

# COVID-19

## KOMMUNERS KONTRAKTER MED PRIVATE

COVID-19 giver kommunerne udfordringer i forhold til mange af de kontrakter, der er indgået med private virksomheder. I nogle situationer kan leverandøren ikke levere den pågældende vare eller tjenesteydelse. I andre situationer kan leverandøren godt levere, men den offentlige myndighed har som følge af COVID-19-nedlukningen ikke længere behov for varen eller ydelsen. Offentlige myndigheder vil gerne bidrage til at holde hånden under det private erhvervsliv, men hvordan kan det gøres bedst muligt og inden for de retlige rammer?

Aftaler er bindende. Kommunens vurdering af handlerummet skal derfor tage udgangspunkt i, hvilke forpligtelser der følger af det konkrete aftaleforhold mellem kommunen og den private virksomhed. Der er stor forskel på, om der er tale om en aftale om en endeligt defineret levering (scenarie 1 nedenfor), eller om der i stedet er tale om en rammeaftale, hvor kommunen køber ydelsen, som behovet opstår (scenarie 2).

### SCENARIO 1: ENDELIG BESTILLING I AFTALEN

Hvis aftalen indeholder en endelig angivelse af, hvad der skal leveres (mængde og tidspunkt), er leverandøren forpligtet til at levere denne ydelse, og

den offentlige myndighed er forpligtet til at modtage varen eller tjenesteydelsen – og til at betale. Aftalen er således bindende for begge parter.

Det følger dog ofte af aftalegrundlaget, at en part, der ikke har mulighed for at opfylde sin forpligtelse, ikke er bundet – en såkaldt force majeure-klausul. I disse tilfælde må det vurderes, om COVID-19 udgør force majeure efter klausulens ordlyd. Hvis aftalegrundlaget ikke indeholder en force majeure-klausul, må vurderingen foretages på baggrund af den ulovfæstede retsgrundsætning om force majeure.

Force majeure er en samlebetegnelse for en *uforudset og ekstraordinær* situation, der *umuliggør* opfyldelse af den ene parts forpligtelser under aftalen. Hvis der foreligger force majeure, kan den part, der gør force majeure gældende, ikke blive mødt med misligholdelsesbeføjelser fra den anden part. Parten er således (i hvert fald midlertidigt) frigjort fra at opfylde sine forpligtelser i medfør af aftalegrundlaget.

Force majeure kan gøres gældende af både leverandøren og kommunen – om end i forskellige situationer, se nedenfor.

### LEVERANDØREN KAN IKKE LEVERE

Hvis leverandøren ikke kan levere og ønsker at gøre force majeure gældende, er det ikke nok, at levering af varen eller ydelsen er blevet vanskeligere eller dyrere. Opfyldelse af aftaleforpligtelsen skal være *umulig* som følge af den uforudsete situation (her COVID-19).

Der vil eksempelvis ikke være force majeure, hvis leverandøren har en underleverandør, der ikke kan levere, men det dog er muligt (om end vanskeligt og dyrt) at levere ved at bruge en anden underleverandør.

Hvis leverandøren påberåber sig force majeure, skal leverandøren bevise, at der rent faktisk er tale om force majeure. Hvis bevisbyrden ikke kan løftes, har leverandøren misligholdt sin aftale med kommunen. Kommunen kan i så fald gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, se også nedenfor om nye regler herom.

### KOMMUNEN HAR IKKE BEHOV FOR VAREN ELLER YDELSEN

Hvis kommunen som følge af nedlukningen af fx institutioner ikke har behov for en rengøringsydelse, kan man overveje, om kommunen kan påberåbe sig force majeure. Det vil betyde, at kommunen hverken har pligt til at aftage eller betale for ydelsen.

Økonomistyrelsen har 18. marts 2020 udtalt, at COVID-19 ikke generelt indebærer, at det forhold, at en offentlig myndighed har sendt sine medarbejdere hjem, ikke udgør en force majeure-tilstand, der umuliggør betaling. Det samme vurderes ifølge styrelsen også at gælde for det offentlige i øvrigt.

I de tilfælde, hvor der er fastsat en endelig leveringsforpligtelse (mængde og tidspunkt) i aftalegrundlaget, kan det offentlige derfor som udgangspunkt ikke afvise at betale for ydelsen.

### SCENARIO 2: RAMMEAFTALE

En rammeaftale er kendetegnet ved, at kommunen typisk ikke har forpligtet sig til at aftage en bestemt mængde. Hvis rammeaftalen indeholder en mængdeforpligtelse, fx et mindstekøb, gælder scenarie 1.

En rammeaftale kan fx indebære, at en virksomhed skal levere rengøring for en bestemt pris pr. time, og at kommunen afgiver ordrer for en given periode ad gangen. Når bestillingsperioden er udløbet, kan kommunen undlade at bestille yderligere rengøring. Da rammeaftalen her giver kommunen ret, men ikke pligt, til at aftage en bestemt mængde, kan kommunen "frit" undlade

at foretage yderligere ordrer, hvis behovet for fx rengøring eller kørsel ikke længere er til stede.

Nogle kommuner har dog et ønske om at hjælpe den private leverandør i denne situation, som for alle er vanskelig. Spørgsmålet er derfor, om og i givet fald hvordan kommunen kan holde hånden under den private leverandør, indtil der igen bliver behov for leverandørens ydelse.

Kommunen kan ikke bestille en ydelse, der ikke er behov for, og betale alene for at hjælpe virksomheden. Men mange aftaler giver mulighed for, at ydelsen kan justeres. Fx i rengøringscasen: At der ikke gøres dagligt rent på de dele af en skole, der er lukket, men at der i stedet gøres hovedrent skole for skole.

### DIALOG OG FORHANDLEDE LØSNINGER

Uanset om der er tale om den ene eller anden aftaletype, er det vores generelle råd, at kommunen går i dialog med leverandørerne. I mange tilfælde kan der givetvis findes en forhandlet løsning, der gør det muligt for leverandøren fortsat at levere i hvert fald en del af ydelsen. Den forhandlede løsning skal dokumenteres skriftligt, eventuelt blot ved e-mail.

### NYE MULIGHEDER FOR FLEKSIBILITET

Lov om kommuners og regioners indkøb i forbindelse med håndtering af COVID-19 og den tilknyttede bekendtgørelse gør det muligt for kommuner og regioner at forudbetale for ydelse op til 1 mio. kr. Muligheden for at forudbetale gælder frem til 1. juli 2020. Der må foretages en vurdering i den enkelte sag – herunder af leverandørens forhold.

Samtidig har kommuner og regioner frem til 31. oktober 2020 fået mulighed for at undlade at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for leverandører, hvis fx en forsinkelse skyldes COVID-19. Kommunen kan undlade at kræve erstatning, opkræve bod eller ophæve aftalen. Dette kan reducere leverandørens usikkerhed ved at påberåbe sig force majeure, ligesom det kan øge rummet for, at parterne kan finde en forhandlet løsning.

Muligheden for at undlade at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende gælder kun, hvis der ikke efter udbudsreglerne er pligt til at anvende misligholdelsesbeføjelserne. Praksis er uafklaret – i lovforarbejderne antages det, at en

udbudsretlig pligt alene indtræder, hvis der i aftalegrundlaget er pligt (og ikke kun ret) til at anvende en given misligholdelsesbeføjelse.

### INDKØB UNDER COVID-19: GÆLDER UDBUDSREGLERNE STADIG?

De almindelige udbudsregler gælder fortsat ved kommuners indkøb – uagtet COVID-19. Udbudslovens § 80 giver dog mulighed for at foretage indkøb uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvis en uforudset begivenhed har medført et akut behov for en vare, der gør det umuligt at overholde de almindelige frister i en udbudsprocedure. Kommuner vil efter vores opfattelse meget sjældent være berettiget til at anvende denne undtagelsesbestemmelse. Det vil være mere oplagt at anvende hasteprocedurer, eksisterende rammeaftaler eller decentrale indkøb for at fremrykke indkøbene ■



Poul Hvilsted  
Partner, advokat  
phv@horten.dk



Rikke Søgaard Berth  
Partner, advokat  
rsb@horten.dk



Annelouse Dalgaard Pedersen  
Partner, advokat  
adp@horten.dk



Iben Schaumburg  
Advokatfuldmægtig  
ibs@horten.dk