



INDLÆG I DANSK FORENING FOR UDBUDSRET UDBUDSLOVENS § 185, STK. 2 – TILBUDSGIVERVINKEL

23. november 2016

LUNDGRENŠ

Hvad er ligheden mellem en kamel og udbudslovens § 185, stk. 2?

Det er lige så svært at få en kamel igennem et nåleøje, som det er for en tilbudsgiver at opnå ophør af en kontrakt i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2 før kontrakten allerede er udført af den forkerte tilbudsgiver!



BEGRÆNSET ANVENDELSESOMRÅDE

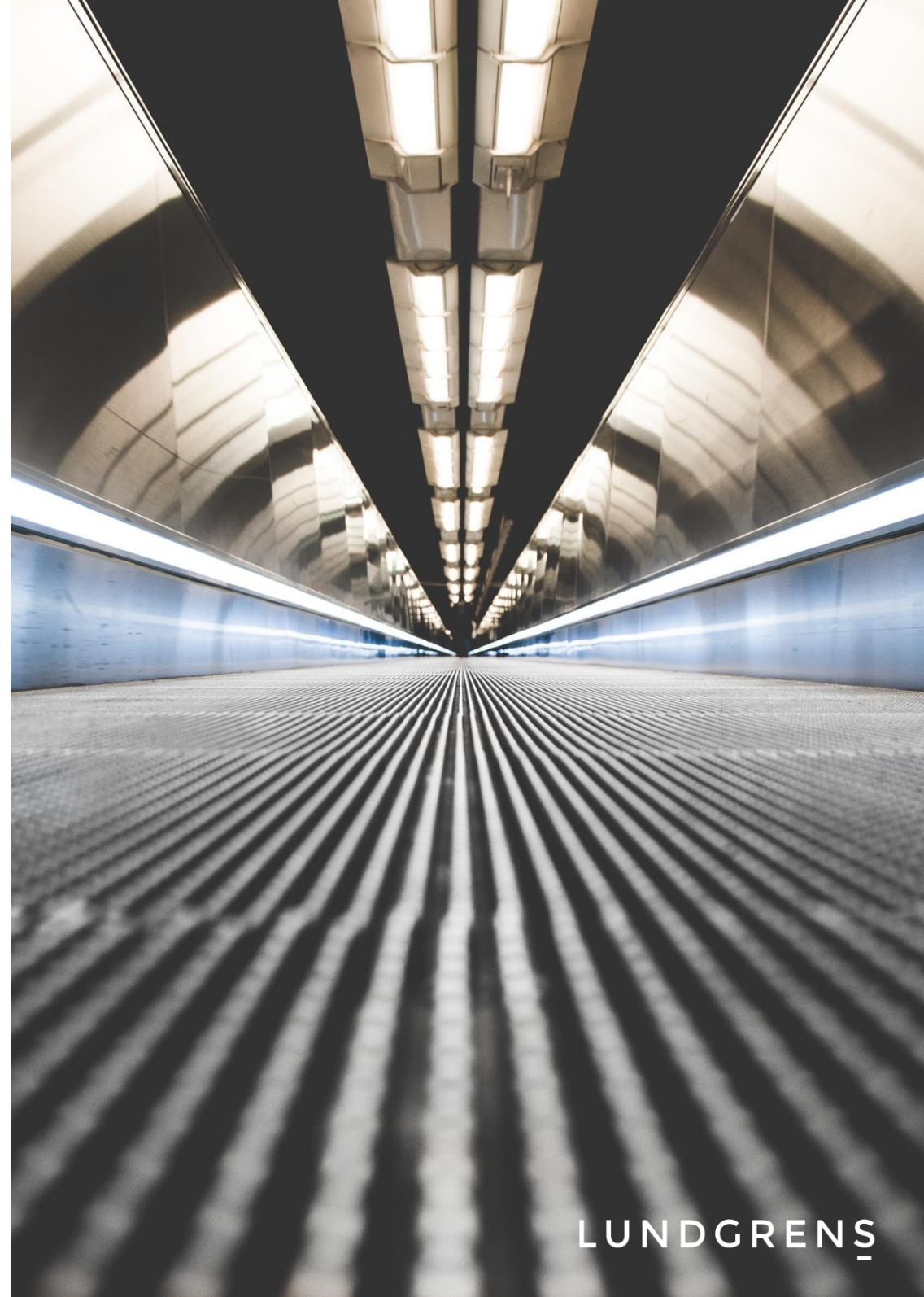
- § 185, stk. 2 er en god nyhed for tilbudsgivere i teorien men hvad sker der i praksis?
- Forpligtelsen til at bringe kontrakten til ophør efter § 185, stk. 2 er en obligatorisk retsfølge og medfører, at klager nu får en reel ny mulighed for at vinde en udbudt kontrakt, hvis tildelingsbeslutningen annulleres
- Ophørsreglen gælder alene for udbud omfattet af udbudsloven
 - Hvad gælder for udbud omfattet af tilbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller koncessionsdirektivet?
- Tildelingsbeslutning skal være annulleret ved endelig afgørelse eller dom
 - Det må forventes, at mange ordregivere indbringer sager, som er tabt ved klagenævnet for de almindelige domstole for derved at udskyde forpligtelsen til at bringe kontrakt til ophør

HVORNÅR SKAL KONTRAKT OPHØRE?

- **Hovedregel:** Pligt til at bringe kontrakten til ophør med et passende varsel
 - *”ordregiver skal tage skridt til at bringe kontrakten [...] til ophør med henblik at bringe det ulovlige forhold i orden”*
 - Dette varsel skal ifølge forarbejderne ske med et *”efter forholdene passende varsel”*
 - Ordregiver fastsætter selv det passende varsel (!)
- Hvis ordregiver gennemfører ny udbud, er ordregiver forpligtet til at bringe kontrakt til ophør, når ny udbudsprocedure er afsluttet
 - Denne begrænsning følger af lovbemærkninger af ophørsforpligtelsen og er meget ordregiver-venlig og giver ordregiver en høj grad af fleksibilitet

HVORNÅR SKAL KONTRAKT OPHØRE?

- Ordregiver kan ved at tilrettelægge en længerevarende udbudsproces med f.eks. lange forhandlingsrunder ”købe tid”, således at den ulovlige kontrakt først ophører, når en ny kontrakt er på plads
- Uklar angivelse af ophørstidspunktet indebærer reelt, at ordregiver - i hvert fald ved kontrakter af kortere varighed - forventeligt kan holde ulovlig kontrakt kørende så længe, at kontrakt først bringes til ophør på tidspunktet, hvor kontrakten er opfyldt og leverancen er leveret af den forkerte tilbudsgiver
- STORT hensyn til ordregivers forsyningssikkerhed
- Hvilken betydning har proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 for rækkevidden af § 185, stk. 2?
 - Krav om ”forholdsmæssig handle måde” hos ordregiver



RET TIL KONTRAKTENS VIDEREFØRELSE?

- **Undtagelse:** Særlige forhold tilsiger kontraktens videreførelse
- Væsentlige samfundsinteresser er på spil
- Kontraktophør medfører ekstraordinært værdispild
- Uretmæssigt forbigået tilbudsgiver har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse og den tildelte tilbudsgiver blev nr. 2 i konkurrencen. Hvad hvis klager eller tildelte tilbudsgivers tilbud er ukonditionsmæssigt?
- Undtagelsesbestemmelse skal fortolkes indskrænkende
- Det er op til ordregiver selv at vurdere, om der foreligger ”særlige forhold”. Hvilke krav stilles der til ordregivers bevis?
- Hvis kontrakt videreføres, slipper ordregiver for en sanktion. Hvad med økonomisk sanktion?



PROCESSUELLE FORHOLD

- Indhente Klagenævnets ikke-bindende foreløbig udtalelse
 - Jf. klagenævnslovens § 14a kan klagenævn efter anmodning fra sagens parter afgive en ikke bindende, foreløbig udtalelse om, at der foreligger særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse
 - Rækkevidde af bestemmelsen er uklar
 - Hvad er konsekvens af udtalelsen, hvis klagenævn konstaterer, at der ikke er "særlige forhold"?
 - Bestemmelsen er fakultativ, dvs. Klagenævnet har ikke pligt til at give udtalelse



PROCESSUELLE FORHOLD

- Hvilken snitflade har § 185, stk. 2 til reglerne om opsættende virkning?
 - Bestemmelsen er tavs herom
 - Formål med § 185, stk. 2 og forpligtelsen til at bringe kontakter, som er indgået på baggrund af en annulleret tildelingsbeslutning til ophør, er, at det er *"forbundet med store vanskeligheder at få tilkendt erstatning i disse situationer, idet klagerene sjældent kan dokumentere et tab"*
 - Typisk afviser Klagenævnet opsættende virkning på grund af manglende uopsættelighed og mulighed for at kræve erstatning
 - Øget anvendelse af opsættende virkning i tilfælde af klar fumus vil sikre øget effektivt håndhævelse af udbudsreglerne
- Hvilken betydning har § 185, stk. 2 for tilbudsgivers klagelyst?
 - Øger udsigt til, at kontrakt bringes til ophør klagelyst? I teorien ja, men i praksis næppe, da en ophævelse har lange udsigter og sjældent vil komme på tale





MAJSE JARLOV
ADVOKAT

DIR: +45 3525 2968 / MOB: +45 2524 5168
MAIL: MAJ@LUNDGRENS.DK

- Specialist indenfor udbudsret, både på ordregiver- og tilbudsgiversiden
- Underviser i udbudsret
- Bred erfaring med at varetage rollen som projektleder ved tilrettelæggelse og gennemførelse af udbudspligtige anskaffelser
- Bred erfaring med gennemførelse af sager for Klagenævnet for Udbud

LUNDGREN S

Vi tager din forretning personligt

LUNDGREN.S.DK
INFO@LUNDGREN.S.DK

LUNDGREN ADVOKATPARTNERSELSKAB
TUBORG HAVNEVEJ 19 DK-2900 HELLERUP