, at Bent Hansen ikke har været til stede. Hvis Bent Hansen ikke medvirker ved sagens behandling hos PKA, vil det endvidere kunne undgås, at der opstår spørgsmål om, hvorvidt Bent Hansen som følge af sin post som regionsrådsformand i Region Midtjylland er inhabil under PKA's behandling

af spørgsmål vedrørende udbudssagen i medfør af selskabslovens § 131, idet der under udbuddet vil kunne være modstridende interesser mellem selskabet og regionen.

Afslutningsvis bemærkes, at Region Midtjylland uanset ovenstående tiltag helt generelt bør have fokus på under gennemførelsen af udbuddet, at der ikke opstår risiko for favorisering af konsortiet, hvori PKA indgår. På den anden side skal konsortiet naturligvis ikke behandles "hårdere" end de to andre prækvalificerede.

Hvis Region Midtjylland har spørgsmål eller bemærkninger til ovenstående, står jeg naturligvis til rådighed, herunder også gerne for et (haste)møde hos regionen, ligesom jeg gerne udarbejder udkast til ovennævnte korte erklæring.

Med venlig hilsen



Kristian Hartlev
— Advokat