

NOTAT

Til Trafikselskaberne v/ Fynbus, att. Carsten Hyldborg / Ingrid Dissing
Fra Advokat Hans Henrik Banke
Vedrørende Vurdering af konsekvenser af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27.10.2020
Sagsnr. 25362-0004
Dato 30.10.2020, rev 1.11.2020.

1. Mulige erstatningskrav

Hvis klagenævnets kendelse af 27.10.2020 står ved magt, vurderes situationen vedrørende mulige erstatningskrav at være følgende:

Mulige krav fra de VG6 vognmænd, der ikke opfyldte dimensionskravene

Udbudsretligt lægges det til grund, at Trafikselskaberne i august 2019 har ændret kontrakterne således, at dimensionskravet ikke skal opfyldes.

Kontraktsretligt medfører det, at Trafikselskaberne ikke var berettiget til at ophæve kontrakterne året efter for manglende opfyldelse af dimensionskravet – Trafikselskaberne havde jo netop accepteret dette i og med man ændrede kontrakterne.

Det medfører, at kontrakterne blev ophævet med urette og dermed er Trafikselskaberne erstatningsansvarlige overfor de VG6 vognmænd, der fik ophævet deres kontrakter.

De vognmænd, der på ny fik en kontrakt, har næppe lidt større tab. Tabet vil for en umiddelbar betragtning skulle opgøres på grundlag af de lavere priser som disse vognmænd fik i deres nye kontrakter.

De vognmænd, der ikke fik en ny kontrakt, vil formentlig kunne opgøre et større tab og den første af disse har rejst erstatningskrav på knap kr. 500.000,00. Erstatningskrav fra de vognmænd, der ikke opfyldte kravene vil muligvis kunne afvises, da aftalerne var retsstridige – stridende mod udbudsreglerne og dermed mod lov og ærbarhed jf. Danske Lov 5.1.2.¹ Det allerede rejste krav er afvist med denne begrundelse.

De to VG6 vognmænd, der opfyldte dimensionskravene

¹ Muligvis kan erstatningskravet også afvises med støtte i implementeringsbekendtgørelsens § 16 nr. 1 (bek. nr. 1624.2015), der hjemler ordregiver en ret til at bringe væsentligt ændrede kontrakter til ophør.

Disse vognmænd – de gode vognmænd - fik ikke ophævet deres kontrakter og fik dermed ikke nye kontrakter ved genudbuddet. Klagenævnet har imidlertid erklæret disse tre gamle og fortsættende kontrakter for uden virkning fra og med 1.11.2020.

Konsekvensen heraf er, at de vognmænd, der ikke opfyldte kravene, fik ophævet deres kontrakter og fik nye kontrakter ved genudbuddet og kan fortsætte på disse til kontraktudløb. De gode vognmænd, der opfyldte dimensionskravene, har imidlertid mistet deres kontrakter med virkning fra 1.11.2020. (lære: *”de gode græd, og de onde lo”*).

Da de gode vognmænd har mistet deres kontrakter som følge af Trafikselskabernes ensidige retsstridige kontraktændringer, er Trafikselskaberne erstatningsansvarlige overfor disse vognmænd.

Som det fremgår af ovennævnte vil alle vognmænd under VG6 kontrakterne – både de der opfyldte kravene og de der ikke opfyldte kravene - i kraft af klagenævnets kendelse af 27.10.2020 have et grundlag for at rejse erstatningskrav mod Trafikselskaberne.

Det er ikke muligt på det foreliggende grundlag at vurdere størrelsen af de krav der forventes rejst, men et to cifret millionbeløb forekommer ikke urealistisk. Hermed ikke sagt, at de pågældende vognmænd vil få medhold i krav i denne størrelsesorden.

2. Vurdering af om klagenævnets kendelse kan forventes omgjort af domstolene

Klagenævnet statuerer, at alle kontrakterne blev ændret i august 2019, at ændringen var væsentlig og medførte, at der herefter forelå nye kontrakter, som ikke var udbudt. Indkøbet på de nye kontrakter var herefter direkte tildelinger og dermed en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne.

Det helt centrale i kendelsen er, om kontrakterne blev ændret. Her fastslår klagenævnet – uden hensyntagen til og i strid med dansk aftaleret – at Trafikselskaberne ensidigt har ændret, og dermed kunne ændre, kontrakterne med vognmændene jf. følgende:

”Trafikselskabernes aftaleretlige betragtninger om tilbud og accept af tilbud finder ikke anvendelse på en situation, hvor en ordregiver efter at have afholdt EU-udbud konstaterer, at et fastsat mindstekrav i en række indgåede kontrakter med løbende kørseltildelinger via Planetsystemet ikke overholdes af en eller flere leverandører, og derefter vælger at se bort fra kravet.”

Klagenævnets betragtning er, at blot den omstændighed, at Trafikselskaberne ikke fastholder et væsentligt krav, som man er bekendt med ikke overholdes, medfører en ændring af kontrakten.

Var situationen, at en ordregiver i en ikke udbudt kontrakt, mellem en ordregiver og en enkelt leverandør, efterfølgende undlod at håndhæve væsentlige krav i kontrakten og dermed lempede vilkårene for leverandøren, da ville man aftaleretligt nemt kunne nå frem til, at der mellem disse to parter stiltiende var indgået en ny og ændret kontrakt.



Her har leverandøren jo ikke noget at miste ved ændringen, tværtimod, og derfor stilles der kun meget beskedne krav til at accept foreligger.

Hvis der derimod var tale om en kontrakt, der havde været udbudt, da ville leverandørerne nok betakke sig for, at ordregiver stiltiende lempede kravene mod dem, hvis konsekvensen var, at kontrakterne dermed bortfald.

Videre må man sige, at i en situation, hvor ordregiveren har indgået ganske mange ensartede kontrakter, hvor kun nogle af kontraktparterne opfylder alle krav, da kan man efter min vurdering ikke kontraktsretligt nå frem til, at alle kontrakter er ændret, blot fordi ordregiver ikke håndhæver kravene overfor de kontraktparter, der ikke opfylder kravene.

De vognmænd, der opfylder alle krav, har et retskrav på at kunne fastholde kontrakten in natura – at begge parter opfylder aftalen som aftalt - og en ordregiver har ikke overfor disse nogen ret til at bringe kontrakterne til ophør før aftalt tid – ordregiver har ingen annullations ret.

Videre bemærkes, at i kontrakterne med de vognmænd, der ikke opfyldte kravene og hvor der købe-/obligationsretligt da forelå en mangel, var der aftalt en procedure for at gøre mangler gældende. Gennem denne procedure havde vognmændene i overensstemmelse med dansk rets almindelige køberetlige principper, en mulighed for at afhjælpe manglerne og dermed undgå ophævelse.

Denne procedure og dermed parternes aftale sættes helt ud af kraft med klagenævnets måde at fortolke udbudsretten på.

Det anførte viser, at klagenævnet fortolker udbudsretten (Forsyningsdirektivets art. 89) på en måde, som fortrænger dansk kontraktsret. Efter min vurdering er der ikke grundlag for en sådan fortolkning.

Artikel 89 vedrører ændring af kontrakter i disses løbetid. Bestemmelsen behandler de situationer, hvor man undtagelsesvis kan ændre kontrakter. Men bestemmelsen indeholder ikke noget om, hvorledes en ændring bringes i stand. Er en ændring baseret på en aftale mellem parterne eller kan ordregiver ensidigt ændre kontrakten.

Efter min vurdering er svaret det åbenlyse, at en ændring kun kan ske ved aftale og dermed kræver, at begge parter involveres. Hertil kan man tilføje, at når art. 89 ikke indeholder regler om, hvorledes en ændring bringes i stand, da skyldes det, at man ikke laver regler om det selvfølgelig.

Når klagenævnet finder, at en ordregiver ensidigt kan ændre en kontrakt, da træffer man en afgørelse der ikke ses at have den fornødne hjemmel i art. 89.²

² I Frogne sagen (EU-domstolen C-549/14) berørte man området, og et af anbringenderne var, at en fortolkning af udbudsretten, der gjorde indgreb i den danske obligationsret, ikke havde hjemmel i traktaterne. Spørgsmålet blev ikke afklaret under den tilknyttede sag for Højesteret, idet sagen blev forliget. I sagen T-Systems (EU-domstolen C-263/19)

Klagenævnets kendelse indebærer en kortslutning mellem udbudsretten og kontraktsretten. Denne kortslutning har civilretlige følger, der - venligt beskrevet - må betegnes som en nyskabelse i dansk ret.

Det er min vurdering, at en domstol med overvejende sandsynlighed vil ændre klagenævnets kendelse og statuere, at Trafikselskaberne ikke har ændret VG6 kontrakterne.

Det er min indstilling, at sagen indbringes for domstolene. Videre er det min anbefaling, at sagen søges anlagt ved landsretten som første instans.

Advokat Hans Henrik Banke

blev det i præmis 72 forudsætningsvist lagt til grund, at begge parter skal medvirke til at ændre en kontrakt. Se tilsvarende Jesper Fabricius, Offentlige Indkøb i praksis, 4. udg. side 865.

