

Nyt fra udbudsretten 2023

H.P. Rosenmeier

God dag igen

2

- Siden sidst har der været mange afgørelser, men ikke rigtig nogle afgørende, principielle.
- Men jeg har da plukket nogle ud.
- Er der spørgsmål eller bemærkninger, så kom med dem undervejs.
- Og jeg når måske ikke det hele, men jeg har det i prioriteret rækkefølge.

Self-cleaning

3

- I 2021 ophævede Herlev Kommune en kontrakt om rengøring og vinduespolering med en virksomhed K som væsentligt misligholdt som følge af mangler ved rengøringen. Senere udelukkede Frederiksberg Kommune og Vejle Kommune K fra hver sit udbud om rengøring i medfør af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, da nr. 5. Kort gengivet angår denne udelukkelsesgrund tilfælde, hvor ordregiveren kan påvise, at en økonomisk aktør væsentligt har misligholdt en offentlig kontrakt med ophævelse eller lignende til følge.
- K klagede til klagenævnet over disse udelukkelse i hver sin klagesag og gjorde følgende gældende: K var ikke omfattet af udelukkelsesgrunden, da Herlev Kommunes ophævelse var uberettiget, og K havde i hvert fald foretaget self-cleaning.
- De to klager blev afgjort ved klagenævnets kendelser af 27. oktober 2022 og 28. april 2023, K mod henholdsvis Frederiksberg og Vejle Kommune. I ingen af de to sager tog klagenævnet nogen af klagepunkterne til følge.

Self-cleaning

- I min kommentar til kendelsen af 27. oktober 2022 udtalte jeg bl.a. :
- »Klagerens synspunkt om ikke at være omfattet af udelukkelsesgrunden underminerede i virkeligheden klagerens hævdede self-cleaning. Det er nemlig formentlig en fundamental forudsætning for self-cleaning, at aktøren *erkender* at være omfattet af den udelukkelsesgrund, der er tale om. Ellers virker self-cleaningen ikke seriøs. Den, der ikke ser et problem, kan heller ikke løse det. En aktør, der vil foretage self-cleaning, skal ikke sætte sig op på den høje hest, men skal udvise ydmyghed og klar forståelse for, at der skal gøres noget.«
- Denne udtalelse har vakt en vis opmærksomhed. Nogle har erklæret sig enige i den, andre uenige. Jeg vil derfor godt uddybe det lidt.

Self-cleaning

- Om der er foretaget tilstrækkelig self-cleaning i relation til den omtalte udelukkelsesgrund, afhænger af et skøn, hvilket klagenævnet udbudtalte i begge kendelser. Den økonomiske aktør skal altså *overbevise* ordregiveren (nu Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) om, at aktøren har rettet for sig.
- Og hvad er mest overbevisende?
- Aktøren kan satse på at gøre gældende, at ophævelsen var uberettiget, eller at aktøren har foretaget self-cleaning. Men ikke rigtigt begge dele på en gang.
- Og hvilken af de to muligheder skal aktøren så satse på? Efter min mening klart self-cleaning, da det må være meget vanskeligt at komme igennem med, at ophævelsen var uberettiget..

Dækningskontrakt

6

- Klagenævnets kendelse 25. april 2023, K mod Herlev Kommune.
- Herlev Kommune indgik kontrakten med K i november 2020 efter et udbud med kontraktstart 1. februar 2021. Der opstod straks utilfredshed med rengøringen. I juni 2021 nedsatte kommunen en projektgruppe, der tilsyneladende havde til formål at forberede et nyt udbud af kontrakten. I august 2021 ophævede kommunen kontrakten som misligholdt.
- Samtidig imed ophævelsen indgik kommunen en såkaldt dækningskontrakt med en anden leverandør om denne leverandørs udførelse af ydelsen 19. august 2021 til 31. maj 2022. Dækningskontrakten blev indgået uden udbud i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5, hvorefter der kort gengivet kan anvendes udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse (dvs. undlades udbud), hvis tvingende grunde, som ordregiveren ikke kunne forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for udbud.

Dækningskontrakt

7

- Klagenævnets kendelse 25. april 2023, K mod Herlev Kommune..
- I november 2021 iværksatte kommunen et udbud om ydelsen, og på grundlag af dette udbud er der tilsyneladende indgået kontrakt med to leverandører med kontraktstart 1. juli 2022.
- K, altså den leverandør, hvis kontrakt kommunen havde ophævet, klagede til klagenævnet over, at dækningskontrakten var indgået uden udbud, fordi betingelserne for at undlade udbud i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.
- Klagenævnet tog klagen til følge. Klagenævnets begrundelse herfor er særdeles udførlig, men det er muligvis forsvarligt at opsummere den således, helt overordnet og stærkt omformuleret:

Dækningskontrakt

- Klagenævnets kendelse 25. april 2023, K mod Herlev Kommune, Klagenævnets begrundelse:
- Det nye udbud blev iværksat for sent og skulle desuden have været iværksat som hasteudbud med forkortet tilbudsfrist, hvilket øjensynligt ikke var sket.
- Bl.a. derfor var dækningskontraktens varighed for lang.
- Dækningskontrakten omfattede hele ydelsen, selvom den kun måtte omfatte de dele af den, der var absolut nødvendige, og som ikke kunne afvente et hasteudbud.
- I stedet for at indgå dækningskontrakten kunne ordregiveren have krævet en midlertidig ydelse fra den hidtidige leverandør i henhold til en klausul i kontrakten med denne.
- Eller helt generelt: Kommunen havde ikke løftet sin bevisbyrde for, at der var tvingende grunde, som gjorde det umuligt at overholde fristerne ved et udbud.

Dækningskontrakt

- Klagenævnets kendelse 25. april 2023, K Herlev Kommune.
- Klagenævnet erklærede ikke dækningskontrakten for uden virkning, da den var gennemført og opfyldt, men pålagde kommunen en takstmæssig økonomisk sanktion på 840.000 kr. (5 % af dækningskontraktens værdi).
- Det er måske en noget streng afgørelse i forhold til kommunen? Bl.a. var den økonomiske sanktion var fuldt takstmæssig. Kommunen unddrog sig jo ikke udbudspligten.
- Men dækningskontrakten var godt nok langvarig. Efter sit indhold skulle den vare lidt under 9½ måned, men kontraktstart i henhold til det nye udbud var lidt under 10½ måned efter dækningskontraktens start, så det blev vel dækningskontraktens reelle varighed.

Betydningen af mindstekrav

10

- Manova-princippet: Ordregiveren kan indhente oplysninger m.m. fra en økonomisk aktør, hvis det ikke fører til en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Ordregiveren har dog ikke denne adgang, hvis det er tilkendegivet i udbuddet, at en manglende oplysning m.m. vil føre til afvisning.
- I udbudsloven står hovedreglen i § 159, stk. 5, og undtagelsen i § 159, stk. 6.
- Efter klagenævnets praksis medfører betegnelsen mindstekrav (eller minimumskrav), at ordregiveren afskærer sig fra at indhente efterfølgende oplysninger/dokumentation vedrørende kravets opfyldelse.
- Men denne praksis er tilsidesat ved Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 i sag BS 13384/2021-FRB, Gentofte Kommune mod Eksponent A/S.

Betydningen af mindstekrav

- Her har vi altså en byretsdom, der tilsidesætter en fast praksis hos klagenævnet.
- Dette er sket en enkelt gang før, nemlig ved Roskilde rets dom af 1. december 2017 i sag BS 2A-37/2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune. Denne dom tilsidesatte en fast praksis hos klagenævnet om, at der ikke er udbudspligt for kommuners valg af leverandør af visse hjælpemidler til borgere. Dommen skulle have været for landsretten, men anken faldt væk af nogle formelle grunde.
- Klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq mod Ringkøbing-Skjern Kommune, viser i øvrigt, at klagenævnet ikke respekterer denne dom.
- Klagenævnet respekterer altså ikke en byretsdom. Men dommen af 30. juni 2022 er anket til landsretten.

Håndhævelse af kontrakt

12

- Klagenævnet har haft nogle klager over, at den vindende leverandør ved et udbud ikke opfyldte udbuddets/kontraktens krav ved sine leverancer. Det har været klagenævnets holdning, at dette spørgsmål er et kontraktretligt spørgsmål mellem ordregiveren og leverandøren, ikke et udbudsretligt spørgsmål.
- Den seneste afgørelse herom er vist kendelse af 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB, der afviste en sådan klage med begrundelse, at den angik et kontraktretligt spørgsmål.
- Men problemet er: Ordregiverens (udtrykkelige eller stiltiende) accept af, at leverandøren ikke overholder kontraktens krav, kan reelt være ensbetydende med ændring af grundlæggende elementer med deraf følgende ny udbudspligt.

Håndhævelse af kontrakt

13

- En ledende afgørelse herom er det norske klagenævn KOFA's afgørelse af 30. juni 2015, RenoNorden mod Eidsvoll kommune, hvorefter en ordregiver havde haft (en udbudsretlig) pligt til at håndhæve en kontrakt.
- Det danske klagenævns holdning synes også under udvikling.
- Således klagenævnets kendelser af 19. maj og 27. oktober 2020, henholdsvis Alsvognen og Øens Taxa mod Fynbus mfl., begge opretholdt ved domme af 12. maj 2022 fra Retten i Svendborg, hvorefter ordregiverne havde begået en udbudsretlig overtrædelse ved at frafalde et mindstekrav efter kontraktstart.
- Og ikke mindst:

Håndhævelse af kontrakt

- Klagenævnets kendelse af 1. februar 2023, DKK Plastics mod Affald Plus:
- Udbud med affaldsbehandling med valg af ny leverandør. Efter nogle måneder klagede den gamle leverandør over, at ordregiveren ikke havde håndhævet kontrakten. Klagen sigtede til, at den nye leverandør faktisk ikke leverede kontraktmæssig ydelse,
- Ordregiveren påstod klagen afvist med begrundelse, at den angik et kontraktretligt spørgsmål, men klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge med begrundelse (kort gengivet), at den angik en udbudsretlig overtrædelse.
- Klagenævnet tog imidlertid ikke klagen til følge med begrundelse (ganske kort gengivet), at ordregiveren ikke havde frafaldet krav eller ændret grundlæggende vilkår for kontrakten. Herved henvist til, at ordregiveren bl.a. holdt løbende opfølgingsmøder med leverandøren.

Håndhævelse af kontrakt

15

- Kendelsen indeholder i øvrigt en række udtalelser, som bl.a. må forstås sådan, at udbudsretten principielt ikke regulerer, *hvad* ordregiveren skal gøre for at håndhæve kontrakten.
- Det, som denne kendelse er udtryk for, kan formentlig sammenfattes således: Ordregiveren ved et udbud har faktisk en udbudsretlig pligt til at håndhæve kontrakten, altså til at sikre sig, at der kontraktmæssig levering. Men ordregiveren har et betydeligt skøn med hensyn til, hvordan håndhævelsen skal ske.
- Men hvis dette er rigtigt, melder sig spørgsmålet: Hvornår indtræder pligten til håndhævelse af kontrakten? Svaret må være: Når ordregiveren bliver opmærksom på, at der ikke sker kontraktmæssige leverancer. Men hvornår er det?
- Ved visse typer kontrakter giver det sig selv, fx en kontrakt som i kendelsen af 1. februar 2023. Men ved andre typer kontrakter er det ikke så enkelt.

Håndhævelse af kontrakt

- Det gælder ikke mindst ved mange typer rammeaftale. Det er typisk for en rammeaftale, at de personer, der skal trække på den, ikke er de samme som de personer, der har stået for udbuddet af den, og som har indgået kontrakten om den. Dette betyder, at de, der trækker på rammeaftalen, ikke rigtigt kender kravene til leverancerne og derfor ikke har anledning til at protestere mod ukontraktmæssige leverancer. Som følge af dette kan en leverandør i henhold til en rammeaftale faktisk slippe godt fra ikke at opfylde kravene til leverancerne fuldt ud.
- Men kunne man så tænke sig, at ordregiveren for en rammeaftale har en udbudsretlig pligt til aktivt og løbende at kontrollere, at der sker kontraktmæssige leverancer? Nej, der er vi givetvis ikke, i hvert fald ikke endnu. Det vil utvivlsomt også forudsætte ressourcetilførsel.
- Men pligten til at håndhæve kontrakten må i hvert fald kunne indtræde, hvis en anden leverandør påpeger over for ordregiveren, at der ikke sker kontraktmæssige leverancer.

Tak for
opmærksomheden