



Ordregivers opsigelse af kontrakt

ved advokat Lotte Hummelshøj

Medlemskonference i Dansk Forening for Udbudsret den 27. januar 2016

Ordregiver kan opsige en indgået kontrakt

§ 185, stk. 1 i udbudsloven:

*”Ordregiveren **kan** bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør, når*

- 1) kontrakten eller rammeaftalen har været **genstand for en ændring af grundlæggende elementer**, der ville have krævet en ny udbudsprocedure, jf. § 178,*
- 2) leverandøren var omfattet af en af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137 på tidspunktet for tildelingen af kontrakten, hvorefter leverandøren skulle have været udelukket fra udbudsproceduren, eller*
- 3) kontrakten eller rammeaftalen ikke skulle have været tildelt leverandøren på grund af en alvorlig overtrædelse af forpligtelserne i henhold til traktaterne og direktivet, der er fastslået af EU-Domstolen i forbindelse med en procedure efter artikel 258 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.”*

Hvad gælder for forsyningsvirksomheder?

§ 16 i Bekendtgørelse nr. 1624 af 15/12 2015 (Bekendtgørelsen) der implementerer FSVD:

*”Ordregivende enheder **kan** bringe en kontrakt indgået efter forsyningsvirksomhedsdirektivet til ophør, når*

- 1) kontrakten har været **genstand for en væsentlig ændring**, der ville have krævet en ny udbudsprocedure i henhold til artikel 89,*
- 2) leverandøren på tidspunktet for kontrakttildelingen befandt sig i en af de i udbudslovens § 135-136, eller hvis relevant § 137, nævnte situationer og derfor skulle have været udelukket fra udbudsproceduren i henhold til artikel 80, stk. 1, 2. afsnit, i forsyningsvirksomhedsdirektivet, eller kontrakten ikke skulle have været tildelt leverandøren i betragtning af en alvorlig overtrædelse af forpligtelserne*
- 3) i henhold til traktaterne og dette direktiv, der er fastslået af Den Europæiske Unions Domstol i forbindelse med en procedure efter artikel 258 i TEUF.”*

Er ændring af grundlæggende elementer og en væsentlig ændring det samme?

§ 24, litra 37 i udbudsloven (Definitioner):

"Ændring af grundlæggende elementer: En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt."

Ordregiver skal opsigge en indgået kontrakt eller rammeaftale

Udbudslovens § 185, stk. 2 (National regel):

*“Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, **skal** ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”*

- Ikke omfattet af Bekendtgørelsen for FSVD.

§ 14a i Lov om Klagenævnet for Udbud:

“Er der under en klagesag nedlagt påstand om annullering af en tildelingsbeslutning, kan Klagenævnet for Udbud efter påstand fra klageren eller indklagede afgive en ikkebindende foreløbig udtalelse om, at der foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.”

- Klagenævnet for Udbud har mulighed for at komme med en foreløbig ikke-bindende udtalelse, men er ikke forpligtet hertil.
- Lovbemærkninger: Beslutningen, om der foreligger sådanne særlige forhold, skal træffes på grundlag af de forhold, der var til stede på tidspunktet for annullering af tildelingsbeslutningen.

Forholdet til reglerne om opsættende virkning

Betingelser ifølge Klagenævnet for Udbuds praksis for at tillægge en klage opsættende virkning:

- 1) En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("fumus boni juris"). Hvis klagen umiddelbart synes håbløs, er betingelsen ikke opfyldt.
- 2) Der skal foreligge uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
- 3) En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

KLFU kendelse af 25. august 2014 i sagen 1. *Konsortiet NCC Construction Danmark A/S* og 2. *Krüger A/S mod Hillerød Spildevand A/S*

"...

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der således udsigt til, at klagerens påstand 1 – og dermed også klagerens påstand 2 om annullation af tildelingsbeslutningen – vil blive taget til følge. Kravet om "fumus boni juris" er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at der ikke er grundlag for at antage, at klageren – såfremt klageren får medhold ved sagens endelige afgørelse – vil lide et tab, der ikke vil kunne kompenseres gennem erstatning og således er uopretteligt. Betingelsen om "uopsættelighed" er derfor ikke opfyldt. ..."

Forholdet til reglerne om opsættende virkning

KLFU kendelse af 3. oktober 2011 i sagen ØGT ApS Økologisk Grønne Torv mod Ishøj Kommune

”Udbudsbetingelserne opfylder således ikke kravet om, at det udbudte er nøjagtigt beskrevet.

Udbudsbetingelserne kan på denne baggrund ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Klagenævnet vurderer derfor, at klagen vil blive taget til følge med hensyn til påstand 1.

Det er endvidere klagenævnets vurdering, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Ad betingelse nr. 2 (uopsættelighed) og betingelse nr. 3 (interessevejning) bemærker klagenævnet følgende:

Under hensyn til det, der er anført ad betingelse nr. 1, og i øvrigt efter en samlet vurdering er også disse betingelser opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede må ikke underskrive kontrakt.”

Forholdet til reglerne om opsættende virkning

KLFU kendelse af 22. februar 2012 i sagen *Willis Danmark mod DSB*

- Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, trods påstand herom.
- Annullation af tildelingsbeslutningen.

KLFU kendelse af 30. november 2012 om erstatning:

- Klageren enten var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde overtrædelserne, der førte til annullation af tildelingsbeslutningen, inden klager afgav sit tilbud.
- Karakteren af overtrædelserne medførte, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.
- Der var ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og klagerens forgæves afholdelse af udgifter til udarbejdelse af tilbud.
- Det kan ikke føre til et andet resultat, at klagenævnet også konstaterede, at indklagede havde overtrådt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling vedrørende tilbudsevalueringen, hvor indklagede undlod at kapitalisere nogle forbehold.
- Klagenævnet tog derfor indklagedes frifindelsespåstand for erstatningskravet til følge.

Forholdet til reglerne om opsættende virkning

KLFU kendelse af 5. januar 2016 i sagen *MultiLine A/S mod Aarhus Universitet*

" ... Ad Fumus boni juris ...

Det kan, jf. det ad påstand 1 og 3 anførte, ikke udelukkes, at "præmisserne" om fri adgang for Aarhus Universitet til efter forgodtbefindende at antage eller afvise tilbud, som ikke overholdt de af universitetet fastsatte mindste-krav, har påvirket forløbet af udbuddet med forhandling og udbuddets udfald.

På den baggrund er der udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om "fumus boni juris" er dermed opfyldt. ...

Ad Uopsættelighed:

Det kan ikke antages, at erstatning – hvis betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere MultiLine for det tab, som MultiLine muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Aarhus Universitet herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at universitetet har begået en eller flere af de påståede overtrædelser.

Da betingelse nr. 2 ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning. ..."



Advokat Lotte Hummelshøj
Nielsen Nørager
Frederiksberggade 16
1459 København K

telefon: 33 11 45 45
direkte: 33 47 70 60
mobil: 21 64 32 40
e-mail: lh@nnlaw.dk

NIELSEN NØRAGER