

Højesterets dom af 4. juni 2013 i sag 103/2011, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S

Kort resumé

At en virksomhed tidligere havde ophævet en kontrakt med udbyderen og tabt en efterfølgende voldgiftssag om ophævelsen, var ikke en alvorlig fejl som omhandlet i udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og forholdet kunne derfor ikke begrunde, at virksomheden i medfør af denne bestemmelse blev afvist som tilbudsgiver ved et nyt udbud fra udbyderen. Henvist til EU-domstolens udtalelser om bestemmelsen i dom af 13. december 2012, Forposta, og til forskellige omstændigheder i sagen. Klagenævnets kendelse af 19. oktober 2009 opretholdt.

Kommentar

1) Både klagenævnet, landsretten og Højesteret kom til samme resultat, men med forskelligt formulerede begrundelser. Landsretten og Højesteret synes således ikke at have tilsluttet sig en udtalelse fra klagenævnet om, at en fejl efter en saglig, objektiv vurdering skal være af væsentlig betydning for den pågældende virksomheds egnethed som kontraktpart, for at fejlen skal anses for en alvorlig fejl som omhandlet i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. Under alle omstændigheder synes realiteten imidlertid at være følgende:

Om en virksomhed har begået en »alvorlig fejl« som omhandlet i udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, afhænger af en konkret vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde. Der skal tydeligvis meget til.

2) Sagen synes at berøre følgende problematik:

Hvad skal en udbyder gøre for at undgå en virksomhed som udbyderen kender i forvejen og har dårlige erfaringer med?

Et ønske herom kan utvivlsomt være sagligt nok, men synes vanskeligt at indpasse i udbudsreglerne. Anvendelse af udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er tydeligvis ikke en farbar vej. Det synes heller ikke muligt at opstille en selvstændig udelukkelsesgrund om spørgsmålet, da andre udelukkelsesgrunde end dem, der står i udbudsdirektivet, ikke må angå de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer. Dette er bl.a. udtalt i EU-domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, Forposta, som Højesteret henviste til i relation til artikel 45, stk. 2, litra d (link til Forposta-dommen med resumé/kommentar gennem venstre spalte på materiale-samlingens forside).

Emnet er også omtalt i kommentaren til Retten i Første Instans' dom af 12. december 2012 i sag T-457/07, Evropaiki Dynamiki mod EFSA (link sammesteds).

Resumé

Denne dom er domstolenes afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009.

Sagens omstændigheder var følgende:

Et fælleskommunalt affaldsselskab V indgik i 2005 på grundlag af et EU-udbud kontrakt med en virksomhed D om transport af containere til og fra en genbrugsstation. Efter at D havde udført opgaven i nogen tid, konstaterede D, at opgaven havde et større omfang, end hvad D havde regnet med, og i 2006 hævdede D kontrakten som følge deraf. Der blev derefter indgået en aftale mellem V og D om D's udførelse af opgaven mod merbetaling i en periode, indtil V havde gennemført et nyt udbud. V gennemførte det nye udbud i 2007 og indgik på grundlag af dette udbud en ny kontrakt med D om opgavens udførelse.

I henhold til en voldgiftsklausul i kontrakten fra 2005 rejste V i 2007 voldgiftssag mod D i anledning af D's ophævelse af denne kontrakt. V gjorde for voldgiftsretten gældende, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og påstod D tilpligtet at betale erstatning.

I 2009 iværksatte V et EU-udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende transport af containere til og fra en anden genbrugsstation. Før udløbet af tilbudsfristen traf voldgiftsretten afgørelse i voldgiftssagen vedrørende D's ophævelse af kontrakten fra 2005. Voldgiftsrettens afgørelse gav V medhold, idet voldgiftsretten konstaterede, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og voldgiftsretten pålagde D at betale erstatning til V.

Bl.a. D afgav tilbud under EU-udbuddet i 2009. Efter tilbuddenes modtagelse tilkendegav V imidlertid, at D's tilbud ikke ville blive taget i betragtning, da det var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. (Efter denne bestemmelse kan en økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig og bevisligt konstateret fejl, afvises som tilbudsgiver). V henviste herved til D's uberettigede ophævelse af kontrakten fra 2005.

D klagede derefter til Klagenævnet. V tilkendegav under sagen for Klagenævnet, at D ville blive afvist som tilbudsgiver vedrørende opgaver af den omhandlede karakter i op til 5 år fra voldgiftsrettens afgørelse. V tilkendegav videre, at ændringer i ejerkreds og ledelse for D ville kunne afkorte denne periode, men at nye alvorlige fejl eventuelt ville føre til forlængelse af perioden.

Klagenævnet henviste til ordlyden og placeringen af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og udtalte følgende (litreringen indsat til brug for resuméet): Reglen må forstås sådan, at en virksomhed alene kan afvises som tilbudsgiver, hvis 1) den fejl, der er tale om, vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv, 2) hvis fejlen er af en vis betydelig grovhed, og 3) hvis fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart.

Ud fra en samlet vurdering var det endvidere Klagenavnets vurdering, at D's uberettigede ophævelse af kontrakten ikke var en »alvorlig« fejl, og at der heller ikke var tale om en fejl, der efter en saglig, objektiv vurdering var af betydning for D's egnethed som kontraktpart. Klagenævnet henviste herved til forskellige omstændigheder, herunder baggrunden for den tvist, der førte til voldgiftssagen, og forløbet under tvisten, og til parternes øvrige generelt velfungerende samarbejde gennem en årrække m.m. Klagenævnet konstaterede herefter, at V ikke havde været berettiget til at afvise D som tilbudsgiver efter Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og D's klage blev således taget til følge.

V indbragte klagenavnets afgørelse for Østre Landsret med påstand om, at D skulle anerkende, at V havde været berettiget til at udelukke D i medfør af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. V gjorde under retssagen bl.a.

gældende, at klagenævnets udtalelse under punkt 3 er uden hjemmel og strider mod EU-retten, subsidiært, at D's uberettigede ophævelse af kontrakten fra 2005 var udtryk for en fejl, der havde væsentlig betydning for D's generelle egnethed som kontraktpart.

Landsretten frifandt D, da landsretten ligesom klagenævnet fandt, at V havde været uberettiget til at udelukke D i medfør af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. Landsrettens begrundelse herfor var følgende: D havde ikke på noget tidspunkt indstillet arbejdet med transport af containere. Henset hertil og til det EU-retlige proportionalitetsprincip var det ikke godtgjort, at D samlet set havde begået en sådan alvorlig fejl, at V med henvisning til de nævnte direktivbestemmelse kunne udelukke D fra at afgive tilbud.

V indbragte landsrettens dom for Højesteret, der afgjorde sagen ved dommen af 4. juni 2013.

Højesteret henviste til, at EU-domstolen i dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta, har fastlået følgende: Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv. Begrebet »alvorlig fejl« henviser i almindelighed til en adfærd hos virksomheden, som må karakteriseres som misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor. Afgørelsen af, om der foreligger en alvorlig fejl, beror på en konkret og individuel vurdering. (Der er link til Forposta-dommen med resumé/kommentar gennem venstre spalte på materialesamlingens forside).

Højesteret fandt videre, at den fejl, som D begik ved at ophæve kontrakten fra 2005, ikke kunne betegnes som en så alvorlig fejl, at den berettigede til udelukkelse fra fremtidige udbud. Højesteret lagde herved navnlig vægt på, at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at D fortsatte med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten.

Højesteret stadfæstede herefter landsrettens dom, og klagenævnets kendelse af 19. oktober 2009 blev således opretholdt.