

Aarhus 14. januar 2020

Tina Braad
Partner

T +45 72 27 33 21
tbr@bechbruun.com

Sagsnr. 017434-0038 tbr/dla
Dok.nr. 22653367.1

Notat

Dansk Halbyggeri A/S under konkurs – Udbudspligten ved indgåelse af kontrakt(er) til færdiggørelse af byggeri i forbindelse med konkurs

1. Indledning

I forbindelse med Dansk Halbyggeri A/S' konkurs har Viborg Kommune anmodet om en vurdering af, hvorvidt kommunen lovligt og uden afholdelse af udbud vil kunne overdrage kommunens kontrakt med Dansk Halbyggeri A/S vedrørende udvidelse af Tinghallen til én eller flere entreprenører, således at færdiggørelsen af Tinghallen forsinkes mindst muligt.

Om udvidelsen af Tinghallen er det desuden oplyst, at totalentreprisensummen lød på 62 mio. kr., og at byggeriet er ca. 80% færdigt.

Den oprindelige totalentreprisekontrakt har således en værdi, der er omfattet af EU-udbudsreglerne, mens restværdien er under tærskelværdien for udbudspligtige bygge- og anlægsarbejder på 39.884.785 kr. ekskl. moms.

Overdragelsen af totalentreprisen til en ny entreprenør vil derfor skulle vurderes efter EU-udbudsreglerne, såfremt overdragelsen kan karakteriseres som en ikke udbudspligtig ændring af Viborg Kommunes aftale med Dansk Halbyggeri A/S.

I det omfang en sådan overdragelse ikke kan rummes inden for den ændringsadgang, der er efter udbudsdirektivet, vil overdragelsens lovlighed som følge af værdien af restarbejdet skulle vurderes i henhold til reglerne i tilbudsloven.

Endelig kan det - afhængig af hvilken model Viborg Kommune vælger - være nødvendigt at antage en teknisk rådgiver til at bistå kommunen i forbindelse med færdiggørelse af totalentreprisen. En sådan kontrakt vil skulle vurderes i henhold til udbudspligten efter udbudslovens regler, i det omfang kontraktsummen er på 1.595.391 kr. ekskl. eller derover. Er kontraktsummen under dette beløb, vil kontrakten skulle vurderes i medfør af reglerne i udbudslovens afsnit V (§ 193) med den konsekvens, at Viborg Kommune alene skal

kunne dokumentere, at aftalen er indgået på markedslignende vilkår. Sidstnævnte tilfælde omtales derfor ikke yderligere i nærværende notat.

Notatet indeholder i punkt 2 en sammenfatning, som er baseret på vurderingen i notatets punkt 3 og punkt 4.

Notatet indeholder således i punkt 3 en beskrivelse af muligheden for at overdrage kontrakten til en anden entreprenør henholdsvis mulighederne for at vælge en rådgiver uden gennemførelse af et forudgående udbud i medfør af reglerne i udbudsloven.

Notatet indeholder desuden i punkt 4 en beskrivelse af muligheden for at overdrage kontrakten til én eller flere entreprenører med hjemmel i tilbudslovens regler.

2. Sammenfatning

Det er som nærmere redegjort for i notatets punkt 3.1 vurderingen, at Viborg Kommune i medfør af bestemmelsen i udbudslovens § 182 - og dermed uden gennemførelse af et forudgående EU-udbud - vil være berettiget til at indgå en totalentreprise med en ny totalentreprenør om færdiggørelse af Dansk Halbyggeri A/S' totalentreprise omfattende udvidelsen af Tinghallen.

Det er yderligere vurderingen, at Viborg Kommune i den forbindelse vil være berettiget til at foretage de ændringer af den oprindelige kontrakt, der er nødvendige, for at få en ny totalentreprenør til at påtage sig totalentreprisen, jf. udbudslovens § 183.

Det er derimod ikke vurderingen, at Viborg Kommune i medfør af udbudslovens § 182 - og således uden gennemførelse af et forudgående EU-udbud - er berettiget til at indtræde i Dansk Halbyggeri A/S' aftaler med Dansk Halbyggeri A/S' underentreprenører.

En sådan ændring af Viborg Kommunes totalentrepriseaftale med Dansk Halbyggeri A/S kan således ikke rummes inden for ændringsadgangen i udbudslovens § 183 og dermed heller ikke inden for adgangen til at lade en ny entreprenør indtræde i kontrakten efter udbudslovens § 182.

Det er derudover som nærmere redegjort for i notatets punkt 3.2 vurderingen, at Viborg Kommune i medfør af bestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 5 efter omstændighederne vil være berettiget til at indgå en rådgivningsaftale med en teknisk rådgiver om bistand til færdiggørelse af byggeriet efter reglerne om udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.

Denne vurdering er som følge af manglende praksis på området dog behæftet med en vis usikkerhed, hvorfor det også anbefales, at der inden indgåelse af en sådan EU-udbudspligtig aftale offentliggøres en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende.

Det er endelig som nærmere redegjort for i notatets punkt 4 vurderingen, at Viborg Kommune vil være berettiget til at indgå de for færdiggørelsen af Dansk Halbyggeri A/S' totalentreprise nødvendige entrepriseaftaler i medfør af bestemmelserne i tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 og § 12, stk. 3, nr. 5.

Disse bestemmelser indebærer, at de for indgåelsen af sådanne aftaler nødvendige tilbud kan indhentes som underhåndsbud, og således at det er vurderingen, at Viborg Kommune i den forbindelse kan nøjes med at indhente ét underhåndsbud, i det omfang aftalerne indgås ved overtagelse af Dansk Halbyggeri A/S' underentreprenører. Vælger Viborg Kommune omvendt at indgå aftaler med entreprenører, som ikke er tilknyttet det nu konkursramte byggeri, bør Viborg Kommune om muligt indhente minimum to underhåndsbud for det pågældende arbejde.

3. Overdragelse af eller indgåelse af en kontrakt med hjemmel i udbudslovens afsnit II

3.1 Overdragelse af en kontrakt med hjemmel i udbudslovens § 182

Indtil udbudsloven (og det seneste udbudsdirektiv) har det været uafklaret, i hvilket omfang og under hvilke omstændigheder et leverandørskifte ved en eksisterende leverandørs konkurs skulle gennemføres uden afholdelse af forudgående udbud.

Der synes dog at være enighed i litteraturen om at følge den praksis, der har været anvendt ved de administrative tjenestegrene i Europa-Kommissionen, således at en konkursramt leverandør kunne udskiftes med en ny leverandør, såfremt i) de oprindelige kontraktvilkår forblev uændret eller i det væsentlige uændret og vilkårene ikke blev genforhandlet, ii) den nye leverandør levede op til de oprindelige kvalifikationskrav og iii) der ikke var tegn på omgåelse af udbudsreglerne.

Udbudsdirektivet har tilsyneladende kodificeret denne praksis. Det følger således nu eksplicit af udbudsdirektivet og udbudsloven, at der kan ske leverandørskifte i forbindelse med en eksisterende leverandørs konkurs, såfremt de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og leverandørskiftet ikke medfører andre væsentlige ændringer og ikke har til formål at omgå udbudsloven.

Udbudsdirektivet indeholder således i artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra d følgende bestemmelse:

"Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne direktiv i følgende tilfælde:

...

d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten som følge af enten:

...

- ii) en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, **der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse**, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller **insolvens**, såfremt dette **ikke** medfører andre **væsentlige ændringer af kontrakten** og ikke har til formål at omgå anvendelsen af dette direktiv..." (mine fremhævelser)

Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra g er implementeret i udbudslovens § 182, der indeholder følgende bestemmelse:

"Udskiftning af den oprindelige leverandør anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af

...

- 2) **hel eller delvis indtrædelse** i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller **insolvens**, når de oprindelige kriterier for **kvalitativ udvælgelse opfyldes**, og når udskiftningen **ikke** medfører andre **grundlæggende ændringer** af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov." (mine fremhævelser)

Lovbemærkningerne til udbudslovens § 182 indeholder desuden følgende betragtninger vedrørende overdragelse af en kontrakt i forbindelse med en eksisterende leverandørs konkurs:

*"Det er efter bestemmelsens stk. 1, nr. 2, muligt for den vindende tilbudsgiver at foretage visse omstruktureringer i løbet af den offentlige kontrakt uden gennemførelse af en fornyet udbudsprocedure, jf. direktivets betragtning 110. Sådanne omstruktureringer kan f.eks. omfatte interne omstruktureringer, overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens. **Ordregiveren kan således acceptere, at en virksomhed, der er part i en offentlig kontrakt, og som kommer under konkursbehandling fordi den er insolvent, kan overdrage kontrakten til tredjemand**, såfremt de oprindelige kriterier for egnethedsvurderingen, jf. § 140 opfyldes af den nye leverandør, og såfremt det ikke medfører andre ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af loven, jf. § 2, stk. 2. **Med ændringer af grundlæggende elementer menes der ændringer, der lever op til betingelserne i § 178, og som ikke kan henføres til §§ 179-183.** Bestemmelsen skal således forstås i sammenhæng med de øvrige undtagelsesmuligheder i §§ 179-183." (mine fremhævelser)*

Det var forud for det nye udbudsdirektiv og udbudsloven uafklaret, om overdragelse i forbindelse med en konkurs kun kunne ske med konkursboets medvirken, eller om ordregiver kunne overdrage kontrakten uden boets mellemkomst.

Hverken udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra d eller udbudslovens § 182 tager udtrykkelig stilling hertil, men lovforarbejderne synes at forudsætte, at overdragelsen sker med konkursboets mellemkomst, jf. at lov-
bemærkninger forudsætter, at det er den konkursramte virksomhed, som overdrager kontrakten til tredjemand.

Det er imidlertid min vurdering, at en ordlydsfortolkning af såvel udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra d, som udbudslovens § 182 tilsiger, at en overdragelse af en eksisterende leverandørs kontrakt i forbindelse med en konkurs til en ny leverandør kan ske såvel med som uden boets mellemkomst.

Udbudsdirektivet taler således om, at *"en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindelig havde tildelt kontrakten som følge af ... insolvens"*. Tilsvarende regulerer udbudslovens § 182 *"udskiftning af den oprindelige leverandør ... som følge af ... hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs ... insolvens"*.

I lyset af ordlyden af såvel udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra d som udbudslovens § 182, er det således min vurdering, at lovbemærkninger ikke kan tages til indtægt for, at overdragelse af en kontrakt i forbindelse med den oprindelige leverandørs konkurs kun kan ske med boets mellemkomst, og at ordregiver således – i tilfælde af den oprindelige leverandørs konkurs – er berettiget til at overdrage kontrakten til en ny leverandør, uden konkursboets mellemkomst.

En sådan fortolkning understøttes i øvrigt af, at konkursboet i tilfælde af en konkurs udelukkende ønsker at "indtræde" i kontrakten, såfremt ordregiver accepterer, at krav, der udspringer af kontrakten, har status som simple krav efter konkursloves § 97, og at konkursboets "indtræden" i kontrakten, således udelukkende har til formål at videreoverdrage kontrakten til tredjemand. Der er med andre ord ikke realitet i konkursboets indtræden i kontrakten, da konkursboet ikke – som konkursboet ellers gør, når konkursboet indtræder i kontrakter – hæfter for kontraktens opfyldelse.

Sammenfattende er det derfor min vurdering, at Viborg Kommune er berettiget til at overdrage totalentreprisekontrakten til en anden entreprenør, under forudsætning af, at "den overtagne entreprenør" opfylder de oprindelige udvælgelseskriterier, og at der ikke i forbindelse med en sådan overdragelse sker (andre) grundlæggende ændringer af kontrakten.

Det er yderligere min vurdering, at en sådan overdragelse til en ny entreprenør kan ske såvel med som uden konkursboets mellemkomst.

I det omfang en overdragelse af kontrakten til en ny entreprenør indebærer ændringer i kontraktens vilkår, skal der således foretages en vurdering af, hvorvidt de pågældende ændringer er grundlæggende eller ej.

I den forbindelse er særligt ændringsadgangen efter udbudslovens § 183 relevant.

Udbudslovens § 183 giver mulighed for at foretage ændringer i en offentlig kontrakt, i det omfang ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for de pågældende ændringer – i dette tilfælde behovet for at foretage ændringer i kontrakten i forbindelse med overdragelse af kontrakten til en ny entreprenør.

Udbudslovens § 183 lyder som følger:

"Ændringer af en kontrakt anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,*
- 2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres, og*

3) *værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt."*

En udvidelse af en kontrakt vurderes som udgangspunkt ikke at ændre kontraktens overordnede karakter, forudsat at kontrakten videreføres på uændrede vilkår, eller i hvert fald på vilkår, der ikke forrykker den økonomiske balance til fordel for leverandøren. Det er tilsvarende objektivt konstaterbart, om værdien af ændringen overstiger den oprindelige kontraktværdi med mere end 50 pct., hvilket forudsættes ikke at være tilfældet, henset til at byggeriet er 80% færdiggjort.

Det lægges således i det følgende til grund, at betingelse nr. 2 og 3 i henhold til udbudslovens § 183 er opfyldt.

I forhold til betingelse nr. 1 om at behovet for ændringen skal være uforudset, er det ikke nærmere defineret i loven, hvad der ligger i denne betingelse.

De ellers meget kortfattede lovbemærkninger til udbudslovens § 183 indeholder imidlertid følgende betragtninger omkring dette forhold:

"I henhold til bestemmelsens nr. 1 er det en betingelse, at ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for ændringen, hvilket indebærer, at den eller de begivenheder, der har medført behovet for at foretage ændringer ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiveren. Ved vurdering heraf skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud."

Disse bemærkninger i forarbejderne giver indtryk af, at begrebet "uforudsete forhold" er en fleksibel størrelse, der afhænger af den konkrete kontrakt og omstændighederne i forbindelse med indgåelsen af denne.

Der er dog efter min vurdering ikke tvivl om, at en konkurs som altovervejende hovedregel må betragtes som et uforudset forhold.

Det er dog samtidig et krav, at det uforudsete forhold skaber et egentligt "behov" hos ordregiver, i dette tilfælde Viborg Kommune.

Lovbemærkningerne indeholder ikke støtte i forhold til fortolkningen af begrebet ordregivers "behov", der således principielt kan strække sig ganske bredt fra ændringer, der er deciderede nødvendige for kontraktens gennemførelse, til ændringer, der nærmere dækker ønsker hos ordregiver. Henset til at bestemmelser, der begrænser ordregivers udbudspligt, efter fast praksis fra såvel EU-Domstolen som Klagenævnet for Udbud skal fortolkes indskrænkende, må det dog forventes, at der ligger et krav om en vis tyngde i ordregivers behov, for at betingelserne i udbudslovens § 183 kan anses for opfyldt. Det forhold, at ordregivers behov undergår en naturlig ændring i aftaleperioden, vil således efter alt at dømme ikke være tilstrækkelig til at opfylde bestemmelsens betingelser, men behovet for ændringen må derimod være en direkte følge af det uforudsete forhold.

Sammenfattende er derfor min vurdering, at Viborg Kommune i tilfælde af overdragelse af kontrakten til en ny totalentreprenør kan foretage de ændringer af kontrakten, der er nødvendige, for at få en ny totalentreprenør til at færdiggøre byggeriet.

Det er derimod ikke min vurdering, at der er hjemmel i udbudslovens § 182 sammenholdt lovens § 183 til at overdrage kontrakten til en række fagentreprenører, herunder indtræde i konkursboets aftaler med de nuværende underentreprenører.

En sådan indtræden vil således indebære, at kontraktens overordnede karakter ændres fra en totalentreprisekontrakt til en række fag-/storentrepriseaftaler og dermed at betingelse nr. 2 i udbudslovens § 183 ikke er opfyldt.

Endelig bemærkes, at i det omfang, der i forbindelse med indgåelse af en ny totalentreprisekontrakt foretages ændringer i kontrakten i medfør af udbudslovens § 183, skal der indrykkes en bekendtgørelse om disse ændringer i EU-Tidende, jf. udbudslovens § 181.

3.2 Indgåelse af en kontrakt med hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 5

I det omfang en ny kontrakt ikke kan indgås inden for rammerne af udbudslovens § 182 sammenholdt lovens § 183, jf. ovenfor i punkt 3.1 anførte, eksempelvis som følge af, at Viborg Kommune ønsker at erstatte totalentreprisekontrakten af en række fagentrepriser, vil udbudspligten for kontrakterne skulle vurderes efter regler i tilbudsloven, da restentreprisesummen – som anført indledningsvis – ikke overstiger tærskelværdien for EU-udbudspligtige bygge- og anlægsarbejder.

Muligheden for at indgå en kontrakt gennem et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5 kan dog være relevant, såfremt Viborg Kommune i forbindelse med færdiggørelsen af entreprisen har behov for at indgå en teknisk rådgivningsaftale og værdien af en sådan aftale overstiger værdien for EU-udbudspligtige tjenesteydelser på 1.595.391 kr. ekskl. moms.

Udbudslovens § 80, stk. 5 indeholder følgende bestemmelse:

"En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling."

Udbudslovens § 80, stk. 5 implementerer udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra c og skal i al væsentlighed fortolkes i overensstemmelse med artikel 31, stk. 1, litra c i det tidligere udbudsdirektiv. Litteratur, rets- og klagenævnspraksis om disse bestemmelser kan derfor fortsat være relevante.

Vedrørende anvendelsesområdet for udbudslovens § 80, stk. 5 indeholder lovbemærkningerne til udbudsloven følgende kortfattede betragtninger:

"Bestemmelsen i stk. 5 fastslår, at en ordregiver også kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. Tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregiver, der gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed. Ved vurdering af, om der er tale om strengt nødvendigt omfang, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes. Betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. De omstændigheder der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives ordregiveren.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler."

Som det fremgår ovenfor, kan udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5 anvendes, når følgende 3 kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) Der skal foreligge en uforudseelig begivenhed.
- 2) Der skal foreligge en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke giver mulighed for at overholde de frister, som gælder for andre former for udbudsprocedurer.
- 3) Der skal være årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende omstændighed.

Ad 1 – Uforudseelig begivenhed

Kravet om uforudseelighed må på baggrund af retspraksis samt litteraturen forstås således, at det afgørende er, om ordregiver på et tidligere tidspunkt burde have forudset begivenheden, og at denne ville nødvendiggøre visse tiltag.

Afgørende er således, om begivenhedens indtræden ud fra en objektiv vurdering har fremtrådt som så usandsynlig, at ordregiver ikke burde have taget højde for begivenheden og dens følger på et tidligere tidspunkt, og dermed ved planlægningen af anskaffelsen.

Der synes i teorien at være bred enighed om, at en konkurs er en uforudseelig begivenhed, som efter omstændighederne kan berettige anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5.

Ad 2 – Uopsættelighed af tvingende karakter

Afgørende for, om der foreligger uopsættelighed af tvingende karakter, er, om arten og omfanget af den skade, som ellers kan indtræde, er så generelt væsentlig, at dette kan berettige en tilsidesættelse af hensynet til det indre marked og åbningen af adgangen til offentlige kontrakter, som ligger bag udbudsdirektivets offentliggørelseskrav. Hensynet til ordregivers økonomi vil ofte ikke være tilstrækkeligt.

Dog synes tilfælde, hvor en ordregiver kan opnå en ikke ubetydelig besparelse ved at undlade at gennemføre et udbud i visse tilfælde at kunne begrunde gennemførelsen af et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. den tilsvarende undtagelse i udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 4, hvorefter fordelagtige lejlighedskøb af varer fra konkursboer mv. kan foretages som et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Hermed må i øvrigt sidestilles muligheden for at undgå et samfundsmæssigt værdispild.

Formålet med at åbne markedet for offentlige kontrakter er således at opnå en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter og dermed give tilbudsgivere i de forskellige medlemslande lige muligheder i forhold til sådanne kontrakter. I dette formål ligger ligeledes implicit et ønske om, at de offentlige myndigheder indkøber deres ydelser til den bedst opnåelige pris.

I lyset heraf kan der føres vægtige argumenter for, at hensynet til at undgå et samfundsmæssigt værdispild, herunder påføre ordregiver nødvendige omkostninger i de situationer, hvor der er tale om et uforudset forhold, som en konkurs der ikke kan henføres til ordregivers forhold, kan betragtes som en uopsættelighed af tvingende karakter, der berettiger anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5.

Af betingelsen om uopsættelighed og navnlig at undtagelsen kun kan anvendes i strengt nødvendigt omfang følger tillige et krav om proportionalitet. Dette krav om proportionalitet blev i forhold til tidligere bestemmelser om udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse fortolket af Konkurrencestyrelsen således, at indgåelse af en kontrakt i forlængelse af en konkurs, kun kan ske for en sådan periode, som er nødvendig for tilrettelæggelse og gennemførelse af et nyt udbud, typisk maksimalt 1 år.

Der synes dog ligeledes i teorien at være enighed om, at ved enkeltanskaffelser som f.eks. bygge- og anlægsarbejder må den samme kontraktpart kunne fastholdes indtil arbejdets færdiggørelse, også selv om arbejdets færdiggørelse strækker sig over en længere periode end den periode, der er nødvendig for tilrettelæggelsen og gennemførelsen af et nyt udbud.

Det synes således rimeligt at modificere et krav om streng nødvendighed ud fra de ulemper, som et skift af medkontrahent ved et konkret byggeri vil påføre ordregiveren i forhold til økonomi, tid, ansvarsforhold mv.

I kravet om uopsættelighed og det deraf følgende proportionalitetsprincip ligger muligvis også et krav om, at kontraktens vilkår ikke må være mere vidtgående end nødvendigt som følge af den indtrådte uforudsigelige begivenhed, i dette tilfælde konkursen.

Ad 3 – Den tvingende uopsættelighed skal være en følge af den uforudseelige begivenhed

Dette krav indebærer, at den uforudseelige begivenhed i sig selv skal være tilstrækkelig og afgørende som den faktor, der fremkalder den tvingende og uopsættelige grund. I tilfælde af en konkurs er der ingen tvivl

om, at det er konkursen, der fremkalder behovet for at overdrage kontrakten. Sidstnævnte betingelse vil således ligeledes være opfyldt i konkurssituationen.

-oo0oo-

Sammenfattende kan der således anføres vægtige argumenter for, at en rådgivningskontrakt - som er nødvendig for færdiggørelsen af et byggeri, efter at en totalentreprenør er gået konkurs - vil kunne tildeles en rådgiver gennem gennemførelse af et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 80, stk. 5.

Denne vurdering er dog behæftet med den usikkerhed, der følger af, at der ikke foreligger praksis på området.

3.3 Muligheden for at indrykke en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende

Som anført ovenfor under punkt 3.1 og punkt 3.2 er anvendelsesområdet for såvel udbudslovens § 182 og § 183 som udbudslovens § 80, stk. 5 som følge af manglende praksis på området behæftet med den deraf følgende uundgåelige usikkerhed.

I de tilfælde, hvor den nye kontrakt i sig selv har en værdi, der overstiger tærskelværdien, følger der af denne risiko en tilsvarende risiko for, at kontrakten kan erklæres for uden virkning.

Da entreprisensummen for færdiggørelse af totalentreprisen ifølge det oplyste ikke overstrider tærskelværdien for EU-udbudspligtige bygge- og anlægsarbejder, er denne risiko ikke til stede for entreprisarbejdernes vedkommende.

Såfremt Viborg Kommune som led i færdiggørelse af entreprisen derimod får behov for – i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5 – at indgå en rådgivningsaftale og denne rådgivningsaftale har en kontraktsum, som overstiger tærskelværdien for EU-udbudspligtige tjenesteydelser, er det min anbefaling, at der indrykkes en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende forud for indgåelsen af aftalen med den pågældende rådgiver.

4. Indgåelse af nye aftaler med hjemmel i tilbudslovens regler

I det omfang aftaler med entreprenører til færdiggørelsen af udvidelsen af Tinghallen ikke kan rummes inden for ændringsadgangen efter udbudslovens § 182, herunder hvis Viborg Kommune påtænker at indgå en række fag-/storentrepriseraftaler til erstatning for den tidligere udbudte og indgåede totalentreprisekontrakt, vil lovligheden af disse aftaler skulle vurderes efter bestemmelserne i tilbudsloven, da restentreprisensummen ikke overstiger tærskelværdien for udbudspligtige bygge- og anlægsarbejder på 39.884.785 kr. ekskl. moms.

Tilbudslovens udbudsformer er en smule anderledes end udbudsformerne efter udbudsloven. Blandt andet regulerer tilbudsloven ikke adgangen til at gennemføre et udbud med forhandling.

Tilbudsloven indeholder derimod en adgang for bygherrer til at indhente underhåndsbud i særlige tilfælde. Denne adgang til at anvende underhåndsbud i særlige tilfælde gælder også for kommunale bygherrer som Viborg Kommune, også selv hvor værdien af bygge- og anlægsarbejdet er på mere end 3 mio. kr.

I forhold til færdiggørelsen af Tinghallen er særligt bestemmelserne i tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 og nr. 5 relevante.

Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 indeholder således følgende bestemmelse:

"bygge- og anlægsarbejdets omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag såsom visse forsøgs-, forsknings- og udviklingsarbejder eller restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder eller arbejdet af tvingende sikkerhedsmæssige grunde ikke kan udsættes"

Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 5 indeholder desuden følgende bestemmelse:

"bygge- og anlægsarbejdet supplerer et arbejde, der har været udbudt i licitation, og arbejdet på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendigt for fuldførelse af det udbudte arbejde og ordren tildeles den virksomhed, der udfører det oprindelige arbejde, medmindre udbyderen kan påvise særlige forhold, der begrundes, at udbyderen kan lade andre udføre arbejdet."

Anvendelsesområdet for tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 og nr. 5 er kun meget sparsomt belyst i litteratur og praksis, og der er mig bekendt ikke praksis, som tager stilling til muligheden for at anvende tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 eller nr. 5 i forbindelse med en konkurs.

Særligt tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 2 har dog betydelige ligheder med såvel udbudslovens § 183 som udbudslovens § 80, stk. 5, omtalt ovenfor under henholdsvis punkt 3.1 og punkt 3.2, og kan derfor efter min opfattelse tilsvarende anvendes, når der skal findes én eller flere nye entreprenører i fortsættelse af, at en tidligere entreprenør er gået konkurs.

Tilsvarende kan det i forhold til tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 5 med væsentlig styrke fremhæves, at de nye aftaler netop har til formål at færdiggøre den nu konkursramte entreprenørs byggeri, og at den pågældende entreprenørs konkurs (og det forhold, at konkursboet ikke ønsker at indtræde i aftalen), udgør et sådant særligt forhold, at bygherren – i dette Viborg Kommune – er berettiget til at lade andre entreprenører færdiggøre arbejdet og således indgå en aftale med de nye entreprenører i medfør af bestemmelsen i tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 5.

Udgangspunktet efter tilbudsloven er, at når der indhentes underhåndsbud skal bygherren indhente mindst 2 underhåndsbud, jf. lovens § 12, stk. 4.

Uanset at forpligtelsen til at indhente to underhåndsbud i medfør af tilbudslovens § 12, stk. 4 fremstår som værende uden undtagelser, når værdien af bygge- og anlægsarbejdet overstiger 300.000 kr., følger det dog samtidig af eksemplerne i tilbudslovens § 12, stk. 3, at der er tilfælde, hvor der ud fra forholdets natur ikke kan – og derfor heller ikke skal – indhentes mere end ét underhåndsbud.

I henhold til lovens § 12, stk. 3, nr. 4, kan der således indhentes underhåndsbud, når der kun er én bestemt virksomhed, der kan udføre arbejdet, ligesom lovens § 12, stk. 3, nr. 5 – som anført ovenfor – giver mulighed for at tildele supplerende arbejde til den virksomhed, der udførte det oprindelige bygge- og anlægsarbejde.

Det er i den forbindelse min opfattelse, at det ud fra tilsvarende betragtninger vil være lovligt at tildele kontrakten uden indhentning af yderligere underhåndsbud til den nu konkursramte totalentreprenørs underentreprenør. Vælger Viborg Kommune omvendt at indgå aftaler med entreprenører, som ikke er tilknyttet det nu konkursramte byggeri, bør Viborg Kommune - i det omfang det er muligt - indhente minimum to underhåndsbud for det pågældende arbejde.

Endelig bemærkes, at såfremt det mod min vurdering ikke i tilfælde af en konkurs måtte være lovligt at indgå nye aftaler efter indhentning af underhåndsbud i medfør af reglerne i tilbudslovens § 12, stk. 3, vil en sådan utilsigtet tilsidesættelse af tilbudslovens regler ikke have indflydelse på lovligheden af de indgåede aftaler.

Aarhus, den 14. januar 2020

Tina Braad