

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 4. juni 2013

Sag 103/2011

(1. afdeling)

I/S Vestforbrænding

(advokat Henning Biil)

mod

DSV Transport A/S

(advokat René Offersen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 9. afdeling den 22. marts 2011.

I pådømmelsen har deltaget syv dommere: Lene Pagter Kristensen, Poul Søgaard, Poul Dahl Jensen, Henrik Waaben, Michael Rekling, Lars Hjortnæs og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, I/S Vestforbrænding, har gentaget sine påstande.

Indstævnte, DSV Transport A/S, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Vestforbrændings advokat anførte i et brev af 20. juni 2006 til DSV Transports advokat bl.a.:

”Afslutningsvis skal det for en god ordens skyld bemærkes, at I/S Vestforbrænding forbeholder sig retten til at gøre et erstatningskrav gældende, såfremt DSV Transport A/S ikke til fulde opfylder sine forpligtelser efter de indgåede kontrakter.

Endvidere bemærkes det, at kontrakterne for Gentofte og Gladsaxe i I/S Vestforbrændings optik hænger sammen. Såfremt DSV Transport A/S misligholder den ene kontrakt, vil den anden kontrakt også blive opsagt. Misligholdelsen vil blive betragtet som en alvorlig fejl, hvorefter I/S Vestforbrænding ifølge udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, kan udelukke DSV Transport A/S fra alle fremtidige udbud, ligesom I/S Vest-

forbrænding naturligvis vil kunne dele sine erfaringer med andre potentielle ordregivere.”

DSV Transports advokat anførte i et brev af 30. juni 2006 til Vestforbrændings advokat bl.a.:

”2. STATUS VEDRØRENDE DEN KONTRAKTMÆSSIGE SITUATION

...

Min klient er indstillet på at afvente erfaringstallene vedrørende mængder m.v. og resultatet af tidsstudier for de enkelte lastbiler i yderligere nogle få uger (indtil både maj og juni-tallene foreligger) med henblik på fortsatte forligsdrøftelser med Dem og Deres klient.

Udvikler den trafikale situation sig imidlertid som forventet når broen nedrives, og fortsætter den voldsomme vækst i mængderne, agter jeg på vegne min klient at afgive et nyt, definitivt påkrav [om at Vestforbrænding skal opsige aftalen som følge af væsentligt ændrede forudsætninger]. Såfremt dette ikke fører til et tilfredsstillende resultat, må jeg på vegne min klient forbeholde mig at suspendere aftalen/standse arbejdet eller alternativt ophæve kontrakten som misligholdt.

...

6. TAVSHEDSPLIGT

I Deres brev af 20. ds. ... anfører De bl.a., at: ”... ligesom I/S Vestforbrænding naturligvis vil kunne dele sine erfaringer med andre potentielle ordregivere”.

Jeg må opfatte bemærkningen som en usaglig trussel mod min klient. Jeg ser mig derfor nødsaget til at indskærpe tavsplichtbestemmelserne i kontraktsgrundlaget samt Markedsføringslovens forbud mod misrekommandering.

7. DET VIDERE FORLØB

Den nuværende situation er som tidligere nævnt helt uholdbar for min klient, der sætter store beløb til måned for måned.

Sagen skal derfor løses indenfor en overskuelig tidshorisont på nogle få uger ...

Min klient har meddelt, at Deres klients forligsforslag er helt utilstrækkeligt. Deres klient må derfor tilnærme sig min klients forligsforslag eller alternativt acceptere den uholdbare situation, opsige aftalen og udbyde opgaven på ny, denne gang med retvisende udbudsoplysninger.”

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet supplerende forklaring af Marcus Müller og Lars Kristoffersen.

Marcus Müller har supplerende forklaret bl.a., at Vestforbrænding i 2005 – efter tildelingsbeslutningen men før kontraktunderskrivelsen – afholdt et kontraktmøde med DSV Transport. En af hans medarbejdere, Brit Schiøt-Nielsen, deltog og fortalte ham senere, at DSV Transport ikke havde sat sig ind i udbudsmaterialet og ikke var klar over, hvornår genbrugsstationen var åben. DSV Transport havde således forudsat, at man kunne komme på genbrugsstationen i Gentofte en time tidligere om morgenen, end det fremgik af udbudsmaterialet. Miljøgodkendelsen på genbrugsstationen tillod imidlertid ikke en tidligere åbningstid end kl. 7 om morgenen. Det gav ham anledning til bekymring, at DSV Transport ikke havde sat sig ind i de lokale forhold. Da der var tale om et offentligt udbud, kunne Vestforbrænding imidlertid ikke rigtig gøre noget ved dette.

Han opfattede brevet af 30. juni 2006 fra DSV Transports advokat som en reel trussel om, at DSV Transport ville stoppe med arbejdet på genbrugsstationen i Gentofte, idet det i brevet var nævnt, at man forbeholdt sig at suspendere aftalen i form af at standse arbejdet eller alternativt at ophæve kontrakten som misligholdt. Ved brev af 28. august 2006 skrev DSV Transports advokat, at Vestforbrænding måtte imødesee, at DSV Transport ville ophæve aftalen. DSV Transport havde ikke tilkendegivet, at man ville køre videre med aftalen, selv om man ophævede aftalen. Vestforbrænding tog situationen meget alvorligt.

I forlængelse af Vestforbrændings advokats brev af 21. august 2006 fik Vestforbrænding ikke nogen egentlig bekræftelse fra DSV Transport om, at virksomheden ville fortsætte med at køre efter den 1. september 2006, men Vestforbrænding fik heller ikke den modsatte oplysning. DSV Transport har aldrig afslået at ville afholde møder eller forhandle om dette. Vestforbrænding kendte imidlertid ikke DSV Transports betingelser for virksomhedens eventuelle fortsatte kørsel for genbrugsstationen. Vestforbrænding var i en meget svag forhandlingsposition, hvis DSV Transport valgte at ophæve kontrakten, og det viste sig da også senere, at DSV Transport i interimaftalen fik det, som man ønskede sig.

Ved brev af 31. august 2006 svarede Vestforbrændings advokat, at man ønskede klarhed over, hvad der skulle ske, hvis DSV valgte at ophæve aftalen. Derfor ønskede Vestforbrænding, at der blev afholdt et møde. Vestforbrænding var meget bekymret over situationen.

Ved brev af 1. september 2006 ophævede DSV Transports advokat kontrakten. Vestforbrænding havde nu ikke længere nogen aftale med DSV Transport om afhentning af affald fra Gentofte Genbrugsstation efter denne dato. DSV Transport havde ikke tilkendegivet, at man ville fortsætte med at køre, selv om man ikke kunne blive enige om ændrede betingelser for den fortsatte kørsel.

Vestforbrænding havde ikke nogen ”plan B”. Genbrugsstationen i Gentofte var så stor, at man ikke bare kunne hive en anden transportør ind til at foretage kørslerne. Genbrugsstationen var også for stor til, at man blot kunne henvise brugerne til andre genbrugsstationer. Samtidig var Vestforbrænding betænkelig ved, om de øvrige transportører fra de andre genbrugspladser kunne finde på at opsigte deres kontrakter, idet der jo var tale om standardkontrakter. I så fald ville problemet være mangedoblet. Personligt var han nervøs for, om situationen ville kunne koste ham jobbet, idet han kun havde kort anciennitet, og idet sagen kunne udvikle sig til et voldsomt servicesvigt over for kommunen.

Vestforbrænding fulgte situationen dag for dag efter den 1. september 2006 og undersøgte, om DSV Transport foretog kørslerne. Han orienterede i disse dage sin direktion tæt. Frem til den 8. september var der ingen løfter fra DSV Transport om, at virksomheden ville fortsætte kørslerne. Han var glad for hver dag at kunne konstatere, at DSV Transport udførte arbejdet. Den 25. september 2006 blev der indgået en interimaftale. Det var Vestforbrænding, der havde taget initiativ hertil. DSV Transport fortsatte rent faktisk med at køre uafbrudt for genbrugsstationen i Gentofte i hele perioden.

Lars Kristoffersen har supplerende forklaret bl.a., at DSV Transport aldrig truede Vestforbrænding med at ophøre med at køre. Det er hans oplevelse, at der var en forståelse mellem parterne om, at DSV Transport skulle fortsætte med at køre, indtil der var fundet en ny kontraktpartner. DSV Transport har i øvrigt aldrig forladt en plads. Det er vigtigt i en branche med få udbydere, at man ikke spænder ben for sig selv ved at gøre noget sådant. Hvis en opgave er gået i hårdknude, har DSV Transport altid fuldført opgaven og har taget det juridiske opgør senere.

Han ved ikke, hvorfor DSV Transport ophævede kontrakten med Vestforbrænding i stedet for at indlede en voldgiftssag. Det var Jens Lundgaards beslutning. Jens Lundgaard er koncern-

direktør for DSV Miljø A/S, der er moderselskabet. Samtidig er Jens Lundgaard bestyrelsesformand for datterselskabet DSV Transport A/S, hvor han selv er administrerende direktør.

Det havde hverken internt i DSV Transport eller over for Vestforbrænding været nævnt, at virksomheden ville standse arbejdet på genbrugsstationen i Gentofte. Bemærkningen i DSV Transports advokats brev af 30. juni 2006, hvor der tages forbehold om at standse arbejdet, er revet ud af en sammenhæng. Det var ikke hans opfattelse, at DSV Transport gav Vestforbrænding indtryk af, at virksomheden på et tidspunkt ville ophøre med at køre.

DSV Transport gav ikke et egentligt løfte til Vestforbrænding om, at virksomheden uanset ophævelsen ville køre videre. Set i bakspejlet ville det have været godt, hvis DSV Transport havde tydeliggjort, at man agtede at køre videre, så Vestforbrænding kunne have fået ro. Det var dog for DSV Transport på intet tidspunkt et tema, at man ville standse arbejdet.

I 2009 havde DSV Transport kontrakt med Vestforbrænding vedrørende transporterne fra genbrugsstationerne i Gladsaxe og Gentofte. Det skal nok passe, at omsætningen fra hver af disse genbrugsstationer udgjorde 3-5 millioner kr. pr. år, og at den samlede omsætning med Vestforbrænding således udgjorde 1-2 % af DSV Transports samlede omsætning i 2009.

Det kunne være velfærdstruende for DSV at miste en kontrakt vedrørende 1-2 % af omsætningen på grund af de afledede konsekvenser heraf. En stempling ville udgøre en stor risiko, og det ville kunne udelukke DSV Transport fra andre udbud og dermed være skidt for virksomhedens forretning. Ud over de afledede konsekvenser ville det også have konsekvenser for kapacitetsudnyttelsen. Containerafdelingen, der udførte arbejde for Vestforbrænding, har ikke egne biler, men anvender underleverandørers biler, og kapacitetsudnyttelsen handler således om at udnytte underleverandørernes kapacitet.

DSV Transport fik foretaget en ekstern analyse af de afledede konsekvenser af, at man generelt blev udelukket som kontraktpartner efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. DSV Transport vurderede, at der var en risiko for at blive udelukket ved andre lignende udbud, herunder udbud fra Amagerforbrænding. Der var også en risiko for, at konkurrenterne ville fortælle udbyderne, at udbyderne var forpligtet til at udelukke DSV Transport efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, i forbindelse med fremtidige udbud.

Supplerende om retsgrundlaget

EU-Domstolen har i dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, truffet en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d.

Sagen angik gennemførelsen af udbudsdirektivet i polsk ret. Efter den polske lov om tildeling af offentlige kontrakter udelukkedes fra udbud virksomheder, ”i forhold til hvem den pågældende ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som [virksomheden] bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en kontrakt eller er trådt tilbage fra kontrakten, hvis kontraktens ophævelse eller opsigelse eller tilbagetrædelsen fra den er sket højst tre år inden udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke udfyldte ordre udgør mindst 5 % af kontraktværdien”. Det fremgik af sagen, at Polen ved vedtagelsen af denne lovbestemmelse havde støttet sig på artikel 45, stk. 2, litra d.

EU-Domstolen fandt, at artikel 45, stk. 2, litra d, er til hinder for en sådan national bestemmelse. I den forbindelse udtalte Domstolen bl.a.:

- ”26. Begreberne ”alvorlig” ”fejl” ”i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv” i den nævnte artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), kan ... præciseres og tydeliggøres i national ret – dog under overholdelse af EU-retten.
27. Det bemærkes i denne forbindelse, som den polske regering med rette har anført, at begrebet ”fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv” omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævrere forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig dom.
28. Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 giver således de ordregivende myndigheder mulighed for bevisligt at konstatere en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv. Til forskel fra dette samme afsnits litra c) kræves der heller ikke en retskraftig dom for at konstatere en faglig fejl som omhandlet i bestemmelsen i nævnte afsnits litra d).
29. En økonomisk operatørs manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan derfor i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv.
30. Begrebet ”alvorlig fejl” skal imidlertid i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelse hensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne kan således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den pågældende økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl.

31. Konstateringen af en ”alvorlig fejl” kræver i princippet endvidere, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske operatørs holdning.”

Anbringender

Vestforbrænding har yderligere anført, at der efter EU-Domstolens dom af 13. december 2012 ved fortolkningen udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, skal lægges vægt på, om der foreligger misligholdelseshensigt eller er udvist uagtsomhed af en vis alvor fra DSV Transports side. Det er således selve fejlen og ikke virkningen af fejlen, som skal være alvorlig, idet EU-Domstolens fortolkning må antages udtømmende at gøre op med direktivbestemmelsens betingelser.

Der følger heraf, at der ikke skal lægges vægt på, om fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart, sådan som Klagenævnet for Udbud har gjort. Betingelsen er ikke nævnt i EU-dommen, og den savner støtte i ordlyden af direktivbestemmelsen, som er gennemført i dansk ret ved inkorporation.

DSV Transport har yderligere anført, at det efter direktivbestemmelsens ordlyd, formål og placering i udbudsdirektivet er velbegrundet – som Klagenævnet for Udbud gjorde – at vurdere, om fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart.

Det er op til national ret at præcisere og tydeliggøre begreberne ”alvorlig” og ”fejl”, jf. præmis 26 i EU-Domstolens dom af 13. december 2012. Det fremgår endvidere af præmis 27, at fejlen skal være culpøs og have ”indvirkning” på virksomhedens faglige troværdighed, og efter præmis 30 skal den culpøse adfærd også være af en ”vis alvor”.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår, om I/S Vestforbrænding var berettiget til i medfør af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, at udelukke DSV Transport A/S fra fremtidige udbud på grund af DSV Transports uberettigede ophævelse af kontrakten om transport af affald fra genbrugsstationen i Gentofte. Efter artikel 45, stk. 2, litra d, kan en virksomhed udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

EU-Domstolen har i dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, fastslået, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og at en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser i princippet kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelse 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.

Som anført i landsrettens dom opstod der i foråret 2006 uenighed mellem Vestforbrænding og DSV Transport, efter at DSV Transport havde givet udtryk for utilfredshed med en række forhold, herunder bl.a. de faktiske affaldsmængder, ventetider og trafikomlægninger. Disse forhold forpligtede efter DSV Transports opfattelse Vestforbrænding til i henhold til kontrakten at opsige denne som følge af væsentligt ændrede forudsætninger, hvilket Vestforbrænding ikke var enig i. DSV Transport ophævede herefter kontrakten.

Ved voldgiftskendelsen af 16. marts 2009 fastslog voldgiftsretten, at ophævelsen af kontrakten var uberettiget. DSV Transport begik således en fejl ved at ophæve kontrakten. Ved vurderingen af, om fejlen er alvorlig i udbudsdirektivets forstand, må der foretages en samlet vurdering af parternes kontraktvist og forløbet ved ophævelsen.

Højesteret finder, at den fejl, som DSV Transport begik ved at ophæve kontrakten, ikke kan betegnes som en så alvorlig fejl, at den berettiger til udelukkelse fra fremtidige udbud. Højesteret har herved navnlig lagt vægt på, at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at DSV Transport fortsatte med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal I/S Vestforbrænding betale 50.000 kr. til DSV Transport A/S.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgørelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.