

NOTAT

om hensyntagen til folkeretten ved indkøb

1. Indledning

Københavns Kommune har ved notat af 3. februar 2011 anmodet om LETTs vurdering af en række spørgsmål om kommunens mulighed for at stoppe samarbejdet med G4S Security Services A/S.

Økonomiforvaltningen skal bruge svarene til at opfylde Borgerrepræsentationens pålæg herom vedtaget på mødet 27. januar 2011. Borgerrepræsentationens beslutninger er bl.a. motiveret således:

”Talrige FN-resolutioner har slået fast, at Vestbredden og Øst-Jerusalem er besat område. Alligevel fortsætter Israel med at udvide bosættelserne på palæstinsisk jord. Det er i dag en af de største selvstændige forhindringer for genoptagelse af fredsforhandlingerne, hvilket også har fået den danske regering, USA og det internationale samfund til kraftigt at kritisere den israelske regering.

...

21. november 2010 kunne Berlingske Tidende berette, at sikkerhedsfirmaet G4S havde genoptaget deres virke i de israelske bosættelser, hvorfra de ellers havde trukket sig ud i 2002 efter skarp international kritik, bl.a. fra daværende udenrigsminister Per Stig Møller.

I Berlingske Tidende kunne man læse, at G4S blandt andet tjener penge på at levere sikkerhedsudstyr til checkpoints og bevæbnede vagter til bosættelser. Det viser dokumentation indsamlet af både Berlingske selv og det uafhængige researchcenter DanWatch, der overvåger virksomheders opførsel.”

G4S Security Services A/S har ved brev af 2. februar 2011 over for Københavns Kommune oplyst, at selskabet udelukkende opererer inden for Danmarks grænser og således ikke har aktiviteter i Israel eller på Vestbredden. G4S Security Services A/S' moderselskab, det engelske selskab G4S Plc., driver gennem datterselskabet Hasmira Company Ltd., sikkerhedsvirksomhed på Vestbredden.

2. Generelle retlige baggrundsbetragtninger

Besvarelse af spørgsmålene nødvendiggør indledningsvist nogle mere generelle betragtninger om kommuners mulighed for at forfølge ideelle interesser i internationale anliggender:

2.1 Folkeretten

Folkeret defineres som ret for stater. Staterne er de primære folkeretssubjekter. Traditionelt har det grundlæggende formål for folkeretten været at regulere konflikter mellem staterne. Ole Spiermann, *Folkeret*, 2. udgave 2003, side 48, udtrykker det således: *"Folkerettens såkaldte retssædvaner er tænkt for staterne, og det står i hovedsagen staterne frit for at indgå traktater. Disse forhold afspejler den klassiske definition af folkeret som ret for stater; i modsætning hertil står en definition af national ret som ret i en stat."*

Juridiske og fysiske personer kan alene støtte ret på en international traktat, såfremt den er inkorporeret i lovgivningen. Udgangspunktet er derfor, at individerne ikke umiddelbart opnår en status som rettighedssubjekter eller pligtsubjekter som følge af traktater eller andre folkeretlige regler.

Det har karakter af særegne undtagelser, når folkeretten direkte forpligter juridiske og fysiske personer. Ole Spiermann, a.st., side 61 anfører: *"Undtagelsesvis er individer blevet anset for pligtsubjekter i medfør af retssædvaner på linje med de stater, som individerne har repræsenteret eller været tilknyttet. Hovedeksemplet er krigsforbrydelser."*

Og i forhold til strafansvar for medvirken til krigsforbrydelser, så gælder dette ikke for juridiske personer.

I det fremsendte resumé af professor Hjalte Rasmussens responsum af 27. januar 2011 anføres: *"Det er endvidere min vurdering, at der med betydelig grad af sikkerhed ikke påhviler G4S en folkeretlig pligt til at bringe sine begrænsede aktiviteter på de besatte områder til ophør. Og da der ikke består en sådan pligt kan koncernens fortsatte tilstedeværelse i området derfor heller ikke i sig selv begrunde en antagelse om et civilretligt erstatningsansvar"*.

Sammenholdt med det øvrige resumé forstås Hjalte Rasmussens forbehold sådan, at der tænkes på muligheden for strafansvar for medarbejdere, hvis disses aktiviteter skulle kunne anses for at være medvirken til krigsforbrydelser begået af Isra-

el under den folkeretsstridige besættelse af Vestbredden. Hjalte Rasmussen anfører selv indledningsvist, at en juridisk person (som G4S Security Services A/S) ikke kan ”pålægges et strafansvar efter folkeretten”.

2.2 Kommunalfuldmagten

Al offentlig virksomhed kræver hjemmel i lovgivningen. Da omfanget af kommuners mulighed for at forfølge ideelle internationale interesser ikke er reguleret ved særlig lov, er det relevant at belyse, i hvilken udstrækning den almindelige ulovregulerede kommunalfuldmagt giver hjemmel hertil.

”Efter almindelig opfattelse kan en kommune som udgangspunkt ikke beskæftige sig med og/eller anvende sine økonomiske midler til formål af udenrigspolitisk karakter”, jf. Karsten Revsbech, *Kommunernes opgaver*, 2. udgave 2010, side 271. Dette skyldes især, at den udenrigspolitiske kompetence efter grundlovens § 19 tilkommer regeringen.

Den begrænsede udenrigspolitiske dispositionsadgang illustreres af, at kommuner efter kommunalfuldmagten kun kan yde humanitær bistand til projekter, som også støttes af staten. Og der skal være tale om humanitær bistand og ikke om politisk tilkendegivelse. Venskabsaftaler med kommuner i andre lande anses også for tilladt, ligesom kommuner kan deltage i internationale organisationer, der varetager kommunale interesser.

Uden særlig hjemmel kan kommunerne ifølge Karsten Revsbech, a.st, side 271-272 og Mogens Heide Jørgensens afhandling, *Den kommunale interesse*, 1. udgave, 1993, side 265-268, ikke yde støtte til oprørsbevægelser i andre fremmede stater, gennemføre ulandsbistand eller boykotte varer, produkter og virksomheder fra et andet land af udenrigspolitiske årsager. Dette gælder selvom regeringen generelt forholder sig kritisk til det pågældende styre.

I 1980'erne fyldte spørgsmålet om kommunerne kunne afbryde samarbejdet med firmaer, der havde filialer i Sydafrika eller som handlede med apartheidstyret meget i den offentlige debat. Indenrigsministeriet forudsatte, at kommunerne skulle efterleve den særlige lov om forbud mod handel med Sydafrika, men fandt, at kommunerne ikke på egen hånd kunne skønne over hvilke virksomheder i Danmark, der havde sådanne relationer til Sydafrika, jf. Mogens Heide Jørgensen, *Den kommunale interesse*, 1. udgave, 1993, side 265, note 203.

Kommunerne er ligesom borgerne forpligtede til at overholde og efterleve internationale forpligtelser, som Danmark har påtaget sig i form af indgåede traktater,

når disse er inkorporeret i lovgivningen. Når folkeretlige forpligtelser ikke er inkorporerede i national dansk ret, vil kommunerne skulle virke for de heri indeholdte forpligtelser ved fortolkning af lovgivningen.

Der kan ikke være tvivl om, at kommuner som udgangspunkt er berettiget til at virke for folkeretlige forpligtelser, selvom disse ikke måtte være inkorporeret i lovgivningen, navnlig når dette kan ske uden omkostninger. Kommuner må derfor kunne stille krav om overholdelse af traktater, selvom disse ikke ved lovgivning er inkorporeret i dansk ret.

Uden for traktatområdet opstår imidlertid hurtigt vanskeligheder ved at fastlægge tilstrækkeligt præcise folkeretlige forpligtelser, og kommunernes eventuelle egenhændige udlægning kommer til at fremstå som udenrigspolitik og dermed forhold uden for den kommunale kompetence. Kerneområdet for kommunes adgang til at stille folkeretligt baserede krav, må derfor være konkret krav om efterlevelse af præcise traktatbestemmelser, der af en eller anden anerkendelsesværdig grund ikke er inkorporeret ved lov.

Kommuner må derudover kunne stille krav om proportionale retsvirkninger af overtrædelser af forpligtelser til at overholde folkeretlige forpligtelser, der er inkorporeret i lovgivningen. I disse tilfælde har de folkeretlige forpligtelser fået samme gyldighed som almindelige lovmæssige forpligtelser, og kommuner må derfor også kunne stille adækvate krav for at sikre respekten heraf.

2.3 EU-udbudsregler

Udbudsdirektivet opstiller regler om fremgangsmåderne forud for kommuners indgåelse af visse kontrakter.

Udbudsdirektivet indeholder i artikel 26 følgende bestemmelse af betydning: *”De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.”*

Anvendelsesområdet for artikel 26 skal fastlægges i lyset af præambelens betragtning 33, der er affattet således: *”Vilkårene for udførelse af en kontrakt er i overensstemmelse med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Vilkårene kan bl.a. have til formål at fremme efteruddannelse på arbejdspladsen, skaffe beskæftigelse til personer med særlige integrationsproblemer,*

bekæmpe arbejdsløshed eller beskytte miljøet. Som eksempler kan bl.a. nævnes krav om – ved udførelsen af kontrakten – at ansætte langtidsledige eller iværksætte uddannelsesinitiativer for ledige eller for unge, at overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner, hvis de ikke er gennemført i national ret, og at ansætte flere handicappede, end den nationale lovgivning kræver.”

Bestemmelsen kom ind i direktivet i 2004. Tidligere havde Domstolen udledt samme retstilstand efter de almindelige principper, jf. C-31/87, Beentjes.

I præambelen anføres som eksempel, at ordregiver kan stille krav efter folkeretten, hvis kravene ikke er opfyldt i den nationale lovgivning, og der er således ingen tvivl om, at artikel 26 giver plads til, at ordregiver opstiller krav baseret på folkeretten, forudsat at disse krav er nævnt i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

Det følger imidlertid også af præambelen og direktivets artikel 2, at sådanne krav hverken må være direkte eller indirekte diskriminerende, ligesom det skal være gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad kravene går ud på.

Det er uafklaret, om artikel 26 forhindrer, at der også lægges vægt på forhold uden betydning for opfyldelsen af den konkrete kontrakt.

Eksplícitte krav i udbudsmaterialet om overholdelse af folkeretlige krav, der ikke er inkorporeret i national lovgivning, og dermed er gjort direkte bindende som anden lovgivning, må som følge af diskriminationsforbuddet være sagligt velbegrundet og må ikke gå længere end påkrævet. Der synes at være forøget risiko for diskrimination, hvis særlige krav efter deres indhold især rammer leverandører med udenlandsk tilknytning.

Der må foretages konkret vurdering af det enkelte krav i forhold til den konkrete kontrakt.

Da folkerettens indhold ofte er upræcis, synes det sikreste område for lovlige krav baseret på folkeretten, at være konkrete krav udledt af præcise traktatbestemmelser, der af en eller anden grund ikke er inkorporeret i national lovgivning. Når der er tale om en egentlig traktat, vil denne også formodningsvist være forenelige med fællesskabsretten i overensstemmelse med artikel 26, da Danmark ellers ikke ville have tiltrådt traktaten.

2.4 Sammenfatning om kommuners internationale ideel interesser

Folkeretten forpligter som udgangspunkt først kommuner, når den folkeretlige regel er inkorporeret ved lov. Indtil da er folkeretten et statsligt anliggende.

Kommunalfuldmagten giver som udgangspunkt ikke kommuner ret til at beskæftige sig med eller anvende økonomiske midler til formål af udenrigspolitisk karakter.

Efter udbudsdirektivets artikel 26 kan ordregiver stille krav om, at den udbudte kontrakt skal opfylde krav efter folkeretten, selvom den folkeretlige forpligtelse ikke er inkorporeret i national ret, men krav herom skal fremgå af udbudsmaterialet. Krav skal respektere de almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Hovedområdet synes at være konkrete krav baseret på folkeretten udledt af præcise traktatbestemmelser, der af en eller anden grund ikke er inkorporeret i lovgivningen. Indholdet af den folkeretlige forpligtelse skal være præcis, således at emnet ikke fremstår som bidrag til den almindelige udenrigspolitik.

Derudover vil kommuner kunne stille krav om, at der skal knyttes retsvirkninger til overtrædelse af folkeretlige regler, der er inkorporeret i lovgivningen som f.eks. den europæiske menneskerettighedskonvention.

Umiddelbart synes motiveringen for Borgerrepræsentationens vedtagelse i højere grad at være funderet i mere almindelige udenrigspolitiske overvejelser end i eksplicite folkeretlige forpligtelser til ikke at udføre forretningsmæssige aktiviteter på Vestbredden, som f.eks. overtrædelse af resolutioner om boykot af varer eller traktater herom.

3. **De konkret spørgsmål**

Herefter kan de af Københavns Kommune stillede spørgsmål besvares således:

3.1 Spørgsmål a

Både den gældende rammekontrakt mellem Københavns Kommune og G4S Security Services A/S og den udbudte rammekontrakt indeholder i pkt. 38 kontraktvilkår, hvorefter G4S Security Services A/S "i forbindelse med opfyldelse af rammeaftalen" skal overholde lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv. Der er knyttet vidtgående retsvirkninger til overtrædelse

af forpligtelserne, herunder er Københavns Kommune berettiget til at ophæve rammekontrakten.

Forpligtelserne omfattet efter kontraktbilagene enhver anden juridisk person, som indgår i samme koncern som leverandøren, og der henvises om koncernbegrebet til aktieselskabslovens § 2 (nu selskabslovens § 5). Bestemmelserne vil blive fortolket som omfattende koncernforbundne selskaber i udlandet, og Hasmira Company Ltd. er derfor også forpligtet af bestemmelsen, når Hasmira Company Ltd. i øvrigt er underlagt dansk lovgivning, hvilket især er tilfældet, hvor Hasmira Company Ltd. måtte udføre virksomhed i Danmark.

Hvor kontrakten helt eller delvist udføres uden for Danmark og dansk jurisdiktion, er leverandøren efter kontraktbilagene forpligtet til at overholde den til *"enhver tid gældende lovgivning, der i formål svarer til lovgivningen nævnt i stk. 2, og som gælder for det pågældende land"*.

I lyset af de vidtgående retsvirkninger, der er forbundet med overtrædelse af kontraktvilkårene, vil bestemmelserne efter almindelige aftaleretlige fortolkningsprincipper og udbudsdirektivets artikel 26 vil blive fortolket som overtrædelser, der begås ved opfyldelsen af kontraktforpligtelserne overfor netop Københavns Kommune. Uden for falder efter denne fortolkning, overtrædelser begået af leverandøren eller i dennes koncernforbundne selskaber, der ikke har sammenhæng med forpligtelserne efter rammekontrakten med Københavns Kommune.

Allerede fordi G4S Security Services A/S ikke får eller skal have bistand fra det koncernforbundne selskab Hasmira Company Ltd. ved opfyldelsen af kontrakten med Københavns Kommune, er rammekontrakternes pkt. 38 derfor uden betydning for den konkrete kontrakt.

Hvis kontraktvilkårene derimod skal fortolkes bredt og således skal være opfyldt generelt – og altså uden hensyntagen til om overtrædelserne er forbundet med opfyldelsen af kontraktforpligtelser overfor Københavns Kommune – bliver det relevant om Hasmira Company Ltd. ved sin virksomhed på Vestbredden opfylder forpligtelserne efter den dér gældende lovgivning, der i formål svarer til lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv. Som LETT forstår motiveringen for Borgerrepræsentationens vedtagelser, er der ikke konkret belæg for, at Hasmira Company Ltd. skulle overtræde sådan lovgivning.

G4S Security Services A/S er kun forpligtet til at afgive redegørelse om lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv., hvor der er *"begrundet mistanke"* om overtrædelse af kontrakten. Da dette ikke er tilfældet

for G4S Security Services A/S i relation til den konkrete udførelse af rammekontrakten, er G4S ikke kontraktligt forpligtet til at afgive en redegørelse herom.

3.2 Spørgsmål b

Efter den gældende rammekontraktens pkt. 34 påhviler G4S Security Services A/S at sikre, at de for *"de for denne aftale relevante lovkrav, bekendtgørelser og øvrige myndighedskrav"* overholdes.

Bestemmelsen omfatter hverken efter sin ordlyd eller formål folkeretten, men derimod den, der efter sin bestemmelse skal pålægge virksomheder rettigheder og forpligtelser. Dette understøttes yderligere af kontraktens definition af offentlig regulering, jf. pkt. 2.8.

Det kræver som udgangspunkt eksplicit kontraktvilkår herom, hvis G4S Security Services A/S som privat virksomhed skulle være forpligtet af krav efter folkeretten, der ikke gennem lovgivningen er inkorporeret i dansk ret, og kontrakten vil blive fortolket i lyset af, at der efter udbudsdirektivets artikel 26 skulle have været udtrykkelige angivelse om sådanne kontraktvilkår i udbudsmaterialet og være proportionale.

Hertil kommer, at rammekontraktens pkt. 34 kun omfatter relevante krav for opfyldelsen af kontrakten. Almindelig aftalefortolkning udelukker, at det skulle være relevant for G4S Security Services A/S's opfyldelse af sine forpligtelser over for Københavns Kommune i Danmark, hvad det koncernforbundne selskab Hasmira Company Ltd. eventuelt måtte foretage sig på Vestbredden, medmindre der måtte være truffet eksplicit aftale om andet.

3.3 Spørgsmål c

Københavns Kommune spørger, om tvivl om G4S har overtrådt folkeretten kan udgøre berettiget grundlag for opsigelse eller ophævelse af kontrakten.

Allerede fordi der ikke er eksplicit kontraktvilkår, der berettiger Københavns Kommune til at anse det for at være væsentligt misligholdelse fra G4S Security Services A/S side, at det koncernforbundne selskab Hasmira Company Ltd. driver sikkerhedsvirksomhed på den af Israel besatte Vestbred, kan rammekontrakten ikke ophæves som væsentligt misligholdt.

Rammekontraktens pkt. 34 giver ikke belæg for, at G4S Security Services A/S skulle have påtaget sig forpligtelser i så henseende. Hertil kommer, at ikke enhver

overtrædelse af rammekontraktens pkt. 34 berettiger Københavns Kommune til ophævelse, hvilket er det mest vidtgående retlige skridt under kontrakten, og bestemmelsen ville i øvrigt ikke omfatte Hasmira Company Ltd., da der ikke i rammekontrakten er generelle regler svarende til de, der følger af kontraktbilaget om overholdelse af lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv.

Spørgsmålet om opsigelse er ikke kommenteret i nærværende sammenhæng, da rammekontrakten som udgangspunkt er ophørt inden udløbet af opsigelsesperioden, jf. rammekontraktens pkt. 48. Se spørgsmål k om opsigelse af den af det igangværende udbud omfattede kontakt.

3.4 Spørgsmål d

Der er intet i det oplyste, der giver Københavns Kommune belæg for, at den med G4S Security Services A/S indgåede rammekontrakt skulle kunne bringes til ophør med øjeblikkelig virkning, fordi Hasmira Company Ltd. driver sikkerhedsvirksomhed på den af Israel besatte Vestbred.

Hvis Københavns Kommune bringer kontrakten til ophør med øjeblikkelig virkning, må kommunen påregne at ville blive pålagt at betale erstatning til G4S Security Services A/S opgjort efter principperne om den positive opfyldelsesinteresse, hvorefter G4S Security Services A/S økonomisk skal stilles som om, at Københavns Kommune ikke havde misligholdt sine forpligtelser efter rammekontrakten ved at bringe denne til ophør uden varsel.

3.5 Spørgsmål e

Københavns Kommune ønsker at revidere sin indkøbspolitik, og kommunen vil derfor gerne vide, om det igangværende udbud af vagtservice kan aflyses. Kommunen har identificeret de tre vindere af udbuddet, herunder G4S Security Services A/S, men har endnu ikke indgået kontrakt.

Ordregiver kan afløse en udbudsforretning når som helst frem til kontraktindgåelse, dog må afløsning ikke være udtryk for diskrimination. I C-27/98 *Metalmecanica* udtalte Domstolen, at ordregivers beføjelse til ikke at indgå kontrakt "*ikke efter direktivet er gjort betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde*". Ordregiver er bl.a. berettiget til at afløse, hvor ordregiver under udbuddet er blevet opmærksom på, at ordregiver foretrækker et andet tildelingskriterium end det, der følger af udbudsmaterialet, jf. C-244/02 *Kaupatalo*, og ordregiver må derfor ligeledes være berettiget til at afløse, hvis man efter modta-

gelsen af tilbuddet bliver opmærksom på, at man foretrækker andre vilkår end de anførte.

Det forekommer tvivlsomt, om Københavns Kommune med respekt af kommunalretten og fællesskabsretten som led i sin nye indkøbspolitik vil kunne udforme et eksplicit krav, hvorefter kommunens leverandører ikke må være concernforbundet med et selskab, der driver forretningsaktiviteter på Vestbredden, uanset om selskabet på Vestbredden leverer ydelser til brug for opfyldelsen af kontrakten mellem Københavns Kommune og kommunens leverandør.

Såfremt den nye indkøbspolitik ikke med en rimelig grad af sandsynlighed vil forhindre indgåelse af rammekontrakt med G4S Security Services A/S, er det nærliggende at forvente, at Klagenævnet for Udbud vil anse eventuel aflysning af det igangværende udbud for at være udtryk for diskrimination og derfor underkende aflysningen. Dette navnlig fordi Københavns Kommune næppe som almindelig hovedregel vil undlade at iværksætte nye udbud og indgå kontrakter under igangværende udbud indtil den nye indkøbspolitik foreligger.

Hvis Københavns Kommune generelt måtte vælge ikke at iværksætte nye udbud og aflyse igangværende udbud indtil den nye indkøbspolitik foreligger, må kommunen også være berettiget til at aflyse udbuddet af vagtservice, uanset om der kan forventes eksplicit krav som beskrevet. I dette tilfælde fremstår beslutning om aflysning af udbuddet omfattende netop G4S Security Services A/S ikke som diskrimination.

3.6 Spørgsmål f

Københavns Kommune vil gerne vide, om det er muligt at undlade at indgå kontrakt med G4S Security Services A/S under det igangværende udbud, og således kun underskrive kontrakterne med de to øvrige tilbudsgivere – en såkaldt delvis aflysning af udbuddet.

Delvis aflysning er ikke direktivreguleret. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juli 1998 aflyste ordregiver delvist udbuddet, idet en tilbudsgiver kunne yde en meget fordelagtig leverandørkombination, som dog ikke dækkede den aflyste del af udbuddet. Klagenævnet anså den delvise aflysning saglig med henvisning til årsagen til aflysningen samt til, at den aflyste del alene udgjorde en lille del af den udbudte opgave. Den omstændighed, at der ikke blev indgået kontrakt på samtlige områder af det udbudte, var ikke til hinder for delvis aflysning.

Ved kendelse af 29. maj 2000 anså klagenævnet det for sagligt, at ordregiver havde aflyst en del af udbuddet. Ordregiver havde udbudt tre forskellige tjenesteydelser og efterfølgende anmodet tilbudsgiverne – i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet – om afgivelse af supplerende tilbud. Da ordregiver blev opmærksom på fejlen, aflystes udbuddet vedrørende de enheder, der var omfattet af anmodningen.

Anderledes i kendelse af 11. august 2000, hvor ordregiver havde forbeholdt sig ret til hel eller delvis aflysning af udbuddet. Under evalueringen af tilbuddene fandt ordregiver, at et andet fabrikat end det udbudte var mere attraktivt og aflyste derfor den del af udbuddet, hvortil fabrikatet kunne anvendes. Klagenævnet udtalte: *”Som nævnt ovenfor kan et EU-udbud annulleres, hvis udbyder har saglig grund til en annulation. I så fald skal udbyderen annullere hele udbudet og kan ikke nøjes med en delvis annulation. Dette må i hvert fald gælde, når den delvise annulation som i sagen sker efter tilbudenes afgivelse, idet tilbudene afgives på grundlag af udbudet i dets helhed, og idet en delvis annulation derfor forrykker konkurrencegrundlage mellem tilbudsgiverne”* (min understregning). Klagenævnet fandt således, at den delvise annulation var i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Efter klagenævnets praksis er det derfor muligt at aflyse en del af udbuddet, forudsat, at ordregiver ikke opnår en tilfredsstillende dækning af de pakketilbud, som ordregiver vælger. Den delvise aflysning forudsætter endvidere – ligesom ved aflysning af hele udbuddet – at der foreligger en saglig grund til aflysning, således at ligebehandlingsprincippet i artikel 2 ikke overtrædes.

Vurderingen af, om der foreligger en saglig grund tager sit afsæt i den udbudte opgave, herunder om kravene i udbudsmaterialet er opfyldt og om Københavns Kommune herved får en tilfredsstillende dækning. Da G4S Security Services A/S opfylder udbuddets krav og i øvrigt ikke kan udelukkes i henhold til de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde og da aflysningen vil udgøre en større del af den udbudte opgave, foreligger der ikke en saglig grund til at aflyse G4S Security Services A/S’ del af opgaven.

At et med G4S Security Services A/S koncernforbundet selskab har forretningsaktiviteter på Vestbredden, udgør ikke i sig selv en saglig grund for Københavns Kommune til at foretage en delvis aflysning, allerede fordi det strider mod gennemsigtighedsprincippet, såfremt begrundelsen for aflysning bygger på forhold, der ikke er omhandlet i udbudsmaterialet, jf. udbudsdirektivets artikel 2.

Udbudsdirektivets artikel 45 er uden betydning for den foreliggende problematik.

3.7 Spørgsmål g

Rammekontrakter kan som hovedregel ikke løbe længere end 4 år, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. afsnit, hvilket er den samlede mulige varighed inkl. eventuelle optioner. Formålet med at en rammekontrakt som hovedregel ikke må løbe længere end 4 år er at sikre effektiv konkurrence, idet behovet for konkurrenceudsættelse vil være øget pga. rammeaftalers fleksibilitet og ofte åbne karakter.

Den gældende rammekontrakt mellem G4S Security Services A/S og Københavns Kommune har den 1. april 2011 været gældende i 4 år, hvor rammekontrakten bortfalder, medmindre kommunen i overensstemmelse med rammekontraktens pkt. 9.2 forlænger denne med yderligere et år.

Spørgsmålet er, om Københavns Kommune kan fravige hovedreglen og anvende optionen til at lade rammekontrakten løbe i 5 år, hvis kommunen beslutter sig for at aflyse udbuddet med henblik på at først at gennemføre ny indkøbspolitik.

Da årsagen til behov for længere gyldighedsperiode end 4 år skyldes vedtagelse i Borgerrepræsentationen efter iværksættelse af udbud af den kontrakt, der skulle have afløst den gældende rammekontrakt, må Københavns Kommune være berettiget til at lade rammekontrakten løbe i 5 år i overensstemmelse med sit indhold tilblevet efter udbud, således den nye rammekontrakt kan udformes i overensstemmelse med den nye indkøbspolitik.

Hertil kommer, at rammekontrakten med optionen er indgået efter udbud, der ikke dengang blev underkendt efter klageprocedure.

3.8 Spørgsmål h

Københavns Kommune vil ikke uden at gennemføre udbudsprocedure efter udbudsdirektivet kunne indgå kontrakt med en midlertidig leverandør, medmindre kontraktsummen kan holdes under tilbudslovens tærskelsværdi.

Kommunen kan uden udbud udnytte optionen i den gældende rammekontrakt og forlænge denne med 1 år, jf. spørgsmål g.

3.9 Spørgsmål i

Københavns Kommune overvejer at bede de tre vindende tilbudsgivere om at tiltræde en ændring af rammekontrakten, hvorefter kontrakten af Københavns Kommune kan ophæves, hvis leverandøren overtræder forskellige normer af folkeretlig natur.

LETT råder til, at kontraktklausulen formuleres således, at der henvises eksplicit til de konventioner, hvis overtrædelse skal tillægges betydning og kunne begrunde ophævelse. Det bør også bestemmes, at retsvirkningen kun gælder, hvor det leverandøren har overtrådt bestemmelse. I lyset af folkerettens karakter er det ubestemt og uigennemsigtigt at henvise til, at enhver overtrædelse af folkeretten skal kunne begrunde ret til ophævelse. Det bør også fremgå, at der skal være tale om en overtrædelse, der står i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten eller er relevant for kontrakten, ligesom det efter rammekontraktens pkt. 38 gælder for lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv. og efter pkt. 34 gælder for lovkrav mv.

Som følge af kravet efter udbudsdirektivets artikel 26 om offentliggørelse i udbudsmaterialet, er det ikke muligt nu at introducere kontraktvilkår om overholdelse af folkeretlige krav, der ikke er inkorporeret i lovgivningen. Derimod kan artikel 26 ikke være til hinder for at søge aftale med tilbudsgiverne om, at overtrædelse af udkastet til rammekontrakt pkt. 34 i visse tilfælde skal sanktioneres med ret for kommunen til ophævelse, herunder f.eks. ved overtrædelse af den europæiske menneskerettighedskonvention, der er inkorporeret i dansk ret.

Hvis kontraktvilkåret præciseres som tilrådet og afgrænses til at omfatte ophævelse ved overtrædelse af visse inkorporerede traktater, ligger det inden for rammerne af lovlig forhandling i tidsrummet mellem at der er givet underretning om tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelse at søge aftale om sådan ændring, jf. René Offersen: Udbudsprocessen (2010), side 112. Vælges fremgangsmåden må den af hensyn til ligebehandlingsprincippet anvendes i forhold til alle tre tilbudsgivere.

3.10 Spørgsmål j

Købehavns Kommune spørger om den af det igangværende udbud omfattede kontrakt under henvisning til rammekontraktens pkt. 34 kan anses som værende væsentligt misligholdt af G4S Security Services A/S.

Af de grunde der er anført under spørgsmål c og d kan Københavns Kommune ikke anse sig for berettiget til at ophæve den nye rammekontrakt, hvis pkt. 34 indholdsmæssigt svarer til den gældende pkt. 34.

3.11 Spørgsmål k

Københavns Kommune spørger, om kommunen kan indgå rammekontrakter med de tre identificerede vindere af udbuddet og derefter opsigse rammekontrakten med G4S Security Services A/S med det aftale opsigelsesvarsel på 3 måneder, jf. rammekontraktens pkt. 45.

Udbudsdirektivet giver reglerne om fremgangsmåder forud indgåelse af visse kontrakter og regulerer således som udgangspunkt ikke forløbet efter kontraktindgåelse. Der findes undtagelser, hvor der i retspraksis er indfortolket virkninger af udbudsreglerne, og det virker nærliggende at tro, at opsigelse afgivet i henhold til beslutning truffet før kontraktindgåelse vil blive bedømt ligesom adgangen til aflysning.

Principielt gælder de almindelige forvaltningsretlige principper også for faktisk forvaltningsvirksomhed. G4S Security Services A/S vil derfor kunne gøre gældende, at Københavns Kommune handler usagligt og ansvarspådragende, hvis kommunen træffer beslutning om opsigelse udelukkende fordi, Hasmira Company Ltd. driver sikkerhedsvirksomhed på Vestbredden.

3.12 Sammenfatning af spørgsmål

Efter LETTs vurdering har Københavns Kommune ikke hjemmel til at anse den gældende rammekontrakt med G4S Security Services A/S for misligholdt, fordi det koncernforbundne selskab Hasmira Company Ltd. driver sikkerhedsvirksomhed på Vestbredden.

Rammekontrakten kan derfor ikke bringes til ophør uden varsel, og G4S Security Services A/S er heller ikke forpligtet til at give redegørelse efter kontraktbilaget om overholdelse af lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination mv.

Københavns Kommune ønsker at revidere sin udbudspolitik. Kommunen kan kun aflyse det igangværende udbud, hvis den nye indkøbspolitik i rimelig grad af sandsynlighed vil forhindre indgåelse af rammekontrakt med G4S Security Services A/S.

Det forekommer tvivlsomt, om Københavns Kommune med respekt af kommunalretten og fællesskabsretten som led i sin nye indkøbspolitik vil kunne udforme et eksplicit krav, hvorefter kommunens leverandører ikke må være koncernforbundet med et selskab, der driver forretningsaktiviteter på Vestbredden, uanset om selskabet på Vestbredden leverer ydelser til brug for opfyldelsen af kontrakten mellem Københavns Kommune og kommunens leverandør.

På det foreliggende mener LETT, at Klagenævnet for Udbud vil anse hel eller delvis aflysning af det igangværende udbud for usaglig, da sådan aflysning fremstår som ulovlig diskrimination af G4S Security Services A/S. Undtagelse herfra gælder måske, hvis Københavns Kommune generelt måtte vælge ikke at iværksætte nye udbud og aflyse igangværende udbud indtil den nye indkøbspolitik foreligger

Københavns Kommune kan næppe efterfølgende opsige rammekontrakten indgået på baggrund af det igangværende udbud med en begrundelse baseret på folkeretten, der ikke kunne udgøre saglig grund til at aflyse.

København, den 9. februar 2011



René Offersen