

Bilag E

Notat om Kammeradvokaten bistand med udbud

1. INDLEDNING

Kammeradvokaten yder bistand til en række meget forskellige statslige klienter inden for udbud som retsområde. Bistanden består overordnet set i at rådgive om juridiske tvivlsspørgsmål, om muligheder for at fravige udbudsprocesser hvor dette er nødvendigt, tilrettelægge udbudsprocesser, bistå med prækvalifikation og tilbudsevaluering og repræsentere myndighederne i klagesager og retssager.

Dette notat har til formål at beskrive fordelene ved den nuværende kammeradvokatordning på udbudsområdet og en række af de hensyn, som bør tilgodeses i forbindelse med en konkurrenceudsættelse af dette område, hvis disse fordele skal bevares.

2. SAMMENFATNING

Samlingen af hele udbudsområdet under den nuværende kammeradvokatordning indebærer en række omkostningsmæssige, habilitetsmæssige og kvalitetsmæssige fordele for ydelserne. Overordnet set kan de væsentligste fordele inddeles i følgende tre kategorier:

- Tværgående faglige synergier** (afsnit 3.1)

Rådgivning om udbud som retsområde er i høj grad en integreret juridisk ydelse, som forudsætter indgående specialisering inden for det forretningsområde, som udbuddet vedrører. Udbudsret kan med andre ord ikke med mening ansues særskilt eller behandles uafhængigt fra det eller de fag- og forretningsområder, som udbuddet konkret angår; det er således et proces- og redskabsfag, der supplerer specialistviden inden for andre juridiske og kommercielle områder. Høj kvalitet i rådgivningen om udbud forudsætter således dyb indsigt i det fagområde, som udbuddet omhandler. Rådgivning om en anskaffelse af et it-system til håndtering af offentlig digital post stiller således væsentligt anderledes krav end rådgivning om anskaffelse af krigsmateriel, selvom de bagvedliggende udbudsregler i vidt omfang er de samme. Inden for udbudsområdet er der derfor f.eks. dybe specialer i forsvar og sikkerhed, it-anskaffelser, infrastruktur, energi og entrepriise som forretningsområder, og disse er i den nuværende

kammeradvokatordning fuldt integrerede med udbudsret (hvilket kun ses i begrænset omfang i resten af markedet). Dertil kommer, at udbudsret også meget ofte har både direkte og indirekte overlap med andre fagområder, og at samlingen af udbudsret hos én leverandør kan sikre konsistens på tværgående spørgsmål.

- **Stordriftsfordele og effektivitetsgevinster** (afsnit 3.2)
Samlingen af en betydelig sagsvolumen inden for udbudsret fordelt på forskellige specialdiscipliner betyder, at der opnås en række stordriftsfordele og effektivitetsgevinster. Disse kommer navnlig til udtryk i en stor portefølje af legal tech-produkter på udbudsområdet samt en betydelig videns- og paradigmesamling, der muliggør effektiv sagsløsning samt ensartethed og konsistens i sagsbehandlingen.
- **Habilitet og fortrolighed** (afsnit 3.3)
Fortrolighed spiller en væsentlig rolle på udbudsområdet, og der er klare fordele ved kammeradvokatordningen på dette punkt. Forsvarsministeriet er den største klient på udbudsområdet, og mange af ministeriets udbudssager på området er underlagt streng fortrolighed af sikkerhedsmæssige hensyn og et princip om ”as few eyes as possible”. Det er markant lettere at tilgodese disse fortrolighedshensyn med én samlet leverandør. Fortrolighed og habilitet spiller også en betydelig rolle uden for Forsvarsministeriets område. På grund af udbudsområdets kommercielle karakter er rådgivning om udbud i høj grad en tillidsbaseret ydelse, hvor der er brug for et fortroligt rum mellem myndigheden og advokaten til at ”tale lige ud af posen” og drøfte politiske overvejelser, juridiske risici og strategi. I en opdelt ordning, hvor udbudsområdet er fordelt på advokater, der samtidig rådgiver tilbudsgivere, er der en betydelig risiko for, at dette fortrolige rum vil blive indskrænket – hvilket alt andet lige vil være til væsentlig skade for statens økonomiske interesser (i et omfang der langt overstiger statens advokatudgifter til udbudsretlig bistand).

3. FORDELE VED KAMMERADVOKATORORDNINGEN PÅ UDBUDSOMRÅDET

3.1 Tværgående faglige synergier

3.1.1 *Overordnet om synergier ved kammeradvokatordningen*

Som nærmere beskrevet i notatet Bilag C, *Tværgående faglige synergier ved kammeradvokatordningen*, opstår sådanne synergier i bred forstand, når Kammeradvokaten ved varetagelsen af en sag inden for ét fagområde for én statslig klient kan drage fordel af, at Kammeradvokaten også varetager opgaver på andre fagområder eller på samme fagområde for andre statslige klienter.

Foruden fordele relateret til effektivitet, stordriftsfordele, fortrolighed og habilitet indebærer udbudsrådgivningen under den samlede kammeradvokatorordning også betydelige tværgående faglige synergier. Samlingen af udbudsrådgivning hos Kammeradvokaten betyder bl.a., at der skabes en ensartet og højt fagligt kvalificeret tilgang til udbudsretlige spørgsmål på tværs af vidt forskellige klienter. Derudover nyder udbud som fagområde godt af Kammeradvokatens varetagelse af sager inden for en lang række andre fagområder.

Med udgangspunkt i kategoriseringen i *Bilag C, Tværgående faglige synergier ved kammeradvokatorordningen*, beskrives i det følgende de *direkte fagområde- og konsistenssynergier* (afsnit 3.1.2), de tværgående fagområde- og konsistenssynergier (afsnit 3.1.3) og de direkte og tværgående forretningsforståelsessynergier (afsnit 3.1.4) på udbudsområdet.

3.1.2 *Direkte fagområde- og konsistenssynergier*

Kombinationen af udbudsområdets homogenitet som retsområde (de samme regler og principper gælder – til dels med undtagelse af forsvarsområdet – overordnet uanset klienten og anskaffelsen) og mangfoldigheden af klienter og anskaffelser betyder, at der særligt på udbudsområdet er meget væsentlige direkte fagområde- og konsistenssynergier ved at samle hele området hos én leverandør.

Den samtidige repræsentation og rådgivning af alle statslige ordregivende myndigheder betyder for det første, at der oparbejdes betydelig erfaring og specialisering med udbud som retsområde hos Kammeradvokaten (direkte fagområdesynergi). Denne erfaring og specialisering nyttiggøres på tværs af teams og forretningsområder såsom infrastruktur, entreprise, it og digitalisering og forsvar og sikkerhed, i form af interne og eksterne nyhedsbreve, løbende faglige møder og arrangementer, vidensdatabaser og uformel dialog. Dette har bl.a. betydet, at nye innovative udbudsmodeller kan deles på tværs af staten (såsom ”I agree”-udbud og ”tredelingen af krav” i evalueringskrav, forhandlingskrav og mindstekrav, som blev udviklet for Banedanmark, men delt til bl.a. FMI og senere resten af staten, samt modeller for kategoriudbud udviklet for Udviklings- og Forenklingsstyrelsen og delt med Økonomistyrelsen, som dermed nød godt af, at innovation og risikovurdering kun skulle laves én gang). Fordelene strækker sig videre end rent juridisk-faglige spørgsmål, idet klienter på tværs vil kunne gøre brug af praktisk erfaring med ”hvad der virker”, herunder hvilke kommercielle og strategiske fordele som forskellige udbudsmodeller vil indebære.

Det er i relation til konceptet med ”tredeling” af krav værd at bemærke, at en række andre større advokatfirmaer i sager ved Klagenævnet for Udbud har fremført det synspunkt, at det ikke var foreneligt med udbudsreglerne. Hvis et sådant synspunkt var blevet fulgt af klagenævnet – hvilket ikke blev tilfældet – ville det have været til væsentlig skade for statens økonomiske interesser, idet de ordregivende myndigheders muligheder for at forhandle om optimering af udbudsmaterialet for at opnå besparelser ville blive

reduceret betydeligt. Selvom synspunktet blev fremført af hensyn til varetagelsen af den private klients umiddelbare interesse i det konkrete udbud, illustrerer dette eksempel, at det er u hensigtsmæssigt med en ordning, som i betydeligt omfang er opdelt, fordi man ikke som advokat kan forvente at blive taget alvorligt, hvis man den ene dag agiterer for, at statens kernekoncepter overtræder grundlæggende udbudsretlige principper, og den næste dag skal forsvare selvsamme koncepter.

For det andet indebærer samlingen af udbudsområdet under kammeradvokatordningen også, at staten kan *ensrette* sin tilgang til uafklarede udbudsfaglige spørgsmål (direkte konsistenssynergi). Sådanne spørgsmål, som f.eks. lovligheden af bestemte evalueringsmodeller eller afgrænsningen af, hvad der udgør et offentligretligt organ (eksempelvis "staten" som indkøber i Statens Indkøb), kan opstå på baggrund af ny klagenævn- eller domstolspraksis, der er åben for fortolkning. Der kan også være tale om nye situationer, såsom COVID-19, Ukraine konflikten eller den stigende inflation, som nødvendiggør en stillingtagen på tværs til udbuds- og kontraktretlige spørgsmål – f.eks. om hvorvidt disse begivenheder kan karakteriseres som force majeure eller berettiger til prisjusteringer, og i givet fald hvad det skal indebære. Det er helt centralt, at der på tværs af staten er en ensartet holdning til sådanne centrale spørgsmål, og det sikres via kammeradvokatordningen.

En samlet ordning indebærer, at Kammeradvokaten kan medvirke til at sikre, at der anlægges en konsistent tilgang på tværs af forskellige myndigheder til sådanne uafklarede fortolknings spørgsmål. Dette er en meget væsentlig synergieffekt, som styrker overholdelsen af forvaltningsretlige principper og sikrer, at staten fremtræder ensartet, konsistent og troværdigt over for omverdenen. Bevarelsen af denne synergieffekt under en opdelt ordning forudsætter en stærk central aktør, som kan afstemme holdningen til tværgående spørgsmål på udbudsområdet samt kommunikere denne til flere eksterne rådgivere.

3.1.3 Tværgående fagområde- og konsistenssynergier

Udbudsområdet har betydelige synergier med en række andre fagområder. Det gælder særligt for rådgivning om udbudsret som retsområde, at der i høj grad er tale om en integreret juridisk og kommerciel ydelse, som forudsætter indgående specialisering inden for det forretningsområde, som udbuddet vedrører. Udbudsret kan med andre ord ikke med mening anskues særskilt eller behandles uafhængigt fra det eller de fag- og forretningsområder, som udbuddet konkret angår; det er et proces- og redskabsfag, der supplerer specialistviden inden for andre områder. Høj kvalitet i rådgivningen om udbud forudsætter således dyb indsigt i det fagområde, som udbuddet omhandler. Rådgivning om en anskaffelse af et it-system til håndtering af offentlig digital post stiller således væsentligt anderledes krav end rådgivning om anskaffelse af krigsmateriel, selvom de bagvedliggende udbudsregler i vidt omfang er de samme.

Eksempler på sådanne fuldt integrerede fagområder kunne være:

- **IT-ret.** Anskaffelser af især komplekse offentlige it-systemer er en særdisciplin i udbudsretten, som foruden offentlig ret og databeskyttelse også forudsætter indgående kendskab til både it-ret som juridisk disciplin (herunder f.eks. cybersikkerhed, AI-regler, databeskyttelse og andre regulatoriske krav til it-systemer samt den specifikke offentligretlige it-regulering som f.eks. lov om MitID og NemLog-in samt lov om offentlige betalinger) og it-markedet generelt. Under kammeradvokatorordningen er it-ret og it-udbud fuldt integrerede og har desuden meget betydelige overlap til databeskyttelsesret og stats- og forvaltningsret.
- **Fast ejendom og entrepriseret.** Udbud relateret til fast ejendom såsom lejemål eller opførelse af ejendomme har tæt sammenhæng med entrepriseret og fast ejendom som retsområder, herunder lejeret, AB18, ejendomshandler mv. Det tætte samarbejde med staten via kammeradvokataftalen sikrer, at forskellige statslige bygherrer og ejendomsbesiddere har en ensartet tilgang til en række vanskelige spørgsmål, hvilket styrker statens troværdighed som bygherre væsentligt. Samtidig er der en række områder, hvor det er politisk bestemt, at staten skal have en retningsgivende rolle som bygherre, og kammeradvokatorordningen sikrer, at denne viden – foruden hos myndighederne – er fuldt ud forankret hos de eksterne advokater, der bistår på tværs af staten. I kammeradvokatorordningen er entrepriseret fuldt ud integreret med udbudsret, hvilket ikke ses på samme niveau andre steder i markedet.
- **Infrastruktur- og energiregulering.** Udbud af f.eks. transport- og energiinfrastruktur forudsætter indgående kendskab til særregler inden for disse områder, herunder f.eks. reguleringen af el- og gasforsyning, undergrunden, vedvarende energi, jernbanetransport, skibstransport osv. Tilsvarende kræver bistand med udbud inden for disse områder – som for statens vedkommende typisk er i milliardklassen – et indgående og integreret kendskab til de pågældende markeder, de særlige kontraktforhold og de særlige hensyn til national sikkerhed og forsyningssikkerhed, der gør sig gældende for samfundets kerneinfrastruktur mv. I kammeradvokatorordningen er infrastrukturudbud fuldt integreret med infrastruktur- og energiregulering samt kompetencerne til udarbejdelse af kommercielle kontrakter inden for disse områder, og der er betydelige overlap til f.eks. EU-ret.

Ud over de fuldt integrerede fagområder er der ofte behov for andre faglige kompetencer i forbindelse med udbud, og den faglige erfaring, som under en samlet ordning opbygges inden for disse fagområder, kommer derfor også udbudsområdet til gode. Det gælder f.eks.:

- **Generel EU-ret, herunder fri bevægelighed.** Udbudsret er EU-ret. Udbudsretlige spørgsmål har ofte nær tilknytning til almindelige principper om fri bevægelighed. Den faglige erfaring med EU-ret, som opbygges hos Kammeradvokaten gennem varetagelse af f.eks. retssager og rådgivning om restriktioner af varernes fri bevægelighed eller etableringsfriheden, kan

f.eks. nyttiggøres, når det skal vurderes, om et givent prækvalifikationskriterium er lovligt. Konkret har det betydet, at staten sømløst og i et samarbejde på tværs af staten har kunnet tage en række væsentlige tvivlsspørgsmål til EU-Domstolen i forbindelse med præjudicielle forelæggelser, hvilket er med til at sikre en ensartet forståelse af retsgrundlaget til gavn for alle virksomheder, der deltager i offentlige udbud.

- **Statsstøtteren.** I en række tilfælde kan der opstå spørgsmål om, hvorvidt der tildeles statsstøtte med en udbudt kontrakt, herunder f.eks. hvis der kun er én tilbudsgiver, eller hvis der er tale om direkte tildelinger af kontrakter uden udbud. Der kan også opstå statsstøttereftige spørgsmål i tilknytning til public service-forpligtelser, offentlig-private partnerskaber, infrastrukturudbud mv.
- **Miljøret.** En række udbud involverer også miljøretlige forhold, som skal indtænkes i udbudsprocessen og -materialet, herunder miljøkonsekvensvurderinger (VVM) og planret.
- **Selskabsret og offentlig organisering.** Ved komplekse udbud såsom havvindmøllekoncessionsudbud, energiøer mv., hvor det skal indtænkes i udbuddet, at staten skal have et medejerskab i forbindelse med den udbudte kontrakt, er det centralt at kunne trække på specialister i selskabsret og offentlig organisering.
- **Ansættelsesret.** Ved udbud, der indebærer overdragelse af en velafgrænset (del af en) virksomhed, og som inkluderer såvel materielle aktiver som medarbejdere, vil der ofte opstå spørgsmål om overdragelse af medarbejderne efter virksomhedsoverdragelsesloven. Mange statslige opgaver kan omfatte tjenestemænd, civilarbejdere og ansatte på forskellige overenskomster. En udbudsretlig rådgivning vil derfor i disse tilfælde skulle suppleres med rådgivning om, hvordan disse personalegrupper og deres vilkår skal håndteres i tilfælde af en lovpligtig virksomhedsoverdragelse, f.eks. fra den ene (eksisterende) leverandør til en anden (som måtte blive vinderen af et udbud om drift af den pågældende velafgrænsede virksomhed, eksempelvis en forpagtning). Samtidig kan ansættelsesret have betydning for sociale klausuler i udbud.
- **Tvistløsning og voldgift.** Store komplekse udbud kan resultere i rets- og voldgiftssager, som kræver ekspertise i tvistløsning. Sådanne retssager kan specifikt angå selve udbuddet, men også andre forhold ved projektet, hvor de tværgående fagområdesynergier kan gå ”den anden vej” og i øvrigt krydse flere fagområder. Et eksempel herpå er Femern-projektet, hvor der er væsentlige tværgående fagområdesynergier ved, at Kammeradvokaten i retssagerne om statsstøtte kan trække på kendskabet til udbudsprocesserne og projektet som sådan, som bl.a. er opnået ved bistand med udbuddene.

- **Offentlig ret.** Offentlige udbud er omfattet af aktindsigt, og der opstår jævnligt spørgsmål om f.eks. undtagelse af forretningsfølsomme oplysninger efter offentlighedsloven. Derudover spiller forvaltningsretlige principper som vejledningspligten, embedsmandspligter og Kodeks VII en rolle i forbindelse med interne risikovurderinger.

De tværgående fagområdesynergier går imidlertid videre end samarbejde mellem to eller flere fagområder i en konkret sag. De kommer også til udtryk ved faglige spørgsmål, som ikke er knyttet til et bestemt fagområde. På udbudsområdet kunne eksempler på sådanne tværgående faglige spørgsmål være generelle EU-retlige principper om direkte virkning, forrang og EU-konform fortolkning, ligebehandlingsprincippet, formueretlige principper, forrentning og forældelse. I en samlet kammeradvokatordning er det muligt at sikre koordination og konsistens for sådanne spørgsmål – også selvom de opstår inden for fagområder, der sjældent har direkte overlap i sagshåndteringen (såsom udbudsret og skatteret).

3.1.4 *Direkte og tværgående forretningsforståelsesynergier*

Foruden de faglige synergier er der også væsentlige forretningsforståelsesynergier ved udbudsområdet under den samlede kammeradvokatordning. Forretningsforståelse dækker i denne sammenhæng over rådgiverens forståelse for den sammenhæng og konkrete virkelighed, som rådgivningen skal bruges i. Denne forståelse er ofte mindst lige så afgørende for ydelsens kvalitet som specialisering og erfaring med et juridisk fagområde. Synergierne ved kammeradvokatordningen gør, at denne forretningsforståelse øges eksponentielt.

En myndighed med en stor sagsvolumen hos samme rådgiver på udbudsområdet vil naturligt opleve, at rådgiveren opnår en sådan forretningsforståelse. På udbudsområdet har Kammeradvokaten f.eks. på denne måde opnået stor forretningsforståelse for store klienter såsom Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), Skatteforvaltningen og Banedanmark. Det betyder konkret, at Kammeradvokaten bl.a. har skræddersyede processer til hver enkelt klient både for udbud og for afklaring af tvivlsspørgsmål (hjemmelsnotater mv.). Disse processer er endvidere tilpasset klienternes egne interne processer.

Denne oparbejdelse af forretningsforståelse er ikke unik for kammeradvokatordningen. De fleste klienter med en tilstrækkelig stor sagsvolumen hos en rådgiver inden for et fagområde vil som udgangspunkt med tiden opleve, at rådgiveren opnår den unikke forretningsforståelse og dermed øger kvaliteten af sin rådgivning. Dette er heller ikke som sådan en *synergieffekt*. Forretningsforståelsesynergierne ved en samlet kammeradvokatordning opstår derimod, når selv klienter med en *lille* sagsvolumen på udbudsområdet alligevel kan nyde godt af en høj grad af forretningsforståelse, som er oparbejdet i sager inden for andre fagområder eller for andre klienter.

Et eksempel på en sådan forretningsforståelsessynergi under kammeradvokatordningen kan være, at Kammeradvokaten gennem indgående kendskab til bl.a. FMI og Rigspolitiet har oparbejdet en stor viden om national sikkerhed og beredskab, som kan nyttiggøres over for klienter, der kun sjældent selv er i berøring med disse spørgsmål, f.eks. Energistyrelsen i forbindelse med et udbud af en samfundskritisk energio eller forsyningskritiske havvindkoncessioner. Dette gælder eksempelvis den massive viden, der er opbygget, vedrørende mulighederne for at varetage sikkerhedshensyn i udbudsprocesser kan bl.a. nævnes i) mulighederne for at udelukke leverandører, der som følge af de retsregler, de er undergivet i deres hjemland, ikke kan betros fortrolige oplysninger eller varetagelsen af kritisk forsyning, ii) mulighederne for lovligt og effektivt at gennemføre kontroller af tilbudsgivernes forsyningskæder i et sikkerhedsperspektiv og fastsættelse af sikkerhedskrav, som både skal kunne beskytte samfundet effektivt og stå distancen under en retlig prøvelse af f.eks. deres EU-retlige aspekter, og iii) håndtering af klassificerede oplysninger og den fortsatte hemmeligholdelse af kilder til efterretninger, når beslutninger i udbud skal begrundes, eller når der skal ske prøvelse ved Klagenævnet for Udbud, hvor der gælder særlige regler vedrørende fortrolighed, og efterfølgende domstolsprøvelse af klagenævnets afgørelser, som sker i henhold til den almindelige retspleje, hvilket kan skabe væsentlige udfordringer. Imens sådan viden med kammeradvokatordningen kommer staten til gode på tværs af ressortområder, er der ikke hensigtsmæssigt i et sikkerhedsperspektiv, at den bagvedliggende sikkerhedsmæssige forståelse, som også er nødvendig, spredes til flere private aktører ud fra et konkurrencehensyn.

Andre eksempler på ovenstående er Digitaliseringsstyrelsens udbud af samfundskritiske it-systemer (MitID, Digital Post eller tilsvarende) og Kammeradvokatens rådgivning af Statens IT om implementering af NIS2. I sidstnævnte får Statens IT nytte af den allerede foreliggende forretningsforståelse for Statens IT's kunders it-systemer, ligesom Statens IT's kunder får nytte af forretningsforståelsen, når Kammeradvokaten rådgiver dem om deres selvstændige ansvar for NIS2.

Der er også flere eksempler på, at viden om og forståelse for et marked eller en konkret eneleverandør opnået gennem et udbud for én klient kan nyttiggøres i et andet udbud for en anden klient, som ikke selv har noget forhåndskendskab til markedet. Et sådant kendskab til forretningsområdet kan i sidste ende få direkte virkning for den opnåede pris.

Forretningsforståelsessynergiene kan også bruges mellem fagområder i den forstand, at en forretningsforståelse, der er oparbejdet inden for f.eks. energi- og infrastruktur eller statsstøtteren, kan nyttiggøres på udbudsområdet – eller omvendt. Et eksempel herpå kunne være, at Kulturministeriet i forbindelse med udbud af radiotilladelser eller andre public service-tilbud kan nyde godt af en oparbejdet forretningsforståelse for ministeriets ressort, selvom ministeriet kun har ganske få sager inden for udbudsområdet. Forretningsforståelsen er opnået gennem rådgivning inden for bl.a. statsstøtte og forvaltningsret af både ministeriet selv og af forskellige styrelser under ministeriet. Den udbudsretlige rådgivning af Kulturministeriet bliver derfor afstemt med den praktiske virkelighed, samtænkt med øvrige sager og leveret i et

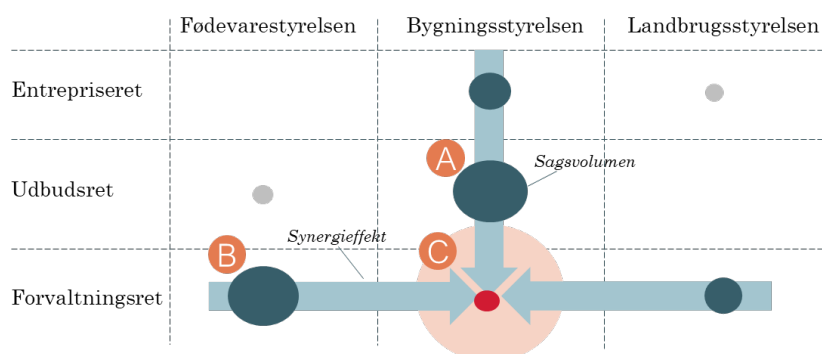
format, som er direkte anvendeligt for beslutningstagerne. Den samlede kvalitet af rådgivningen får dermed et betydeligt kvalitetsløft, selvom Kulturministeriet ikke har mange sager på udbudsområdet.

Synergieffekterne er ofte endnu stærkere, når der er tale om nyttiggørelse på andre områder af forretningsforståelse, som er oparbejdet gennem bistand inden for udbudsområdet. Det skyldes, at udbud som rådgivningsområde især i større projekter er en integreret juridisk ydelse, som forudsætter indgående forståelse for myndighedens forretningsmæssige behov, der oparbejdes gennem workshops og arbejds møder i forbindelse med tilrettelæggelsen af udbuddet og udarbejdelsen af udbudsmateriale. Det oparbejdede indgående kendskab til projektet og den pågældende myndighed kan herefter bruges til sager på andre områder. Et eksempel på en sådan forretningsforståelsessynergi ses bl.a. i Femern-projektet, hvor statsstøtterådgivning og -retssager samt selskabsretlig og finansieringsretlig rådgivning til bl.a. Transportministeriet nyder godt af en forretningsforståelse og relationsskabelse med såvel ministeriet som Femern A/S, som er sket gennem indgående og omfattende samarbejde om projekteringsarbejdet og tunneluddene.

3.1.5 Overlappende og selvforstærkende synergier

I en samlet kammeradvokatorordning overlapper og forstærker synergierne hinanden.

Et eksempel fra udbudsområdet er Kammeradvokatens rådgivning til et nyoprettet kontor i Bygningsstyrelsen, som bl.a. skal forestå udbud af nedrivning af minkfarme. Kammeradvokatens indgående kendskab til Bygningsstyrelsen gennem sager på udbudsområdet betyder, at forvaltningsretsrådgiverne hurtigt kan forstå styrelsens prioriteter og arbejdsgange og kan tilrettelægge og skræddersy den forvaltningsretlige rådgivning hertil, selvom de ikke selv har haft mange sager for styrelsen. Den oparbejdede forretningsforståelse fra udbudsområdet kommer derfor Bygningsstyrelsen til gode på et andet fagområde i form af forvaltningsret. Samtidig nyder Bygningsstyrelsen også godt af den fagområdespecifikke synergi på forvaltningsretsområdet og det tværgående kendskab til mink-sagen som helhed, som bl.a. er oparbejdet gennem bistand til Fødevarestyrelsen og involveringen i tjenestemandssager. Samspelet mellem synergierne i dette eksempel kan illustreres med følgende figur:



- A** Stor sagsvolumen på udbudsret medvirker til oparbejdelsen af forretningsforståelse for Bygningsstyrelsen, som kan bringes i spil i forvaltningsretlig rådgivning
- B** Stor sagsvolumen på forvaltningsret for bl.a. Fødevarestyrelsen medvirker til oparbejdelsen af fagområdespecialisering inden for forvaltningsret, men også tværgående forretningsforståelse for mink-sagen som sådan
- C** Resultatet er en forvaltningsretlig rådgivning, der kombinerer direkte fagområdesynergier på forvaltningsret, direkte forretningsforståelse for Bygningsstyrelsen, og tværgående forretningsforståelse for mink-sagen. Synergiernes samspil betyder således et væsentligt kvalitetsløft for rådgivningen.

3.2 Effektivitet og stordriftsfordele

Der er væsentlige effektivitetsgevinster og stordriftsfordele ved at have statens juridiske bistand på udbudsområdet samlet hos én leverandør. Stordriftsfordelene betyder bl.a., at Kammeradvokaten har udviklet en bred vifte af paradigmer, har udviklet gennemprøvede processer, foretager løbende screening af seneste praksis og gennemfører fast intern vidensdeling. Dette har også ført til, at Kammeradvokaten i dag kan stille legal tech-løsninger til rådighed, som både øger effektiviteten af sagsløsningen, kvaliteten af produkterne og den oplevede kvalitet for klienterne. Disse løsninger omfatter bl.a. følgende:

- **Docufy**, som er en paradigmesamling og dokumentgenerator, der kan bruges til at udarbejde alt fra afgørelser om aktindsigt til ansættelseskontrakter og udbudsdokumenter. Dannelsen af udkast til f.eks. udbudsbekendtgørelser, udbudsbetingelser og kontrakter gennem Docufy medfører en væsentlig tidsbesparelse, som fører til mere effektiv sagsbehandling for Kammeradvokatens medarbejdere, ligesom løsningen også kan bruges direkte af ansatte i staten uden samtidigt køb af rådgivning. Desuden sikres det derved, at al udbudsrelateret rådgivning til staten sker ud fra en opdateret og ensartet forståelse af praksis, hvilket betyder lavere transaktionsomkostninger for alle involverede og retssikkerhed for de deltagende virksomheder.
- **Digitale Udbud**, som er en samlet digital løsning til afvikling af offentlige udbud i overensstemmelse med gældende regler. Løsningen er fuldt integreret med udbudsportaler som udbud.dk og TED/OJEU samt e-ESPD-løsningen. Løsningen giver fuld adgang til alle relevante

paradigmer. Ud over væsentlige omkostnings- og effektivitetsgevinster indebærer løsningen også øget kvalitet og robusthed bl.a. på grund af udførlig dokumentation, revisionsspor, tidsstemplinger og audit trails. Ligesom Docufy er der tale om en løsning, der kan bruges direkte af ansatte i staten uden samtidigt køb af rådgivning.

- **Prækvalifikation.dk**, som kan bruges til at gennemføre en vurdering af prækvalifikation af ansøgere under et udbud. Løsningen kan bl.a. generere skabeloner til den praktiske evaluering og give et løbende overblik over resultater af prækvalifikationen, ligesom den efter endt evaluering kan generere et prækvalifikationsnotat samt opfordrings- og afslagsskrivelser, der er klar til afsendelse. Løsningen understøtter effektivt en høj grad af compliance og ensartethed, da data i opfordrings- og afslagsskrivelserne trækkes direkte fra konklusionerne i prækvalifikationsnotatet.
- **Tilbudsevaluering.dk**, som er en pendant til Prækvalifikation.dk, der kan bruges til evaluering af indkomne tilbud. Løsningen hjælper med at strukturere, gennemføre og dokumentere en tilbudsevaluering fra start til slut. Løsningen kan bl.a. bruges til at udvikle tildelingskriterier, udarbejde udbudsbetingelser og danne skabeloner til evaluering. Efter endt evaluering kan løsningen generere et komplet evalueringsnotat samt tildelings- og afslagsbreve, der er klar til afsendelse. Løsningen understøtter effektivt en høj grad af compliance og ensartethed, da data i tildelings- og afslagsskrivelserne trækkes direkte fra konklusionerne i evalueringsnotatet.
- **Fristberegneren**, som er et gratis værktøj (app og web-løsning) til at beregne frister i udbud.
- **Kontraktstyringsværktøj**, som giver overblik over milepæle og delleverancer og dokumentstyring, der kan deles med medkontrahenten.

Disse legal tech-løsninger er kerneeksempler på stordriftsfordele. For det første kræver udviklingen af sådanne løsninger oparbejdelsen af en betydelig erfaring og specialisering inden for udbudsområdet, herunder paradigmer som baseret på erfaring tager særligt højde for de problemstillinger, som de statslige kunder især udsættes for. For det andet er investeringen i udviklingen kun rentabel, når mængden af sager og kunder og dermed potentialet for udbredelse – både internt i virksomheden til brug for sagsløsning og eksternt til kunder som abonnementsløsninger – er tilstrækkeligt stort. Selvom flere af løsningerne kan benyttes uden samtidigt køb af rådgivning hos Kammeradvokaten, vil det næppe være rentabelt at opretholde, understøtte og videreudvikle dem, hvis mængden af rådgivningsopgaver for Kammeradvokaten på udbudsområdet reduceres væsentligt, ligesom det ikke vil være rentabelt at udvikle nye lignende løsninger.

3.3 Habilitet og fortrolighed

Fortrolighed spiller en væsentlig rolle på udbudsområdet, og der er klare fordele ved kammeradvokatordningen på dette punkt. Forsvarsministeriet er den største klient på udbudsområdet, og mange af ministeriets sager på området er underlagt streng fortrolighed af sikkerhedsmæssige hensyn og et princip om "as few eyes as possible". Der udveksles ofte oplysninger, der er klassificerede og kun kan behandles af sikkerhedsgodkendte personer. Dette kan også være aktuelt i udbud uden for forsvarsområdet med særlige sikkerhedshensyn, såsom samfundskritisk infrastruktur samt anskaffelser foretaget af vores efterretningstjenester og af Rigspolitiet. Det er markant lettere at tilgodese disse fortrolighedshensyn med én samlet leverandør.

Det vil således være mere end uhensigtsmæssigt, såfremt forswarets, politiets og efterretningstjenesternes sager skal fordeles til nye advokater med jævne mellemrum i takt med rullende udbudsforretninger, dels pga. fortroligheden (sagerne kan ikke "spredes i byen") og pga. manglen på kontinuitet. For Forsvaret ligger der i dag – som følge af den udenrigs- og sikkerhedspolitiske udvikling – en række juridiske notater, som dels indeholder stærkt fortrolig rådgivning, dels indeholder en vurdering af en vedtaget "linje" vedrørende indkøbsprocesserne på udvalgte områder. Hvis en ny advokat tiltræder, er det ikke sikkert, at linjen/vurderingen deles, f.eks. som følge af mindre risikovillighed, som igen kan skyldes mangel på forståelse for forswarets kernevilkår; hvordan skal samspillet mellem klient og advokat så folde sig ud?

Fortrolighed spiller også en central rolle uden for Forsvarsministeriets område. Det er centralt for tilliden til de offentlige indkøbere, at der ikke kan stilles spørgsmålstejn ved processerne, og det er ikke fremmende for tilliden, hvis en advokat den ene dag er advokat for en stor leverandør til staten og den næste dag rådgiver en central statslig myndighed om indkøbsprocesser inden for samme område. Der er for stor risiko for, at strategiske overvejelser i så fald ikke kan deles med advokaten, og hvad er rådgivningen så egentlig værd?

For så vidt angår habilitet er det kendetegnende for udbudsområdet, at ordregiver og tilbudsgiver i sagens natur har modsatrettede kommercielle interesser i den transaktion, som udbuddet angår. Udbudsreglerne sikrer en gennemsigtig ramme for gennemførelsen af offentlige indkøb, men de er ikke til hinder for, at bagvedliggende kommercielle overvejelser og interesser holdes fortrolige. Ordregivers kommercielle interesser kan f.eks. komme til udtryk i strategiske valg i tilrettelæggelsen af udbud, specifikke kontraktvilkår mv.

Det er selvsagt i strid med advokatetiske regler at repræsentere en ordregiver og en tilbudsgiver under *samme* udbud. Men en advokat, som mere generelt både repræsenterer tilbudsgivere og ordregivende myndigheder i forskellige sager, kan få indsigt i myndighedernes kommercielle overvejelser om valg af udbudsstrategi, som efterfølgende kan bruges til at rådgive tilbudsgivere i andre statslige udbud. Det

samme gælder, hvis det pågældende advokatfirma sædvanligvis repræsenterer en eller flere tilbudsgivere inden for det pågældende område. Det taler for, at advokaten i givet fald undergives pligt til ikke også at have sager for tilbudsgivere inden for ordregiversnes område, så længe klientforholdet består, og muligvis også i en længere periode for at undgå at hensynet til kommende (nye) klientforhold bliver for stærkt undervejs i klientforholdet.

På grund af udbudsområdets kommercielle karakter er rådgivning om udbud i høj grad en tillidsbaseret ydelse, hvor der er brug for et fortroligt rum mellem myndigheden og advokaten til at "tale lige ud af posen" og drøfte politiske overvejelser, juridiske risici og strategi. I en opdelt ordning, hvor udbudsområdet er fordelt på advokater, der samtidig rådgiver tilbudsgivere, er der en betydelig risiko for, at dette fortrolige rum vil blive indskrænket. Den ordregivende myndighed kan være tilbageholdende med at op- søge rådgivning om juridiske løsninger med en højere grad af risiko, som er nødvendig af hensyn til kommercielle interesser, af frygt for at advokaten vil bruge sin viden "på den anden side af bordet" i et fremtidigt udbud.

4. HENSYN VED KONKURRENCEUDSÆTTELSE AF UDBUDSOMRÅDET

4.1 Bevarelse af stordriftsfordele

Et hensyn ved konkurrenceudsættelse af udbudsområdet må være i videst muligt omfang at bevare stordriftsfordelene knyttet til kammeradvokatordningen. Dette tilsiger, at udbud som fagområde i videst muligt omfang holdes til én leverandør. I et scenarie, hvor der under en rammeaftale er to til tre advokater, som deles om statens udbudssager, må det påregnes, at der vil være et tab af stordriftsfordele, herunder forretningsforståelsen, fortroligheden, i et vist omfang habiliteten, samt legal tech-løsninger.

4.2 Forebyggelse af habilitetsudfordringer

Som nævnt ovenfor, er det kendetegnende for udbudsområdet, at der består et kommercielt modsætningsforhold mellem ordregiver og tilbudsgiver, og at udbudsretlig rådgivning i høj grad beror på fortrolige kommercielle overvejelser, som kan være skadelige at dele med en advokat, der kan risikere at være på "den anden side" i et fremtidigt udbud. Disse habilitetsudfordringer tilsiger, at advokaterne i videst muligt omfang bør forpligtes til ikke at repræsentere tilbudsgiversiden, så længe klientforholdet til ordregiverne består – og muligvis i en længere periode – for at undgå, at hensynet til snarlige klienter på tilbudsgiversiden risikerer at udvande loyaliteten og uvildigheden, mens klientforholdet består.

De helt særlige fortrolighedshensyn på forsvars- og sikkerhedsområdet tilsiger, at dette område forbeholdes ganske få leverandører, som er udelukket fra at repræsentere tilbudsgiversiden i nævneværdigt omfang.

4.3 Bevarelse af tværgående faglige synergier

En konkurrenceudsættelse af udbudsområdet bør ske på en måde, der i videst muligt omfang bevarer de tværgående faglige synergier. De direkte fagområdesynergier, dvs. synergier inden for udbud som fagområde, tilsiger isoleret set, at udbud som fagområde holdes samlet på tværs af alle statslige klienter, idet dette sikrer konsistens i almindelige udbudsretlige spørgsmål såsom ligebehandling og gennemsigtighed mv. Noget tilsvarende kan givetvis opnås med en stærk statslig udbudsenhed, som har de fornødne ressourcer til at føre tilsyn med flere eksterne leverandører og sikre konsistens på generelle udbudsretlige spørgsmål.

De tværgående fagområdesynergier kan til dels opretholdes for så vidt angår direkte samarbejde mellem fagområder, hvis udbud puljes med de fagområder, som har størst umiddelbart overlap. Udfordringen ved udbudsområdet er dels, at området ikke kan adskilles fra det fagområde, som udbuddet vedrører (f.eks. energi, forsyning og infrastruktur, entrepris og fast ejendom, cyber- og informationssikkerhed og databeskyttelse), og at der i øvrigt er ganske mange overlap, hvor der er behov for samarbejde med andre fagområder, herunder med EU-ret og international ret, konkurrenceret, stats- og forvaltningsret, miljø- og klimaret, immaterialret osv., jf. afsnit 3.1.3.

I modsætning til de direkte fagområdesynergier kan disse – helt afgørende – tværgående fagområdesynergier ikke opretholdes alene ved at holde udbudsret som fagområde samlet hos én leverandør. Opretholdelse af tværgående fagområdesynergier taler for pulje udbudsret med mange andre fagområder hos den samme leverandør, som i tæt samarbejde med den statslige udbudsenhed kan sikre, at de andre fagområder integreres fuldt ud i de udbudsretlige ydelser.

Selv i større puljer vil synergierne på tværgående faglige spørgsmål med berøring til mange forskellige fagområder dog formindskes (f.eks. forvaltningsretlige principper, EU-retlige principper mv.). Det samme gælder de direkte og tværgående forretningsforståelsesynergier, idet den særlige forretningsforståelse, som opnås gennem bistand inden for udbudsområdet, ikke vil kunne nyttiggøres på andre fagområder – eller omvendt.

For mindre udbud og udbud af standardiserede ydelser, der ikke er tæt knyttet til andre specialer eller særlige forretningsområder, hvor en forretningsforståelse er afgørende, vil ovenstående i mindre grad gøre sig gældende. Det kunne f.eks. være et relativt simpelt konsulentudbud eller en vareanskaffelse, som ikke kræver kendskab til og forståelse for forsvar, it, entrepris, energi eller anden samfundskritisk infrastruktur. Mange af disse anskaffelser er i dag hjemtaget hos eksempelvis SKI eller Rådgivningsenheden – Statens Indkøb. Staten vil dog selv på dette område tabe synergifordelene i et vist omfang, hvis

der sker konkurrenceudsættelse (i modsætning til hjemtagelse eller håndtering via kammeradvokatordningen).

I større projekter såsom statslige anlægsprojekter eller anskaffelser af it-systemer er der altid et væsentligt overlap og samarbejde på tværs af fagområder. Selv med en stærk statslig udbudsenhed er udfordringen, at inddragelsen af øvrige faglige kompetencer i staten i vidt omfang må forventes at skulle ske fra projekt til projekt. En væsentlig værdi ved en samlet ordning hos én leverandør er, at der altid kan tilføres faglige kompetencer med kort varsel, som på grund af den kumulerede erfaring og forretningsforståelse hos denne leverandør vil være ”plug and play”.