

Annuliation af tildelingsbeslutningen - og hvad så?

Jesper Fabricius
Advokat, partner

Dansk Forening For Udbudsret (DFFU)
23. maj 2013

Annulation af tildelingsbeslutningen

- Det følger af Kontrolldirektiv 2007/66, art. 2, stk. 1, at de nationale klageprocedurer skal rumme mulighed for at annullere ulovlige beslutninger
- Det følger af langvarig, fast praksis fra Klagenævnet og af Håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 2, at Klagenævnet kan annullere ordregivers "ulovlige beslutninger"
- Det fremgår af Kontrolldirektiv 2007/66, art. 2, stk. 7, at annulationens virkning for den tildelte kontrakt fastlægges i national ret (bortset fra "uden virkning"-tilfælde)
- Det fremgår også af direktivets art. 2, stk. 7, at medlemsstaterne kan fastsætte, at den eneste sanktion er skadeserstatning (bortset fra "uden virkning"-tilfælde)
- Fremgår ikke klart hverken af Håndhævelsesloven, lovens forarbejder eller praksis, hvad retsvirkningen af en annulation er

Annulatioon og forvaltningsret

- Forvaltningsretten sonderer mellem afgørelsesvirksomhed og faktisk forvaltningsvirksomhed, jf. FVL § 2, stk. 1
- Det offentlige indgåelse af privatretlige kontrakter henhører under faktisk forvaltningsvirksomhed
- FVL gælder (bortset fra reglerne om inhabilitet og tavshedspligt m.v.) kun afgørelsesvirksomhed, men der vil være en vis afsmitning, og grundlæggende forvaltningsretlige principper, herunder principper om lovmæssig forvaltning og god forvaltningsskik, vil – evt. i modificeret form – også kunne finde anvendelse på faktisk forvaltningsvirksomhed
- I forvaltningsretten medfører annullation, at den annullerede afgørelse ikke skal have/ikke må få retsvirkninger svarende til dens indhold (ugyldighed)

Annulation før kontraktindgåelse

- Indgåelse af kontrakt kræver en tildelingsbeslutning, og en ordregiver kan ikke indgå kontrakt på grundlag af en annulleret tildelingsbeslutning, jf. Klagenævnets kendelse 6/3-12, RenoNorden
- Ordregiver kan evt. træffe en ny tildelingsbeslutning, men det må som minimum forudsætte,
 - at de forhold, der har ført til annulation, kan rettes/udbedres i en ny tildelingsbeslutning (hvilket f.eks. ikke gælder ved alvorlige fejl i udbudsbekendtgørelse eller udbudsbetingelser)
 - at der fortsat er gældende/gyldige tilbud. Overvejelse om, hvorvidt alle eller dog næsten alle tilbud fortsat skal være gyldige? Bemærk også Tilbudslovens § 3, stk. 3, og Aftalelovens § 5
 - at udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne i øvrigt kan danne lovligt grundlag for en ny tildelingsbeslutning (er udbudsbekendtgørelsens tidsangivelser m.v. retvisende, eller vil væsentlige ændringer i kontrakten være nødvendige)
- I praksis vil konsekvensen oftest være en ny udbudsforretning

Annulation efter kontraktindgåelse

- Lovgiver har ikke begrænset retsfølgen til erstatning
- Forarbejderne til Håndhævelsesloven: Annulation medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning.
- Der er altså ingen automatik, men retsfølgen må afgøres efter dansk rets almindelige forvaltningsretlige og obligationsretlige principper
- Forvaltningsretten:
 - I forvaltningsretlig teori antages, at forvaltningsakts ugyldighed ikke automatisk medfører pligt til at genoprette situationen til stedet før forvaltningsakten (Christensen; Garde; Fenger). Det beror på en selvstændig afgørelse og er i sidste ende overladt domstolene
 - Hensyn relateret til bl.a. god tro, forvaltningsaktens begunstigende karakter, indrettelsessynspunkter og værdispild spiller ind

Annulation efter kontraktindgåelse (II)

- Obligationsretten:
 - I obligationsretten antages, at en aftale uanset DL 5-1-2 ikke automatisk bliver ugyldig, fordi den er indgået i strid med loven. Konkret afvejning, bl.a. under hensyn til karakteren af de regler som er overtrådt
 - U 2013.875V: Boligforenings ulovlige tildeling medførte ikke lejeaftales ugyldighed. Ikke i strid med alm hæderlighed eller urimeligt at lejer gjorde aftalen gældende (DL og Aftaleloven synes bærende)

Annulation efter kontraktindgåelse (III)

- Udbudsretten:
 - I U 2012.3232V (AV Form mod 12 by-gruppen) pålagde Vestre Landsret ordregiver at bringe en ulovligt indgået kontrakt til ophør. Det blev fremhævet, at der var begået en meget kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, og at kontrakten efter det oplyste var indgået med forbehold om, at den kunne bringes til ophør, hvis tildelingen blev underkendt
 - Retten i Herning pålagde ved dom af 5/11-2009 12 by-gruppen at bringe en (anden) ulovligt indgået kontrakt til ophør. Også her henvistes til de meget kvalificerede overtrædelser og til et kontraktligt forbehold for Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning
 - U2009.1331Ø (Taxa-Stig): Ingen generel pligt til at ophæve en i strid med udbudsreglerne indgået aftale
 - ØL-dom af 30. marts 2009 (Sectra): Ingen pligt efter dansk ret, og ingen generel pligt efter EU-retten

Et bud på en konklusion om annulation efter kontraktindgåelse

- 1) Hvis tildelingsbeslutningen annulleres, må den ordregivende myndighed træffe en selvstændig afgørelse om konsekvenserne heraf for den indgåede kontrakt (principperne om lovmæssig forvaltning og god forvaltningsskik).
- 2) Hvis kontrakten efter sit indhold rummer mulighed for lovliggørelse/genopretning ved at bringe kontrakten til ophør, bør ordregiver gøre dette, f.eks. hvis
 - udtrykkelig adgang til opsigelse ved annulation
 - kontrakten er en ikke-eksklusiv rammeaftale uden købsforpligtelse
 - hvis kontrakten frit kan opsiges

I disse tilfælde må god tro/ond tro hos medkontrahent være irrelevant. Der kan undtagelsesvis være særlige hensyn (f.eks. relateret til værdispild, eller hvis den forurettede er fuldt kompenseret ved positiv opfyldelsesinteresse) som kan begrunde, at der ikke sker genopretning

Et bud på en konklusion om annulation efter kontraktindgåelse (II)

- 3) Hvis kontrakten ikke direkte rummer mulighed for lovliggørelse/genopretning, bør der ske en konkret afvejning om kontraktens gyldighed/ophør, som inddrager
- Overtrædelsens karakter og konsekvenser
 - God tro/ond tro hos medkontrahenten og indrettelsessynspunkter for denne
 - Værdispildsbetragtninger og andre særlige hensyn (stor styrke for at de er relevante)
 - Om en evt. forurettet allerede er blevet fuldt kompenseret, f.eks. erstatning af positiv opfyldelsesinteresse