

ABService 2003
med kommentarer

ABService 2003

med kommentarer

Karsten Naundrup Olesen

FORLAGET THOMSON



GadJura

Karsten Naundrup Olesen

ABService 2003 med kommentarer

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S, København 2004

ISBN 87-619-1044-9

Omslag: Birger Gregers MDD, Frederiksberg

Sats og tryk: AKA-Print A/S, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Forord

Siden ABSERVICE 2003 blev offentliggjort i foråret 2003, synes regelsættet at have vundet en vis udbredelse blandt offentlige ordregivere, men også hos private virksomheder der er potentielle leverandører.

Efter regelsættets offentliggørelse er der fra flere sider udarbejdet en række kommentarer, dels til enkelte bestemmelser dels af mere overordnet karakter. Dette materiale kan give stof til eftertanke, når ABSERVICE 2003 skal anvendes. Imidlertid ses der ikke at foreligge en samlet fremstilling, der dels kommenterer alle paragrafferne i regelsættet, dels holder det op imod den sammenhæng, hvor i det skal anvendes, nemlig som grundlag for kontrakter om udførelse af offentlige opgaver. Det er håbet, at nærværende fremstilling kan udfylde denne plads.

I mit arbejde med ABSERVICE 2003 har jeg haft stor gavn af at kunne trække på en række personer. Særligt vil jeg i den forbindelse takke Signe Schmidt og Søren Kåre Nielsen, der begge i perioder har arbejdet i Økonomi- og Erhvervsministeriets departement, og i den position, kompetent og med tålmodighed, har besvaret mine løbende henvendelser om stort og småt vedrørende ABSERVICE 2003.

Roskilde, oktober 2004

Karsten Naundrup Olesen

Indholdsfortegnelse

Forord	5
---------------------	----------

Kapitel 1

Introduktion til bogen	11
-------------------------------------	-----------

Kapitel 2

Generelle forhold vedrørende kontrakter om offentlige serviceydelser	13
2.1 Kontrakter om offentlige serviceydelser – en ensartet størrelse?	13
2.2 Kontrakternes tilknytning til offentlig ret	14
2.2.1 Hvem kan indgå kontrakt?	14
2.2.2 Hvilket indhold kan kontrakterne have?	15
2.2.3 Anden påvirkning fra den offentlige ret	16
2.3 Samfundets interesse i kontrakterne	19
2.4 Relevant litteratur	21

Kapitel 3

Introduktion til ABSERVICE 2003	23
3.1 Hvorfor udforme ABSERVICE 2003?	23
3.2 ABS-udvalget	24
3.2.1 Udvalgets sammensætning og arbejdsgrupperne	24
3.2.2 Udvalgets opgaver	25
3.3 ABSERVICE 2003 som agreed document	26

Kapitel 4

Kommentarer til ABSERVICE 2003	29
§ 1 [Regelsættets anvendelsesområde]	30
§ 2 [Definitioner]	35
§ 3 [Overdragelse af rettigheder og pligter]	38
§ 4 [Samarbejde om kontraktens gennemførelse]	44
§ 5 [Sikkerhedsstillelse]	47
§ 6 [Leverandørens pligt til at tegne forsikring]	50
§ 7 [Krav til reyalysen]	51

§ 8	[Tidsplan for opfyldelse]	55
§ 9	[Ændring af kontrakten som følge af ordregivers ønske eller ændring i lovgivning].	56
§ 10	[Ændring af kontrakten som følge af ændrede omkostninger]	68
§ 11	[Kontrol med realydelsen]	70
§ 12	[Videregivelse af oplysninger].	73
§ 13	[Videresendelse af klager]	78
§ 14	[Betalingsfrist og uenighed om betaling].	81
§ 15	[Regulering af betalingen]	83
§ 16	[Bonus til leverandøren]	85
§ 17	[Misligholdelse – kvalitetskrav]	86
§ 18	[Misligholdelse – tidsmæssige krav]	89
§ 19	[Misligholdelse – underretningspligt]	92
§ 20	[Force majeure]	94
§ 21	[Reklamationspligt]	99
§ 22	[Reklamation – medkontrahentens svig o.l.]	102
§ 23	[Standsningsret]	103
§ 24	[Afhjælpning, efterlevering og omlevering]	107
§ 25	[Ordregivers ret til forholdsmæssigt afslag]	110
§ 26	[Bod]	111
§ 27	[Forældelse]	113
§ 28	[Erstatning for kontraktbrud].	116
§ 29	[Mulighed for at hæve kontrakten]	120
§ 30	[Virkning af ophævelse]	126
§ 31	[Forpligtelser ved arbejdsgiverskift. Medarbejderes forhold]	131
§ 32	[Anvendelse af syn og skøn]	135
§ 33	[Beslutning om udbetaling af sikkerhed m.v.].	137
§ 34	[Voldgiftsklausul]	139
Tillægsbestemmelser til ABSERVICE 2003		143
§ a	[Leverandørens pligter når serviceydelsen er sagsforberedelse – videregivelse af oplysninger og notatpligt]	144
§ b	[Leverandørens pligt til at efterleve forvaltningsretlige retsgrundsætninger]	147
§ c	[Forebyggelse af inhabilitet]	150
§ d	[Leverandørens tavshedspligt].	153
§ e	[Godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger]	155

ABService 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser	158
Forkortelser	168
Regelregister	169
Litteratur	172
Stikordsregister	175

Introduktion til bogen

I april 2003 offentliggjorde Økonomi- og Erhvervsministeriet et sæt standardbetingelser kaldet *ABService 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser* (herefter blot *ABService 2003*). Tanken med regelsættet er, at det skal kunne danne grundlag for kontrakter om udførelse af offentlige serviceydelser, eksempelvis indsamling af affald, drift af institutioner og kollektiv transport.

Når det er muligt at formulere et standardregelsæt på dette område, er det fordi kontrakter om offentlige serviceydelser – uanset hvilke opgaver de konkret drejer sig om – aktualiserer en række fælles spørgsmål. Nogle af disse spørgsmål finder man også i forbindelse med kontrakter om andre opgaver end offentlige serviceopgaver. Det gælder eksempelvis spørgsmål om ydelsens kvalitet og mulige reaktioner i tilfælde af misligholdelse. Andre emner er mere særegne for kontrakter om offentlige serviceydelser. Som eksempel kan her nævnes spørgsmål om, hvilken betydning offentligretlige bestemmelser, om eksempelvis adgang til aktindsigt og om vejledningspligt, vil have.

Ved at formulere et sæt standardregler kan man øge sandsynligheden for, at den konkrete kontrakt forholder sig til de fælles spørgsmål og derved opnår en vis kvalitet. Der er derfor god grund til at sætte sig ind i *ABService 2003*, hvis man står overfor at skulle udarbejde en kontrakt om offentlige serviceopgaver.

Imidlertid kan anvendelse af *ABService 2003* ikke alene sikre, at en kontrakt om udførelse af en offentlig serviceopgave bliver god. Det skyldes blandt andet, at alle kontraktforhold rummer nogle elementer, der er specielle for netop det forhold, og som kun den konkrete kontrakt kan tage højde for – her kan et standardregelsæt ikke bidrage til en god kontrakt. Endvidere er der en række områder, hvor *ABService 2003* enten slet ikke, eller kun i begrænset omfang, tager stilling til relevante problemstillinger. Det gælder til dels de offentligretlige aspekter, der knytter sig til kontrakter om offentlige serviceydelser, og det

gælder eksempelvis også spørgsmålet om, hvordan man tager hensyn til den samfundsmæssige interesse, der ofte er knyttet til de kontrakter, der er i fokus for anvendelse af ABSERVICE 2003.

Denne kommentar til ABSERVICE 2003 forsøger at tage højde for ovennævnte. Det sker på to måder. For det første er der i kapitel 2 en omtale af nogle af de forhold, der er særegne for kontrakter om offentlige serviceydelser, men som ikke behandles (tilstrækkeligt) i ABSERVICE 2003. Formålet med denne omtale er, at læseren, når den konkrete kontrakt skal udformes, skal have blik også for disse elementer, hvilket vil være med til at øge kontraktens kvalitet. For det andet vil der i forbindelse med kommentarerne til de enkelte bestemmelser ikke alene blive kommenteret på bestemmelsernes indhold; der vil også være kommentarer, der knytter sig til problemstillinger, som ikke er behandlet i bestemmelsen, men som har relation til de emner, den vedrører. Igen er sigtet, at fremstillingen herved kan medvirke til, at konkrete kontrakter om udførelse af offentlige serviceopgaver bliver så gode som muligt.

Generelle forhold vedrørende kontrakter om offentlige serviceydelser

2.1 Kontrakter om offentlige serviceydelser – en ensartet størrelse?

Det nærmere indhold i begrebet *offentlig serviceydelse* er omtalt i kapitel 4, i kommentaren til ABService 2003, § 1. Her skal begrebet blot beskrives gennem et par eksempler: produktion og udbringning af mad til ældre borgere, indsamling af affald samt udførelse af operationer er alle eksempler på offentlige serviceydelser.

Uanset hvilken opgave en kontrakt konkret drejer sig om, har kontrakter om offentlige serviceydelser nogle fælles træk. Nogle af disse er knyttet til kontraktens karakteristiske genstand – den offentlige serviceydelse. Med denne centrale ydelse bliver det eksempelvis kendetegnende for kontrakterne, at der typisk vil være tale om løbende opfyldelse gennem en længere periode. Ligeledes knytter den centrale ydelse kontrakterne til den offentlige sektor, typisk fordi det gennem regulering er pålagt den offentlige kontrahent at sikre ydelsens varetagelse.

Mens de har fælles træk, er kontrakter om offentlige serviceydelser også i nogle sammenhænge vidt forskellige fra hinanden. Forskellene skyldes blandt andet, at *den offentlige serviceydelse* langt fra er et entydigt begreb – og der vil være forskelle mellem kontrakter om pasning af offentlige parker og kontrakter om ambulancetjeneste. Forskellene betyder, at ikke alle problemstillinger, der gælder for én kategori af kontrakter, også gælder (lige udtalt) for andre kategorier. Tager man som eksempel en kontrakt om ambulancetjeneste og en kontrakt om rengøring på folkeskoler, er der væsentlig forskel på, hvilke konse-

kvenser manglende kontraktmæssig opfyldelse får for modtagerne af ydelser. Som følge heraf kan der tænkes forskellige vurderinger af, hvornår en misligholdelse må anses for væsentlig og dermed hævebegrundende.

Det vil altså være forkert i ét og alt at betragte kontrakter om offentlige serviceydelser som en homogen gruppe af kontrakter. Den mulige variation skal holdes i mente, når kontrakterne udformes, ligesom variationerne også skal erindres i de følgende to afsnit, der behandler nogle særlige forhold af generel betydning i forbindelse med kontrakter om offentlige serviceydelser – de omtalte forhold gør sig generelt gældende, men ikke nødvendigvis i hver eneste kontrakt, og ikke altid med samme styrke.

2.2 Kontrakternes tilknytning til offentlig ret

Offentlige serviceydelser er ofte i større eller mindre grad undergivet offentlig regulering, eksempelvis i relation til ydelsernes indhold og omfang samt hvilken offentlig instans der har ansvar for, at ydelserne er tilgængelige for borgerne. Som eksempel kan blot nævnes ambulance-tjeneste, der er reguleret dels i sygehuslovens § 6 dels – forholdsvis detaljeret – i bekendtgørelse nr. 1039/2000.

Reguleringen af kontrakternes centrale ydelse, og det forhold at den ene af kontraktens parter typisk vil være en offentlig instans, betyder, at kontrakterne får en tilknytning til den offentlige sektor. De forhold, der knytter kontrakterne til den offentlige sektor, betyder også, at kontrakterne i nogle sammenhænge udløser problemstillinger, der typisk vil skulle finde deres løsning gennem anvendelse af bidrag fra den offentlige ret. Offentlig ret får med andre ord en vis betydning for kontrakterne, uanset at disse er forankrede i kontrakt- og obligationsretten. I det følgende behandles nogle af disse emner af offentligretligt tilsnit.

2.2.1 Hvem kan indgå kontrakt?

Spørgsmålet, om hvem der kan indgå en kontrakt, er ikke særegent for kontrakter om offentlige serviceydelser. Tværtimod er det et spørgsmål, der er relevant, hver gang der skal indgås en kontrakt. De almindelige regler, om hvem der kan indgå kontrakt, finder naturligvis også anvendelse i forbindelse med kontrakter om offentlige serviceydelser. I

relation til leverandøren er der, da denne formodentlig ofte vil være et selskab, særlig grund til at fremhæve bestemmelserne om hvem der, med bindende virkning, kan forpligte selskaber. Bestemmelser herom findes for aktieselskabers vedkommende i aktieselskabslovens §§ 60-63, mens §§ 24-27 er de relevante bestemmelser i anpartsselskabsloven.

Foruden de almindelige overvejelser, omkring hvem der kan indgå som kontrahenter, er der, når der er tale om kontrakter om offentlige serviceydelser, endvidere grund til at overveje, hvilken offentlig instans der er den rette til at optræde som kontrahent i en given kontrakt. I den konkrete situation vil det typisk næppe give anledning til vanskeligheder at udpege den gren af den offentlige forvaltning, der er den rette til at optræde som kontrahent, eksempelvis om det er staten, et amt eller en kommune. Dog skal man være opmærksom på, at retten til at indgå kontrakt – ligesom andre kompetencer – kan overføres inden for det offentlige system, eksempelvis fra minister til styrelse. Et andet forhold, som også skal afklares forud for kontraktindgåelse er, hvilket organ inden for den rette offentlige instans der har retten til at indgå kontrakten. Med kommunen som eksempel er det spørgsmålet om, hvorvidt kontrakten kan indgås af forvaltningen på vegne af kommunen, eller om kontrakten skal indgås af kommunalbestyrelsen.

2.2.2 Hvilket indhold kan kontrakterne have?

Tæt forbundet med spørgsmålet om hvem der kan indgå kontrakter, finder man spørgsmålet, om hvilket indhold kontrakterne kan have. Som ved alle andre kontrakter er udgangspunktet også ved kontrakter om offentlige serviceydelser, at parterne kan give kontrakterne det indhold, de ønsker. Men som i andre sammenhænge er dette udgangspunkt om kontraktfrihed også i denne forbindelse undergivet forskellige indskrænkninger. Foruden de almene indskrænkninger er der også nogle begrænsninger i kontraktfriheden, som er følger af kontrakternes tilknytning til den offentlige ret. Et af de centrale områder hvor udstrækningen af kontraktfriheden må overvejes, finder man i spørgsmålet om, hvorvidt kontrakter om offentlige serviceydelser også kan omfatte udførelse af myndighedsopgaver. Dette spørgsmål omtales nedenfor i kommentarerne til § 1, stk. 1.

Et andet væsentligt spørgsmål er, om kontrakterne kan indeholde bestemmelser, i henhold til hvilke den offentlige kontrahent binder sig til

en bestemt fremtidig anvendelse af sin myndighed. Der kan anføres argumenter både for og imod en sådan mulighed. På den ene side vil muligheden for at binde fremtidig myndighedsudøvelse udgøre et aktiv for den offentlige instans, der i kontraktssituationen vil kunne bruge sine myndighedsbeføjelser til at forhandle sig frem til modydelser, som den ellers ikke kunne have opnået – eksempelvis en højere pris for udstykket jord mod at love en bestemt lokalplan. På den anden side kan der opstå situationer, hvor det må anses for at være klart uheldigt, hvis en myndighed ikke frit kan træffe de afgørelser, den ønsker, fordi den derved vil handle imod det aftalte og altså gøre sig skyldig i kontraktbrud. Det er vanskeligt at afgøre, hvordan de to modstående synspunkter skal afvejes, men sammenfattende må retstilstanden antages at være sådan, at offentlige myndigheder som hovedregel ikke uden lovhjemmel kan binde sig til en bestemt fremtidig anvendelse af sin myndighed, det være sig til at træffe en bestemt beslutning, til at undlade myndighedsudøvelse eller på anden måde.

2.2.3 Anden påvirkning fra den offentlige ret

Den offentlige ret finder ikke kun anvendelse i forbindelse med spørgsmålet om, hvem der kan optræde som kontrahent, og hvilket indhold kontrakterne kan have. Også i andre sammenhænge bør koncipister af kontrakter om offentlige serviceydelser inddrage offentligretlige elementer. Det gælder eksempelvis i relation til spørgsmålet om, hvorvidt de pligter, som den offentlige ret pålægger den offentlige kontrahent, også skal gælde for den private kontrahent, og i givet fald om disse forpligtelser følger umiddelbart af den offentligretlige regulering, eller om den skal pålægges gennem kontraktbestemmelser.

En af de pligter, det er nærliggende at tage stilling til, er pligten til at sikre adgang til aktindsigt i materiale vedrørende udførelse af den opgave, kontrakten drejer sig om. Udføres opgaven af en offentlig instans, reguleres dette spørgsmål dels af en række speciallove dels gennem de almene forvaltningsretlige love og af persondataloven.

Hvad angår speciallovgivningen, må koncipisten naturligvis sætte sig grundigt ind i denne i forbindelse med kontraktens udformning. I nogle tilfælde vil speciallovgivningen kun umiddelbart finde anvendelse på offentlige instanser, mens anden speciallovgivning finder anvendelse på alle udøvere af en given opgave. For det sidste kan der

henvises til lov om patienters retsstilling, der gælder for alle udøvere af sundhedsfaglig virksomhed.

For så vidt angår forvaltningsloven, finder denne, for størstedelen af bestemmelse-ernes vedkommende, kun anvendelse i forbindelse med sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed. Af den grund påkalder loven sig ikke så megen interesse i relation til kontrakter om offentlige serviceydelser.

Modsat forvaltningsloven finder offentlighedsloven også anvendelse i forbindelse med faktisk forvaltningsvirksomhed og altså offentlige serviceydelser. Det betyder, at hvor en offentlig instans præsterer en serviceydelse, vil enhver kunne få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven. Om offentlighedslovens regler om adgang til aktindsigt umiddelbart vil kunne påberåbes over for en privat virksomhed, der gennem en kontrakt udfører en offentlig serviceopgave, er der imod langt fra sikkert. Usikkerheden hænger sammen med lovens organisatoriske afgrænsning, i henhold til hvilken den kun finder anvendelse i forbindelse med virksomhed, der udøves af den offentlige forvaltning, jf. lovens § 1, stk. 1. Umiddelbart vil loven derfor kun finde anvendelse i forhold til private virksomheder i tilfælde af kontrakter om forsyning med elektricitet, naturgas og varme, jf. § 1, stk. 2, og hvis loven særligt er sat i kraft i henhold til bestemmelsen i § 1, stk. 3. Mens det er klart, at de behov, som adgangen til aktindsigt skal varetage, fortsat består, efter at en opgave er flyttet fra offentligt til privat regi, er det ikke sikkert, at muligheden for aktindsigt også fortsat eksisterer.¹ Usikkerheden på området bør lede til, at spørgsmålet løses gennem kontraktbestemmelser. ABSservice 2003 indeholder ikke bestemmelser om dette emne, hvorfor kontrahenterne selv må være opmærksomme på behovet for en kontraktbestemmelse, der regulerer adgangen til aktindsigt. Sådan en bestemmelse kan eksempelvis have følgende formulering: "I forhold til X [den private kontrahent] finder de forvaltningsretlige bestemmelser vedrørende adgang til aktindsigt anvendelse i samme omfang, som ville være gældende, hvis Y [den offentlige kontrahent] løste opgaven."

1. Se nærmere om dette emne i Karsten Naundrup Olesen: Samfundsloddet, s. 171 ff. Se også Ruth Nielsen i Jon Andersen m.fl. (red.): Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, s. 506 f.

Arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold behandler i sin rapport til ABS-udvalget² blandt andet spørgsmål om aktindsigt. Arbejdsgruppen tager udgangspunkt i, at den offentlige ordregiver ikke har en lovgivningsmæssig forpligtelse til at sikre sig adgang til at indhente oplysninger fra en privat leverandør til brug for at imødekomme en anmodning om aktindsigt efter offentlighedsloven. Af den grund fandt arbejdsgruppen ikke anledning til at foreslå, at AB-Service 2003 skulle indeholde en bestemmelse om dette emne.³ Denne tilgang til spørgsmålet om aktindsigt tager sigte på at sikre, at den offentlige ordregiver ikke, som følge af kontrakten, skal få problemer med overholdelse af sine forpligtelser. Hensynet til, også efter at serviceydelsen er flyttet til privat regi, at sikre borgerne adgang til aktindsigt tages der imidlertid ikke hensyn til. Arbejdsgruppen er dog ikke blind for denne problemstilling, idet gruppen i rapporten bemærker, "...at det – afhængig af den enkelte myndigheds egen vurdering – i visse tilfælde kan være hensigtsmæssigt at søge at sikre den enkelte borger samme adgang til aktindsigt, som hvis myndigheden selv varetog opgaven".⁴ Med andre ord netop den problemstilling der er diskuteret ovenfor.

Også persondataloven indeholder regler om adgang til aktindsigt. Loven gælder for såvel offentlige som private såkaldte dataansvarlige, hvorfor bestemmelserne også vil gælde, hvor en privat virksomhed udfører en offentlig serviceopgave.

Den udtrykkelige omtale af spørgsmålet om sikring af adgang til aktindsigt må ikke forlede til at tro, at dette er det eneste emne, hvor det er relevant at tage stilling til, om den private kontrahent skal være underlagt offentligretlige pligter. Blot som eksempel kan endvidere nævnes spørgsmål om den private kontrahents pligt til at iagttage tavshedspligt og til at sikre vejledning af modtagerne af den offentlige serviceydelse. Det må derfor anbefales, at kontrahenterne i en kontrakt om en offentlig serviceydelse over en bred front gennemtænker, om de offentligretlige instrumenter, der gælder ved det offentliges varetægelse af opgaven, også skal gælde, når opgaven løses af en privat part. For den offentlige kontrahent kan incitamentet til

2. Arbejdsgruppen og ABS-udvalget omtales nærmere i afsnit 3.2.

3. Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold, s. 73.

4. Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold, s. 73.

disse overvejelser findes i ønsket om at sikre, at borgernes retsstilling ikke forringes ved overdragelse af opgavens udførelse. Den private kontrahent kan finde motivation til arbejdet i ønsket om at få afdækket, hvilke opgaver kontrakten fører med sig, ikke kun de opgaver som den centrale ydelse direkte afføder, men også andre – mere periferer – opgaver, som trods deres mindre centrale placering kan være omkostningskrævende.

Ved udarbejdelsen af ABSERVICE 2003 var man ikke blind for kontraktens grænseflade til den offentlige ret. Således blev der under ABS-udvalget nedsat en arbejdsgruppe, der netop skulle beskæftige sig med forvaltningsmæssige forhold. Anbefalinger fra arbejdsgruppen genfindes rundt om i ABSERVICE 2003.

2.3 Samfundets interesse i kontrakterne

Mange kontrakter er kendetegnede ved, at de kun har interesse for kontrahenterne. Det er eksempelvis tilfældet med den kontrakt, der regulerer Hansens køb af Jensens parcelhus. Tilsvarende gælder for kontrakten om reparation af Jensen bil og for hans aftale om afholdelse af sølvbryllup i lokalerne hos Restaurant De Gyldne Buer. På dette punkt adskiller kontrakter om offentlige serviceydelser sig fra de fleste andre kontrakter. Det der gøre forskellen, er samfundets interesse i den konkrete kontrakt om offentlige serviceydelser.

Når det her fremhæves, at samfundet har en interesse i en kontrakt om offentlig serviceydelse, dækker det over, at kontrakten isoleret set er af interesse for samfundet. Noget sådan forekommer eksempelvis, hvor kontrakten har direkte betydning for et forhold af samfundsmæssig interesse, sådan som det er tilfældet med en kontrakt om drift af et sygehus. Denne beskrivelse af en kontrakt med samfundsmæssig interesse skal ses i modsætning til den i og for sig rimelige betragtning, at alle kontrakter har samfundsmæssig interesse, idet de indgår i en helhed, der har samfundets interesse; således er den enkelte aftale om pengelån med til at sikre tilliden til bankvæsenet, noget der er af samfundsmæssig interesse, men isoleret set er den enkelte aftale om lån til finansiering af et bilkøb uden samfundsmæssig interesse.

Selv om det ofte vil fremstå som om, en samfundsmæssig interesse er den offentlige kontrahents interesse, er det værd at pege på, at samfundets interesse i en konkret kontrakt principielt kan stå alene, og ikke

behøver være knyttet til en af kontrahenterne. Det betyder, at selv hvor det måtte være sådan, at ingen af kontrahenterne kan eller vil varetage en samfundsmæssig interesse i kontrakten, kan denne alligevel spille en rolle i kontraktforholdet.

At der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt kan få betydning i en række forskellige sammenhænge. Som et eksempel på interessens betydning kan nævnes, at interessen kan få betydning for, hvordan kontrakten skal fortolkes, idet den her indgår som et fortolkningsdatum. En samfundsmæssig interesse påvirker også væsentlighedsvurderingen i forbindelse med misligholdelse og deraf følgende mulig ophævelse. Som et sidste eksempel kan nævnes, at hvor der er en samfundsmæssig interesse knyttet til opfyldelse af realydelsen i en kontrakt, øger dette kravet til parternes tolerance i kontraktforholdet med henblik på gennemførelse af dette.

Som nævnt er opremsningen ovenfor blot eksempler på, hvilken betydning det har, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt. Interessens betydning i forhold til de forskellige emner varierer med styrken af interessen, der ikke nødvendigvis er lige stærk i forhold til alle kontrakter.

Det er muligt at indarbejde hensynet til en samfundsmæssig interesse i en standardkontrakt, og på den måde øge sandsynligheden for, at interessen bliver varetaget i den konkrete kontrakt. Desværre er der ikke foretaget en systematisk gennemtænkning af ABSERVICE 2003 ud fra denne samfundsmæssig vinkel. Af den grund, og fordi der altid vil være elementer, der ikke kan varetages gennem en standardkontrakt, er det af afgørende betydning for kvaliteten af en kontrakt om offentlige serviceydelser, at koncipisterne selv husker, først at overveje om der er samfundsmæssige interesser knyttet til deres kontrakt, og hvis det er tilfældet, at de dernæst indretter kontrakten, så den varetager denne interesse. På den måde sikres det ikke kun, at den samfundsmæssige interesse bliver varetaget, kontrahenterne får også bedre overblik over de parametre, der vil påvirke deres kontraktforhold.

I kommentaren til de enkelte bestemmelser i ABSERVICE 2003 er samfundsmæssig interessens betydning behandlet, hvor dette har relevans for de specifikke emner.

2.4 Relevant litteratur

En lang række problemstillinger er relevante i forbindelse med kontrakter om offentlige serviceydelser. Der er naturligvis sådanne almene spørgsmål, som altid kan blive aktuelle i forbindelse med indgåelse og gennemførelse af kontrakter. For en nærmere drøftelse af disse problemstillinger kan henvises til den almindelige obligations- og kontraktretlige litteratur, eksempelvis Bernhard Gomard: *Obligationsret I-IV*, Mads Bryde Andersen m.fl.: *Lærebog i obligationsret I-II*, Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* og Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*. Sidstnævnte indeholder et særskilt kapitel (kapitel 4) vedrørende aftaler med det offentlige.

Som omtalt i det foregående er der til kontrakter om offentlige serviceydelser knyttet spørgsmål, hvis besvarelse må ske under anvendelse af forvaltningsretten. Almene fremstillinger af denne findes blandt andet i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: *Forvaltningsret*, Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret – almindelige emner*, Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, Bent Christensen: *Forvaltningsret. Opgaver – hjemmel – organisation, og samme Forvaltningsret. Prøvelse*.

Endvidere afføder kontrakterne spørgsmål af mere speciel karakter, sådan som det er fremgået af dette kapitel. Tom-Erik Madell behandler spørgsmål knyttet til kompetence til at indgå kontrakter i sin omfattende disputats “Det allmänna som avtalospart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknningar” og i en fremstilling baseret på denne “Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverknningar”. Om muligheden for at binde fremtidig myndighedsudøvelse foreligger der en forholdsvis righoldig litteratur, eksempelvis Poul Andersen: *Dansk forvaltningsret*, kap. IX, Jørgen Mathiassen: *Aftaler i forvaltningsretten* § 58, Jan F. Bernt: *Forvaltningsavtaler*. En introduktion, s. 24ff, samme: *Avtaler med stat og kommune*, Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, s. 315ff, Arvid Frihagen: *Avtaler med forvaltningsmyndighetene*, s. 43ff og samme: *Forvaltningsrett (bind I)*, s. 341ff. Spørgsmålet om offentligretlige pligers betydning for den private leverandør er behandlet hos Karsten Naundrup Olesen: *Samfundsloddet*, s. 167ff. Samme værk behandler i bred forstand spørgsmålet om, hvilken betydning den samfundsmæssig interesse har for anvendelse af obligationsretten på den konkrete kontrakt.

De værker, der er nævnt i forbindelse med de mere specielle problemstillinger, behandler oftest også andre emner af relevans for kontrakter om offentlige serviceydelser, hvorfor de generelt kan anbefales, hvis man har behov for at få uddybet kendskabet til de problemstillinger, der dukker op, når man arbejder med disse kontrakter.

Afslutningvis skal det nævnes, at kontrakter om offentlige serviceydelser også aktualiserer udbudsretten, såvel de (nationale) danske regler som fællesskabsretten. Der findes flere fremstillinger vedrørende dette emne blandt andet: Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter, Erik Hørlyck: EU-udbud, Peter Lund Meyer: EU's udbudsregler, Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer samt Jesper Fabricius og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis.

Introduktion til ABService 2003

3.1 Hvorfor udforme ABService 2003?

I de seneste par årtier har der været fokus på, hvordan den offentlige sektor løser sine opgaver. I den forbindelse er det ofte blevet fremhævet, at man som et alternativ til den offentlige opgavevaretagelse kan lade private løse de opgaver, der traditionelt betegnes som offentlige. Hvordan dette nærmere skal foregå, er der forskellige bud på. Privatisering har – særlig tidligere – været nævnt som en mulighed. Herved flyttes ansvaret for at definere opgaven, og for at tilrettelægge dens indhold og kvalitet, fra en offentlig instans til en privatretlig juridisk person; sidstnævnte overtager også ansvaret for opgavens faktiske udførelse og for dens finansiering. En form for samspil mellem offentlige myndigheder og private virksomheder – eksempelvis i form af fællesjet selskab – er en anden mulighed for, at private kan deltage i løsnings af traditionelt offentlige opgaver. Som en tredje måde, hvorpå private kan udføre offentlige opgaver, kan nævnes udlicitering. Hvis en opgave bliver udliciteret, forbliver ansvaret for at definere opgaven, og for at tilrettelægge dens indhold, omfang og kvalitet hos den offentlige instans. Den offentlige instans beholder også finansieringsansvaret, mens ansvaret for selve udførelsen af opgaven overdrages til en anden, offentlig eller privat, instans.

Som en følge af debatten om – og den faktiske udvikling i – private virksomheders varetagelse af offentlige opgaver har emnet været genstand for adskillige undersøgelser de seneste 10-15 år.⁵ En række af

5. Se eksempelvis Udlicitering af offentlige drifts- og anlægsopgaver, betænkning nr. 1227/1991 (Finansministeriet, København, 1991), Udbud og udlicitering – Fakta og tendenser (Amtsrådsforeningen i Danmark, København, 1995), Erfaringer med udlicitering i kommuner og amter (PLS Consult, 1997), Udbud og udlicitering i amterne – Fakta og tendenser II (Amtsrådsforeningen i Danmark, København 1999) og Veje til bedre udbud (Erhvervsministeriet, 2000).

disse undersøgelser beskæftiger sig blandt andet med barrierer for den private opgavevaretagelse. Noget af det, der er nævnt i den forbindelse, er, at det er forbundet med problemer at indgå og gennemføre kontrakter mellem offentlige og private instanser om udførelse af offentlige opgaver. På baggrund af et ønske om at mindske disse problemer nedsatte den daværende erhvervsminister i juni 1998 det såkaldte ABS-udvalg.⁶ Udvalget fik det som sin væsentligste opgave at formulere et sæt regler, der kunne anvendes som grundlag for kontrakter om udførelse af offentlige opgaver.

3.2 ABS-udvalget

3.2.1 Udvalgets sammensætning og arbejdsgrupperne

ABS-udvalget havde 20 medlemmer, der repræsenterede forskellige ministerier og interesseorganisationer. Interesseorganisationerne var repræsentanter for kommuner og amter samt for forskellige lønmodtager- og arbejdsgivergrupper. Endvidere havde udvalget et medlem med særlig sagkyndighed inden for det juridiske område.

Foruden ABS-udvalget blev der også nedsat tre arbejdsgrupper, der inden for hvert deres område dels skulle skabe overblik over lovgivningen, dels skulle levere konkrete bidrag til ABS-udvalgets arbejde. Grupperne arbejdede med henholdsvis medarbejderforhold, forvaltningsmæssige forhold samt arbejdsmiljø, miljø og sundhed.

Arbejdsgruppen vedrørende medarbejderforhold har i en rapport til ABS-udvalget beskrevet en række problemstillinger vedrørende medarbejderforhold. Disse problemstillinger er i høj grad knyttet til lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, men også problemstillinger uden for denne lov omtales. Rapporten giver ikke udtrykkelige anbefalinger i forhold til indholdet i ABSERVICE 2003, ligesom den ikke indeholder forslag til konkrete bestemmelser. Arbejdsgruppens arbejde er slået i gennem i ABSERVICE 2003, § 31.

Den arbejdsgruppe, der blev nedsat til at beskæftige sig med forvaltningsmæssige forhold, har i sin rapport belyst den forvaltningsretlige lovgivning, der bliver relevant ved overdragelse af opgaver fra det offentlige til private virksomheder. Endvidere indeholder arbejdsgrup-

6. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 6.

pens rapport nogle overvejelser vedrørende behovet for at lade ABSERVICE 2003 indeholde forvaltningsretlige bestemmelser, ligesom rapporten indeholder forslag til konkrete bestemmelser. I ABSERVICE 2003 er arbejdsgruppens anbefalinger indarbejdet i §§ 12, 13 samt a-d.

Arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed har udarbejdet en rapport til ABS-udvalget, i hvilken arbejdsgruppen blandt andet behandler hvilke krav af miljø-, arbejdsmiljø- og sundhedsmæssig art, der kan stilles til leverandøren, og spørgsmålet om hvem der har ansvaret for at relevante regler overholdes. Rapporten indeholder en række anbefalinger, der efter arbejdsgruppens mening burde indarbejdes i ABSERVICE 2003. Endvidere indeholder rapporten forslag til en konkret bestemmelse, der ligeledes efter arbejdsgruppens opfattelse burde indgå i det endelige regelsæt. Den foreslåede konkrete bestemmelse er ikke medtaget i ABSERVICE 2003, mens flere – men ikke alle – anbefalingerne er indarbejdet i det endelige regelsæt.

3.2.2 Udvalgets opgaver

Som nævnt var det hensigten med ABS-udvalget, at dets arbejde skulle resultere i en formindskelse af de problemer, der kan være forbundet med indgåelse og gennemførelse af kontrakter om varetagelse af offentlige opgaver. Foruden dette var det også et ønske at fremme effektiviteten hos kontrahenterne, hvilket skulle sikres, dels ved at udvalgets arbejde skulle resultere i et instrument, der i den konkrete kontraktforhandling kunne frigøre ressourcer, der så kunne anvendes på emner, der er specifikke for den konkrete situation, dels ved generelt at gøre det lettere at deltage i udbudsrunder, hvilket skulle øge konkurrencen, hvilket igen skulle fremme effektiviteten.⁷ På baggrund af disse formål blev rammerne for ABS-udvalgets arbejde fastsat i et kommissorium af 26. juni 1998. I henhold til dette skulle udvalget udarbejde et sæt regler, som skulle have karakter af et aftaledokument, der var tiltrådt af parterne på området, og som skulle være frivilligt i brug. Regelsættet skulle særligt tage sigte på anvendelse i forbindelse med kontrakter om offentlige tjenesteydelser, og det skulle dække et bredt spektrum af opgaveområder i modsætning til at være en smal brancheaftale.

7. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 5.

ABSservice 2003 er resultatet af ABS-udvalgets arbejde. Regelsættet blev offentliggjort den 2. april 2003 efter at have været i høring hos relevante interessenter. Regelsættet er udgivet i form af et hæfte, der, foruden nogle indledende bemærkninger om baggrund for regelsættet, ABS-udvalgets kommissorium m.v. og en kort gengivelse af anbefalingerne fra arbejdsgrupperne, også indeholder regelsættet og ABS-udvalgets bemærkninger til de enkelte bestemmelser. ABS-udvalget har ikke udgivet nogen betænkning ud over disse bemærkninger. I tilfælde af tvivl om forståelsen af indholdet i ABSservice 2003 vil udvalgets bemærkninger indgå som fortolkningsbidrag.

3.3 ABSservice 2003 som agreed document

I henhold til kommissoriet skulle arbejdet i ABS-udvalget have været afsluttet med udgangen af år 2000. At denne frist ikke blev overholdt skyldes blandt andet, at der undervejs i arbejdet var væsentlig uenighed blandt udvalgets medlemmer om nogle af bestemmelserne i regelsættet. Uenigheden har været knyttet til bestemmelser om force majeure og om medarbejderbeskyttelse. På disse områder var uenigheden så stor, at det ikke er lykkedes at skabe overensstemmelse i ABS-udvalget. Af den grund er det offentliggjorte regelsæt ikke udtryk for en fælles holdning blandt alle ABS-udvalgets medlemmer. Således har medarbejderorganisationerne Landsorganisationen i Danmark (LO), Funktionærernes og Tjenestemændenes Fællesråd (FTF), Akademikernes Centralorganisation (AC) og Det Kommunale Kartel (DKK) valgt ikke at tiltræde ABSservice 2003, fordi organisationerne ikke finder, at regelsættet "...sikrer den nødvendige beskyttelse af de berørte medarbejdere i forbindelse med udbud og udlicitering".⁸ På arbejdsgiversiden har Dansk Byggeri og Dansk Transport og Logistik ikke kunnet anbefale anvendelse af ABSservice, fordi regelsættet ikke betragter strejker, der ikke skyldes arbejdsgiverens forhold, som force majeure.

De nævnte udvalgsmedlemmers manglende tilslutning skal ses i lyset af kommissoriets krav om, at ABSservice 2003 skulle være tiltrådt af parterne på området. ABSservice 2003 skulle med andre ord have karakter af et agreed document. Nu er ABSservice 2003 – i overensstem-

8. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSservice 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 10.

melse med kommissoriet – udformet som en bredt dækkende skabelon, der kan anvendes inden for en lang række brancher. Kredsen af potentielle parter på området er derfor stor og langt fra klart defineret. Af denne grund forekommer det problematisk, generelt at ville betegne ABSERVICE 2003 som et agreed document – når man ikke ved, hvem der i fremtiden vil anvende ABSERVICE 2003, giver det ikke mening på forhånd at kræve, at regelsættet skal være forhandlet og tiltrådt af repræsentanter for de konkrete parter. Der kan med andre ord ikke udstedes garanti for, at ABSERVICE 2003 generelt set er et agreed document – tilslutning eller ej fra alle ABS-udvalgets medlemmer. Set fra denne synsvinkel synes det derfor ikke, for en overordnet betragtning, at være et problem at der er medlemmer af ABS-udvalget, der ikke har tiltrådt regelsættet.

I forbindelse med konkret anvendelse af ABSERVICE 2003 kan det dog naturligvis få en vis betydning, om de konkrete parter må antages at have været repræsenteret ved forhandlingen af regelsættet. Kun hvis dette er tilfældet, vil ABSERVICE 2003 i det konkrete tilfælde kunne betragtes som et agreed document, med de deraf følgende særlige nuancer i forbindelse med eventuel supplerende af kontrakten. I denne sammenhæng må afvisningen fra Dansk Byggeri og især Dansk Transport og Logistik forventes at få størst betydning, da de – i modsætning til de forskellige arbejdstagerorganisationer – repræsenterer parter, der direkte kan optræde som kontrahenter i kontrakter om offentlige serviceydelser.

Også i anden sammenhæng, end i relation til spørgsmålet om ABSERVICE 2003's karakter af agreed document, kan det tænkes at få betydning for anvendelsen af regelsættet, at ikke alle medlemmer af ABS-udvalget slutter op om regelsættet. Her kan måske især den manglende tilslutning fra arbejdstagerorganisationer tænkes at få betydning; hvis kontrahenterne forventer, at anvendelse af ABSERVICE 2003 vil medføre en negativ holdning til udliciteringen blandt de involverede arbejdstagere, hvilket kan betyde, at udliciteringen ikke bliver en succes, kan det tænkes, at kontrahenterne undlader at anvende ABSERVICE 2003.

Kommentarer til ABSERVICE 2003

Med det sigte at give læseren en hurtig vej til overblik over bestemmelses indhold er hver bestemmelse forsynet med en overskrift markeret med []. Disse overskrifter er ikke autoriserede i den forstand, at de i alle tilfælde genfindes i ABSERVICE 2003.

Til de enkelte paragraffer er kommentarerne bygget op omkring nummerering ([1], [2],...). Hvert nummer indeholder kommentarer særligt knyttet til det ord eller den del af bestemmelsen hvor det er placeret. De enkelte numre kan dog også indeholde kommentarer, der er mere generelle og møttet på hele paragraffen. Det anbefales derfor at læse kommentarerne til hele paragraffen.

§ 1 [Regelsættets anvendelsesområde]

Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser (ABSERVICE) gælder ved aftaler om levering af serviceydelser,[1] når kontraktsparterne har vedtaget dette.[2]

Stk. 2. Dersom ABSERVICE er vedtaget, er individuelle bestemmelser om fravigelse af reglerne kun gældende, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske.[3]

Stk. 3. §§ a-e gælder kun, når kontraktsparterne udtrykkeligt har vedtaget en eller flere af disse bestemmelser.[4]

[1] I ABSERVICE 2003 er begrebet *serviceydelse* defineret i § 2, stk. 2, men i denne kommentar omtales begrebet allerede i det følgende. Årsagen til dette er primært, at begrebet har betydning for forståelse af, hvornår ABSERVICE 2003 kan anvendes. Endvidere spiller det ind, at definitionen i § 2, stk. 2, kun i meget begrænset omfang bidrager til at fastlægge begrebets indhold.

I henhold til definitionen i ABSERVICE 2003 § 2, stk. 2, skal begrebet *serviceydelse* forstås som “tjenesteydelser generelt”. Indholdet i begrebet uddybes i bemærkningerne til § 2, i henhold til hvilke “den typiske serviceydelse vil omfatte sammensatte elementer af service, rådgivning, vedligeholdelse m.v., der løbende leveres over tid til opfyldelse af bestemte funktionskrav, som er fastlagt i en kravspecifikation”.⁹ Også kapitel 1 i ABSERVICE 2003-hæftet indeholder bidrag til belysning af, hvad der skal forstås ved en serviceydelse. Det fremgår her, at serviceydelser står i modsætning til almindelige varekøb, og at serviceydelser kan omfatte løbende samarbejde mellem bestiller, leverandør og bruger.¹⁰

De nævnte beskrivelser af begrebet *serviceydelse* giver ikke noget klart billede af, hvad begrebet omfatter. Tager man imidlertid i betragt-

9. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 33.

10. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 12.

ning, at ABService er formuleret med henblik på at kunne anvendes i forbindelse med udbud og udlicitering i den offentlige sektor, må det dog være serviceydelser inden for netop denne sektor, der er i centrum for ABService 2003. Indholdet i begrebet *serviceydelse* må derfor naturligt skulle fastlægges inden for rammerne af de typer af opgaver, offentlige instanser udfører.

På et overordnet niveau kan de opgaver, der varetages af offentlige instanser, rubriceres som enten myndighedsudøvelse eller faktisk forvaltningsvirksomhed. Med forbehold for at disse kategorier har flydende fælles grænser, kan deres indhold kort beskrives som de dele af myndighedernes virksomhed, der har (myndighedsudøvelse), henholdsvis ikke har (faktisk forvaltning), til formål at udløse retsvirkninger.¹¹ Om myndighedsbeføjelser gælder det, at sådanne ikke uden særskilt hjemmel kan overdrages ved aftale, ligesom overdragelse til private i form af delegation heller ikke er mulig.¹² Indholdet i begrebet *serviceydelse* må herefter skulle fastlægges inden for rammerne af de faktiske forvaltningsopgaver. Faktisk forvaltningsvirksomhed dækker over en bred vifte af aktiviteter, fra indkøb af clips og hæfteklammer, til langvarige kontraktforhold, der sigter mod varetagelse af store entrepriser så som indsamling af dagrenovation eller rengøring på offentlige institutioner. I den beskrivelse af begrebet *serviceydelse*, der er givet i ABService 2003, er det fremhævet, at en serviceydelse typisk præsteres over tid. Dette karakteristikum er med til at afgrænse begrebet inden for kategorien af faktiske forvaltningsopgaver. Skal der herefter nævnes konkrete opgaver, der må betegnes som serviceydelser, kan indsamling af affald, rengøring, hjemmehjælp og ambulancetjeneste drages frem som eksempler.

De nævnte eksempler på opgaver, der må være omfattet af begrebet *serviceydelse*, er kendetegnede ved klart at ligge inden for denne kategori af offentlige opgaver. Men ABService er også tænkt til at kunne

11. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 247f. For en diskussion af grænsedragning mellem retsakter og faktiske handlinger, se Gammeltoft-Hansen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 35f. For en anderledes tilgang til begrebet faktisk forvaltning se Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 46.

12. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, s. 474, Karsten Loiborg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 145 og Grade m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 52.

anvendes i forbindelse med opgaver, der er placeret i den uklare zone mellem faktisk forvaltningsvirksomhed og myndighedsudøvelse. Dette fremgår af tillægsbestemmelsen i § a. Bestemmelsen regulerer den private leverandørs pligt til at videregive oplysninger til den offentlige kontrahent i de tilfælde, hvor serviceydelsen er sagsoplysning eller anden sagsforberedelse til brug for afgørelser i myndighedssager. En sådan realydelse kan komme til at brede sig ind over såvel faktisk forvaltningsvirksomhed som myndighedsudøvelse. Årsagen til dette er, at afgørelser i myndighedssager generelt er kendetegnede ved at skulle ske som en samlet vurdering af alle relevante oplysninger, og at afgørelserne i vid udstrækning bygger på skønsudøvelse baseret på de oplysninger, der foreligger i den konkrete sag. Med dette samspil mellem sagens oplysning og dens afgørelse kan det i praksis blive vanskeligt at adskille sagsforberedelsen (realydelsen) fra myndighedsafgørelse.¹³

[2] Det fremgår her, at det står kontrahenter frit for, om de vil anvende ABSERVICE 2003. Skal ABSERVICE 2003 danne grundlag for kontrakten, skal der ske et aktivt tilvalg fra kontrahenternes side. ABSERVICE 2003 har således ikke karakter af et deklaratorisk regelsæt, og det har næppe heller (endnu) en sådan generel gennemslagskraft, at det vil finde anvendelse som baggrundsret, i lighed med den betydning AB92 har inden for bygge- og anlægsområdet. Om krav til kontrahenternes til- og fravalg se også kommentarerne til § 1, stk. 2 og 3.

Når det overvejes, om ABSERVICE 2003 skal danne grundlag for kontrakten, skal regelsættets generelle karakter erindres. Det er en fordel ved et generelt regelsæt, at det kan anvendes i en lang række tilfælde, der afviger fra hinanden på forskellige punkter. Samtidig er det en ulempe ved det generelle regelsæt, at den konkrete situation kan aktualiserer nogle problem, som er specifikke, og ikke reguleret af det generelle regelsæt. Er den konkrete situation præget af meget specifikke problemstillinger og behov, bør det overvejes, om der kan findes andre, mere specifikke, regelsæt, der kan erstatte eller supplere ABSERVICE 2003. Sådanne regelsæt kan være andre Almindelige Betingelser, ek-

13. Om muligheder, og begrænsninger, for udlicitering af opgaver i dette grænseland mellem myndighedsudøvelse og faktisk forvaltning, se Bent Christensen: Myndighedsopgaver og udlicitering. Responsum til Udliciteringsrådet; udsendt af Udliciteringsrådet, København 1997.

sempelvis AB92 og ABR89, eller branchestandarder for kontraktvilkår.

Såfremt ABService 2003 skal danne grundlag for kontrakten, og denne skal indgås på baggrund af en udbudsrunde, må regelsættet indgå som en del af udbudsmaterialet. Gør det ikke det, er udbudsmaterialet næppe tilstrækkeligt klart til at sikre, at potentielle leverandører kan vurdere, om de skal tage del i udbudsrunden.¹⁴

[3] Har kontrahenterne valgt at gøre brug af ABService 2003, jf. § 1, stk. 1, er det som udgangspunkt hele regelsættet, der finder anvendelse, med undtagelse af tillægsbestemmelserne i §§ a-e, jf. § 1, stk. 3. Med § 1, stk. 2 er der imidlertid åbnet mulighed for, at dele af regelsættet kan fravælges. Behovet for individuel fravigelse af ABService 2003 aktualiseres af, at ABService 2003 er standardkontrakt for vidt forskellige realydelser, der givet skal præsteres under meget varierende betingelser. Der er derfor bestemmelser i ABService 2003, der vil være relevante for nogle kontrakter, mens de i andre sammenhænge ikke vil være hensigtsmæssige. Kontraktparterne må derfor i de konkrete situationer overveje indholdet i de enkelte bestemmelser, og ikke mindst hvilke følger disse kan få i det foreliggende kontraktforhold.

Hvis der konkret foretages ændringer i ABService 2003's bestemmelser, eller enkelte af disse helt fravælges, skal kontraktparterne være opmærksomme på, hvilke sammenhænge de berørte bestemmelser indgår i – ABService 2003 er en sammenhængende kontrakttekst, og foretages der ændringer ét eller flere steder, kan konsekvensændringer blive nødvendige.

Kravet om tydelig og udtrykkelig angivelse af eventuel fravigelse skal læses i forlængelse af den almindelige kontraktretlige praksis hvor efter fravigelse af det almindeligt gældende kræver klare bestemmelser herom. Der kan i denne forbindelse være grund til at nævne, at uklarhedsreglen (koncipistreglen) har mindre betydning ved fortolkning i de tilfælde hvor ABService 2003 må betragtes som et agreed document, jf. herom i afsnit 3.3. I øvrigt vil ABService 2003's status som agreed document svinde i takt med at enkeltbestemmelser vælges fra eller ændres.

14. Om dette formål med de fællesskabsretlige udbudsregler, se Steinicke og Groesmyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, s. 605f.

Afviselser fra ABSERVICE 2003 behøver ikke fremgå af selve kontrakten, men kan også ske gennem udbudsmaterialet, der ligger til grund for denne.¹⁵ Hvad der er anført om tydelig fravigelse skal dog erindres, og taler for at fravigelser, der fremgår af udbudsmaterialet, gentages i den endelige kontrakt.

[4] Bestemmelserne i §§ a-e vedrørende forskellige forvaltningsretlige emner (§§ a-c), tavshedspligt for leverandøren (§ d) og muligheder for godtgørelse til leverandøren i tilfælde af prisstigninger på materialer og brændstof der skal anvendes i forbindelse med præstation af serviceydelsen (§ e).

Bestemmelserne er placeret som de sidste i ABSERVICE 2003 under overskriften "Tillægsbestemmelser til ABSERVICE 2003". Med indholdet i § 1, stk. 3, er det nødvendigt med positivt tilvalg af §§ a-e, hvis disse skal være en del af kontrakten. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt at vælge ABSERVICE 2003 som grundlag for kontrakten – den eller de af bestemmelserne i §§ a-e, der ønskes som en del af kontrakten, skal nævnes udtrykkeligt. Denne konstruktion skyldes, at ABS-udvalget ikke fandt, at bestemmelserne kunne anses for at være udtryk for formodede standardønsker hos kontrahenterne af kontrakter om serviceydelser, eller også at bestemmelserne regulerer situationer, som kræver visse forudsætninger, der ikke altid kan forventes at foreligge, når der skal indgås kontrakt om en serviceydelse.¹⁶ Med henblik på at opretholde regelsættets karakter af et agreed document blev bestemmelserne derfor adskilt fra de øvrige bestemmelser i ABSERVICE 2003 via bestemmelsen i § 1, stk. 3. Adskillelsen er fremhævet gennem bestemmelsernes placering og nummering.

Det skal bemærkes, at i nogle sammenhænge vil den offentlige ordregiver have pligt til at sikre, at leverandøren arbejder i overensstemmelse med retningslinier svarende til dem, der er udtrykt i tillægsbestemmelserne. Det er eksempelvis tilfældet, for så vidt angår de garantier for retssikkerhed, som er genstand for regulering i § b.

15. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003 Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 32.

16. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003 Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 32 og 67.

§ 2 [Definitioner]

Ved »aftalen«[1] forstås kontraktsparternes aftale om levering af serviceydelsen samt alle kontraktbilag og tillæg m.v. til de nævnte dokumenter.[2]

Stk. 2. Ved »serviceydelser« forstås tjenesteydelser generelt.[3]

Stk. 3. Ved »kontraktsparter« forstås ordregiver og leverandør.

Stk. 4. Ved »leverandør« forstås den, som påtager sig at udføre en bestemt opgave i henhold til aftalen,[4] og ved »ordregiver« forstås den, der antager leverandøren til at udføre opgaven.[5]

Stk. 5. Alle angivne beløb er eksklusiv moms.

Stk. 6. Aftalen er undergivet dansk ret.[6]

[1] ABSERVICE 2003 anvender ordet *aftale* frem for ordet *kontrakt*, uden at dette dog sker konsekvent, jf. blot anvendelsen af ordet *kontraktsparternes* umiddelbart efter. Nogen sondring mellem *aftale* og *kontrakt* synes derfor ikke tilsigtet.

[2] Med bestemmelsen er det fremhævet, at kontrakter om serviceydelser ikke blot består af selve kontraktteksten, men også af eventuelle bilag m.v. Relevansen af denne bestemmelse bliver tydelig, når det erindres, at serviceydelser ofte er komplekse størrelser, hvorfor specificitation af ydelsens kvalitet og kvantitet kan antage et omfang, der gør det hensigtsmæssigt at placerer denne i bilag til den egentlige kontrakt. Den gode kontrakt indeholder en bestemmelse, hvor alle de dokumenter, der indgår som dele i kontrakten, opregnes, og hvor de forskellige dokumenters indbyrdes rangorden bliver lagt fast.

Da indgåelse af kontrakt på grundlag af ABSERVICE 2003 typisk vil ske som resultat af et udbud, skal det bemærkes, at også udbudsmaterialet vil have betydning for forståelsen af den endelige kontrakt. Endvidere skal ordregiver være opmærksom på, at hvis ABSERVICE 2003 skal danne grundlag for kontrakten, må denne indgå som en del af udbudsmaterialet, da dette ellers næppe kan anses for at være tilstrækkeligt

klart til at sikre, at potentielle leverandører kan vurdere, om de ønsker at afgive tilbud.¹⁷

[3] For en nærmere omtale af begrebet *serviceydelse* henvises til kommentaren til § 1, stk. 1.

[4] Med denne terminologi bliver leverandøren altså realdebitor og pengecreditor i kontraktforholdet. Leverandøren kan være en privat virksomhed eller en offentlig instans – ABSERVICE 2003 differentierer ikke i denne forbindelse. Hvis leverandøren er en offentlig instans, vil de forvaltningsretlige bestemmelser i ABSERVICE 2003 (bestemmelserne i §§ 12 og 13 samt §§ a-d) dog til dels miste deres relevans. I en sådan situation kan disse bestemmelser fravælges, jf. § 1, stk. 2.

Såfremt en offentlig instans vil optræde som leverandør, skal man iagttage reglerne om offentlige instansers muligheder for at udøve erhvervsaktivitet. På det kommunale niveau sættes rammerne på dette område af kommunalfuldmagten samt lov om kommuners og amtskommuners deltagelse i erhvervsudviklingsaktiviteter, lov om kommuners og amtskommuners samarbejde med aktieselskaber m.v. og lov om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder.¹⁸

[5] Ordregiver er kontraktforholdets realkreditor og pengedebitor. Selv om det ikke fremgår direkte af selve regelsættet, er ABSERVICE 2003 udformet særligt med henblik på anvendelse i forbindelse med udbud og kontraktindgåelse i den offentlige sektor. Dette betyder, at ordregiver er tænkt at være en offentlig instans.¹⁹ Bestemmelserne i §§ 12, 13 samt a-d tager udtrykkeligt sigte på, at der er tale om en offentlig ordregiver, mens samme antagelse indirekte fremgår af bestemmelsen i § 30, stk. 3. Ud over de nævnte bestemmelser er det for så vidt muligt at anvende ABSERVICE 2003 også ved indgåelse af kontrakter mellem private parter.

17. Om dette formål med de fællesskabsretlige udbudsregler, se Steinicke og Groesmejer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, s. 605f.

18. Om disse regelsæts betydning for kommunal erhvervsudøvelse se Frederik Gammelegaard: Kommunal erhvervsvirksomhed.

19. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003 Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 33.

[6] Bestemmelsen gør op med spørgsmålet om, hvilket lands love der skal anvendes på en eventuel tvist i anledning af kontraktforholdet. Bestemmelsen har naturligvis primært relevans i tilfælde, hvor leverandøren er processuel udlænding. Noget sådant kan tænkes, særligt når der henses til de fællesskabsretlige regler om, at hvis offentlige opgaver ønskes løst af eksterne parter, skal der foretages udbud på unionsniveau, givet at opgaverne har en vis økonomisk størrelse.

Selv om det må anses for at være en naturlig reaktion hos en ordregivende, dansk offentlig instans at foretrække dansk ret som grundlag for konfliktløsning, bør det i hvert enkelt tilfælde overvejes, om der konkret er forhold, der taler for at anvende anden lov, mest nærliggende loven i leverandørens hjemland. Elementerne i disse overvejelser er her de samme, som de der altid bør indgå i overvejelser om lovvalg.

Bestemmelsen i § 2, stk. 6, tager ikke højde for valg af forum for en eventuel tvist. I § 34 er det imidlertid fastsat, at enhver tvist mellem kontrahenterne skal afgøres efter Det Danske Voldgiftsinstituts regler, hvilket betyder, at en tvist skal afgøres af en voldgiftsret med hjemsted i København, jf. Regler for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut, §§ 1 og 2.

§ 3 [Overdragelse af rettigheder og pligter]

Kontraktsparterne kan overdrage deres rettigheder i henhold til aftalen.[1]

Stk. 2. Overdrager leverandøren uforfaldne krav i henhold til aftalen, går transporter, som står i forbindelse med opgaveløsningen, forud for andre transporter.[2]

Stk. 3. Uden den anden kontraktsparts samtykke kan kontraktsparterne ikke overføre deres forpligtelser til andre.[3][4][5]

Stk. 4. Leverandøren kan overlade dele af opgavens praktiske udførelse til en underleverandør,[6] medmindre ordregiveren har saglige grunde til at nægte dette.[7] Ordregiveren skal i givet fald orienteres herom i rimelig tid forinden underleverandøren påbegynder udførelsen af sin opgave.[8]

[1] Bestemmelsen kodificerer blot dansk obligationsrets almindelige regel om kreditorskifte, i henhold til hvilken rettigheder er frit overførbare. Selv om der ikke er taget udtrykkelig stilling til det i ABSERVICE 2003, vil også de almindelige begrænsninger i nævnte hovedregel være gældende. Bestemmelsen i stk. 1 skal også ses i sammenhæng med stk. 2.

Trods bestemmelsens ordlyd kan ordregivers muligheder for at overdrage sine rettigheder – primært retten til at kræve serviceydelsen udført – til andre myndigheder være begrænsede. Begrænsningen skal findes i udbudsreglerne, fordi overdragelse – eller rettere modtagelse – kan blive betragtet som den modtagende myndigheds forsøg på at omgå pligten til at foretage udbud. Begrænsninger af denne art må dog netop være reserveret til tilfælde, hvor overdragelsen har til formål eller til følge at krænke formålet med udbudsreglerne. Er der der imod tale om, at en kontrakt, indgået i overensstemmelse med udbudsreglerne, overdrages uden forandringer – herunder særlig for så vidt angår omfang af ydelser og tidsmæssig udstrækning – synes overdragelsen ikke at kunne blive mødt med indsigelser af udbudsretlig karakter.²⁰

20. Se Kai Krüger i Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke (red.): Udførelse af offentlig opgave via kontrakt, s. 97.

Efter overdragelsen vil kontrakten stadig være omfattet af udbudsreglerne, hvilket blandt andet vil have betydning i forhold til mulighederne for at ændre kontrakten.²¹

[2] Det er i bemærkningerne til bestemmelsen påpeget, at denne svarer til AB92 § 5, stk. 2, om vedkommende transporter. Bestemmelsen tager højde for den situation, at leverandøren anvender sine fremtidige tilgodehavender i henhold til kontrakten til betaling eller sikkerhed i andre forhold. Noget sådant kan særligt være relevant, hvor der, som i ABSERVICE 2003-sammenhæng, er tale om løbende opfyldelse af kontrakten. Men en sådan disponering over uforfaldne krav kan give anledning til betænkelighed hos ordregiver, fordi den leverandør, der allerede har videregivet sin fremtidige indtjening i henhold til kontrakten, dels kan blive mindre interesseret i at opfylde, dels, og vigtigst, kan blive ude af stand til at opfylde som følge af manglende økonomiske ressourcer – de penge, leverandøren skulle have anvendt til at aflønne sine ansatte, er allerede givet videre til banken som afdrag på kassekrediten. Bestemmelsen i § 3, stk. 2, mindsker ordregivers risiko i denne sammenhæng, men giver samtidig leverandøren mulighed for at anvende uforfaldne krav til finansiering af sin virksomhed. Dette sker ved, at bestemmelsen tillader, at leverandøren overdrager uforfaldne krav – jf. den almindelige adgang til at foretage kreditorkifte i § 3, stk. 1 – men at det samtidig foreskrives, at hvis der sker flere overdragelser, vil sådanne der har tilknytning til opfyldelse af kontrakten gå for ud for andre uden denne tilknytning. Eksempelvis vil den transport, der sker for at indkøbe materiel, der skal bruges ved præstation af realydelsen, gå forud for den transport, der skal finansiere indkøb af ny firmabil til leverandørens direktør. Bestemmelsen har hermed betydning for leverandørens kreditorer, idet den fastsætter regler for, i hvilken rækkefølge de kan blive opfyldt. Kreditor med en uvedkommende fordring må respektere den rådighedsbegrænsning der ligger i § 3, stk. 2, jf. gældsbrevslovens § 27.²²

Bestemmelsen i § 3, stk. 2, tager ikke stilling til, i hvilken rækkefølge der skal ske opfyldelse, hvis leverandøren har foretaget overdra-

21. Ser hertil EF-domstolens afgørelse i sagen C-44/96 (Samlingen 1998 I-73), præmis 42-46.

22. Se Bernhard Gomard: Obligationsret 3. del, s. 89

gelse af uforfaldne krav til flere kreditorer, der alle har krav med tilknytning til udførelse af realkredit. Medmindre andet er aftalt, vil fyldestgørelse i sådanne tilfælde skulle ske i en rækkefølge fastsat efter de tidspunkter, hvor transporthaverne har anmeldt deres krav til ordregiver – først anmeldelse, først fyldestgørelse, jf. gældslovens § 31, stk. 2.²³

[3] Bestemmelsen regulerer kontrahenternes adgang til at foretage debitorskifte, altså overdrage forpligtelser. Den svarer i sit indhold til den almindelige obligationsretlige regel om emnet, nemlig et forbud mod skyldnerskifte uden kreditors samtykke, og bestemmelsen kan ikke anses for at være udtryk for andet end dette, jf. også ABS-udvalgets bemærkninger til § 3. Dette betyder, at de undtagelser, der findes til det generelle forbud mod debitorskifte, også gælder i forhold til parterne i en ABSERVICE 2003-kontrakt. Der er i denne forbindelse særlig grund til at fremhæve den modifikation af forbudet mod debitorskifte, der ligger i reglerne om universalsuccession ved selskabsfusioner, jf. aktieselskabslovens § 134 og anpartselskabslovens § 65. Det følger af disse regler, at ordregiver i tilfælde af leverandørens fusion må acceptere, at opgaven for fremtiden bliver løst af en anden juridisk person, end den der oprindeligt fik opgaven tildelt. Det er vel langt fra sikkert, at den offentlige ordregiver i alle tilfælde vil være tilfreds med dette. Til illustration kan man forestille sig, at X-købing kommune har indgået en kontrakt med Realdebitor A/S, i henhold til hvilken selskabet skal drive kommunens plejehjem. Kommunen har ved indgåelsen lagt særlig vægt på, at det var Realdebitor A/S, man indgik kontrakten med, da netop dette selskab har vist sig at kunne levere den ydelse, det forpligter sig til, både hvad angår kvaliteten (flotte faciliteter, sund og velsmagende kost, meget lave tal for medicinering med sovemedicin m.v.) og prisen. På dette område adskiller Realdebitor A/S sig fra de fleste andre aktører på markedet for plejeservice, der generelt er præget af skandaler, hvor de ældre bliver misrøgtet og budgetter for kontraktsummer sprængt. Efter indgåelsen af kontrakten fusionerer Realdebitor A/S med NY Realdebitor A/S med sidstnævnte som det fortsættende selskab. NY Realdebitor A/S er almindeligt kendt for ikke at kunne leve

23. Se Bernhard Gomard: Obligationsret 3. del, s. 98f og von Eyben m.fl.: Lærebog i obligationsret II, s. 52.

op til de kontraktlige forpligtelser, det påtager sig, og senest har der været tilfælde, hvor embedslægen har måttet skride ind over for plejehjem drevet af NY Realdebitor A/S. I dette tilfælde betyder de selskabsretlige regler, at X-købing Kommune må acceptere den nye debitor. For at undgå noget sådant, og ikke mindst for i sidste ende at undgå uheldige oplevelser for de borgere, der er modtagere af serviceydelsen, bør spørgsmålet om debitorskifte gøres til genstand for en mere grundig behandling, end det der vil være tilfældet, hvis parterne blot uden videre anvender ABSservice 2003 på dette spørgsmål. I relation til debitorskifte som følge af fusion kan kontrakten eksempelvis indeholde en bestemmelse om, at fusion hos leverandøren er opsigelsesgrund for ordregiver. En sådan bestemmelse kan opleves som forholdsvis byrdefuld hos leverandøren, noget der dog må kunne imødegås med nærmere bestemmelser om vilkårene for opsigelsen, herunder blandt andet fristen for opsigelse.

[4] I henhold til bestemmelsens ordlyd vil det heller ikke være muligt for den offentlige ordregiver at overføre sine forpligtelser til andre. For kontrakter der indgås i tiden frem til den planlagte kommunesammenlægning og reorganisering af amterne i år 2007 kan dette være uhenigtsmæssigt, såfremt der er mulighed for, at kontrakten tidsmæssigt vil strække sig til tiden efter en eventuel sammenlægning. Offentlige ordregiver bør derfor overveje at lade deres kontrakter indeholde bestemmelser, der giver mulighed for at overføre såvel rettigheder som pligter i tilfælde af sammenlægning mellem ordregiver og andre kommuner eller i forbindelse omfordeling af opgaver i tilknytning til forandringerne i den amtskommunale struktur.

Det skal i forbindelse med dette emne bemærkes, at det er højst tænkeligt, at spørgsmålet om såvel debitor- som kreditorskifte i forbindelse med reformen af den kommunale struktur bliver løst gennem lovgivning. Noget sådant var tilfældet i forbindelse med ændringen af den kommunale struktur på Bornholm, hvor det nye regionsråd er indtrådt i alle de tidligere kommunalbestyrelses og i amtsrådets rettigheder og forpligtelser, jf. lov nr. 144 af 25. marts 2002, § 3. Samme resultat er opnået i forbindelse med sammenlægningen af kommunerne Marstal og Ærøskøbing.

[5] Bestemmelsen i § 3, stk. 3, åbner mulighed for, at parterne udtrykkeligt kan acceptere et debitorskifte. I den forbindelse skal den offentlige ordregiver være opmærksom på de begrænsninger, der er en følge af udbudsreglerne. Som udgangspunkt vil et skifte af leverandør inden for kontraktperioden kræve et fornyet udbud.

[6] I ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen er det understreget, at der ikke, ved at overlade dele af opgavens praktiske udførelse til en underleverandør, bliver tale om et debitorskifte. Dette betyder, at det, også efter at udførelsen eventuelt er overladt, fortsat vil være leverandøren der, i forhold til ordregiver, er ansvarlig for kontraktens retmæssige opfyldelse.

[7] Det fremgår af ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen, at kravet om saglige grunde, for at nægte anvendelse af en underleverandør, skal ses i lyset af almindelige krav til saglighed i forvaltningen samt almindelige kontraktretlige loyalitetskrav.

En ABSERVICE 2003-kontrakt er, trods den offentlige ordregiver og offentlige realydelse, forankret i formueretten. Af den grund må den almindelige obligationsretlige loyalitetspligt gælde for forholdet. Samtidig skal det fastholdes, at kontrakten er en del af det offentliges virksomhed, og at dele af forvaltningsretten derfor vil have betydning for kontraktforholdet. Til disse dele må blandt andet regnes kravet om, at offentlige instanser skal basere deres virksomhed på saglige hensyn.²⁴ Her foreligger der således et tydeligt eksempel på, hvordan offentlige instansers brug af kontrakter aktiverer såvel privatret som offentlig ret. Hvor dette er tilfældet, bør det generelt give anledning til ekstra opmærksomhed hos de involverede, hvilket naturligvis også gør sig gældende i forbindelse med saglighedskravet i § 3, stk. 4.

Det, som kontraktparterne skal være opmærksomme på i forbindelse med § 3, stk. 4, er, at den obligationsretlige loyalitetspligt og forvaltningsrettens forbud mod usaglige (uvedkommende) hensyn ikke i alle tilfælde giver de samme muligheder for at nægte anvendelse af en underleverandør. Der kan med andre ord være forskel på, hvad der er sag-

24. Se Jens Garde i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 186f og s. 190. Se også rapporten fra arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold, s. 56f.

ligt i henhold til de to regler. Et eksempel: leverandøren ønsker at gøre brug af en underleverandør, men den offentlige ordregiver ønsker ikke, at denne skal udføre arbejdet, da underleverandøren har en betydelig skattegæld, der dog ikke har en sådan størrelse, at underleverandøren af den grund må anses for at være ude af stand til at løse opgaven. I denne situation vil ordregiver kunne nægte leverandøren ret til at overlade opgaven til underleverandøren uden derved at komme i strid med den obligationsretlige loyalitetspligt. I denne sammenhæng er der altså tale om en – i ABSERVICE 2003's terminologi – saglig grund til afvisningen. I relation til den forvaltningsretlige lære om uvedkommende (usaglige) hensyn stiller sagen sig imidlertid anderledes. I henhold til denne lære vil den offentlig instans ikke uden særskilt hjemmel, alene ved at henvise til (under-)leverandørens skattegæld, kunne afvise at anvende denne. Når det skal vurderes ud fra forvaltningsretten, vil ordregivers afvisning med andre ord ikke være sagligt begrundet.

Selv om det langt fra er alle begrundelser for at afvise en underentreprenør, der må bedømmes forskelligt i relation til saglighed efter henholdsvis obligationsretten og forvaltningsretten, viser eksemplet ovenfor, at kravet, om "saglige grunde til at nægte" leverandøren ret til at overlade opgaven til en underleverandør, ikke er let at håndtere, for så vidt angår at afgøre, hvad der er saglige grunde, og hvad der ikke er.

Det er ikke bestemmelsen i § 3, stk. 4, der er årsag til vanskelighederne, idet både den obligationsretlige loyalitetspligt og det forvaltningsretlige forbud mod uvedkommende hensyn vil være gældende for kontraktforholdet uanset § 3, stk. 4. Dette betyder også, at parterne ikke kan aftale sig ud af disse vanskeligheder. Endvidere er det sådan, at ingen af de to krav har permanent forrang frem for det andet i tilfælde af uoverensstemmelse i saglighedsvurderingen. I stedet må det være sådan, at det til stadighed er det af de to krav, der stiller det strengeste krav til ordregiver, der skal opfyldes, for at ordregiver er berettiget til at nægte leverandørens antagelse af en underleverandør.

[8] Vil ordregiver modsætte sig anvendelsen af en underleverandør, må meddelelse om dette foretages hurtigst muligt, jf. den almindelige forpligtelse i kontraktforhold til at bestæbe sig på ikke at afstedkomme unødvendige gener for medkontrahenter.

§ 4 [Samarbejde om kontraktens gennemførelse]

Såfremt en af kontraktsparterne ønsker det, nedsættes en følgegruppe[1] til løbende dialog og opfølgning vedrørende aftalen. Følgegruppen skal i øvrigt behandle spørgsmål, som ikke har fundet deres afklaring i aftalen.[2][3]

[1] ABSERVICE 2003 tager ikke stilling til sammensætningen af en sådan følgegruppe, hvilket er naturligt, da de konkrete forhold må være afgørende for, hvilke interesser der skal repræsenteres i et sådant organ. Det ligger lige for, at kontrahenternes interesser er repræsenteret i en følgegruppe. Der foruden kan man, i de tilfælde hvor realydelsen ikke præsteres over for ordregiver, men over for borgere (tredjemand), tænke sig, at følgegruppen omfatter repræsentanter for kredsen af borgere, der modtager realydelsen.

Også emner som procedure for følgegruppens arbejde, gruppens ret til indsigt i forhold om opgavens udførelse og ikke mindst dens kompetence, bør fastlægges i kontrakten eller bilag til denne.

[2] Det er vigtigt for forståelsen af § 4, at man erindrer, at de realydelser, der er i centrum for ABSERVICE 2003, typisk skal præsteres over tid, og at ydelserne endvidere i mange tilfælde har en kompleks karakter. Af disse grunde vil det ofte være vanskeligt – hvis ikke umuligt – at beskrive realydelsen udtømmende ved kontraktens indgåelse. En sådan beskrivelse vil måske heller ikke ubetinget være ønskværdig, da man derved gør det vanskeligere at foretage tilpasninger, der enten er blevet aktualiseret af den omgivende verdens udvikling over tid, eller af at kontrahenterne gennem den løbende opfyldelse af kontrakten indvinde erfaringer, som de ønsker skal slå igennem i kontraktens krav til realydelsen. Der kan således være gode grunde til, at kontrakten ikke endeligt gør op med alle forhold vedrørende dens gennemførelse. På den anden side kan sådan lakuner give anledning til uenighed mellem kontrahenterne, om hvilke krav der kan stilles til realydelsen. Er der nedsat en følgegruppe i henhold til § 4, vil denne gruppe skulle forsøge at løse sådanne problemer.

Foruden denne opgave med at foretage nødvendig supplering, foreskriver § 4 også, at en eventuel følgegruppe skal føre en løbende dialog og foretage opfølgning vedrørende kontrakten.

Hvis der nedsættes en følgegruppe i henhold til § 4, skal det afgøres, hvilke forpligtelser dette lægger på kontrahenterne i retning af at samarbejde om kontraktens gennemførelse. Allerede i henhold til den obligationsretlige loyalitetspligt, vil kontrahenterne skulle arbejde for at kontrakten vil blive gennemført. Dette gælder, både hvor gennemførelsen kræver, at kontrakten suppleres, men også hvor gennemførelse er afhængig af andet, eksempelvis mindre justeringer af kontrakten. Loyalitetspligten må således udgøre den nedre grænse for, hvilke pligter der følger af § 4. Spørgsmålet er herefter, om § 4 stiller krav til kontrahenterne, ud over hvad der følger af loyalitetspligten.

Efter bestemmelsens ordlyd er der tale om en indsatsforpligtelse for kontrahenterne, mens omfanget af forpligtelsen ikke er fastlagt. ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen giver et mindre fingerpeg om forpligtelsens omfang, idet det påpeges, at formålet med bestemmelsen er at forebygge, at uoverensstemmelser skal løses efter tvistløsningsbestemmelserne i §§ 32-34, det vil sige ved voldgift. Det ønskede resultat af følgegruppens arbejde er herved fastlagt, mens det stadig er ubeskrevet, hvor langt kontrahenterne har pligt til at gå for at opnå dette.

Det må overvejes, om den blotte tilstedeværelse af bestemmelsen i § 4 kan betyde, at parternes pligt til samarbejde bliver udvidet i forhold til loyalitetspligten. På baggrund af bestemmelsens meget uforpligtende ordlyd synes dette ikke at være tilfældet, særligt ikke når der henvises til loyalitetspligtens omfang, jf. straks nedenfor. Det skal dog her bemærkes, at eventuelle tillægsbestemmelser vedrørende følgegruppens arbejde naturligvis kan ændre på dette billede.

Sammenfattende synes parternes pligter i henhold til § 4, ikke at strække sig ud over hvad der allerede følger af loyalitetspligten. Den overordnede beskrivelse af loyalitetspligten som kontrahenternes pligt til at samarbejde om kontraktens gennemførelse har et generelt indhold fælles for alle kontrakter, men dækker også over et indhold som varierer med de konkrete omstændigheder knyttet til den enkelte kontrakt. I relation til ABSERVICE 2003 skal det nævnes, at hvor realydelsen har direkte betydning for tredjemand – hvilket ofte vil være tilfældet, jf. blot hvor realydelsen er leverance af mad til ældre eller kørsel med udryk-

ningskøretøjer – vil dette formodentlig udvide parternes indbyrdes loyalitetspligt. Årsagen til dette skal findes i det forhold, at loyalitetspligten er begrundet i hensynet til konsekvenserne af manglende gennemførelse af kontrakten, og påvirkningen af tredjemand øger disse konsekvenser.²⁵

Selv om en følgegruppe i henhold til § 4 ikke pålægger kontrahenterne forpligtelser, ud over hvad der gælder efter de almindelig obligationsretlige regler, kan det være godt at nedsætte en sådan gruppe. Dels vil det sætte fokus på ønsket om at samarbejde om kontraktens gennemførelse, dels vil det skabe formaliserede rammer for et sådant samarbejde, hvilket kan være med til at lette processen, når behovet for samarbejde opstår.

[3] Hvor kontrakten er resultat af en udbudsrunde, skal følgegruppens arbejde med at “behandle spørgsmål som ikke har fundet deres afklaring i aftalen” udføres under iagttagelse af udbudsreglerne og de deraf følgende begrænsninger i mulighederne for at foretage ændringer i kontrakter indgået efter udbud. Se nærmere om dette emne i kommentaren til § 9.

25. Se nærmere om loyalitetspligt i forbindelse med det offentlige kontrakter om tjenesteydelser i Karsten Naundrup Olesen: Samfundsloddet, s. 198ff.

§ 5 [Sikkerhedsstillelse]

Såfremt det kræves i udbudsmaterialet,[1] stiller leverandøren sikkerhed for et beløb svarende til 10% af den gennemsnitlige årlige kontraktsum. Sikkerheden skal opretholdes indtil 3 måneder efter kontraktperiodens udløb og nedskrives ikke i perioden.[2]

Stk. 2. Sikkerheden skal stilles senest 8 hverdage efter aftalens indgåelse i form af pengeinstitutgaranti eller kautionsforsikring eller på anden betryggende måde.[3]

Stk. 3. Sikkerheden tjener til fyldestgørelse af alle krav, som ordregiveren har i anledning af aftaleforholdet, herunder krav vedrørende eventuelle ekstraarbejder og tilbagebetalinger.[4]

Stk. 4. Hvis ordregiveren ønsker udbetaling i henhold til den stillede sikkerhed, skal dette samtidigt meddeles leverandøren og garanten med nøje angivelse af arten og omfanget af den påståede misligholdelse samt størrelsen af det krævede beløb. Dette udbetales til ordregiveren inden 10 hverdage fra meddelelsens fremkomst, medmindre leverandøren forinden har indbragt spørgsmålet om udbetalingskravets berettigelse for Det Danske Voldgiftsinstitut, jf. § 33.

[1] I modsætning til hvad der er gældende i kontraktforhold reguleret af AB92, er udgangspunktet efter ABService 2003 at leverandøren ikke skal stille sikkerhed. Ønsker ordregiver sikkerhedsstillelse, skal der altså ske en udtrykkelig tilkendegivelse af dette i udbudsmaterialet. I tilfælde af fællesskabsretlig udbud skal krav om sikkerhedsstillelse endvidere nævnes udtrykkeligt i den udbudsbekendtgørelse, der offentliggøres i EF-tidende, jf. tjenesteydelsesdirektivet.²⁶

26. Kravet fremgår af direktiv 2001/78/EF, bilag V, pkt. III.1.1). Det nye udbudsdirektiv vedrørende indkøb af offentlige tjenesteydelser (direktiv 2004/18/EF) indeholder tilsvarende krav, jf. bilag VII.A. Direktivet skal være gennemført i medlemslandene senest den 31. januar 2006, men det forventes at direktivet er gennemført i Danmark ved årsskiftet 2004/2005.

Om behovet for at kræve sikkerhedstillelse, se bemærkningerne nedenfor under punkt [4].

[2] Der er her grund til at fremhæve parternes muligheder for at lave individuelle tilpasninger af ABSERVICE 2003, jf. § 1, stk. 2. Bestemmelsen i § 5, stk. 1, fastsætter kun størrelsen af sikkerheden m.v. for de tilfælde, hvor udbudsmaterialet ikke tager stilling til disse spørgsmål, men alene angiver at leverandøren skal stille sikkerhed.

[3] Stiller leverandøren ikke garanti, som foreskrevet i § 5 eller som individuelt aftalt mellem parterne, kan ordregiver hæve kontrakten, idet den manglende sikkerhedstillelse må anses som værende en væsentlig misligholdelse.

[4] Det fremgår af bestemmelsen i § 5, stk. 3, at sikkerhedstillelse i henhold til § 5 tjener til fyldstgørelse for alle krav, som ordregiver vil få i anledning af kontraktforholdet. Ordregiver vil kræve sikkerhedstillelse, for at afdække de risici der, for han, er forbundet med kontrakten, men ordregiver skal erindre, at leverandøren oftest skal betale for sikkerhedstillelsen, og i så fald vil kravet givet øge leverandørens pris for den udbudte opgave. Ordregiver bør derfor i hvert enkelt tilfælde overveje, om der er behov for at kræve sikkerhedstillelse.

Som et af flere elementer i overvejelserne om sikkerhedstillelse bør ordregiver være opmærksom på, at økonomisk godtgørelse langt fra i alle sammenhænge vil være egnet til at kompensere, for de gener leverandørens manglende eller mangelfulde opfyldelse vil afstedkomme. At det forholder sig sådan, er en følge af realydelsens karakter. I mange tilfælde vil realydelsen ikke skulle præsteres over for ordregiver, men over for tredjemand i form af borgere eller virksomheder som ordregiver har forpligtelser i forhold til. Det er eksempelvis tilfældet, hvor realydelsen er institutionsdrift eller hjemmehjælp. Økonomisk kompensation til ordregiver vil i sådan en situation ikke gå til de, der umiddelbart bliver berørt af leverandørens svigt, hvilket nedsætter dens værdi som redskab i kontraktmæssig sammenhæng; den offentlige instans vil nok modtage penge, men vil stadig stå i en situation hvor den ikke har opfyldt sine forpligtelser i forhold til borgerne – beskyldninger om berigelse på slutbrugernes bekostning er en nærliggende risiko i sådan en situation. Er der ydermere tale om realydelser, hvor manglende opfyl-

delse har alvorlige konsekvenser for modtagerne – sådan som det eksempelvis er tilfældet hvor serviceydelsen er madudbringning eller drift af sygehuse – vil økonomisk kompensation givet aldrig føles som andet end en højst utilstrækkelig løsning. Det er klart, at hvor en sikkerhed kun vil være et utilstrækkeligt plaster på såret, bør prisen for sikkerhedsstillelsen ikke være høj.

Er der tale om realydelser med karaktertræk, som de der er omtalt ovenfor, må mulighederne for at anvende sikkerheden til at skaffe opfyldelse fra en anden leverandør også indgå som et element i vurderingen af hvilken værdi sikkerhedsstillelse vil have for ordregiver.

§ 6 [Leverandørens pligt til at tegne forsikring]

Leverandøren er forpligtet til at være dækket af sædvanlige forsikringer, herunder erhvervsansvarsforsikring.[1] Ordregiveren kan forlange dokumentation herfor.

Stk. 2. Betjener leverandøren sig af underleverandører, jf. herved § 3, stk. 4, er leverandøren forpligtet til at sørge for, at underleverandørerne på samme måde opfylder de i stk. 1 nævnte krav om forsikringsdækning.[2] Ordregiveren kan ligeledes forlange dokumentation herfor.

[1] Erhvervsansvarsforsikring er blot et eksempel på de forsikringer, som leverandøren, i henhold til bestemmelsen, er forpligtet til at være dækket af. Det fremgår af ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen, at begrebet *sædvanlige forsikringer* omfatter lovpligtige forsikringer såvel som sådanne forsikringer, som må anses for at være sædvanlige inden for den aktuelle branche.

Bestemmelsen sikrer et minimum af forsikringsdækning, men ordregiver bør i hvert enkelt tilfælde gennemtænke, hvilke forsikringer der er behov for, herunder hvilke grupper af personer der skal være dækket, hvilke begivenheder der skal forsikres mod og størrelsen af forsikringssummen. Ordregiver skal her være opmærksom på, at leverandøren ofte vil optræde over for tredjemand, som ikke i alle tilfælde indtræder i kontraktforhold med leverandøren. Forsikringerne bør tage højde for dette forhold.

[2] Med denne bestemmelse er eventuelle underleverandørers behørig forsikringsdækning gjort til en kontraktlig forpligtelse for leverandøren, med der af følgende risiko for misligholdelse fra dennes side.

§ 7 [Krav til realydelsen]

Opgaven skal udføres i overensstemmelse med aftalen.[1] I det omfang aftalen[2] ikke giver tilstrækkelig vejledning, skal opgaven udføres fagmæssigt korrekt.[3]

Stk. 2. Opgaven skal udføres i overensstemmelse med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter.[4] Ordregiveren skal oplyse om alle forhold af relevans herfor, som denne er bekendt med.[5]

[1] Bestemmelsen i 1. punktum er blot en kodificering af det almen princip om, at parterne skal leve op til det aftalte. Bag denne selvfølgelig bestemmelse gemmer der sig imidlertid reelle vanskeligheder, idet det ofte vil være vanskeligt at beskrive ydelsen, ikke mindst i relation til dennes kvalitet. Vanskelighederne skyldes blandt andet, at kontraktens realydelse ofte er ganske kompleks. Endvidere vil det, hvor opgaven hidtil er blevet udført af ordregiver selv, ofte være et problem, at opgaven reelt ikke er blevet beskrevet tidligere. Hvor disse forhold gør sig gældende, bør det overvejes at nedsætte en følgegruppe som omtalt i § 4.

[2] I denne sammenhæng skal “aftalen” forstås bredt. Begrebet omfatter således ikke kun selv dokumentet formet over ABSservice 2003, men også eventuelle bilag, jf. også bestemmelsen i § 2, stk. 1. Endvidere må kravene til realydelsen forsøges fastlagt gennem traditionel kontraktsupplering under inddragelse af de relevante kilder, eksempelvis forhandlingsprotokoller, udbudsmateriale og tidligere praksis mellem parterne. Det forhold, at selve kontrakten ikke indeholder en specifik beskrivelse af realydelsens kvalitet, leder ikke uden videre til, at realydelsen blot skal opfylde branchens vanlige krav – anden standard kan fremgå af suppleringsbidrag uden for selve kontrakten.

[3] Med bestemmelsen i stk. 1, 2. punktum, er der til dels taget højde for vanskelighederne ved at beskrive kravene til realydelsen. Fastlæggelse, af hvad der må anses for at være fagmæssigt korrekt, kan ske un-

der anvendelse af en række forskellige kilder, eksempelvis brancheudtalelser om ydelsers vanlige standard, god skik m.v.

[4] Arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed pegede i sin rapport til ABS-udvalget på en række konkrete problemstillinger forbundet med udlicitering af offentlige opgaver. Sammenfattende var arbejdsgruppens fokus rettet imod, at udlicitering ikke måtte blive en konkurrence på dårligere miljø, arbejdsmiljø eller sundhed. Det var ikke arbejdsgruppens opfattelse, at en generel bestemmelse i ABSERVICE 2003, om at gældende lovgivningen skal overholdes, ville være tilstrækkelig til at sikre den nødvendige klarhed over de omtalte problemstillinger og hindre den omtalte konkurrence. I stedet opstillede gruppen en række anbefalinger til indholdet i ABSERVICE 2003. Bestemmelsen i § 7, stk. 2, skal ses i lyset af disse anbefalinger. På den ene side er det med § 7, stk. 2, udtrykkeligt fremhævet, at leverandøren skal udføre sit arbejde i overensstemmelse med gældende regler inden for miljø, arbejdsmiljø og sundhed, altså en prioritering af netop disse emner fremfor blot en henvisning til "gældende lovgivning". På den anden side er arbejdsgruppens mere detaljerede anbefalinger ikke taget med i ABSERVICE 2003.

Bestemmelsen i § 7, stk. 2, bør af ordregiver ses som en anledning til nøje at gennemtænke den opgave, der indgås kontrakt om, med henblik på at identificere områder inden for miljø, arbejdsmiljø, sundhed og sikkerhed, der bør gøres til genstand for særlig regulering i kontrakten. Se hertil også arbejdsmiljølovens § 33 a, i henhold til hvilken udbudsmaterialet skal sikre varetage af sikkerhed, sundhed og arbejdsmiljø ved opgaven udførelse. I arbejdet med at identificere relevante emner på området kan anbefalingerne fra arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed givetvis være til inspiration. I sammentrængt form er anbefalingerne som følger:

- ABSERVICE 2003 skulle forpligte ordregiver til at beskrive de kvalitative krav af miljø-, arbejdsmiljø- og sundhedsmæssig karakter, der skulle være gældende for realydelsen. På samme måde skulle leverandøren være forpligtet til at dokumentere, hvordan den krævede kvalitet blev opfyldt, og der skulle være bestemmelse om leverandørens løbende information om ydelsens kvalitet.

- Parterne skal være opmærksomme på områder, hvor der er truffet særlige beslutninger om niveauer, indsatser eller foranstaltninger vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed. Det kan eksempelvis være vedrørende grønne regnskaber eller alkoholpolitik. På sådanne områder skal kontrakten sikre, at der ikke sker forringelser.
- Fremkomsten af nye, ikke lovmæssigt fastsatte krav skal være grund til genforhandling og eventuel opsigelse.
- Hvor realydelsen omfatter udskænkning af eller handel med spiritus eller handel med tobak, bør begrænsninger i tilgængeligheden til disse produkter overvejes.

Drejer udbudet sig om afhentning af dagrenovation, om transport af mad eller af patienter eller handicappede kan ordregiver hente inspiration til udarbejdelse af udbudsmaterialet i checklister udarbejdet af Arbejdstilsynet. Der er tale om 3 publikationer i en serie med fælles titlen "Checkliste til udbydere" og med detailtitlerne "Udarbejdelse af udbudsmateriale ved afhentning af dagrenovation", "Udarbejdelse af udbudsmateriale ved transport af mad" og "Udarbejdelse af udbudsmateriale ved transport af patienter og handicappede". En lignende checkliste er udarbejdet af Branchearbejdsmiljørådet for transport og en gros på området udlicitering af busruter (august 2001).

Det skal bemærkes, at bestemmelsen i § 7, stk. 2, ikke er til hinder for, at ordregiver opstiller krav af miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- eller sikkerhedsmæssig karakter, der ligger ud over, hvad der følger af diverse forskrifter.

Også uden den udtrykkelige fremhævelse af leverandørens pligt til at overholde gældende regler inden for miljø, arbejdsmiljø og sundhed skulle disse have været overholdt ved opgavens udførelse. Med bestemmelsen i § 7, stk. 2, 1. punktum, er manglende overholdelse af reglerne imidlertid blevet gjort til ikke-opfyldelse og potentielt misligholdelse, jf. bemærkningerne nedenfor. Det skal understreges, at leverandøren naturligvis er forpligtet til at overholde alle gældende love og regler. Dette følger som en forpligtelse med selvstændigt grundlag, men er ikke uden videre en kontraktlig forpligtelse.

Kravet i § 7, stk. 2, om overholdelse af gældende forskrifter for miljø, arbejdsmiljø, sundhed og sikkerhed skal også ses i sammenhæng med kontrolbestemmelsen i § 11.

[5] Kravet, om at ordregiver skal medvirke til, at leverandøren kan udføre opgaven i overensstemmelse med gældende forskrifter, skal ses i sammenhæng med arbejdsmiljølovens § 33 a, stk. 2, der foreskriver, at ordregiver skal medvirke til at sikre, at opgaven kan udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt. Bestemmelsen betyder blandt andet, at ordregiver skal give leverandøren oplysninger om eventuelle påbud, henstillinger, vejledning m.v. som er givet af myndighederne i perioden forud for leverandørens overtagelse af opgaven. Forsømmer ordregiver at give disse oplysninger, og resulterer denne forsømmelse i, at leverandøren ikke opfylder en given forskrift, jf. § 7, stk. 2, 1. punktum, vil ordregiver ikke kunne påberåbe sig ikke-opfyldelsen som misligholdelse.

I tilfælde, hvor leverandøren ikke er den eneste aktør på en given arbejdsplads – eksempelvis hvis opgaven drejer sig om rengøring på sygehuse, eller hvis leverandøren delvist benytter sig af underleverandører – skal parterne være opmærksomme på § 20 i arbejdsmiljøloven. Denne bestemmelse foreskriver, at flere arbejdsgivere, der lader arbejde udføre på samme arbejdssted, skal samarbejde om at skabe sikre og sunde arbejdsforhold for alle beskæftigede.²⁷

27. I medfør af arbejdsmiljølovens § 20, stk. 2, er der udstedt to bekendtgørelser af relevans for det omtalte emne: bkg. nr. 575 af 21. juni 2001 og bkg. 559 af 17. juni 2004.

§ 8 [Tidsplan for opfyldelse]

Ordregiveren udarbejder i samarbejde med leverandøren en plan for levering af serviceydelsen, herunder tidsfrister for leveringen.**[1]**

[1] Henset til at serviceydelsen, såvel tidsmæssigt som omfangsmæssigt, kan være ganske omfattende, forekommer det naturligt, at levering drøftes mellem ordregiver og leverandør. Uanset dette vil ordregiver typisk have visse ønsker vedrørende forholdene omkring levering, hvorfor spørgsmålet om levering, herunder tidsfrister, ofte vil være omtalt i udbudsmaterialet. I så fald skal forhandlingerne mellem ordregiver og leverandør ske under iagttagelse af de udbudsretlige begrænsninger i relation til forhandling og efterfølgende ændringer i forhold til udbudsmaterialet.

Hvad der aftales vedrørende levering bliver en del af den samlede kontrakt, jf. også § 2, stk. 1. Hermed bliver manglende overholdelse af tidsplanen også genstand for misligholdelsesbeføjelser, i overensstemmelse med reglerne her for dels i ABService 2003 (§§ 17-30 og særligskilt § 18) dels i den almindelige obligationsret.

§ 9 [Ændring af kontrakten som følge af ordregivers ønske eller ændring i lovgivning]

[1] Ordregiveren kan inden for den aftalte kontraktperiode forlange ændringer i den aftalte serviceydelses art, omfang og leveringstidspunkt,[2] når ændringen og de fravigelser fra kontrakten, som ændringen nødvendiggør, har naturlig sammenhæng[3] med de aftalte serviceydelser.[4] Begge kontraktsparter kan forlange ændringer i den aftalte serviceydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når det følger af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering.[5][6]

Stk. 2. Leverandøren skal have lejlighed til at udtale sig om ønskede ændringer efter stk. 1, 1. pkt., og de fravigelser fra kontrakten, som ændringen nødvendiggør, inden krav herom fremsættes.[7] Ændringer skal ske inden for rimelig frist fra fremsættelsen af kravet.[8] Ændringer som følge af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering skal dog ske i overensstemmelse med eventuelle frister i den pågældende lov eller offentlige regulering.[9]

Stk. 3. Dersom ordregiveren kan kræve ændringer i medfør af stk. 1, har leverandøren pligt til på forlangende at udføre de ønskede ændringer, hvis det kan ske uden væsentlig ulempe for leverandøren.[10]

Stk. 4. Såfremt ordregiveren kræver ændringer i medfør af stk. 1, har leverandøren ret til at levere de ændrede serviceydelser, medmindre ordregiveren påviser særlige forhold, der begrundes, at ordregiveren lader andre levere de ændrede serviceydelser.[11]

Stk. 5. Vedrører ændringen mængden af serviceydelser, hvorom der gælder enhedspriser,[12] reguleres den aftalte betaling i overensstemmelse hermed. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske inden for +/- 10 % af den oprindelige kontraktsum, jf. herved stk. 6 og stk. 7.[13]

Stk. 6. Bevirker en ændring efter stk. 1 en forøgelse af leverandørens udgifter reguleres betalingen. Såfremt

leverandøren skal levere flere eller andre serviceydelser end oprindeligt aftalt, leveres serviceydelserne i mangel af anden aftale som regningsarbejde, i det omfang regulering ikke skal ske efter enhedspriser, jf. stk. 5.[14]

Stk. 7. Bevirker ændringen efter stk. 1 en formindskelse af leverandørens udgifter reguleres betalingen. Såfremt leverandøren skal levere færre serviceydelser, skal leverandøren alene godskrive ordregiveren de udgifter, som herved spares eller burde være sparet, i det omfang regulering ikke skal ske efter enhedspriser, jf. stk. 5.[15][16]

[1] Bestemmelsen i § 9, stk. 1, åbner mulighed for at foretage ændringer i kontrakten, jf. omtalen i det følgende. Uanset bestemmelsen kan der kun foretages ændringer inden for rammerne af anden regulering, således navnlig de udbudsretlige regler, nationale og i særdeleshed fællesskabsretlige. Disse sætter grænser for, hvor omfattende ændringer der kan foretages i den indgåede kontrakt, idet ændringer ud over et vist niveau vil blive betragtet som forsøg på omgåelse af udbudsreglerne. Det er ikke muligt præcist at beskrive, hvor vidtgående ændringer der kan foretages inden for rammerne af udbudsreguleringen, men justeringer, der betyder ændring af kontraktens grundlæggende elementer, vil ikke kunne foretages uden fornyet udbud. Hvad skal henregnes til en kontrakts grundlæggende elementer er uklart, men ændringen mellem tilladelige og forbudte ændringer synes i højere grad at være knyttet til omfanget af ændringerne, end til hvilke forhold der ændres.²⁸

28. For praksis vedrørende emnet kan henvises til EF-domstolens afgørelse i C-337/98 (Samlingen 2000, afd. I, s. 8396) [etablering af kollektiv trafik; om ændringer i pris og ydelsens tekniske indretning], til kendelse fra Klagenævnet for Udbud i nævnets journalnummer 98-158.611 [rengøring af kommunale institutioner; om udvidelse af opgavens omfang], til KFE1999.157 [anlægskontrakt; mulighed for tekniske ændringer under forhandlingsforløbet], til KFE1998.248 [rammeaftale vedrørende rådgivende ingeniørvirksomhed; ændring der blandt andet betød skift i hæftelse ved erstatningsansvar ikke mulig inden for rammeaftale] og til U2001.1896V [indkøb af affaldsbeholdere; tillægsindkøb udbudspligtige].

[2] Mængden af mulige forhold, der kan kræves ændret under henvisning til, at de vedrører opgavens art, omfang eller leveringstidspunkt, synes at være meget stor. Som eksempler kan nævnes: oftere eller sjældnere levering, levering til flere eller færre brugere samt bedre eller ringere kvalitet af den aftalte serviceydelse. Henset til at formålet med bestemmelsen er at sikre, at kontrakten gennem hele kontraktperioden svarer til de aktuelle skiftende behov, synes der ikke at være grund til at fortolke denne del af bestemmelsen indskrænkende. Justering af pengeydelsen kan ikke kræves under henvisning til § 9, stk. 1, men en sådan regulering er der skabt mulighed for dels i § 9, stk. 5-7, dels i §§ 10, 15 og e.

[3] I henhold til ABS-udvalgets bemærkningerne til bestemmelsen kan man til forståelse af udtrykket *naturlig sammenhæng* hente hjælp i AB92 § 14, stk. 1, der anvender samme formulering. I forbindelse med AB92 antages der at være en naturlig sammenhæng mellem ændring og de aftalte ydelser, når den fagkundskab og det materiel, der skal bruges på de aftalte ydelser, også er tilstrækkelige til at udføre ændringsarbejdet.

Vurderingen, af om en ændring har naturlig sammenhæng med den aftalte serviceydelse, må ske som en helhedsvurdering, hvor alle punkter, der berøres, skal regnes med. Vurderingen vil være en afvejning af på den ene side hensynet til ordregivers behov for at foretage ændringen og på den anden side leverandørens berettigede forventninger til kontraktforholdet, samt hans muligheder for – i sammenhæng med den oprindeligt aftalte ydelse – at imødekomme ønsket om ændring. I vurderingen af sidstnævnte skal der tages hensyn til de faktiske forhold, under hvilke leverandøren arbejder. Ønsker ordregiver eksempelvis et øget kvantum af den aftalte ydelse, kan det hindre hans krav, hvis leverandøren ikke uden betydelige omkostninger kan skaffe den nødvendige kapacitet.

[4] Bestemmelsen i § 9, stk. 1, 1. punktum, regulerer muligheden for, at ordregiver kan kræve ændringer, der er nødvendige for at få opfyldt hans egne ønsker. Sådanne ændringer står over for ændringer nødvendiggjort af kontraktseksterne forhold. Ændringer af sidstnævnte art er reguleret i § 9, stk. 1, 2. punktum.

[5] De realydelse, der er i centrum for ABSERVICE 2003-kontrakter, er typisk undergivet offentlig regulering af forskellige art og intensitet. Det er klart, at ændringer i denne underliggende regulering kan afføde behov for at justere kontrakten. Bestemmelsen i § 9, stk. 1, 2. punktum, skaber hjemmel for, at såvel ordregiver som leverandør kan kræve en sådan ændring, i tilfælde af at ændret regulering påvirker andet end prisen på realydelsen.

Det er dog ikke klart, hvor bredt § 9, stk. 1, 2. punktum, favner. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen skal ordene *offentlig regulering* forstås bredt, idet de rummer såvel love, bekendtgørelser og cirkulærer som aktstykker, EU-retsakter, kommunale regulativer, beslutninger truffet af amtsråd og kommunalbestyrelse samt bindende planer. Også ombudsmandspraksis er nævnt i bemærkningerne som et forhold, der kan begrunde ændring i henhold til § 9, stk. 1, 2. punktum, mens frivillige aftaler mellem myndigheder og virksomheder eller organisationer ikke anses for offentlig regulering.²⁹ Mens bemærkningerne således er righoldige på eksempler til illustration af, hvad begrebet offentlig regulering indeholder, fremgår det ikke af hverken bestemmelsens ordlyd eller af ABS-udvalgets bemærkninger, om bestemmelsen kun dækker over offentlig regulering, der direkte angår kontraktforholdet, eller om den også hjemler ændring i tilfælde, hvor den offentlige regulering på indirekte vis påvirker kontraktforholdet. Som et eksempel på en sådan indirekte påvirkning kan nævnes, at der er indgået en kontrakt mellem en primærkommune og en privat virksomhed om rengøring på kommunens skoler; får primærkommunerne efterfølgende overdraget driften af landets gymnasieskoler, kan det tænkes, at kommunen kan se en fordel i at få løst rengøringsentreprisen samlet.

Det må antages, at bestemmelsen i § 9, stk. 1, 2. punktum, kun kan danne grundlag for ændringer i tilfælde af ændringer i offentlig regulering, der direkte påvirker kontraktforholdet, sådan som det eksempelvis vil være tilfældet, hvis der, efter indgåelsen af en kontrakt om udførelse af hjemmehjælp, bliver stillet nye kvalitetskrav til hjemmehjælps-

29. Arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed anbefaler i sin rapport til ABS-udvalget, at fremkomsten af nye, ikke lovmæssigt fastsatte miljøkrav skal kunne begrunde genforhandling af kontrakten, og at kontrakten skal kunne opsiges af begge parter, hvis det ikke lykkes at indarbejde de nye krav i kontrakten; rapportens anbefaling nr. 4 (s. 25) og s. 16f.

ydelserne. Antagelsen bygger på ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen. I henhold til disse drejer 2. punktum sig om “ændringer *nødvendiggjort* af udefra kommende forhold.” [fremhævelse foretaget her]. Ændringer i offentlig regulering, som de der er illustreret med overflytningen af ansvaret for driften af gymnasieskolerne, kan ikke anses for at gøre det *nødvendigt* at ændre kontrakten om rengøring på kommuneskolerne. Tværtimod må behovet for at ændre kontrakten i den sammenhæng siges at være præget af ordregivers ønske om at justere kontrakten undervejs, et forhold der falder ind under § 9, stk. 1, 1. punktum, og derfor kun kan gennemføres såfremt betingelserne for anvendelse af den bestemmelse er opfyldt, jf. bemærkningerne ovenfor.

Bestemmelsen i § 9, stk. 1, 2. punktum, omfatter, i henhold til ABS-udvalgets bemærkninger, trods ordlyden heller ikke tilfælde, hvor en ordregiver ønsker at ændre kontrakten som konsekvens af egne beslutninger. Det er herefter ikke helt klart, hvorvidt bestemmelsen omfatter den modsatte situation, hvor leverandøren ønsker at foretage en ændring af kontrakten, fordi den offentlige ordregiver har udøvet myndighed. Noget sådant kan blive aktuelt i en række tilfælde, hvoraf som eksempel kan nævnes det tilfælde, hvor en kommune indgår kontrakt om indsamling af renovation, og efterfølgende ændrer forskrifter om affaldsordningernes omfang og tilrettelæggelse, jf. hjemlen i miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 3.

Efter de almindelige obligationsretlige regler vil leverandørens muligheder for at kræve ændringer i kontrakten, i tilfælde af den offentlige ordregivers myndighedsudøvelse, skulle baseres på læren om svigtende forudsætninger. Adgangen for leverandøren til at kræve justering afhænger herefter af, hvem der må anses for nærmest til at bære risikoen for den svigtende forudsætning. Umiddelbart forekommer det nærliggende at lade den offentlige ordregiver bære denne risiko, da det er denne part, der er årsag til svigtet. En sådan argumentation er imidlertid ikke fyldestgørende. Den offentlige ordregivers muligheder for et undlade at handle, og derved afstedkomme et forudsætningsbrist, må også inddrages. I de tilfælde, hvor den offentlige ordregiver vil være tvunget til at udøve sin myndighed på en bestemt måde, må risikoen for forudsætningssvigtet placeres hos leverandøren. Denne kan således ikke, i medfør af forudsætningslæren, kræve ændringer af kontrakten i disse tilfælde. Argumentationen for dette resultat er, at den offentlige ordregiver ikke kan undgå at handle, og at dette ikke kan komme bag

på leverandøren, der som professionel aktør må forventes at have sat sig ind i de forhold, der er relevante på området.³⁰ Situationen er naturligvis anderledes, hvis ordregiver allerede på tidspunktet for kontraktens indgåelse var klar over, at myndighedsbeføjelsen skulle udøves på en bestemt – for leverandøren ugunstig – måde. Oplyser ordregiver ikke om dette, foreligger der svig, jf. aftalelovens § 30, stk. 2, med retsfølge i henhold til samme paragrafs stk. 1.

Den argumentation, der er anført ovenfor, synes også at kunne berettige, at den offentlige ordregiver kan anvende bestemmelsen i § 9, stk. 1, 2. punktum, til at kræve ændring af kontrakten i tilfælde, hvor den offentlige regulering er ændret af ordregiver selv, som en konsekvens af en lovgivningsmæssig eller lignende forpligtelse. Denne antagelse er som nævnt ikke i overensstemmelse med bemærkningerne fra ABS-udvalget, der dog ikke begrundet deres synspunkt vedrørende dette.

I de tilfælde, hvor den offentlige ordregiver ikke er tvunget til at udøve myndighed, eller gøre dette på en bestemt måde, får det betydning for placeringen af risikoen for svigtende forudsætninger, om den offentlige ordregiver ved indgåelse af kontrakten har mulighed for at binde sig til en bestemt fremtidig myndighedsudøvelse. Foreligger der konkret en sådan mulighed, synes det nærliggende at placere risikoen for de svigtende forudsætninger hos den offentlige ordregiver. Argumentet er her, at ordregiver med indgåelsen af kontrakten – i det midste stiltiende – har accepteret en bestemt fremtidig anvendelse af sine myndighedsbeføjelser. I disse tilfælde har leverandøren derfor, efter de obligationsretlige regler, mulighed for at kræve ændringer af kontrakten. Spørgsmålet er herefter, om det er muligt for den offentlige ordregiver at binde sin fremtidige myndighedsudøvelse, enten til et bestemt indhold eller netop ikke til et nærmere angivet indhold. Der kan ikke gives noget entydigt svar på dette spørgsmål. Det er dog formodentlig sådan, at binding af myndighedsudøvelse kun kan ske i meget begrænset omfang.³¹

I de tilfælde, hvor ordregiver ikke er tvunget til myndighedsudøvelse, men hvor der heller ikke er mulighed for binding af fremtidig anvendelse af myndighedsbeføjelser, er det usikkert, hvilken af kontra-

30. Se hertil landsrettens bemærkninger i U2000.1366H.

31. Spørgsmålet om muligheden for at binde myndighedsudøvelse gennem kontrakt er omtalt i afsnit 2.2.2. I afsnit 2.4 findes henvisninger til litteratur om emnet.

henterne der skal bære risikoen for myndighedsudøvelsen og det deraf følgende forudsætningssvigt. På den ene side er det den offentlige ordregiver, der udøver myndighedsbeføjelsen uden lovmæssigt at være tvunget til det. Dette taler for at lade ordregiver bære risikoen. På den anden side kan ordregiver netop ikke ved indgåelse af kontrakten binde sin fremtidige anvendelse af myndighedsbeføjelser, og leverandøren bør være opmærksom på dette og på den risiko, der er forbundet hermed. I vurderingen af risikoen placering må det også indgå, at leverandøren med kontrakten deltager i en transaktion, der på en række punkter må betragtes som mere gunstig end normalt er i kommercielle forhold. Det gør sig blandt andet gældende i forhold til muligheden for at modtage vederlaget for den præsterede serviceydelse – risikoen for at pengedebitor (den offentlige ordregiver) ikke er i stand til at betale, er kun teoretisk, i modsætning til hvad der gælder ved almindelige kommercielle transaktioner, hvor risikoen for insolvens er reel. Også disse forhold taler for, at leverandøren skal bære risikoen for svigtende forudsætninger som følge af myndighedsudøvelse, der ikke kunne bindes ved kontraktens indgåelse.

Sammenfatter man ovenstående om mulighederne for at anvende § 9, stk. 1, 2. punktum, i tilfælde af den offentlige ordregivers myndighedsudøvelse, synes der at være usikkerhed om bestemmelsens anvendelsesmuligheder: **1)** Ordlyden peger entydigt i retning af, at bestemmelsen kan anvendes af begge kontrahenter i den nævnte situation. **2)** Bemærkningerne fra ABS-udvalget nævner udtrykkeligt, at bestemmelsen ikke skal finde anvendelse som hjemmel for den offentlige ordregivers ændringskrav, når ordregiver selv står bag den ændrede offentlige regulering. En sådan fortolkning af bestemmelsen vil kunne bringe den offentlige ordregiver i en situation, hvor ordregiver nok kan ændre offentlig regulering, men hvor ændringen ikke vil kunne slå igennem i forhold til kontraktens serviceydelse, fordi ordregiver ikke kan kræve ændring i medfør af § 9, stk. 1, 2. punktum, og fordi § 9, stk. 1, 1. punktum, ikke kan rumme den ønskede ændring. Hensynet til en effektiv offentlig regulering taler derfor for at lade § 9, stk. 1, 2. punktum, danne hjemmel for ændringer, også i situationer af denne art. I samme retning peger det forhold, at udvalgets fortolkning af bestemmelsen ikke i alle sammenhænge synes at være i overensstemmelse med, hvad der vil være resultatet, hvis spørgsmålet blev afgjort ved hjælp af den almindelige obligationsret. **3)** ABS-udvalgets bemærkninger er tavse,

for så vidt angår anvendelse af bestemmelsen som hjemmel for leverandørens ændringskrav ved ordregivers ændring af offentlig regulering. Det kan umiddelbart lede til at antage, at bestemmelsen skal gælde efter sin ordlyd i disse situationer. Noget sådant vil, jf. ovenstående, imidlertid heller ikke altid være i overensstemmelse med resultatet efter den almindelige obligationsret.

Usikkerheden omkring udstrækningen af bestemmelsen i ABService § 9, stk. 1, 2. punktum, bør føre til, at kontraktens parter nøje overvejer spørgsmålet. I denne forbindelse må det tilrådes, at kontrahenterne også søger at afdække kontraktens betydning for den offentlige ordregivers fremtidige muligheder for myndighedsudøvelse, jf. det anførte om de generelle vanskeligheder der er knyttet til dette emne.

[6] Reformen af den kommunale struktur, der efter planen skal træde i kraft den 1. januar 2007, giver i flere sammenhænge anledning til overvejelser i forbindelse med kommuners og amters kontrakter. Det er i kommentaren til § 3 anført, hvordan kontraktbestemmelser eller lovgivning kan føre til, at de nye kommuner og regioner vil overtage rettigheder og forpligtelser fra de eksisterende. En konsekvens af dette kan blive, at der efter sammenlægningerne, inden for samme kommune eller region, vil findes flere kontrakter vedrørende samme opgave, eksempelvis rengøring af kommunale institutioner og rådhus. Om, og i givet fald i hvilket omfang, der i sådanne situationer vil blive behov for ændring af kontrakten, afhænger af de konkrete omstændigheder. Blandt andet får kontraktens beskrivelse af serviceopgaven betydning – skal der gøres rent “i alle kommunens skoler og daginstitutioner”, eller skal der gøres rent “på Hyrdemarksskolen og i Børnehaven Radisebedet”. I det første eksempel kan der opstå konflikt mellem sideordnede kontrakter. Konflikter af den art kan løses gennem ændring, eller ved supplerende af kontrakten, hvor der henses til kontraktens oprindelige geografiske område. Ændringer vil også være nødvendige, hvis sammenlægningen fjerner grundlaget for den aftalte serviceydelse, eksempelvis hvor en kontrakt lyder på rengøring af de amtslige kontorer, herunder den amtsgård der efter sammenlægningen skal nedlægges.

Ved indgåelse af kontrakter, der muligvis vil komme til tidsmæssigt at strække sig til efter gennemførelsen af den kommunale strukturreform, bør kontraktparterne være opmærksom på det skitserede pro-

blem. Hvorvidt eventuelt påkrævede ændringer kan foretages i medfør af § 9, stk. 1, afhænger af, hvilke ændringer der er tale om, jf. bemærkningerne foran om rækkevidden af bestemmelsen. Umiddelbart kan nogle ændringer foretages fordi de har en naturlig sammenhæng med den aftalte serviceydelse (§ 9, stk. 1, 1. punktum), men også § 9, stk. 1, 2. punktum, kan i nogle sammenhænge overvejes som grundlag for ændringer. Her skal sondringen, mellem offentlig regulering, der direkte angår kontraktforholdet, og regulering, der kun har en sådan virkning på indirekte vis, iagttages, jf. kommentaren i punkt [5].

I tilfælde af hvor det forekommer usikkert om en nødvendig ændring kan foretages på baggrund af § 9, stk. 1, bør kommunale og amtskommunale ordregivere sikre, at kontrakten kommer til at indeholde bestemmelser, der gør det muligt at foretage de ændringer, der bliver nødvendiggjort af reformen.

[7] Det er kun ordregiver, der har mulighed for at kræve ændringer ud fra egne ønsker, jf. § 9, stk. 1, 1. punktum. Modstykket, til denne adgang for ordregiver til at forlange ændringer, findes i § 9, stk. 2. Efter denne bestemmelse skal leverandøren have lejlighed til at udtale sig om de ændringer, ordregiver kræver. Bestemmelsen skal sikre, at leverandøren har mulighed for at fremkomme med oplysninger, som han finder er relevante, herunder naturligvis særlig oplysninger om forhold, som efter leverandørens opfattelse må lede til, at ordregiver ikke kan gennemføre den ønskede ændring. For at sikre at leverandøren reelt har mulighed for indsigelse i forhold til de ønskede ændringer, skal der være lejlighed til at udtale sig, inden kravet om ændringer bliver fremsat.

[8] Såfremt de ønskede ændringer kan rummes i § 9, stk. 1, skal de gennemføres inden rimelig frist regnet fra fremsættelse af kravet. Hvad der i det konkrete tilfælde må anses for at være en rimelig frist afhænger af de foreliggende omstændigheder. Der kan blandt andet tages hensyn til art og omfang af den ønskede ændring, således at ændringer, det vil være krævende at gennemføre, udløser længere frist. Individuelle hensyn til leverandørens faktiske muligheder for at foretage ændringen kan spille en rolle, ligesom også ordregivers behov for at få gennemført ændringen vil have betydning for fristens længde.

[9] Hvor ændringen i kontrakten er affødt af ændringer i lovgivning eller anden offentlig regulering, vil frister fastsat i lov eller anden regulering skulle iagttages ved fastsættelse af frister for ændring af kontrakten. Det gælder både, hvis det er frister for, hvornår en ændring skal være gennemført, og hvis det er regulering af hvor længe den oprindelige tilstand skal opretholdes.

Hvis lov eller anden offentlig regulering gennemfører ændringer med meget lang frist (fx 6 måneder), vil det være muligt at foretage ændring af kontrakten inden tidspunktet for ikrafttrædelse af den lovbestemte ændring. Det vil dog være en forudsætning, at kontraktændringen ikke vil medføre forhold omkring serviceydelsen, som vil stride mod lov eller anden offentlig regulering, eksempelvis hvor kvaliteten på serviceydelsen, inden den lovbestemte ændring træder i kraft, sættes ned til det lavere niveau, der vil være gældende efter ikrafttrædelse af den lovbestemte ændring. Gennemføres ændring i kontrakten forud for den lovbestemte ændring, skal fristen for kontraktændringen fastsættes unde hensyntagen til bestemmelsen i § 9, stk. 2, 2. punktum.

[10] Det fremgår ikke direkte af ordlyden, at bestemmelsen i § 9, stk. 3, kun retter sig mod ændringer foretaget på baggrund af § 9, stk. 1, 2. punktum. Alligevel vil det være i forbindelse med denne kategori af ændringer, at bestemmelsen vil finde anvendelse, med dens nødudgang for leverandøren i tilfælde af, at krævede ændringer vil påføre denne væsentlig ulempe. Årsagen til dette skal findes i kravet i § 9, stk. 1, 1. punktum, om ændringens naturlige sammenhæng med de aftalte serviceydelser. Dette krav vil typisk ikke være opfyldt, hvis ændringerne vil være til væsentlig ulempe for leverandøren, jf. bemærkningerne ovenfor.

Der er ikke i § 9, stk. 3, eller andet sted i ABSservice 2003 taget stilling til, hvad der skal ske i de tilfælde, hvor leverandøren retmæssigt afviser at udføre de ændringer, som ordregiver kan kræve i medfør af § 9, stk. 1. Såfremt der ikke findes individuel regulering af emnet, må det være sådan, at leverandøren har krav på, at den oprindelige kontrakt videreføres uændret, mens ordregiver har ret til at købe den ændrede ydelse hos en anden leverandør. Da en sådan løsning langt fra er problemfri i alle tilfælde, skal det anbefales, at parterne tager stilling til spørgsmålet i kontrakten.

[11] I § 9, stk. 3, er det bestemt, at leverandøren som udgangspunkt er forpligtet til at udføre de ændringer, som ordregiver kan kræve med støtte i § 9, stk. 1. I § 9, stk. 4, er det så videre bestemt, at leverandøren som udgangspunkt også har ret til at udføre de ønskede ændringer. Det betyder, at ordregiver som udgangspunkt ikke kan antage en anden leverandør til at udføre de ændrede serviceydelser, medmindre dette aftales med den oprindelige leverandør.

Den nævnte hovedregel brydes i tilfælde af, at ordregiver kan påvise "særlige forhold", der begrundes, at de ændrede serviceydelser leveres af andre leverandører. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen indeholder udtrykket *særlige forhold* blandt andet et krav om, at ordregiver skal have en saglig begrundelse for ikke at anvende den oprindelige leverandør. Se nærmere om dette begreb i kommentaren til § 3, stk. 4. Det fremgår videre af udvalgets bemærkninger, at "særlige" er en skærpelse i forhold til "saglige".

[12] En forud fastsat pris pr. leveret måltid mad i en kontrakt om fremstilling og udbringning af mad til kommunens ældre er et eksempel på enhedspris. En sådan prisfastsættelse vil være relevant, hvor det ikke ved kontraktens indgåelse er muligt at opgøre efterspørgslen på serviceydelser, eller hvor det må forventes, at denne vil variere gennem kontraktperioden.

[13] Regulering af den aftalte betaling i henhold til § 9, stk. 5, kan kun ske til en grænse på +/- 10% af den oprindelige kontraktsum. Hvis der er behov for regulering ud over dette, skal regulering ske efter bestemmelserne i stk. 6 (hvis betalingen skal forøges) eller stk. 7 (hvis betalingen skal nedsættes), for så vidt angår den del af kontraktsummen, der ligger ud over de +/-10%.

Det skal bemærkes, at det står kontraktens parter frit for at fastsætte andre grænser for justering via enhedsprisen end de +/- 10%, der er angivet i § 9, stk. 5. Fravigelse skal her, som ellers, ske ved tydelig og udtrykkelig angivelse, jf. § 1, stk. 2.

[14] Bestemmelsen i § 9, stk. 6, anvendes ved behov for at ændre betalingen i opadgående retning. Reglen er herefter, at såfremt andet ikke er aftalt mellem kontraktens parter, skal de ændrede serviceydelser leveres som regningsarbejde. Som en modifikation til dette skal der, i til-

fælde af at der er aftalt enhedspriser, foretages regulering i henhold til bestemmelsen i § 9, stk. 5. Det vil i givet fald betyde, at regulering af betalingen skal ske på grundlag af den aftalte enhedspris, i det omfang reguleringen af betalingen kan holdes inden for +10% af den oprindeligt aftalte kontraktsum. Ved behov for yderligere regulering, ud over de 10% af den oprindeligt aftalte kontraktsum, vil reguleringen – også hvor der er aftalt enhedspriser – skulle ske efter bestemmelsen i § 9, stk. 6.

[15] Bestemmelsen i § 9, stk. 7, anvendes ved behov for at regulere betalingen i nedadgående retning. I overensstemmelse med almindelig obligationsretlige principper vil leverandøren, i tilfælde af at der ikke skal præsteres så mange eller så omfattende serviceydelser som oprindeligt aftalt, kunne kræve stadig at modtage en betaling, der svarer til den forventede fortjeneste ved gennemførelse af den oprindelige kontrakt. Modsat kan leverandøren netop ikke kræve at blive stillet bedre, end hvis den oprindelige kontrakt faktisk var blevet gennemført. Derfor kan leverandøren ikke kræve en betaling, der foruden den forventede fortjeneste også rummer afregning for omkostninger, der netop ikke er afholdt som følge af ændringerne i serviceydelsens omfang eller antal.

Hvis der er tale om betaling efter enhedspriser, vil regulering af betalingen i første omgang skulle ske i henhold til § 9, stk. 5. I sådanne tilfælde vil bestemmelsen i § 9, stk. 7, først blive aktuel, hvis der er behov for at foretage regulering, der reducerer den oprindelige kontraktsum med mere end 10%.

[16] De justeringer af betalingen, der kan ske på baggrund af bestemmelserne i § 9, stk. 5-7, er alle konsekvensjusteringer affødt af ændringer i realydelsen, enten ændringer som følge af ordregivers ønske eller ændringer der er følge af ændret regulering. Er der tale om ændringer i lovgivning eller anden offentlig regulering, som direkte bevirker, at leverandørens opfyldelse fordyres eller bliver billigere, vil justering ikke skulle ske med hjemmel i § 9. En sådan justering kan derimod ske på baggrund af § 10.

Se også § 15 og § e for bestemmelser af betydning for regulering af størrelsen af ordregivers betaling.

§ 10 [Ændring af kontrakten som følge af ændrede omkostninger]

Begge kontraktsparter kan forlange ændringer i den aftalte serviceydelses pris, når nye lovkrav eller ændret offentlig regulering bevirker en fordyrelse eller billig-gørelse af leveringen af serviceydelsen.[1]

Stk. 2. Ændringer efter stk. 1 får virkning fra det tidspunkt, hvor de nye lovkrav eller den ændrede offentlige regulering konkret fordyrer eller billiggør leveringen af serviceydelsen.[2]

[1] Bestemmelsen skaber kontraktmæssig hjemmel for, at såvel ordregiver som leverandør kan kræve ændringer i betalingen, hvis der forekommer tilfælde af ændret lovgivning eller anden offentlig regulering, og denne ændring direkte påvirker omkostningerne ved opfyldelse. Noget sådant vil eksempelvis være tilfældet, hvor der sker en ændring af afgifter på produkter eller råvarer, der skal anvendes i forbindelse med opfyldelse af kontrakten.

Er der tale om ændringer i lovgivning eller anden offentlig regulering, som indirekte bevirker en fordyrelse eller billiggørelse af opfyldelsen – eksempelvis fordi der stilles højere kvalitetskrav til serviceydelsen, hvilket vil gøre det dyrere at præstere den – skal justering af betalingen ikke foretages med støtte i § 10, stk. 1, men med hjemmel i § 9, stk. 5-7.

I tilfælde af ekstraordinære prisstigninger på materiale, der indgår i præstation af serviceydelse, eller på brændstof, der direkte benyttes til arbejdet, er det muligt at yde godtgørelse til leverandøren i medfør af bestemmelsen i § e. Opmærksomheden skal her henledes på, at § e kun vil være en del af ABSERVICE 2003-kontrakten, hvis kontraktens parter udtrykkeligt har vedtaget dette, jf. § 1, stk. 3.

[2] Det er ikke tidspunktet for, hvornår ændringen i lov eller anden offentlig regulering træder i kraft, der er afgørende for, hvornår kontraktændringen kan kræves at skulle have effekt. Afgørende er i den forbindelse, hvornår ændringen i lov eller anden regulering faktisk slår igennem på kontraktforholdet. Med et eksempel fra ABS-udvalgets

bemærkninger til bestemmelsen: et fald i afgiften på plastikvarer vil ikke konkret gøre leveringen af serviceydelsen billigere de første 6 måneder – og dermed skabe grundlag for krav om justering – hvis leverandøren har haft et lager svarende til 6 måneders forbrug af plastikvarerne.

Den part, der kræver ændringen, vil skulle bevise, fra hvilket tidspunkt ændringen i lovgivning eller anden offentlig regulering konkret påvirker opfyldelsen af kontrakten.

§ 11 [Kontrol med realkydelser]

Ordregiveren kan føre kontrol med leverandørens opfyldelse af aftalen.[1] I det omfang det ikke er fastlagt i udbudsmaterialet, fastsætter ordregiveren og leverandøren i forening de nærmere vilkår for kontrollen.[2]

Stk. 2. Kontrol fra ordregiverens side fritager ikke leverandøren fra selv at føre kontrol og sørge for rigtig opfyldelse af aftalen.[3]

Stk. 3.[4] Leverandøren skal løbende give ordregiver oplysninger om alle relevante forhold[5] om overholdelse af gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter, som leverandøren bliver bekendt med. Ordregiver kan stille krav til detaljeringsgrad og dokumentation af oplysninger.[6]

[1] Adgangen til kontrol, fremgangsmåden og indholdet kan være fastsat i eventuelt udbudsmateriale. Kontrollen kan vedrøre såvel udførelsen af den aftalte serviceydelse, som det endelige resultat, og kan eksempelvis ske i form af indberetninger fra leverandøren eller som stikprøver foretaget af ordregiver eller tredjemand. I de tilfælde hvor serviceydelsen skal præsteres over for andre end ordregiver, kan kontrollen ske ved at indhente udsagn fra brugerne, eller ved at ordregiver modtager, eller bliver orienteret om, klager fra modtagerne af serviceydelsen.

Om muligheden for at anvende klager som kontrolinstrument skal bemærkes, at ordregiver i henhold til § 13 skal modtage klager, som tilgår leverandøren, og som indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse. Klager, der ikke indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse, har leverandøren derimod ikke pligt til at videresende til ordregiver i medfør af § 13. Ønsker ordregiver kendskab til denne kategori af klager – i kontroløjemed eller med henblik på at identificere hidtil oversete behov i relation til serviceydelsen – kan regulering af spørgsmålet ske gennem kontraktbestemmelse.

[2] Har ordregiver ikke forud for kontraktens indgåelse fastsat krav vedrørende kontrol, vil dette emne skulle løses ved forhandling i kon-

traktforholdet. Disse forhandlinger vil skulle ske under iagttagelse af et almindelig loyalitetsprincip, hvilket, sammenlignet med hvis det var sket forud for indgåelsen, vil indskrænke ordregivers muligheder for at stille krav.

[3] Leverandøren er naturligvis forpligtet til behørigt at opfylde kontrakten uanset ordregivers kontrol, men der ligger ikke – heller ikke med bestemmelsen i § 11, stk. 2 – nogen forpligtelse for leverandøren til at føre kontrol ud over, hvad han må finde nødvendig for netop at sikre kontraktmæssig opfyldelse.

Såfremt ordregiver ønsker, at leverandøren skal opfylde bestemte krav i forbindelse med dennes egenkontrol, skal dette fremgå af kontraktbestemmelser. Det kan eksempelvis dreje sig om krav til omfanget af egenkontrol, eller krav til kvalifikationer hos de personer der udføre kontrollen.

[4] Bestemmelsen i § 11, stk. 3, skal læses i sammenhæng med § 7, stk. 2, der pålægger leverandøren at udføre opgaven i overensstemmelse med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter. Bestemmelsen i § 11, stk. 3, skal sikre, at ordregiver har mulighed for at vurdere, om leverandøren opfylder kravet i § 7, stk. 2. Bemærk at der her er lagt en byrde på leverandøren, i modsætning til spørgsmål om opfyldelse af andre dele af kontrakten, hvor ordregiver skal være aktiv i kontrolfunktionen, jf. § 11, stk. 1. Bestemmelsen i § 11, stk. 3, udelukker ikke, at ordregiver kan udføre kontrol vedrørende overholdelse af miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter.

[5] Hvilke forhold, der er relevante, afhænger til dels af den konkrete situation, og der kan ikke opstilles en udtømmende liste. Men ved afgørelse af spørgsmålet i den konkrete sammenhæng kan det være en vejledning at erindre, at bestemmelsen skal sætte ordregiver i stand til, at tage stilling til om leverandøren overholder gældende foreskrifter, og dermed kontrakten, jf. kravet i § 7, stk. 2. Som nogle få eksempler på relevante forhold kan nævnes indberetninger om arbejdsulykker og anmeldte arbejdsskader med tilknytning til virksomheden, besøg af Arbejdstilsynet og resultaterne af disse (ingen bemærkninger, rapporter om væsentlige problemer, påbud, forbud m.v.) samt besøg af fødevareregion og resultatet af disse.

Hvis det er aftalt, at leverandøren skal opfylde krav, der ligger ud over, hvad der følger af forskrifter på området, bør kontrakten også fastsætte regler for indberetning, der kan sætte ordregiver i stand til at kontrollere opfyldelsen af disse forpligtelser.

[6] Også her vil ordregiver have friere hænder til at fastsætte krav, hvis dette sker forud for kontraktens indgåelse. Skal detaljeringsgrad og dokumentation først fastlægges efter indgåelsen, må leverandøren finde sig i krav, der er nødvendige for at sikre overholdelse af de relevante forskrifter. På den anden side kan ordregiver ikke umiddelbart – det vil sige uden at betale vederlag – stille krav, der rækker ud over dette.

Arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed har i sin rapport til ABS-udvalget anbefalet (anbefaling nr. 6, s. 26), at ABSERVICE 2003 som et minimum kom til at indeholde bestemmelser om, at det skulle aftales hvordan og med hvilke intervaller, leverandøren skulle melde tilbage til ordregiver. Arbejdsgruppen har endvidere anbefalet, at der i denne forbindelse bliver taget stilling til procedurer for inddragelse eller orientering af medarbejdere.

§ 12 [Videregivelse af oplysninger]

[1][2]Den private[3] leverandør skal på anmodning[4] fra den ordregivende offentlige myndighed videregive enhver oplysning til myndigheden, som leverandøren har fået kendskab til i forbindelse med udførelsen af opgaven for den ordregivende offentlige myndighed,[5] og som myndigheden finder er nødvendig for, at myndigheden kan varetage sine offentligretlige forpligtelser.[6]

Stk. 2. Den private leverandør skal videregive de ønskede oplysninger snarest efter, at den ordregivende offentlige myndighed har anmodet herom.[7] Den ordregivende offentlige myndighed kan fastsætte en frist for den private leverandørs videregivelse af oplysninger, såfremt det er nødvendigt, at myndigheden med henblik på opfyldelse af myndighedens offentligretlige forpligtelser har rådighed over oplysningerne på et bestemt tidspunkt.[8] Fristen skal fastsættes under fornuften hensyntagen til omfanget af de ønskede oplysninger.

[1] Bestemmelsen er indholdsmæssigt identisk med det forslag til bestemmelse om emnet som arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold har stillet i sin rapport til ABS-udvalget. Arbejdsgruppen har knyttet en række kommentarer til dens forslag,³² og disse er på nogle områder mere omfattende end de bemærkninger, som ABS-udvalget har knyttet til § 12.

[2] Uanset kontrakten vil den offentlige ordregiver fortsat skulle opfylde offentligretlige forpligtelser. Der kan eksempelvis være tale om, at den offentlige ordregiver skal træffe afgørelse i miljøsager, eller om at ordregiver skal behandle en klage fra modtageren af den serviceydelse, som leverandøren præsterer i henhold til kontrakten. Til dette

32. Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold, s. 58ff og s. 85ff.

vil der i nogle situationer være behov for oplysninger, som myndigheden kun kan få via leverandøren. Imidlertid gælder der ikke en generel pligt for private til at meddele offentlige myndigheder oplysninger til brug for myndighedens varetagelse af dennes opgaver. En sådan oplysningspligt forudsætter særlig hjemmel. Det forhold, at der foreligger en kontrakt om den privates udførelse af en opgave for den offentlige myndighed, er i denne forbindelse ikke tilstrækkelig hjemmel. Bestemmelsen i § 12 skal ses i lyset af dette, og sikre den nødvendige hjemmel for at ordregiver kan kræve oplysninger fra leverandøren. Bestemmelsen kan der imod ikke bruges som grundlag for, at andre offentlige instansers end ordregiver kan kræve oplysninger af leverandøren. Ordregivers muligheder for at kræve oplysninger på vegne af andre offentlige instanser omtales nedenfor i punkt [6].

Det skal fremhæves, at bestemmelsen i § 12 – ligesom de øvrige bestemmelser i ABSERVICE 2003 – i tilfælde af konflikt viger i forhold til lovbestemmelser vedrørende de emner, som ABSERVICE 2003 regulerer. I øvrigt gælder der en række regelsæt af mere eller mindre speciel karakter sideløbende med ABSERVICE 2003. Dette er også tilfælde i relation til § 12, hvor blandt andet lov om behandling af personoplysninger skal iagttages.

I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen, antages det ikke, at videregivelse af oplysninger i henhold til § 12 vil være i strid med den tavshedspligt, der følger af straffelovens § 152a, jf. § 152. Mere om disse straffelovsbestemmelser i kommentarerne til § d.

[3] Bestemmelsen omhandler kun private leverandører. I de tilfælde, hvor leverandøren er en anden offentlig myndighed, vil pligten til at udlevere oplysninger til ordregiver følge af den forvaltningsretlige lovgivning, herunder foruden speciallovgivning også forvaltningslovens § 31, stk. 1, om pligt til at videregive oplysninger med de modifikationer der følger af § 31, stk. 2, og ikke mindst af §§ 28-30. De nævnte bestemmelser gælder for al virksomhed, der udøves inden for den offentlige forvaltning, altså også faktisk forvaltningsvirksomhed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 3.

[4] Ønsker ordregiver at modtage oplysninger fra leverandøren, skal ordregiver fremsætte anmodning om dette. Leverandøren har således ikke pligt til af egen drift at meddele oplysninger til ordregiver. An-

modningen må kunne ske såvel mundtligt som skriftligt, men det skal tilstræbes, at den er så præcis, at det medfører mindst muligt arbejde for leverandøren at identificere de oplysninger, der skal videregives. Det skal i denne forbindelse erindres, at den offentlige ordregiver konkret er den, der bør vide, hvilke oplysninger der skal bruges, ligesom ordregiver skal være opmærksom på, at den private leverandør ikke har erfaring med behandling af offentligretlige afgørelsessager.

I nogle tilfælde findes der speciallovgivning, der pålægger en offentlig instans (A) pligt til at underrette en anden offentlig instans (B) om forhold, som A får kendskab til gennem sin virksomhed. Såfremt A gennem kontrakt overlader aktiviteten til en privat leverandør, bør A overveje at lade kontrakten indeholde en bestemmelse, i henhold til hvilken den private leverandør bliver forpligtet til at orientere A (ordregiver) om de relevante forhold. En sådan bestemmelse vil adskille sig fra bestemmelsen i § 12, stk. 1, idet der vil blive tale om en pligt for leverandøren til, på eget initiativ, at videregive oplysninger til ordregiver.

[5] Ordregiver kan kun kræve oplysninger fra leverandøren, som denne har fået kendskab til gennem udførelsen af kontrakten. Oplysninger, som leverandøren af andre grunde er i besiddelse, er ikke omfattet af bestemmelsen. Til gengæld kan leverandøren ikke foretage nogen form for censur af oplysningerne, da bestemmelsen slår fast, at leverandøren skal videregive *enhver* oplysning, som ordregiver efterspørger. Det vil eksempelvis ikke kunne begrunde afvisning af videregivelse, at oplysningerne er indsamlet af leverandøren med ét formål for øje, men af ordregiver påtænkes anvendt i en helt anden sammenhæng.

[6] Det er ordregiver, der afgør, hvilke oplysninger der er nødvendige. Henset til at det er ordregiver, der skal udføre den bagvedliggende offentligretlige opgave, til at ordregiver, trods kontrakten, er underlagt officialmaksimens krav om tilstrækkelig sagsoplysning, og til at leverandøren typisk ikke vil have erfaring med sagsoplysning i offentligretlig sammenhæng, forekommer dette naturligt. Der kan næppe opstilles krav om, at ordregiver skal føre nogen former for bevis for oplysningens nødvendighed.

Nødvendighedskravet kan give anledning til at overveje, om ordregiver har pligt til at søge oplysningerne ad andre veje end gennem leverandøren, og om alle sådanne andre veje i givet fald skal være udtømte,

inden leverandøren kan anmodes om oplysningerne. Udgangspunktet må her være, at ordregiver umiddelbart kan gå til leverandøren efter de ønskede oplysninger, altså uden først at have forsøgt at få oplysningerne fra andre kilder. Ordregiver må dog skulle iagttage den obligationsretlige loyalitetspligt, der i denne sammenhæng tilsiger, at ordregiver ikke af leverandøren kræver oplysninger, hvis fremskaffelse vil være ressourcekrævende, såfremt oplysningerne vil kunne opnås ad en anden – for ordregiver relativt let – vej.

Foruden nødvendighedskravet er det også et krav for anvendelse af bestemmelsen i § 12, stk. 1, at oplysningerne skal bruges som led i ordregivers varetagelse af egne offentligretlige forpligtelser. Det følger heraf, at ordregiver ikke kan kræve oplysninger, som skal bruges til andet end varetagelse af offentligretlige forpligtelser. Eksempelvis vil ordregiver ikke kunne kræve oplysninger til brug ved planlægning af fremtidige udbudsforretninger. Det følger også, at leverandøren ikke er pligtig at udlevere oplysninger, som efterspørges af ordregiver på vegne af andre offentlige instanser, medmindre ordregiver har pligt til at fremskaffe eller videregive oplysninger til disse instanser, der har brug for oplysningerne i forbindelse med varetagelse af deres offentligretlige forpligtelser. En sådan forpligtelse for ordregiver følger eksempelvis af forvaltningslovens § 31.

Forudsat at betingelserne for anvendelse af § 12, stk. 1, er opfyldt, er der næppe nogen grænse for, hvor mange oplysninger ordregiver kan kræve. Almindelige obligationsretlige krav om ikke at pålægge sin medkontrahent flere og større byrder end nødvendigt vil dog også skulle iagttages i denne sammenhæng.

[7] Allerede den obligationsretlige loyalitetspligt vil lede til, at leverandøren fremkommer med de efterspurgte oplysninger uden forsinkelse, ud over hvad der må være rimeligt begrundet. Heller ikke i forhold til en præcisering af fristen er der vundet noget med bestemmelsen med dens anvendelse af formuleringen *snarest efter*. Når bestemmelsen i § 12, stk. 2, 1. punktum, læses i sammenhæng med § 12, stk. 2, 2. og 3. punktum, må det – med modifikation i form af den almindelige obligationsretlige pligt til at tage hensyn til medkontrahenten – være leverandørens forhold, der er i fokus, når det skal afgøres, hvad der er acceptabelt efter § 12, stk. 2, 1. punktum; er der forhold, der får ordregiveren

til at ønske særlig hurtig adgang til oplysningerne, må dette sikres gennem bestemmelsen i § 12, stk. 2, 2. punktum.

[8] Henset til kravet i § 12, stk. 2, 1. punktum, om at oplysningerne skal videregives snarest muligt efter anmodningen, må en frist efter § 12, stk. 2, 2. punktum kunne indebære en skærpelse i forhold til leverandøren, idet der dog skal tages et vist hensyn til denne, jf. § 12, stk. 2, 3. punktum. Frist i henhold til bestemmelsen i stk. 2, 2. punktum kan eksempelvis blive aktuel i tilfælde hvor ordregiver gennem lovgivning er forpligtet til at træffe afgørelse eller videregive oplysninger, sådan som det eksempelvis er tilfældet i henhold til lov om aktindsigt i miljøoplysninger, § 4, stk. 2 (anmodning om aktindsigt skal afgøres inden én – i visse tilfælde to – måneder) og bekendtgørelse nr. 1109/2003³³ (frister for revurdering af foranstaltninger iværksat i medfør af servicelovens §§ 109 a, c og d).

33. Bekendtgørelse nr. 1109 af 12. december 2003 om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne efter kapitel 21 i lov om social service.

§ 13 [Videresendelse af klager]

[1] Den private [2] leverandør skal til den ordregivende offentlige myndighed videresende klager over leverandørens varetagelse af den pågældende opgave, såfremt klagen indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse. [3]

Stk. 2. Den private leverandør skal videregive de klager, der er omfattet af stk. 1, snarest efter, at den private leverandør har modtaget eller på anden måde fået kendskab til klagen. [4]

[1] Bestemmelsen er indholdsmæssigt identisk med det forslag til bestemmelse om emnet som arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold har stillet i sin rapport til ABS-udvalget. Arbejdsgruppen har knyttet en række kommentarer til dens forslag,³⁴ og disse er på nogle områder mere omfattende end de bemærkninger, som ABS-udvalget har knyttet til § 13.

[2] I henhold til dens ordlyd gælder bestemmelsen i § 13 kun for private leverandører. I de tilfælde hvor der er tale om, at leverandøren er en anden offentlig instans, vil denne imidlertid også skulle videresende klager, som skal behandles af ordregiver. Pligten til dette er for skriftlige klager foreskrevet i forvaltningslovens § 7, stk. 2. Denne bestemmelse må dog anses for at være en kodificering af en bredere gældende ulovbestemt pligt for offentlige instanser til at vejlede borgere, og en offentlig leverandør vil også være omfattet af denne ulovbestemte regel.

[3] Bestemmelsen i § 13, stk. 1, skal ses i lyset af, at myndighedsopgaver – eksempelvis afgørelse af klagesager – ikke uden særskilt hjemmel kan udliciteres fra offentlige instanser. Det er derfor nødvendigt, at klager, der indebærer, at der træffes en forvaltningsafgørelse, bliver bragt til den offentlige ordregiver. Det er i denne forbindelse vigtigt at

34. Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold, s. 65ff og s. 92ff.

være opmærksom på, at i mange tilfælde præsterer leverandøren ikke sin ydelse direkte til ordregiver, men til tredjemand. I sådanne tilfælde vil modtageren af ydelsen givet ofte få indtryk af, at alle forhold vedrørende ydelsen er et mellemværende mellem dem selv og leverandøren, hvorfor også klager vil blive sendt til leverandøren.

Pligten til at videresende klager består kun, hvor behandling af klagen indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse, altså hvor der er tale om myndighedsudøvelse. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen forudsættes det, at andre klager – hvor forvaltningsafgørelse ikke kommer på tale – behandles af leverandøren. Henset til at kravet om videresendelse, i tilfælde hvor der skal træffes en forvaltningsafgørelse, bygger på, at kun den offentlige ordregiver kan forestå den nødvendige myndighedsudøvelse, kan det ikke være afgørende, om der rent faktisk bliver truffet en forvaltningsafgørelse. Det afgørende må være, om der i anledning af klagen skal foretages sagsbehandling af myndighedskarakter.

Vurdering, af om en klage indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse, skal først og fremmest baseres på en konkret vurdering af den foreliggende klage. Skal der peges på nogle generelle ledetråde, kan følgende anføres:

- 1) Hvis klagen vedrører forhold, der er knyttet til leverandørens planlægning og faktiske udførelse af serviceydelsen, vil det typisk ikke være nødvendigt at videresende klagen til ordregiver. Leverandøren af mad til kommunens plejehjem afgør selv, hvordan maden skal fremstilles, og klager over at grøntsagerne er dampkogte, vil leverandøren selv kunne behandle.
- 2) Klager over betjeningen af leverandørens personale vil typisk også kunne behandles af leverandøren.
- 3) Klager over at de faktisk præsterede serviceydelser ikke lever op til de lovkrav, der stilles, eller over at ydelserne ikke svarer til, hvad der konkret er stillet modtageren i udsigt i forbindelse med ordregivers tildeling, vil skulle behandles af ordregiver.

Når myndighedsudøvelse, i fravær af særlig hjemmel, eksklusivt er forbeholdt offentlige instanser skyldes det, at man antager, at der her ved opnås særlige garantier for sagsbehandlingen og resultatets kvalitet. Det vil derfor have relativt alvorlige konsekvenser, såfremt en

klage, der indebærer at der skal træffes forvaltningsafgørelse, ikke bliver videresendt til ordregiver, men bliver behandlet af leverandøren. Af denne grund må det anbefales, at kontraktens parter indretter deres samarbejde sådan, at hvis der opstår tvivl om, hvorvidt en klage vil indebære, at der skal foretages sagsbehandling af myndigheds karakter, så skal dette spørgsmål afgøres af den offentlige ordregiver, hvorfor klagen vil skulle videresendes.

Om behov og muligheder for videresendelse af klager der ikke nødvendiggøre myndighedsbehandling, se bemærkningerne til § 11, punkt [1].

Det skal bemærkes, at bestemmelsen i § 13, stk. 1, forpligter leverandøren til af egen drift at videresende klager til den offentlige ordregiver. På dette punkt adskiller bestemmelsen sig fra bestemmelsen i § 12, stk. 1.

[4] I almindelighed må der kunne kræves videresendelse ganske hurtigt efter, at klagen er modtaget hos leverandøren. Dette begrundes med, at leverandøren ikke skal foretage nogen form for behandling af klagen, inden den kan videresendes. Leverandøren skal herunder ikke forholde sig til klagen, inden den videresendes til ordregiver. Leverandøren vil få lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger i anledning af klagen i forbindelse med ordregivers sagsbehandling. Leverandøren skal heller ikke forsinke videresendelse af klagen ved at foretage vurderinger af, hvilke oplysninger ordregiver vil skulle anvende i forbindelse med behandling af klagen, og ved at lade videresendelsen afvente at disse oplysninger tilvejebringes.

Med formuleringen "... har modtaget eller på anden måde fået kendskab til ..." synes signaleret, at der ikke uden særlig hjemmel kan stilles specielle krav til klagens udformning og fremtoning.

§ 14 [Betalingsfrist og uenighed om betaling]

Betaling skal ske inden udløb af den aftalte betalingsfrist.[1]

Stk. 2. En aftalt betalingsfrist kan tidligst regnes fra det tidspunkt, hvor ydelsen faktisk leveres.[2]

Stk. 3. Hvis ordregiver er uenig med leverandøren om betalingens størrelse eller forfaldstid skal ordregiver uden ugrundet ophold gøre indsigelse herom, idet indsigelsen ellers fortabes. Den uomstridte del af kravet skal betales uanset indsigelse.[3]

Stk. 4. Hvis der mellem kontraktsparterne er uenighed om betalingen, herunder om ordregivers adgang til at holde betalinger tilbage eller foretage modregning i leverandørens betalingskrav, finder reglerne i § 33 anvendelse, hvis en kontraktspart begærer det.[4]

[1] Henset til at ABSERVICE 2003 skal kunne anvendes på en bred vifte af serviceydelser, har det ikke været muligt at udforme en præcis bestemmelse om fastlæggelse af betalingsfristen. Dette bør dog kun skærpe kontraktparternes opmærksomhed vedrørende emnet. Den konkrete betalingsfrist skal fastsættes, så den tager højde for de foreliggende behov. I mange tilfælde vil der givetvis være inspiration at hente i branchekutymen og lignende, eller i hvad parterne konkret selv har af erfaring.

Parterne bør også i forbindelse med udfyldningen af § 14 tage stilling til spørgsmålet om betaling af eventuelle ekstraarbejder. Er andet ikke aftalt, vil § 14 også finde anvendelse på sådanne betalinger.

Foruden de nævnte spørgsmål bør kontraktparterne, i forbindelse med drøftelser af betalingsfrist, også være opmærksom på behovet for eventuelt at kunne opkræve morarenter. I henhold til renteloven – der er deklaratorisk med undtagelse af bestemmelserne i §§ 7, 9a og 9b – skal fordringer, for hvilke der i forvejen er fastsat en forfaldsdato, forrentes fra forfaldsdatoen, jf. lovens § 3, stk. 1, mens fordringer, hvor betalingstiden ikke er fastsat i forvejen, først skal forrentes, når der er gået 30 dage efter, at kreditor har fremsat anmodning om betaling, jf. rentelovens § 3, stk. 2. I denne sammenhæng vil forfaldstidspunktet

være fastsat i forvejen hvis debitor (ordregiver) har haft mulighed for at indrette sig på, at han på dette tidspunkt skulle være klar til at betale. Se også om morarenter i kommentaren til § 28.

[2] Bestemmelsen er udtryk for den almindelige obligationsretlige regler om ydelse for ydelse; først når leverandøren har præsteret sin ydelse, bliver ordregiver forpligtet til at betale, en forpligtelse der eventuelt først aktualiseres efter forløbet af en given betalingsfrist.

I tilfælde af at serviceydelsen præsteres for sent, og denne forsinkelse må tilregnes leverandøren, vil morarenter først skulle beregnes fra det faktiske leveringstidspunkt, jf. rentelovens § 4, stk. 1.

[3] Begge led i § 14, stk. 3, er udtryk for almindelige obligationsretlige principper. Såfremt ordregiver ikke betaler den ubestridte del af kravet i ovenretnsstemmelse med de aftalte betingelser, vil dette være at regne som misligholdelse.

[4] I henhold til § 33 kan Det Danske Voldgiftsinstitut på begæring af en kontraktpart udpege en sagkyndig til at træffe beslutning om betaling, tilbageholdelse og modregning. Nærmere regler for begæringen og behandling findes i § 33, stk. 2-6. Indbringes sagen for voldgiftsretten, vil det ikke påvirke leverandørens standsningsret i henhold til § 23.

§ 15 [Regulering af betalingen]

[1] Medmindre andet fastsættes i udbudsmaterialet reguleres prisen i kontraktperioden én gang årligt med det af Danmarks Statistik offentliggjorte indeks, som i sin opbygning bedst muligt svarer til opgaven.[2]

[1] Bestemmelsen skal ses i lyset af, at kontrakter indgået på grundlag af ABService 2003 typisk vil løbe over en længere periode, hvorfor den almindelige prisudvikling kan skabe behov for at foretage regulering af betalingen. Det følger af dette, at hvis kontrakten ikke skal løbe over en længere periode, kan det være rimeligt ikke at lade § 15 være en del af kontrakten. Ved fravalg skal kravet om klarhed, jf. § 1, stk. 2, iagttages.

Bestemmelsen vedrører prisregulering og tager kun stilling til ændring af pengeydelsen. Andre ændringsbehov – der eventuelt også kan være affødt af, at parterne ikke på indgåelsestidspunktet kunne overskue den fremtidige udvikling – kan ikke kræves gennemført med hjemmel i § 15. Bestemmelsen i § 9, stk 1, kan eventuelt være til nytte i disse tilfælde.

Foruden bestemmelsen i § 15 indeholder også §§ 9, 10 og e bestemmelser om justering af kontraktens pengeyardelser. Bestemmelserne i § 9 tager stilling til mulighederne for at foretage justering af betalingen i tilfælde, hvor dette måtte være nødvendigt som følge af ændringer vedrørende den aftalte serviceydelse. Med hjemmel i § 10 kan der foretages justering af betalingen, hvor dette er påkrævet som følge af ændringer i lovgivning eller anden offentlig regulering, der direkte påvirker omkostningerne ved at præstere serviceydelsen. Endelig kan leverandøren, på baggrund af § e, opnå godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger på materiale som skal anvendes ved præstation af serviceydelsen, herunder også for prisstigninger på brændstof.

[2] Med henblik på at undgå senere uoverensstemmelser må det anbefales, at parterne allerede ved kontraktens indgåelse tager stilling til, hvilket af Danmarks Statistiks indekser der skal lægge til grund for reguleringen efter § 15. Såfremt kontrakten indgås på baggrund af udbud, vil udbudsmaterialet skulle indeholde angivelse af, hvilket indeks

der vil blive anvendt ved regulering efter § 15. Tilsvarende gælder, såfremt regulering skal foretages på grundlag af andet end et indeks fra Danmarks Statistik.

§ 16 [Bonus til leverandøren]

Ordregiveren udbetaler bonus til leverandøren, såfremt der er truffet særlig aftale herom.^[1]

[1] Betaling i form af bonus er et forhold, der i givet fald skal fremgå af eventuelt udbudsmateriale. Størrelse af eventuel bonus og betingelserne for at opnå denne skal fremgå klart. Det følger af dette, at efterfølgende aftaler om bonus skal indgås under iagttagelse af de begrænsninger, som udbudsreglerne sætter for ændring af kontrakten.

En bestemmelse om bonus kan i nogle tilfælde være egnet til at motivere leverandøren til at nå et givet mål. Muligheden for at opnå bonus kan også skabe risiko for lavere kvalitet, eksempelvis hvis bonusen er knyttet til en tidsfaktor for præstationen af serviceydelsen. Fordele og ulemper bør i det konkrete tilfælde overvejes nøje, før eventuel bestemmelse om bonus optages i kontrakten. Bestemmelser om bonus kan eventuelt kombineres med bestemmelser om bod, jf. § 26.

§ 17 [Misligholdelse – kvalitetskrav]

Er serviceydelsen ikke udført i overensstemmelse med § 7,[1] uden at dette skyldes ordregiverens forhold, eller forhold i øvrigt som ordregiveren bærer risikoen for,[2] foreligger der misligholdelse.

Stk. 2. Der foreligger også misligholdelse, hvis serviceydelsen ikke lever op til ordregiverens berettigede krav ifølge § 9, eller hvis leverandøren ikke opfylder andre krav, som ifølge aftalen stilles i forbindelse med levering af serviceydelsen, eller som følger af aftalen i øvrigt.[3][4]

[1] Det fremgår af henvisningen til § 7, at serviceydelsen skal leve op til det aftalte, og, i mangel af aftale, til hvad der må være fagmæssigt korrekt. I dette er der intet nyt i forhold til, hvad der allerede gælder i henhold til den almindelige obligationsret. Det skal bemærkes, at hvad der må være aftalt, ikke er begrænset til kontraktens ordlyd, men skal forstås bredt, således at også eksempelvis krav i udbudsmateriale og bilag til kontrakten skal overholdes. Se nærmere om omfanget af “hvad der er aftalt” i kommentarerne til § 7.

Bemærk at henvisningen til § 7 fører til, at der foreligger misligholdelse, hvis serviceydelsen ikke bliver udført i overensstemmelsen med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter, jf. kravene herom i § 7, stk. 2. Hermed er ABSERVICE 2003 på linie med anbefalingerne fra arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed, der endvidere fremhæver, at skal manglende overholdelse på disse områder betragtes som misligholdelse, må der være tale om overtrædelser, der har karakter af andet end rene bagateller.³⁵

[2] Den almindelige obligationsretlige regel, i henhold til hvilken debitor ikke skal hæfte for tilfælde af ikke-opfyldelse, der må tilregnes kreditor (fordringshavermora), er hermed kodificeret. Det vanskelige er her – som altid i kontraktforhold – at fastlægge hvornår ikke-opfyl-

35. Rapport til ABS-udvalget fra arbejdsgruppen vedrørende miljø, arbejdsmiljø og sundhed, anbefaling nr. 8 (s. 26).

delse skyldes kreditors (ordregivers) forhold, og ikke mindst hvornår det skyldes forhold, som ordregiver må anses for at skulle bære risikoen for. Sidstnævnte spørgsmål bliver blandt andet aktuelt, hvor leverandøren ikke er i stand til at opfylde på grund af udefrakommende forhold, som kontraktens parter ikke har nogen indflydelse på. Risikofordelingen – og dermed afgørelsen af om der foreligger misligholdelse i henhold til § 17, stk. 1 – må her ske under anvendelse af de almindelige kontrakt- og obligationsretlige retningslinier. Det vil sige, at der i første omgang må foretages en fortolkning af kontrakten for derved om muligt at placere risikoen. Leder dette ikke til et resultat, må der foretages supplerende med relevant baggrundsret. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at ABS-udvalget i deres bemærkninger til bestemmelsen anfører, at hvor det er umuligt at levere på grund af udefrakommende omstændigheder, som parterne ikke har indflydelse på, vil udgangspunktet være, at hvis leverandøren ikke i henhold til kontrakten er forpligtet til at overvinde opfyldeshindringen, vil der foreligge fordringshaveremora, såfremt leverandøren i øvrigt var klar til at opfylde.

I forbindelse med placering af risikoen for uforudsete forhold, der leder til ikke-opfyldelse, skal grænsen til egentlig force majeure erindres, jf. også bestemmelsen om dette begreb i ABSservice 2003 § 20.

[3] Mens § 17, stk. 1, tager sigte på mangler ved serviceydelsen, favner § 17, stk. 2, bredere, idet det efter denne bestemmelse også er misligholdelse, såfremt leverandøren ikke opfylder andre krav, der følger af kontrakten. Hermed er det gjort til misligholdelse, såfremt leverandøren ikke opfylder diverse biforpligtelser, der springer af kontrakten, eksempelvis forpligtelsen til at videresende klager i henhold til § 13 og den loyale oplysningspligt, jf. § 31, stk. 2.

[4] I § 17 er der ikke specifikke kategorier af mangler, der er fremhævet som værende misligholdelse. I stedet er bestemmelsen holdt i generelle vendinger. Henset til at ABSservice 2003 er tænkt til at skulle kunne anvendes på et bredt spektrum af forskellige områder, forekommer det naturligt. Kontraktparter må dog overveje, om det i deres kontrakt vil være hensigtsmæssigt at fremhæve specifikke områder, hvor manglende opfyldelse vil være misligholdelse. Er der tale om enkle serviceydelser og entydige leveringsvilkår, kan en specificering være mulig. Er der der imod tale om komplekse serviceydelser, omfattende

leveringsvilkår og langvarige kontraktperioder, kan det være en fordel at holde misligholdelsesbestemmelserne i generelle vendinger, og i stedet indsætte bestemmelser om hvordan tilfælde af mangelfuld opfyldelse skal korrigeres. En følgegruppe nedsat i medfør af § 4 vil kunne inddrages i dette arbejde.

§ 18 [Misligholdelse – tidsmæssige krav]

Er der i aftalen fastsat tidsfrister for leverandørens udførelse af arbejdet eller dele heraf,[1] og leveres serviceydelsen eller delydelsen ikke i rette tid, uden at dette skyldes ordregiverens forhold, eller forhold i øvrigt som ordregiveren bærer risikoen for,[2] foreligger der ligeledes misligholdelse.

Stk. 2. Betaler ordregiveren ikke i rette tid,[3] eller undlader ordregiveren at opfylde sin forpligtelse til at medvirke til, at leverandøren kan levere rigtig ydelse,[4] foreligger der tilsvarende misligholdelse fra ordregiverens side.[5]

[1] Trods formuleringen “... i aftalen fastsat ...” vil relevante tidsfrister for leverandørens arbejde kunne fremgå af en række faktorer. Eksempelvis kan frister for leverandørens arbejde være fastsat af ordregiver allerede i et eventuelt udbudsmateriale, de kan fremgå af den endelige kontrakt, eller de kan være givet i den plan for levering af serviceydelsen, som ordregiver udarbejder i samarbejde med leverandøren, jf. § 8. For nærmere omtale af begrebet *aftale* i ABSERVICE 2003 se kommentaren til § 2, stk. 1.

[2] Formuleringen er her den samme som i § 17, stk. 1, hvorfor også den grundlæggende problemstilling genfindes. Se kommentarerne til § 17 for yderligere omtale.

[3] Bestemmelsen omfatter betaling af såvel hele kontraktsummen som dele af denne.

[4] Forpligtelse til at medvirke kan følge af kontrakten. Eksempelvis kan det i denne være bestemt, at den kommunale ordregiver, til den private virksomhed der varetager drift af vuggestuer i kommunen, hver måned skal give meddelelse om tilgangen på listen over børn, der på et fremtidigt tidspunkt skal bruge en institutionsplads. Sådanne oplysninger er nødvendige for leverandøren, hvis denne er kontraktlig forpligtet

til at sikre, at der til stadighed er tilstrækkeligt med institutionspladser i kommunen.

Ordregivers forpligtelse til at medvirke til leverandørens opfyldelse kan endvidere følge af den almindelige obligationsretlige loyalitetspligt. Det følger af denne, at parterne i en kontrakt – også uden udtrykkelig bestemmelse om dette – har pligt til loyalt at arbejde for kontraktens gennemførelse.

[5] Med denne bestemmelse er det fremhævet, at ordregiver har en pligt til at arbejde for, at kontrakten kan opfyldes som tænkt ved dens indgåelse, og at manglende opfyldelse af denne forpligtelse vil være misligholdelse. De konkrete forpligtelser, der kan udspringe af bestemmelsen i § 18, stk. 2, er mange. Som et eksempel kan nævnes, at ordregiver kan være forpligtet til at stille information til rådighed for leverandøren, således at denne kan indrette serviceydelsen i henhold til dette. Således vil det være en forudsætning for kontraktmæssig opfyldelse af kontrakten om udbringning af mad, at leverandøren modtager information om, hvilke borgere der er tilknyttet den kommunale madordning.

Det er i ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen fremhævet, at der kun foreligger misligholdelse fra ordregivers side i de tilfælde, hvor ordregiver ikke lever op til en forpligtelse til positivt og aktivt at medvirke til leverandørens opfyldelse. Det kan her ikke være en forudsætning for ordregivers misligholdelse, at der tillige er tale om en forpligtelse, der udtrykkeligt fremgår af kontrakten, jf. hvad der ovenfor er anført om den obligationsretlige loyalitetspligt.

ABS-udvalget anfører endvidere til bestemmelsen, at “almindelig fordringshavermora, hvor ordregiveren “blot” undlader at medvirke til at aftage ydelsen ...”³⁶ ikke udgør misligholdelse fra ordregivers side. Spørgsmålet, om hvorvidt fordringshavermora i almindelighed skal anses for at være misligholdelse fra fordringshavers side, er omdiskuteret. Henset til at: 1) det er kreditor (ordregiver), der er årsag til ikke-opfyldelsen i tilfælde af fordringshavermora, 2) manglende anerkendelse af fordringshavermora som værende misligholdelse fører til, at debitor (leverandøren) bliver stillet ringere i relation til at få dækket de tab, der

36. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 51.

er en følge af ikke-opfyldelsen, og 3) fordringshavernora er et brud på loyalitetspligten, der er en forpligtelse i kontraktforholdet, synes der at være gode grunde til at betragte fordringshavernora som et tilfælde af misligholdelse fra kreditors (ordregivers) side.³⁷ Bortset fra de nævnte bemærkninger fra ABS-udvalget synes der ikke i tilknytning til § 18, stk. 2, at være forhold, der kan begrunde andet.

37. For dette synspunkt se eksempelvis Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 190f og Erik Werlauff i J2002.307 (s. 314f). For en mere reserveret holdning til fordringshavernora som misligholdelse se Bernhard Gomard: Obligationersret, 2. del, s. 245f.

§ 19 [Misligholdelse – underretningspligt]

[1] En kontraktspart, som må indse,[2] at der er risiko for misligholdelse,[3] har pligt til uden ugrundet ophold at give den anden kontraktspart begrundet[4] meddelelse herom.[5]

[1] Det følger allerede af parternes dilligenspligt, at de – også uden kontraktbestemmelse om dette – har pligt til at underrette medkontrahenten om forhold, der kan føre til skuffelse i kontraktforholdet. Derfor må der være tale om en kvalitativ udvidelse, når det af ABS-udvalgets bemærkninger til § 19 fremgår, at bestemmelsen “...må ses som en udbygning af parternes almindelige pligt til gensidig loyal oplysning vedrørende omstændigheder af betydning for aftaleforholdet”. Med andre ord vil de krav, der altid kan stilles til kontrahenters opførsel i medfør af dilligenspligten, og i bredere forstand den obligationsretlige loyalitetspligt, herefter skulle ses som den absolutte bundgrænse for de krav, der efter § 19 kan stilles til kontraktparterne. Dette kan være en strømpil, når de upræcise begreber, der anvendes i § 19, konkret skal udfyldes.

[2] Pligten til at give meddelelse til medkontrahenten er således ikke kun aktuel, i tilfælde hvor en kontraktpart kan konstatere (indse), at der er risiko for misligholdelse, men også hvor kontraktparten burde indse, at der foreligger en sådan risiko. Det er vanskeligt at afgøre, hvilke krav der skal stilles i relation til, hvad kontrahenterne burde indse på dette område. Det ovenfor anførte om forholdet mellem § 19 og den almindelige loyalitetspligt kan dog give et fingerpeg i denne forbindelse; hvis bestemmelsen i § 19 skal være en udbygning af den almindelige loyalitetspligt, må kravene til hvad kontrahenterne burde indse, være skærpede i forhold til hvad der følger af den almindelige loyalitetspligt.

[3] Misligholdelse er genstand for regulering i §§ 17 og 18, hvor begrebet gives et nærmere indhold. Vedrørende dette emne henvises der til kommentarerne knyttet til de nævnte bestemmelser.

Pligten til at give meddelelse er i henhold til § 19 ikke betinget af, at der faktisk foreligger, eller blot kommer til at foreligge, misligholdelse. Det er tilstrækkeligt, at der foreligger en risiko for, at misligholdelse kan blive aktuel. Det er vanskeligt at anføre noget nærmere og generelt om, hvor overhængende risikoen for misligholdelse skal være, førend det vil være påkrævet, at kontraktparten giver meddelelse som foreskrevet i bestemmelsen. Det tidligere anførte om forholdet mellem den almindelige loyalitetspligt og bestemmelsen i § 19, taler for, at risikoen ikke behøver være særlig stor. Når den konkrete rækkevidde af bestemmelsen i § 19 skal vurderes, kan det blandt andet få betydning, hvilke konsekvenser den mulige misligholdelse vil få, ligesom omfanget og den tidsmæssig udstrækning af denne vil kunne påvirke vurderingen.

[4] Indholdet i den krævede begrundelse vil variere efter de konkrete omstændigheder. Generelt skal det dog holdes for øje, at begrundelsen skal sætte medkontrahenten i stand til om muligt at vurdere sandsynligheden for misligholdelsens indtræden. Endvidere skal begrundelsen give medkontrahenten mulighed for eventuelt at imødegå misligholdelse ved at gribe ind i forhold til de faktorer, der giver den meddelende kontraktpart grund til at tro, at der foreligger risiko for misligholdelse.

[5] Opfylder en kontraktpart ikke oplysningspligten i § 19, vil dette ikke i sig selv berettige medkontrahenten til at bringe misligholdelsesbeføjelser i anvendelse. Manglende meddelelse vil derimod kunne få betydning i forhold til spørgsmål om tabsbegrænsning og erstatning i tilfælde af aktuel misligholdelse.

§ 20 [Force majeure]

Ingen kontraktspart er erstatningsansvarlig[1] for forhold, som ligger uden for kontraktspartens kontrol, og som kontraktsparten ikke ved aftalens indgåelse burde have taget i betragtning.[2]

Stk. 2. Kontraktspartens adgang til at kræve bod, jf. § 26, bortfalder ligeledes i de i stk. 1 nævnte tilfælde.[3]

Stk. 3. Forhold, som forhindrer en underleverandør, som leverandøren efter kontraktsindgåelsen overlader opgaver til efter § 3, stk. 4,[4] i at opfylde sin aftale med leverandøren, kan leverandøren kun påberåbe sig som force majeure over for ordregiveren, i det omfang samme forhold ville have forhindret leverandøren i at levere serviceydelsen, dersom denne havde valgt en anden underleverandør eller havde valgt ikke at betjene sig af underleverandører.[5]

Stk. 4. Force majeure kan højst gøres gældende, så længe som force majeure-situationen varer.

Stk. 5. Betalinger knyttet til leveringer, der forsinkes eller ikke leveres på grund af force majeure, udskydes eller bortfalder tilsvarende.

Stk. 6. Såfremt en kontraktspart vil påberåbe sig force majeure, skal denne give skriftlig meddelelse herom til den anden kontraktspart uden ugrundet ophold, efter at force majeure-situationen er indtrådt.[6]

[1] Bestemmelsen i § 20, stk. 1, drejer sig om bortfald af kontraktparternes erstatningsansvar og af deres pligt til at præstere naturalopfyldelse. Bestemmelsen påvirker derimod ikke kontraktparternes adgang til at hæve og til at kræve forholdsmæssigt afslag. I henhold til § 20, stk. 2, vil force majeure tillige udelukke ordregivers ret til at pålægge leverandøren bod.

[2] Bestemmelsen i § 20, stk. 1, skal ses som en generel force majeure-klausul, og indeholder i overensstemmelse med dette en helt generel beskrivelse af force majeure-begivenhederne som værende forhold, der ligger uden for kontraktspartens kontrol, og som kontraktparten ikke ved af-

tales indgåelse burde have taget i betragtning. Til denne beskrivelse kan føjes, at man traditionelt kræver af force majeure-begivenheden, at den er ekstraordinært tyngende, og at det ikke er muligt at afværge den.

En sådan helt overordnet beskrivelse af force majeure-begivenheden er nødvendig, når bestemmelsen, som det er tilfældet med § 20 såvel som med alle bestemmelser i ABSERVICE 2003, skal kunne anvendes i en lang række sammenhænge, hvor de relevante omstændigheder er vidt forskellige. For at sikre en anvendelig force majeure-bestemmelse bør kontraktparterne dog konkret forsøge at give en nærmere beskrivelse af, hvilke begivenheder der skal kvalificeres som force majeure. Dette kan dels ske som en direkte opregning af begivenheder, men det kan også ske ved en nærmere beskrivelse af konsekvenser, hvor tanken så er, at hvis en begivenhed medfører de beskrevne konsekvenser, kan den klassificeres som force majeure.

I ABS-udvalgets bemærkninger til § 20 er som eksempler på force majeure-begivenheder nævnt krig, naturkatastrofer og brand, mens dårligt vejr og mangel på arbejdskraft nævnes som eksempler på forhold, der klart ikke vil være force majeure-begivenheder. Prisstigninger vil kun i helt ekstraordinære tilfælde kunne betragtes som (økonomisk) force majeure. Se om dette emne i øvrigt § e og kommentaren til denne.

Særligt om strejker anføres det i ABS-udvalgets bemærkninger til § 20, at en mere omfattende strejke eller lockout (eksempelvis en generalstrejke) efter omstændighederne *kan* [kursivering fra bemærkningerne] være en force majeure-begivenhed. Har en strejke eller lockout et mere begrænset omfang, vil der derimod typisk ikke blive tale om force majeure. Denne formodning gælder med særlig kraft i tilfælde, hvor en strejke kun rammer kontraktpartens virksomhed. Hvorvidt strejke eller lockout skal betragtes som en force majeure-begivenhed skal afgøres under hensyntagen til de konkrete forhold, eksempelvis konfliktens karakter.

Netop den manglende generelle anerkendelse af strejke som force majeure i ABSERVICE 2003-kontrakten er årsag til, at arbejdsgiverorganisationerne Dansk Byggeri og Dansk Transport og Logistik ikke har fundet, at de kan anbefale anvendelse af ABSERVICE 2003 som grundlag for tilbudsgivelse.³⁸ Begrundelsen for dette standpunkt er, at når strej-

38. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003 Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 10. For en omtale af nogle konsekvenser af dette forbehold, se afsnit 3.3.

ker ikke betragtes som force majeure, men som misligholdelse, vil det typisk af leverandøren blive betragtet som et så væsentligt risikomoment, at de enten ikke afgiver tilbud eller også forhøjer deres betalingskrav væsentligt. Den manglende anerkendelse af strejke som værende en force majeure-begivenhed reducerer derfor, ifølge de nævnte arbejdsgiverorganisationer, muligheden for et frugtbart samarbejde mellem ordregiver og leverandør.

Som det fremgår af de gengivne bemærkninger fra ABS-udvalget vedrørende strejke og lockout, er det et område, der for kontraktparterne kan være grund til at overveje nærmere med henblik på en afklaring i den konkrete kontrakt. I sådanne overvejelser må de ovenfor anførte indvendinger mod at betragte strejke som misligholdelse naturligvis indgå. På den anden side vil strejker, der kun rammer netop leverandøren, med en vis rimelighed kunne tilskrives denne, enten fordi strejken reelt skyldes arbejdsgivers forhold eller handlinger (lønninger bliver ikke udbetalt rettidigt, der bliver ikke sørget for nødvendigt arbejdstøj og lignende forhold) eller fordi – med mindre styrke i tilregnelsen – arbejdsgiver ikke har ofret det tiltrækkelige opmærksomhed og indsats at sikre den fornødne grad af tilfredshed blandt medarbejderne til at forhindre uenigheder i at udvikle sig til strejker. Dette taler for ikke at lade strejke hos leverandøren være en force majeure-begivenhed. Rene chikanøse handlinger fra medarbejdernes side kan vel desværre ikke udelukkes, og de vil udgøre et problem i den foreliggende sammenhæng. Det fagretlige system må dog i høj grad kunne gøre op med sådanne strejker, med redskaber som ingen løn til de strejkende, krav til fagforbund om at bidrage til konfliktens løsning og (skærpet) bod til fagforbund.

Endvidere skal det også indgå i overvejelserne vedrørende strejkers status som force majeure-begivenhed, at det i nogle sammenhænge vil have ganske alvorlige konsekvenser, hvis kontrakterne ikke bliver opfyldt. I sådanne tilfælde kan det blive nødvendigt at hæve i tilfælde af strejke hos leverandøren og sikre varetagelse af serviceydelsen på anden måde. Bestemmelsen i § 20, stk. 1, berører ikke ordregivers mulighed for at hæve, men de tab, der kan blive aktuelle, eksempelvis i form af øgede udgifter til hurtig, alternativ opfyldelse, vil ikke kunne dækkes af krav mod leverandøren, hvis strejke kategoriseres som force majeure.

[3] Dette gælder såvel tilfælde, hvor bod træder i stedet for erstatning, som tilfælde hvor bod må anses for at tjene et adfærdsregulerende formål. Hvor bod skal ses som alternativ til erstatning, falder bestemmelsen i § 20, stk. 2, i naturlig forlængelse af § 20, stk. 1. Skal en bod konkret anses for at være et middel til at regulere kontraktparternes adfærd, er det også i fuld overensstemmelse med force majeure-begrebet at afskære adgangen til at kræve bod i de situationer, der er omfattet af § 20, stk. 1.

[4] Bestemmelsen i § 20, stk. 3, finder kun anvendelse i tilfælde, hvor opgavens varetagelse er overladt til en underleverandør på baggrund af § 3, stk. 4. I disse tilfælde er underleverandøren leverandørens eget valg og derfor ansvar i forhold til ordregiver. Anderledes hvis der er tale om en underleverandør, som ordregiver har betinget sig skulle anvendes. I disse situationer antages det i ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen, at leverandøren må være ansvarsfri i det hele taget, det vil sige ikke kun i tilfælde af force majeure, hvis det er forhold hos underleverandøren, der er årsag til at leverandøren ikke kan opfylde kontrakten.

Bestemmelsen i § 20, stk. 3, finder heller ikke anvendelse i tilfælde, hvor leverandøren allerede i sit tilbud har gjort opmærksom på, at dele af kontrakten vil blive opfyldt af en navngiven underleverandør.

[5] Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med, at leverandørens mulighed for, i henhold til § 3, stk. 4, at antage underleverandører ikke ændrer på forholdet mellem leverandør og ordregiver. Trods antagelse af en underleverandør er det stadig leverandøren (ordregivers kontrakt-part), der, i forhold til ordregiver, er ansvarlig for kontraktens retmæssige opfyldelse.

[6] Bestemmelsen kan ses som et udslag af den almindelige loyalitetspligt, i henhold til hvilken kontraktparterne skal underrette hinanden om forhold, der kan føre til skuffelse i kontraktforholdet.

Foruden pligten til at give meddelelse om at der allerede er indtrådt en force majeure-situation, skal kontraktparterne også være opmærksomme på den underretningspligt, der følger af § 19. I henhold til den bestemmelse skal kontraktparterne, allerede ved risiko for misligholdelse, uden ugrundet ophold give meddelelse til medkontrahenten.

Misligholdelse af underretningspligten i henhold til § 19 er uden direkte sammenhæng med kravet om meddelelse i henhold til § 20, stk. 6.

§ 21 [Reklamationspligt]

Vil en kontraktspart påberåbe sig en misligholdelse, skal denne give den anden kontraktspart meddelelse herom uden ugrundet ophold,[1] efter at misligholdelsen er eller burde være opdaget.[2][3]

Stk. 2. Vil en kontraktspart hæve kontrakten eller kræve afhjælpning eller omlevering, skal denne uden ugrundet ophold, efter at misligholdelsen er eller burde være opdaget, give den anden kontraktspart meddelelse herom. Undlader kontraktsparten dette, har parten fortabt sin ret til at hæve kontrakten eller til at kræve afhjælpning eller omlevering. Det samme gælder for ordregiverens ret til at kræve bod efter § 26.[4]

Stk. 3. Krav om forholdsmæssigt afslag eller erstatning skal opgøres og fremsættes uden ugrundet ophold efter meddelelse i henhold til stk. 1, idet retten ellers fortabes.[5]

[1] Reklamation skal foretages “uden ugrundet ophold”, hvilket svarer til, hvad der i almindelighed gælder for reklamation i kontraktforhold. Bedømmelsen af om fristen er overholdt må baseres på de konkrete omstændigheder, men generelt kan det ikke anses for ugrundet ophold, at den reklamerende kontraktspart tager sig tid til at overveje situationen, efter at misligholdelse er konstateret.

Vurderingen, af om der er sket rettidig reklamation, afhænger også af, om misligholdelsen er opdaget inden for det tidsrum, hvor dette burde være sket, jf. straks nedenfor.

Hvis den reklamerende kontraktspart i anledning af misligholdelsen ønsker at kræve enten forholdsmæssigt afslag (jf. § 25) eller erstatning (jf. § 28), skal endvidere fristen i § 21, stk. 3, iagttages.

[2] Reklamationsfristen løber fra det tidspunkt, hvor misligholdelsen opdages, eller – hvis dette tidspunkt ligger tidligere – fra det tidspunkt hvor misligholdelsen burde være opdaget. Det giver naturligvis altid anledning til vanskeligheder, når det skal bestemmes, hvornår et tilfælde af misligholdelse burde være opdaget. Dette spørgsmål er ikke

behandlet hverken i § 21 eller i ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen. Af den almindelige obligationsret fremgår det, at kontraktparterne har en pligt til at undersøge ydelsen ved modtagelse eller snarest efter. Denne regel, der oprindeligt er udviklet i tilknytning til kontrakter om handel med fysiske genstande, kan være lidt akavet at håndtere i forbindelse med de realydelser, der er genstand for ABSERVICE 2003-kontrakter. Alligevel må det fastholdes, at kontraktparterne må have pligt til at undersøge de modtagne ydelser. Særligt i forhold til modtageren af serviceydelsen (ordregiver) vil dette ofte kræve visse procedurer. Årsagen til dette behov er, dels at serviceydelsen ofte leveres til andre end ordregiver selv, hvorfor det er nødvendigt at afklare, hvem der skal forestå undersøgelsen, og hvordan eventuelle behov for reklamation formidles videre til ordregiver, dels at det kan kræve forudgående tilrettelæggelse at afgøre, hvordan serviceydelsen skal undersøges. I tilknytning til det sidst anførte må det anbefales, at der fastlægges rutiner, der kan sikre en tilstrækkelig, løbende undersøgelse af serviceydelsen. Procedurer til sikring af tilstrækkelig undersøgelse af serviceydelsen må ses i sammenhæng med eventuelle kontrolprocedurer, jf. § 11 om kontrol med serviceydelsen. Der henvises til kommentarerne til § 11.

[3] For at imødekomme reklameringskravet i § 21, stk. 1, er det tilstrækkeligt, at kontraktparten foretager en neutral reklamation, det vil sige, at kontraktparten skal gøre medkontrahenten opmærksom på den foreliggende (påståede) misligholdelse, men ikke ved selve reklamationen behøver at angive hvilken misligholdelsesbeføjelse han ønsker at gøre brug af. Ønsker den reklamerende kontraktpart at hæve, at kræve afhjælpning eller omlevering eller at kræve bod, skal dette dog anføres ved reklamationen (specificeret reklamation), jf. § 21, stk. 2.

Reklamationen skal altid angive, hvilken misligholdelse den reklamerende kontraktpart påberåber sig. Ved opfyldelsen af dette krav sættes medkontrahenten i stand til at tage stilling til berettigelsen af reklamationen.

Det er ikke med bestemmelserne i § 21, stk. 1 og 2, udelukket, at den reklamerende kontraktpart blot forbeholder sig retten til efterfølgende at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Dette kan anvendes til at give den misligholdende kontraktpart en yderligere frist til at foretage kontraktmæssig opfyldelse.

[4] Ønsker den reklamerende kontraktpart at gøre en af de i § 21, stk. 2, nævnte misligholdelsesbeføjelser gældende, skal dette fremgå af reklamationen. Der skal med andre ord foretages en specificeret reklamation, der angiver, såvel hvilken misligholdelse der påberåbes, som hvilken konsekvens denne skal have.

[5] Med bestemmelsen i § 21, stk. 3, er det fastsat, at den reklamerende kontraktpart, der vil gøre økonomiske krav gældende i anledning af misligholdelsen, ikke alene skal foretage reklamation, men også – uden ugrundet ophold herefter – skal meddele størrelsen af de økonomiske krav. Fristen for meddelelse af de økonomiske krav skal ses ud fra hensynet til muligheden for at opgøre størrelsen af afslag eller tab.

§ 22 [Reklamation – medkontrahentens svig o.l.]

En kontraktspart fortaber dog uanset § 21 ikke sin ret til at påberåbe sig misligholdelse, når den anden kontraktspart har handlet svigagtigt, eller når denne part har gjort sig skyldig i grove fejl og forsømmelser, og dette med fører betydelig skade for parten.**[1]**

[1] Kravet om reklamation er bergundet med, at der – til trods for at debitor netop misligholder – er et vist hensyn at tage til debitor i tilfælde af misligholdelse. Dette argument for at kræve reklamation forsvinder, når debitor handler svigagtigt eller groft uagtsomt. Bestemmelsen i § 22 skal ses i sammenhæng med dette.

§ 23 [Standsningsret]

Hvis ordregiveren ikke har betalt i rette tid,[1] kan leverandøren efter et varsel på 5 hverdage[2] standse arbejdet.[3] Standsningsretten ophører straks, når ordregiverens betaling erlægges.[4][5]

[1] Hvad der er rette tid for betaling vil helt typisk fremgå af kontrakten. Normalt vil der formodentlig være tale om periodevis betaling for allerede præsterede serviceydelser.

På de områder, hvor ABSERVICE 2003 finder anvendelse, vil der givevis ofte blive behov for serviceydelser, ud over hvad der er aftalt i kontrakten – ekstra rengøring i daginstitutionen efter den årlige sommerfest eller øget patientbefordring mellem sygehus A og sygehus B som følge af strejke på sygehus A. Kontrakterne bør tage højde for, at behov af denne type kan opstå, således at det ikke vil føre til vanskeligheder at få udført sådanne ganske små ekstraopgaver. Herunder bør der også tages stilling til, hvordan der skal foretages betaling for de udførte ekstraopgaver. Eksempelvis kan det aftales, at ekstraarbejde betales sammen med næste ordinære betaling eller ved fremsendelse af særskilt regning.

At ordregiver ikke betaler i rette tid kan skyldes manglende vilje til at foretage betaling. Er dette tilfældet, er det muligt, at parterne indbringer sagen for Voldgiftsretten, jf. § 14, stk. 4. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til § 23 vil en sådan handling ikke påvirke standsningsretten.

[2] Hvorvidt et varsel på 5 hverdage er den rigtige længde, bør afgøres i det konkrete tilfælde. Ønskes en anden frist kan dette aftales mellem kontraktparterne, jf. § 1, stk. 2. Det bør i den forbindelse blandt andet overvejes, hvilke vanskeligheder af mere praktisk art der kan være forbundet med at spore årsagen til en manglende betaling. Et element af væsentlig betydning for fastsættelse af længden af leverandørens varsel er, hvilke konsekvenser standsning vil få. I den forbindelse skal ikke kun konsekvenser for kontraktparterne tillægges betydning – det skal også overvejes, hvilke konsekvenser standsningen vil få for tredje-

mand, i form af de borgere eller virksomheder der er de reelle modtagere af serviceydelsen.

[3] Leverandørens ret til at standse sin kontraktmæssige opfyldelse afhænger af, om ordregivers forsinkelse med betalingen er kontraktstridig. Er dette ikke tilfældet, er leverandøren ikke berettiget til at standse sin opfyldelse. Leverandøren bærer risikoen for, at han er berettiget til at udøve standsningsretten. Er leverandøren berettiget til at standse opfyldelsen, kan ordregiver ikke påberåbe sig misligholdelsesbeføjelser som følge af den forsinkede levering.

[4] Med § 23 har leverandøren sikkerhed for ikke at komme til at præstere sin ydelse uden behørig modydelse. Isoleret betragtet kan dette naturligvis ikke give anledning til kritik. Hvor modtager alene er identisk med ordregiver, kan standsningsrettens negative konsekvenser ikke ændre på det acceptable i at sikre leverandøren retten til at standse sin opfyldelse i tilfælde af manglende opfyldelse fra ordregiver, der selv er den egentlige årsag til de ubehageligheder, standsningen forårsager.

Imidlertid kan leverandørens standsning også have negative konsekvenser for andre end ordregiver. Dette vil være tilfældet, når serviceydelsen ikke skal leveres til ordregiver, men til tredjemand. Hensynet til modtagerne af serviceydelsen – og i bredere forstand til den samfundsmæssige interesse, der er knyttet til kontrakten, jf. afsnit 2.3 – bliver ikke varetaget med bestemmelsen i § 23. Tværtimod kommer disse hensyn til at lide under leverandørens udøvelse af standsningsretten, og det er i denne sammenhæng ikke, som i forhold til ordregiver, muligt at begrunde at generne skal tåles med henvisning til et element af egen skyld. Kontraktparterne bør nøje overveje den anførte problemstilling inden kontraktens indgåelse. Den offentlige ordregiver har, som den der ofte naturligt skal varetage tredjemands interesse, en klar interesse i at løse (forebygge) problemet. Det samme vil være tilfældet med leverandøren, der af imageårsager ikke kan være interesseret i at blive forbundet med eksempelvis manglende levering af mad eller lukning af sygehusafdelinger.

Skal hensynet til modtagerne af serviceydelserne, og den samfundsmæssig interesse generelt, varetages, skal standsningsretten kombineres med muligheden for at få serviceydelsen præsteret fra anden side.

Noget sådan vil dog være forbundet med visse vanskeligheder, hvor af blot et par stykker skal nævnes i det følgende. For det første er det langt fra givet, at det overhovedet – i det mindste inden for en kort tids-horisont – kan lade sig gøre af finde en anden leverandør. Allerede eventuelle krav om udbud vil kunne volde vanskeligheder i denne forbindelse. Dernæst kan det tænkes, at en ny leverandør vil have behov for at anvende faciliteter, som tilhører den oprindelige leverandør. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt den oprindelige leverandør kan blive tvunget til at lade den nye leverandør benytte sine faciliteter. Svaret på dette vil formodentlig i langt de fleste tilfælde være negativt.

På baggrund af ovenstående må det anføres, at det ikke i alle tilfælde vil være fornuftigt at lade § 23 indgå som en del af kontrakten. Hvor konsekvenserne af standsning, i forhold til samfundsinteressen i kontraktens opfyldelse, er store og indtræffer mere eller mindre øjeblikkeligt, og hvor det ikke er muligt at undgå disse ved aftale om anden levering, bør det nøje overvejes, om ikke leverandørens behov for sikkerhed for betaling for erlagt arbejde kan opnås på anden måde. Egentlig sikkerhedsstilling kan naturligvis overvejes, men det skal i den forbindelse erindres, at risikoen for illikviditet hos ordregiver vel nærmest kun er teoretisk. Mere relevant er det derfor at lade kontrakten indeholde bestemmelser, der fastlægger procedurer for, hvordan ordregivers manglende betaling skal håndteres. Der kan eksempelvis være tale om pligt for ordregiver til at redegøre for årsagerne til den manglende betaling, og til eventuelt at fremkomme med en begrundet plan for hvordan forholdet vil blive berigtiget. Sidstnævnte vil primært være aktuelt i tilfælde, hvor den manglende betaling ikke skyldes uenighed mellem ordregiver og leverandør. Endvidere kan bestemmelserne foreskrive pligt for parterne til at indgå i forhandlinger om problemerne, ligesom de nærmere procedurer for sådanne forhandlinger kan fastlægges. I forbindelse med kontraktbestemmelser af den nævnte art skal bestemmelsen i § 33 iagttages.

[5] Med § 23 er der skabt grundlag for, at leverandøren kan standse præstation af sin ydelse i kontraktforholdet. Bestemmelsen forholder sig derimod ikke til spørgsmålet om ordregivers standsningsret. Ordregiver må derfor, hvis ikke emnet gøres til genstand for individuel behandling i kontrakten, forlade sig på de almindelig obligationsretlige regler vedrørende standsningsret. Det følger af disse, at parterne i et

kontraktforhold har ret til at holde deres respektive ydelser tilbage, indtil modydelsen præsteres, medmindre andet fremgår af kontrakten eller af omstændighederne i øvrigt.

§ 24 [Afhjælpning, efterlevering og omlevering]

Ordregiveren kan, hvor dette er praktisk muligt,[1] kræve afhjælpning, efterlevering eller omlevering,[2] medmindre det vil volde leverandøren uforholdsmæssig omkostning eller væsentlig ulempe.[3]

Stk. 2. Såfremt afhjælpning, efterlevering eller omlevering kan ske uden væsentlig forsinkelse og uden væsentlig gene for ordregiveren i øvrigt, har leverandøren ret til at foretage dette.[4] Leverandøren skal straks efter modtagelse af reklamation[5] give ordregiveren meddelelse, hvis leverandøren ønsker at udøve denne ret.[6]

Stk. 3. Foranstaltninger efter stk. 1 og 2 skal ske uden ugrundet ophold, efter at kravet herom er fremsat.[7]

[1] Kravet, om at det skal være praktisk muligt at kræve enten afhjælpning, efterlevering eller omlevering, betyder, at bestemmelsen ikke kan påberåbes som hjemmel for ordregivers krav om en af de tre former for naturalopfyldelse, hvis de ikke vil kunne sikre, at formålet med leverancen opnås.

[2] Disse tre begreber er velkendte fra obligationsretten, hvor de i teorien har en klar, indbyrdes afgrænsning. Når den genstand, der er i centrum, er en tjenesteydelse, vil de tre begreber imidlertid ofte være vanskelige at adskille. Et eksempel: hvis en revisor leverer et regnskab, der er mangelfuldt i enkelte poster, og derefter leverer et korrekt opgjort og revideret regnskab, er der så tale om afhjælpning eller om omlevering?

I den konkrete situation kan der være forhold, der betyder, at det er lettere at skelne mellem de tre former for naturalopfyldelse, men uanset gælder der det samme krav for at aktualisere deres anvendelse, nemlig at leverandøren misligholder sine forpligtigelser i henhold til kontrakten. Uanset om det er afhjælpning, efter- eller omlevering, foreskriver § 24, stk. 1, at ordregiver, under visse forudsætninger, har ret til at holde leverandøren fast på kravene.

[3] Opgørelsen, af om der foreligger uforholdsmæssige omkostninger eller væsentlig gene, må foretages under hensyntagen til de konkret foreliggende forhold.

Generelt vil der kunne foretages en afvejning over for, hvilke omkostninger det vil have for leverandøren, såfremt ordregiver gør andre mulige misligholdelsesbeføjelser gældende. Konsekvenser, af at leverandøren ikke kan pålægges pligt til at foretage afhjælpning, må også være en parameter, der skal inddrages i vurderingen af, hvilke omkostninger og ulemper leverandøren skal tåle. I den forbindelse øger det kravene til leverandøren, hvis det vil være vanskeligt at skaffe andre leverandører. I samme retning trækker det, hvis alternativet til afhjælpningen er økonomisk kompensation, og dette konkret ikke er et acceptabelt alternativ, eksempelvis fordi konsekvenserne af den mangelfulde levering i første række ikke er økonomiske, men menneskelige.

[4] Hermed er leverandøren givet en afhjælpningsret, der dog er begrænset af bestemmelsens første led. Bedømmelsen, af hvad der i denne forbindelse skal betragtes som væsentlig gene, må igen ske under inddragelse af de konkrete forhold. Er der tale om gentagen misligholdelse fra leverandørens side, vil generne for ordregiver være større, og leverandørens adgang til at foretage afhjælpning m.v. derfor mindre.

[5] Det tidsmæssig krav til leverandørens reaktion, i tilfælde af at han ønsker at foretage afhjælpning, skal ses i lyset af dels kravet i § 24, stk. 3, dels det forhold at behovet for afhjælpning, efterlevering eller omlevering kan være meget udtalt, afhængigt af hvilken art serviceydelse der er tale om.

[6] Konsekvenserne, af at dette krav ikke opfyldes, må være, at leverandøren fortaber sin ret til at foretage afhjælpning.

[7] Med § 24 er der givet bestemmelser om henholdsvis leverandørens afhjælpningspligt (stk. 1) og leverandørens afhjælpningsret (stk. 2). Ordregivers afhjælpningsret, altså ordregivers ret til at sikre sig den aftalte serviceydelse enten ved egen indsats eller ved at entrere med en anden leverandør, er derimod ikke omtalt i § 24.

Det taler for at tilkende ordregiver afhjælpningsret, at man derved sikre opfyldelse af kontrakten, hvilket begrænser erstatningskrav og

forhindre tab af transaktionsomkostninger. På den anden side kan ordregivers afhjælpning betyde øgede omkostninger for leverandøren, fordi opfyldelse ad denne vej bliver dyrere, end hvad leverandøren kunne have præsteret til. Hvis leverandøren har mulighed for at foretage afhjælpningen selv, og dette kan ske uden væsentlig gene for ordregiver, er det almindelige udgangspunkt, at ordregiver ikke har afhjælpningsret. Såfremt ordregiver vil være sikker på at have denne mulighed, eventuelt for at sikre at modtagerne af serviceydelsen til stadighed modtager det de har krav på, må der derfor indsættes bestemmelse om dette i kontrakten.

§ 25 [Ordregivers ret til forholdsmæssigt afslag]

I det omfang den leverede serviceydelse ikke er kontraktmæssig, jf. § 17, og dette har bevirket en værdiforringelse, som ikke er kompenseret ved afhjælpning, efterlevering eller omlevering, efter § 24,[1] er ordregiveren berettiget til at kræve et forholdsmæssigt afslag i den aftalte pris.[2]

[1] Det kan ikke være et krav, for at ordregiver kan tilkendes et forholdsmæssigt afslag, at der faktisk er forsøgt afhjælpning, efterlevering eller omlevering. Afgørende er, at der faktisk foreligger en serviceydelse af ringere værdi end forudsat i kontrakten.

[2] Det er en forudsætning for anvendelse af bestemmelsen i § 25, at det er muligt at beregne værdien af den kontraktmæssige ydelse, samt fastslå hvor meget den ikke-kontraktmæssige serviceydelse er ringere end den kontraktmæssige ditto.

Begge de nødvendige værdifastsættelser kan i de konkrete tilfælde vise sig at være vanskelige. Hvad angår værdien af den kontraktmæssige ydelse, er det nærliggende at fastsætte den til størrelsen af ordregivers betaling. Dette kan være forsvarligt, men kræver at betalingen kun vedrører netop denne ydelse. For at undgå vanskeligheder med at opgøre værdien af en specifik ydelse bør kontrakten, i tilfælde hvor den drejer sig om flere ydelser, indeholde en specifikation af prisen på de enkelte ydelser.

For så vidt angår den ikke-kontraktmæssige ydelse, er det vanskeligere at afgøre, hvor meget ringere værdien er som følge af den mangelfulde opfyldelse. Kan værdien ikke opgøres, vil bestemmelsen i § 25 ikke kunne anvendes. I stedet er det muligt at lade kontrakten indeholde bestemmelser om bod, således at alene det forhold, at leverandøren ikke opfylder kontrakten, udløser økonomisk kompensation til ordregiver. Bod er kun mulig, hvis der er truffet bestemmelse om dette emne, jf. § 26. Se kommentarerne til denne bestemmelse for nærmere om nogle af de problemstillinger, der er knyttet til kontraktbestemmelser vedrørende bod.

§ 26 [Bod]

Leverer leverandøren ikke serviceydelsen i overensstemmelse med aftalen, kan ordregiveren pålægge leverandøren en bod, såfremt og i det omfang der er truffet særlig aftale herom.^{[1][2]}

[1] Skal ordregiver have mulighed for at opnå bod fra leverandøren, skal der fastsættes særskilt bestemmelse om dette – § 26 kan ikke i sig selv danne grundlag for bod.

Eventuelle bestemmelser vedrørende bod bør tage stilling til en række spørgsmål. Først og fremmest skal det af bestemmelserne fremgå, hvilke handlinger og undladelser der giver ordregiver ret til at kræve bod. Det kan eksempelvis være leverandørens mangelfulde opfyldelse af serviceydelsens kvalitet eller for sene præstation, men det kan også gøres bodsbelagt, at leverandøren ikke opfylder eksempelvis kontrolbestemmelser i medfør af § 11 eller de forvaltningsretlige bestemmelser i §§ 12 og 13.

Yderligere bør der i kontrakten tages stilling til, om der kan kræves bod på objektivt grundlag – altså allerede fordi der eksempelvis ikke er præsteret kontraktmæssig opfyldelse eller foretaget behørig videresendelse af klager efter § 13. Alternativet til det objektive ansvar er at gøre bodskrav betinget af, at der foreligger en ansvarspådragende handling eller undladelse fra leverandørens side. I så fald skal ansvarsgrundlaget gøres klart.

Endvidere skal der også i bodsbestemmelserne tages stilling til størrelsen af boden. Det kan ske gennem eksakt fastsættelse af bodens størrelse eller ved angivelse af beregningsmodel. Særligt hvor boden fastsættes til en bestemt størrelse, skal kontraktparterne være opmærksomme på længden af kontrakperioden, og den risiko der er for, at fikserede beløbs realværdi udhules over tid. Angives bodens størrelse som et fikseret beløb, bør der derfor også foreskrives løbende justering af beløbet, eventuelt gennem anvendelse af reguleringsbestemmelsen i § 15.

I forbindelse med fastsættelse af bodens størrelse – eller størrelser, hvis differentiering er ønsket – vil det også være nødvendigt for kontraktparterne at tage stilling til, om en bod skal fungere som adfærdsre-

gulering eller som alternativ til erstatning. I sidstnævnte tilfælde skal boden måske sættes til et større beløb, end hvis boden er tænkt som adfærdsregulering.

Kontraktens bestemmelser om bod bør også forholde sig til, om ordregivers mulighed for at kræve bod skal udelukke, at der også kan kræves erstatning. Tager kontrakten ikke særskilt stilling til dette spørgsmål, vil det blive afgjort efter § 28, stk. 2. I henhold til denne bestemmelse skal der sondres mellem, om boden udgør alternativ til erstatning eller ej. Hvis en bod skal fungere som alternativ til erstatning, kan ordregiver ikke foruden boden kræve yderligere erstatning. Det modsatte er gældende, hvor boden ikke anvendes som alternativ til erstatning. Om det er muligt eller ej, at gøre erstatningskrav gældende ud over en bod, bør smitte af på bodsstørrelsen, idet boden kommer til at udgøre den maksimale økonomiske kompensation, hvis krav om bod udelukker krav på erstatning.

Endelig bør kontraktbestemmelser om bod også tage stilling til, om betaling af bod fritager leverandøren fra at opfylde kontraktens krav.

Se kommentaren til § 28 for yderligere omtale af forhold af relevans for overvejelser omkring bodsbestemmelser.

[2] Hvis ordregiver ønsker at kræve bod, skal han give leverandøren meddelelse om dette uden ugrundet ophold efter, at den bodudløsende begivenhed er indtruffet. Efterkommer ordregiveren ikke dette krav taber han retten til at kræve bod, jf. § 21, stk. 2.

§ 27 [Forældelse]

[1] Hvis tidligere forældelse ikke følger af andre regler [2] ophører ethvert krav 5 år efter aftaleforholdets udløb, hvad enten dette sker til et i forvejen aftalt tidspunkt eller efter opsigelse eller ophævelse. [3] Hvis en tidsbegrænset kontrakt forlænges, medfører dette ikke en tilsvarende forlængelse af 5-årsfristen for forhold, som knytter sig til den første kontraktperiode. Afbrydelse af fristen sker ved påkrav.

Stk. 2. Har en kontraktspart handlet svigagtigt, eller har han gjort sig skyldig i grov uagtsomhed med betydelig skade for den anden kontraktspart til følge, gælder bestemmelsen i stk. 1 ikke. [4]

[1] I § 27 reguleres spørgsmålet om forældelse af krav, som opstår mellem kontraktparterne i anledning af kontraktforholdet. Andre krav end sådanne berøres ikke af bestemmelsen. Det betyder særligt, at krav, som tredjemand får mod leverandøren eller ordregiveren i anledning af kontrakten, ikke forældes efter bestemmelsen i § 27, men efter andre regler. Kontraktparterne bør tage hensyn til dette, fordi de krav, som tredjemand kan rette mod dem i anledning af kontraktens gennemførelse, i nogle tilfælde vil kunne give anledning til regres over for medkontrahenten. Dette regreskrav vil være omfattet af § 27, og det kan derfor give anledning til problemer – eller i det mindste økonomisk tab – hvis tredjemands krav mod en kontrahent forældes efter en længere frist, end den forældelsesfrist der er for regreskravet. Problemstillingen kan illustreres med følgende eksempel:

Den private leverandør NewHip A/S indgår kontrakt med X-købing Amt om at udføre hofteoperationer på amtets sygehuse. Kontrakten træder i kraft 1. januar 2004 og løber til og med 2006. I kontraktperioden opereres en lang række patienter, der alle får indsat nye hofter. Fra år 2008 begynder opererede patienter at henvende sig til sundhedsvæsenet med klager over smerter i hoften. I år 2012 bliver det endeligt slået fast, at smerterne hos de opererede patienter skyldes, at de indopererede hofter langsomt løsner sig, som følge af at den anvendte teknik til indoperering af implantaterne ikke var lægefaglig forsvarlig.

Amtet modtager herefter en række erstatningskrav fra patienterne. Amtet er forpligtet til at betale erstatning jf. lov om patientforsikring, § 9, idet patienternes krav ikke forældes før 10 år efter, at skaden er forårsaget, hvilket vil sige tidligst i år 2014. Amtet ønsker at gøre regres mod NewHip A/S for de udbetalte beløb, idet skaderne kan tilskrives mangelfuld opfyldelse af kontrakten. Imidlertid vil amtet ikke kunne rejse krav mod NewHip A/S, da krav som følge af kontraktforholdet, i henhold til ABSERVICE 2003 § 27, stk. 1, forældes senest 5 år efter kontraktens ophør, altså senest ved udgangen af år 2011.

Ved kontrakter, hvor ordregiver kan blive mødt med krav i henhold til lov om patientforsikring – og i forbindelse med kontrakter på andre områder hvor lignende situationer kan opstå – bør det indgående overvejes at fravige § 27 for at sikre muligheden for at rette regreskrav mod leverandøren. Fravigelse skal ske under iagttagelse af kravet i § 1, stk. 2.

[2] Bestemmelsen i § 27 viger for andre forældelsesregler, eksempelvis for de generelle forældelsesregler i 1908-loven, men også for eventuelle specialregler. Det betyder, at forældelse konkret kan indtræffe – også væsentligt – hurtigere, end hvad der følger af bestemmelsen i § 27, stk. 1.

Også reklamlationsreglerne i § 21 kan lede til, at et krav efter kontrakten fortabes, hurtigere det følger af § 27. Dette er særligt aktuelt i forbindelse med synlige fejl og mangler, hvor reklamlationsreglerne betyder, at forældelsesbestemmelsen i § 27 reelt ikke vil komme til anvendelse.

[3] Med bestemmelsen skiller ABSERVICE 2003 sig ud fra de starttidspunkter for beregning af forældelsesfrister, der gælder i de to almindelige regelsæt om forældelse. Forældelsefristen skal efter 1908-loven beregnes fra det tidspunkt, hvor det aktuelle krav blev forfaldent. Forældelse efter 20-års reglen i DL 5-14-4 beregnes fra stiftelsestidspunktet.

[4] Når § 27, stk. 1, ikke gælder i de situationer, der er beskrevet i stk. 2, falder man i disse tilbage på dansk rets almindelige regler om forældelse, altså 1908-loven og DL 5-14-4, og eventuelt på specialregler, der gælder på konkrete områder. Kontraktparterne skal i den forbindelse være opmærksomme på, at baggrundsrettens bestemmelser om

forældelse på forskellige punkter afviger fra, hvad der gælder i henhold til § 27, stk. 1. Eksempelvis kan længden af forældelsesfristen være en anden, jf. blot DL 5-14-4 (20 år), tidspunktet, fra hvornår forældelsens skal regnes, kan være et andet, jf. eksempelvis 1908-loven (fristen regnes som hovedregel fra tidspunktet for kravets forfald) og mulighederne for at suspendere forældelsen kan være andre — § 27 hjemler ikke denne mulighed, sådan som eksempelvis 1908-loven gør.

§ 28 [Erstatning for kontraktbrud]

Hver kontraktspart[1] er erstatningsansvarlig efter dansk rets almindelige regler for manglende medvirken til rigtig opfyldelse af kontrakten.[2][3] Leverandøren hæfter ikke for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab.[4]

Stk. 2. En aftalt bod er ikke til hinder for, at ordregiveren kan kræve erstatning for et eventuelt yderligere tab.[5] Dette gælder dog ikke, såfremt bodens funktion er at træde i stedet for erstatning.[6]

[1] Givet at dansk rets almindelige krav for at kræve erstatning er opfyldt, er det i sagens natur såvel ordregiver som leverandør, der kan kræve erstatning i tilfælde af tab som følge af medkontrahentens misligholdelse. Se dog under punkt [3] for nærmere omtale af henholdsvis leverandørs og ordregivers anvendelse af erstatningsbeføjelsen.

[2] Med formuleringen er det fremhævet, at parterne har pligt til at arbejde for gennemførelse af hele kontrakten. Det er således ikke kun manglende opfyldelse vedrørende hovedydelse(rne) (serviceydelsen og betalingen for denne), der kan lede til erstatningskrav fra medkontrahenten. Også manglende opfyldelse vedrørende biydelser, som eksempelvis pligten til at videregive oplysninger, jf. § 12, vil kunne lede til dette resultat.

[3] I relation til leverandørens erstatningskrav vil disse formodentlig ofte knytte sig til det forhold, at ordregiver ikke betaler rettidigt. I den situation kan leverandøren kræve morarente. Kravet på morarenter er ikke afhængigt af bestemmelsen i § 28, men følger af rentelovens regler, jf. lovens § 3. Det skal i den forbindelse bemærkes, at krav på morarenter ikke er afhængigt af, at de almindelige betingelser for erstatning er opfyldt, men udløses alene af den forsinkede betaling.

Hvor andet ikke fremgår af kontrakten, vil morarenterne blive beregnet efter rentelovens § 5, hvilket som udgangspunkt vil sige en årlig rente svarende til Nationalbankens officielle udlånsrente med et tillæg på 7 procent. Foruden dækning i form af morarenter kan leverandøren

kræve erstatning for rimelige og relevante omkostninger forbundet med inddrivelse.

Ønsker ordregiver at kræve erstatning fra leverandøren, følger det af § 28, stk. 1, at de almindelige betingelser for erstatning skal være til stede. Det betyder blandt andet, at ordregiver, medmindre der er positiv hjemmel for andet, skal kunne påvise et tab, der kan gøres op til en økonomisk værdi. I denne forbindelse er der grund til at fremhæve, at når der er tale om kontrakter om offentlige serviceydelser, vil der være en række elementer, der vil blive berørt i tilfælde af misligholdelse, men for hvilke det vil være meget vanskeligt – eller umuligt – at opgøre den økonomiske værdi af tabet. Hvad er eksempelvis den økonomiske værdi af, at fru Jensen ikke får mad bragt ud i 14 dage? Eller hvilken værdi skal knyttes til det forhold, at borgerne må vade i affald til knæene, fordi leverandøren ikke opfylder kontrakten og samler affald ind? Den erstatning, der kan kræves på baggrund af § 28, stk. 1, vil næppe komme til at omfatte økonomisk kompensation for forhold af den nævnte art.

Ønsker ordregiver, at leverandøren også skal kompensere for de nævnte forhold, kan dette sikres gennem vedtagelse af bestemmelser om bod, der udløses i tilfælde af misligholdelse. Når bod kan anvendes i denne sammenhæng er det fordi, krav på bod ikke er betinget af at de almindelige erstatningsretlige krav er opfyldt. Hvis de ønsker at lade bestemmelser om bod indgå i kontrakten, skal kontraktparterne være opmærksom på bestemmelsen i § 28, stk. 2, jf. også kommentarerne nedenfor. Se i øvrigt kommentarerne til § 26 for retningslinier for udformning af bestemmelser om bod.

[4] Med bestemmelsen om at leverandøren ikke hæfter for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab, fraviger ABService 2003 den almindelige obligationsret, i henhold til hvilken følgeskader kan kræves erstattet, såfremt de må anses for at være en påregnelig følge af misligholdelsen.

For at fastlægge omfanget af bestemmelsen i § 28, stk. 1, 2. punktum, må det klarlægges, hvad begrebet *indirekte tab* rummer i denne sammenhæng. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen rummer begrebet "... de følgeskader der har karakter af almin-

delig formueskade ...”. Herefter vil fysiske følgeskader såsom skader på personer eller ting ikke være omfattet af begrebet.

I forbindelse med ansvarsbegrænsningen i relation til indirekte tab skal det fremhæves, at ABS-udvalget i sine bemærkninger udtrykkeligt nævner, at *indirekte tab* også omfatter tab ved ikke at kunne opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser over for tredjemand. Sådanne tab vil altså ikke kunne kræves erstattet på baggrund af § 28. I de tilfælde hvor § 28 påberåbes af ordregiver – og det er formodentlig her bestemmelsen vil have sit væsentligste anvendelsesområde – er det ikke givet, at tab af denne art vil blive så store, som det umiddelbart kan tænkes, når man hører om denne ansvarsbegrænsning. Generelt vil tab, kontraktparter kan lide ved ikke at kunne opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser i forhold til tredjemand, typisk bestå af dels tab af indtjening på kontrakten dels erstatningsbeløb, der skal udredes til tredjemand. Når der er tale om en offentlig ordregiver, der misligholder kontrakt med tredjemand som følge af leverandørens misligholdelse af ABSERVICE 2003-kontrakten, vil det imidlertid formodentlig ofte være sådan, at den mistede indtjening på kontrakten med tredjemand modsvares af, hvad der ikke skal betales af kontraktsum til leverandøren – idet ordregiver ikke skal betale for den manglende ydelse fra leverandøren. Endvidere vil den offentlige ordregiver givetvis i mange tilfælde ikke have avance på de kontrakter med tredjemand, som vil blive misligholdt som følge af leverandørens manglende opfyldelse.

For at kunne klarlægge den fulde udstrækning af ansvarsbegrænsningen vedrørende indirekte tab er det imidlertid nødvendigt, at ordregiver i den konkrete situation vurderer, om denne indgår i kontraktforhold med tredjemand, som vil kunne blive påvirket af ABSERVICE 2003-kontrakten. Dette er langt fra en enkel opgave, idet mange af de forhold som offentlige instanser indgår i sammen med borgerne, både indeholder elementer af offentligretlig karakter (administration-borger relation) og elementer af kontraktretlig karakter (eksempelvis gensidighed – betaling for modtaget ydelse). Ved afgørelsen af om der foreligger kontraktforhold af relevans i denne sammenhæng, skal der advares mod vanetænkning, der tilsiger, at forholdet mellem stat, amt eller kommune på den ene side og borgerne på den anden side nærmest per definition ikke har noget med kontraktforhold at gøre.

[5] Kravet om erstatning foruden boden gælder, jf. § 28, stk. 2, 2. punktum, kun i de tilfælde, hvor boden er tænkt som en adfærdsregulerende foranstaltning. I disse tilfælde har kontraktparterne således mulighed for at få erstattet tab, der er en følge af, at bodens adfærdsregulerende virkning ikke er tilstrækkelig kraftig til at sikre kontraktmæssig opførsel hos medkontrahenten.

Modsat hvad der gælder for kompensation via bod, vil kompensation for yderligere tab via erstatning kræve, at den forurettede kontraktpart kan opgøre sit yderligere tab samt påvise, at medkontrahenten er erstatningsansvarlig. Ansvarsgrundlaget vil følge dansk rets almindelige regler, jf. § 28, stk. 1.

Det skal bemærkes, at den forurettede kontraktpart i disse situationer maksimalt kan få erstatning for den del af sit tab, som ikke allerede er dækket ind gennem boden.

[6] Bestemmelsen i § 28, stk. 2, 2. punktum, betyder, at kontraktparterne, ved at optage bestemmelser om bod i kontrakten, risikerer at lide tab, som de ikke vil kunne få dækket hos den ansvarlige medkontrahent. Dette må naturligvis give anledning til nøje overvejelser hos kontraktparterne, inden de vedtager sådanne bestemmelser. Kan de ikke leve med den beskrevne følge, og ønsker de samtidig at fastholde bodsbestemmelserne, må de fjerne bestemmelsen i § 28, stk. 2, 2. punktum, fra deres kontrakt. I den forbindelse skal kontraktparterne iagttagelse af kravet om tydelig og udtrykkelig angivelse af afvigelser fra ABSERVICE 2003, jf. § 1, stk. 2.

§ 29 [Mulighed for at hæve kontrakten]

[1] Aftalen kan ophæves af ordregiveren, [2] hvis der foreligger en væsentlig misligholdelse fra leverandørens side. [3] I bedømmelsen af misligholdelsens væsentlighed indgår serviceydelsens beskaffenhed, [4] misligholdelsens karakter, risiko for gentagelse, misligholdelsens betydning for ordregiveren, [5] ordregiverens eventuelle offentligretlige forpligtelse til at sørge for serviceydelsen, [6] ophævelsens betydning for leverandøren [7] samt omstændighederne i øvrigt. [8] [9]

Stk. 2. Der foreligger ikke væsentlig misligholdelse, så længe der kan ske afhjælpning, efterlevering eller omlevering efter § 24. [10]

Stk. 3. Aftalen kan ophæves af leverandøren, hvis ordregiveren væsentligt misligholder sin forpligtelse til at medvirke til serviceydelsens rigtige levering eller sin betalingsforpligtelse. [11] Leverandøren kan dog ikke hæve aftalen, hvis dennes interesser er tilstrækkeligt tilgodeset gennem adgangen til at standse arbejdet, jf. § 23. [12]

[1] Som indledning til ABSERVICE 2003's bestemmelse om ophævelse er der grund til fremhæve, at ophævelse er et meget væsentligt indgreb, der ikke kun får betydning for leverandøren, men som også vil sætte ordregiver i en vanskelig situation – der skal eksempelvis findes en alternativ måde til udførelse af serviceydelsen. Som følge af ophævelsens alvorlige konsekvenser skal alternative reaktioner altid overvejes, inden en kontraktpart forsøger at få kontrakten hævet.

Indledningsvis skal det endvidere bemærkes, at muligheden for at hæve kontrakten i medfør af § 29, stk. 1, er knyttet til misligholdelse af kontraktens ydelser. Dette er helt i overensstemmelse med den almindelige obligationsretlige regel om, at hæveadgang – og misligholdelsesbeføjelser i øvrigt – udløses af kontraktbrud. Hvis kontraktparterne ønsker mulighed for at komme ud af kontrakten i situationer, hvor der ikke umiddelbart vil foreligge misligholdelse, må en sådan adgang sikres, enten ved at den givne situation, via kontraktbestemmelse, kvalifi-

ceres som hævebegrundende, eller gennem kontraktbestemmelse der giver adgang til at opsigse kontrakten, enten generelt eller i nærmere opregnede situationer. Som et eksempel, på en situation hvor noget sådant kan være aktuelt, kan nævnes ordregivers ønske om at kunne frigøre sig fra kontrakten i tilfælde af leverandørens manglende overholdelse af lovgivning, der ikke har direkte tilknytning til leverandørens kontraktlige forpligtelser, eksempelvis skatte- og afgiftslovgivningen eller konkurrencelovgivningen. Et sådant ønske kan opstå som følge af pres fra borgere, politisk opposition og andre grene af det offentlige system eller som et politisk ønske om at kunne distancere sig fra leverandøren, da det næppe vil blive anset for hensigtsmæssigt, at en offentlig instans gør forretninger med en virksomhed, der er involveret i eksempelvis skatteunddragelse. Som et andet eksempel, på en situation hvor en kontraktpart kan ønske at kunne komme ud af kontrakten, kan nævnes ordregivers behov for dette i tilfælde af leverandørens fusion. Dette emne er omtalt nærmere i kommentaren til § 3, stk. 3.

[2] Bestemmelserne i § 29, stk. 1 og 2, regulerer kun ordregivers adgang til at hæve kontrakten. Leverandørens hævemuligheder er reguleret i § 29, stk. 3.

[3] Muligheden for at hæve i tilfælde af væsentlig misligholdelse er en kodificering af det almindelige obligationsretlige udgangspunkt for ophævelse af kontrakter, i tilfælde hvor der ikke foreligger særlig regulering af emnet. ABSERVICE 2003 går dog videre i sin regulering end den almindelige obligationsret, idet indholdet i væsentlighedsbegrebet præciseres i et vist omfang med opremsningen i § 29, stk. 1, 2. punktum. Opremsningen er ikke udtømmende, jf. den afsluttende formulering "... samt omstændighederne i øvrigt".

[4] I relation til dette element i væsentlighedsbedømmelsen skal det fremhæves, at ABSERVICE 2003 er tænkt til at kunne anvendes på en bred vifte af serviceydelser af vidt forskellig karakter. Eksempelvis vil leverandørens misligholdelse have mere tyngde – være (mere) væsentlig – hvis der er tale om manglende levering af mad til patienterne på amtets sygehus i 3 dage, end hvis der er tale om manglende rengøring på kommunens skoler i 8 dage.

Det har også betydning for vurderingen af et tilfælde af misligholdelse, at serviceydelser i henhold til ABSERVICE 2003-kontrakten typisk bliver præsteret gennem en længere tidsperiode. Misligholdelse der begrænser sig til én af en række leverancer, eller til nogle få dage af en lang kontraktperiode, vil set i denne sammenhæng ikke være væsentlige, medmindre dette er bestemt i kontrakten, eller hvis misligholdelsen set ud fra sammenhængen i kontrakten må betragtes som væsentlig, eller hvis lignende misligholdelse må forventes i fremtiden (gentagelseelementet). Hvor lang en misligholdelsesperiode der herefter skal til for at statuere væsentlig misligholdelse, eller hvor stor sikkerhed der skal være for gentagelse, må afhænge af hvilken type serviceydelse kontrakten drejer sig om, jf. eksemplet ovenfor med madleverance kontra rengøring.

[5] Nogle serviceydelser vil skulle præsteres direkte over for ordregiver, eksempelvis indsamling af prøver til brug ved ordregivers tilsynsvirksomhed, mens andre serviceydelser i og for sig slet ikke har betydning for ordregiver, da de er rettet mod, og forbruges af, tredjemand, eksempelvis madleverancer til borgerne. Misligholdes kontrakter om sidstnævnte kategori af serviceydelser, vil elementet "misligholdelsens betydning for ordregiver" ikke få betydning. I stedet vil der typisk være tale om serviceydelser, som ordregiver har en offentligretlig forpligtelse til at sørge for, hvilket også skal tillægges betydning i forbindelse med væsentlighedsvurderingen, jf. næste led i bestemmelsen.

[6] Med dette er der – meget relevant – taget hensyn til, at de serviceydelser, som ABSERVICE 2003-kontrakter drejer sig om, ofte vil være baseret på lovgivning, der pålægger ordregiver pligt til at sørge for, at ydelserne er til rådighed, typisk for borgerne. Dette er eksempelvis tilfældet med hjemmehjælp, sygehusvæsen og redningsberedskab.³⁹ I disse tilfælde vil manglende opfyldelse fra leverandørens side være et kontraktbrud, der vil få betydning direkte i forhold til tredjemand, og endvidere vil kontraktbruddet føre til, at ordregiver ikke lever op til en lovbestemt forpligtelse.

Det kan i denne sammenhæng være nærliggende at antage, at en følge som den beskrevne uden videre vil føre til, at misligholdelsen kan

39. Jf. henholdsvis servicelovens § 71, sygehuslovens § 1 og beredskabsloven.

kvalificeres som væsentlig og dermed være hævebegrundende. Denne antagelse er formodentlig korrekt, hvis der er tale om, at kontraktens hovedydelse er regelbaseret. Er det en regelbaseret biydelse, der misligholdes af leverandøren, er det ikke givet, at der altid vil foreligge væsentlig misligholdelse, da der ikke i alle tilfælde vil blive tale om en misligholdelse, der har indgribende betydning for ordregiver. Imidlertid kan misligholdelsen af bydelser have indgribende betydning i relation til andre end ordregiver. Det er eksempelvis tilfældet, hvis leverandøren ikke overholder en kontraktmæssig forpligtelse til at yde vejledning vedrørende den centrale serviceydelse. I et sådant tilfælde har den manglende vejledning betydning for den eller de borgere, der konkret ikke bliver vejledt. Endvidere har misligholdelsen i et mere overordnet perspektiv betydning i forhold til de interesser, der søges varetaget med vejledningspligten. Selv om disse to sider af leverandørens misligholdelse ikke har betydning for ordregiver, og dermed for misligholdelses-spørgsmålet i traditionel forstand, forekommer disse eksterne konsekvenser at være af en sådan karakter, at man ikke uden videre kan se bort fra dem i forbindelse med vurderingen af omfanget af leverandørens misligholdelse. Se i den forbindelse også § 29, stk. 1, in fine, om betydningen af “omstændighederne i øvrigt” når misligholdelsens væsentlighed skal vurderes.

[7] Ved udtrykkeligt at nævne dette element som noget der indgår i væsentlighedsvurderingen, er det fremhævet, at man ved overvejelser om at lade en kontraktpart hæve kontrakten også skal inddrage proportionalitetshensyn, jf. også § 29, stk. 2. Udgangspunktet må dog her være, at misligholdelse er leverandørens egen skyld, hvorfor hensynet til denne ikke, uden at andre forhold gør sig gældende, kan overskygge hensynet til ordregiver.

[8] Med denne afslutning er det signaleret, at den foranstående opremsning ikke skal betragtes som værende udtømmende. Som eksempler på omstændigheder, der i øvrigt kan tillægges betydning i væsentlighedsvurderingen, er ovenfor nævnt misligholdelsens betydning for tredjemand, der direkte bliver berørt af kontrakten, fordi opfyldelsen af denne netop sker til tredjemand. Som endnu et eksempel kan nævnes leverandørens optræden i forbindelse med misligholdelsen – har leverandøren medvirket i forsøg på at undgå misligholdelsen og forsøgt at

afbøde virkningerne af denne, vil det, alt andet lige, være en formildende omstændighed. Modsat hvis leverandøren har forsøgt at skjule misligholdelsen.

[9] Generelt skal det ved vurderingen af misligholdelsen holdes for øje, at ophævelse af kontrakten er et meget indgribende indgreb. Dette er for så vidt altid tilfældet, men i forbindelse med kontrakter om serviceydelser kan det forhold ofte være forstærket. Dette skyldes, at kontrakterne typisk vil løbe over længere tid – ofte flere år – hvorfor kontraktparterne i høj grad har grund til at indrette sig i henhold til kontrakten. Herunder har de formodentlig ofte foretaget investeringer med henblik på kontraktens gennemførelse. Endvidere vil selve indgåelsen af kontrakten ofte være forbundet med betydelige udgifter, eksempelvis til udbud og tilbudsgivning. Disse investeringer og transaktionsomkostninger vil være tabt, hvis kontrakten hæves. De nævnte forhold trækker alle i retning af at stille større krav til misligholdelsens karakter af væsentlighed førend hæveadgangen indrømmes.

[10] Bestemmelsen i § 29, stk. 2, er udtryk for et proportionalitetsprincip, i henhold til hvilket retsfølgen skal have et passende forhold til det retsbrud, den udspringer af – hvor misligholdelsen kan udbedres gennem afhjælpning, efter- eller omlevering, skal den ikke kunne udløse den mest vidtgående af misligholdelsebeføjelserne, ophævelse.

Bemærk at der i bestemmelsen fokuseres på afhjælpning, efter- og omlevering i henhold til § 24, hvilket vil sige, at det er leverandørens muligheder for at foretage disse former for naturalopfyldelse, der indrages i væsentlighedsvurderingen. Derimod inddrages ordregivers muligheder for at foretage eller få foretaget afhjælpning, efter- eller omlevering (ordregivers afhjælpningsret) ikke. Se nærmere om denne problemstilling i kommentaren til § 24.

[11] Med § 29, stk. 3, bliver der i ABSERVICE 2003 taget stilling til leverandørens muligheder for at hæve kontrakten i anledning af ordregivers misligholdelse.

Også i denne situation kræves der væsentlig misligholdelse for at tilkende retten til at hæve. En sådan misligholdelse kan foreligge, hvis ordregiver ikke, som forudsat, stiller den information eller de supplementsydelser til rådighed, som er nødvendig for, at leverandøren kan

præstere sin ydelse. Tilsvarende kan det være væsentlig misligholdelse, hvis ordregiver er forsinket med betalingen. Hvor ordregivers misligholdelse har karakter af forsinket betaling, kan leverandørens ret til at hæve dog være begrænset af § 29, stk. 3, 2. punktum.

[12] Også her slår det igennem, at der skal være proportionalitet mellem misligholdelsen og misligholdelsebeføjelsen. Kan leverandøren opnå betaling ved at standse sin opfyldelse – eller eventuelt blot true med at gøre det – skal ordregivers misligholdelse ikke udløse hæveadgang. På den anden side skal leverandøren ikke finde sig i manglende betaling ret længe efter, at arbejdet er standset, før end hans interesser ikke kan anses for at være tilstrækkeligt tilgodeset. Leverandøren vil herefter kunne hæve.

§ 30 [Virkning af ophævelse]

Ved ophævelse af aftalen tilbagebetaler leverandøren eventuelt modtaget vederlag for endnu ikke udført levering og ordregiver betaler for eventuelt modtaget, men endnu ikke betalt levering.[1]

Stk. 2. Kontraktparterne leverer så vidt muligt til rådighed stillede aktiver tilbage ved ophævelse af kontrakten.[2]

Stk. 3. Hvor et leveringsophør efter en ophævelse[3] vil være velfærdstruende[4] for borgere, der er afhængige af serviceydelsen, kan ordregiveren uanset aftalens ophævelse kræve, at leverandøren i en overgangsperiode stiller ressourcer til rådighed for levering af serviceydelsen,[5] indtil leveringen med rimeligt varsel[6] kan overtages af ordregiveren eller en anden leverandør.[7] Levering i overgangsperioden sker på samme vilkår som i den ophævede aftale, idet den leverandør, som hæver aftalen eller frem til ophævelsen har udøvet standsningsret, dog kan forlange forudbetaling for ydelserne.[8]

[1] Bestemmelsen i § 30, stk. 1, er en kodificering af konsekvensen af det almindelige obligationsretlige princip om ydelsernes gensidighed i kontraktforhold – leverandøren skal ikke have vederlag for ydelser, der ikke er præsteret, og ordregiver skal på sin side betale for faktisk udført arbejde.

Egentlig tilbagegivelse af allerede præsteret ydelse kommer ikke på tale. I relation til ordregiver vil tilbagegivelse være umulig, da tjenesteydelsen allerede er forbrugt. Som følge heraf skal heller ikke leverandøren tilbagegive de ydelser, han har modtaget for udført arbejde, jf. ydelsernes egenskab af vederlag for hinanden.

[2] Nogle forpligtelser består også efter et kontraktforholds ophør – eksempelvis forpligtelse til ikke at røbe forretningshemmeligheder man er kommet under vejrs med gennem samarbejdet – men i det meste betyder ophævelse en nulstilling af forholdet mellem kontraktparterne.

Derfor er det også naturligt, at aktiver, som den ene part har stillet til rådighed for, men ikke overdraget til, den anden part, skal leveres tilbage, hvis kontrakten bliver hævet.

Som eksempler på aktiver, der kan være pligt til at levere tilbage i medfør af § 30, stk. 2, kan nævnes maskiner, nøgler og adgangskort samt tegninger og andre dokumenter. Afgørende for kravet om udveksling er, at det er aktiver, der er udvekslet med henblik på opfyldelse af kontrakten, og at disse aktiver ikke er overdraget til eje.

Er til rådighed stillede aktiver forbrugt i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, rummer § 30, stk. 2, ikke krav om tilbagelevering. Anderledes hvis aktiverne er forbrugt til andet formål, eller hvis de er ødelagt. I så fald skal der i princippet ske tilbagelevering, hvilket i praksis – da aktiverne ikke længere findes – vil skulle ske gennem økonomisk udligning.

De tilbageleverede aktiver må skulle være i en stand svarende til den, de havde, da de blev udleveret, med korrektion for den slitage der vil være forventelig som følge af almindeligt brug.

[3] Det er ligegyldigt, om ophævelsen skyldes misligholdelse hos leverandøren eller hos ordregiver, § 30, stk. 3 – og i øvrigt også § 30, stk. 1 og 2 – finder anvendelse i begge tilfælde.

[4] Hvad der er “velfærdstruende” vil naturligvis afhænge af, hvilken art serviceydelser der er tale om. Drejer kontrakten sig eksempelvis om leverance af mad til et hospital, vil det altid være velfærdstruende, hvis der ikke ved leveringsophøret er fundet en alternativ løsning på leveringsbehovet. Helt så akut vil behovet for et alternativ til leverandørens ydelse ikke være, hvis der er tale om eksempelvis rengøring af lokalerne i en kommunes folkeskoler.

Endvidere vil det også afhænge af den konkrete situation, om der er tale om en velfærdstruende situation. Eksempelvis kan manglende indsamling af affald i en storby i 4 uger måske være velfærdstruende, hvis det sker midt i en hedebløge, mens det er mindre sandsynligt, at der vil være tale om trussel mod velfærden, hvis den manglende indsamling forekommer i en periode med frostvejr døgnet rundt.

Det skal bemærkes, at ABS-udvalget i deres bemærkninger til bestemmelsen vil indskrænke bestemmelsens anvendelsesmuligheder ved at kvalificere, hvilke leveringsophør der kan medføre pligt til at

stille ressourcer til rådighed, således at dette kun er tilfældet "... hvor helt afgørende velfærdsinteresser står på spil for borgere".⁴⁰

[5] Som bestemmelsen er formuleret, er det ikke uden videre klart, hvad der skal forstås ved kravet om, at leverandøren "... stiller ressourcer til rådighed for levering af serviceydelsen". Er der tale om, at leverandøren skal stille materialer, arbejdsplaner, maskiner og andre faciliteter til rådighed for ordregiver eller andre leverandører? Eller er der tale om, at leverandøren selv skal fortsætte med at præstere serviceydelsen?

For et svar på spørgsmålet om rækkevidden af bestemmelsen må man hæfte sig ved formålet med denne. Bestemmelsens formål er at forhindre, at ophævelse af kontrakten fører til, at ve og vel hos borgerne bringes i fare.

I tilfælde hvor kontrakten er ophævet som følge af ordregivers misligholdelse, vil leverandøren formodentlig uden videre være i stand til selv fortsat at præstere serviceydelsen. Bestemmelsens formål vil derfor kunne opfyldes på denne måde, hvorfor der ikke, i denne type tilfælde, vil kunne indfortolkes andet i § 30, stk. 3, end en leveringspligt for leverandøren.

I tilfælde hvor kontrakten hæves på grund af leverandørens misligholdelse, er det ikke givet, at leverandøren vil være i stand til at fortsætte leverancen. Tydeligst er dette, hvor ophævelsen skyldes, at leverandøren slet ikke leverer, eksempelvis som følge af strejke blandt leverandørens ansatte. I denne kategori af tilfælde vil bestemmelsens formål ikke kunne opfyldes ved, at ordregiver kan pålægge leverandøren af fortsætte leveringen. Såfremt ordregiver eller en anden leverandør har behov for ressourcer fra den oprindelige leverandør for at kunne sikre den fortsatte levering af serviceydelsen, synes det derfor nærliggende at fortolke bestemmelsen i § 30, stk. 3, således, at den oprindelige leverandør skal stille disse ressourcer til rådighed. Det er klart, at dette resultat er meget vidtgående, idet det skal erindres, at de relevante ressourcer er den oprindelige leverandørs ejendom.⁴¹ På den

40. Økonomi- og Erhvervsministeriet: ABSERVICE 2003 Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser, s. 62.

41. Aktiver, der er stillet til den oprindelige leverandørs rådighed med henblik på opfyldelse af kontrakten, vil kunne kræves tilbageleveret i medfør af § 30, stk. 2.

anden side er konsekvenserne ved ikke at give andre leverandører adgang til ressourcerne voldsomme og af menneskelig – ikke kun økonomisk – art. Skal bestemmelsen føre til et sådant krav, må det kræves, at leveringsophøret vil have ganske alvorlige konsekvenser. Der vil naturligvis skulle betales behørigt for adgangen til den oprindelige leverandørs ressourcer.

Fordi ovenstående langt fra er lette afvejninger, og fordi forholdet mellem leverandør og ordregiver i det konkrete tilfælde af ophævelse formodentlig ikke er det bedste, kan der kun opfordres til, at kontraktparterne allerede ved indgåelse af kontrakten tager stilling til spørgsmålet, og lader kontrakten indeholde de nødvendige bestemmelser til regulering af de spørgsmål, emnet rejser.

[6] Ved vurderingen af hvad der må være et rimeligt varsel, skal man have øje for leverandørens rimelige behov for at blive fuldstændigt frigjort fra et kontraktsforhold, der alligevel er forbi. Dette behov er naturligvis mest anerkendelsesværdigt i de situationer, hvor det er leverandøren, der retmæssigt har hævet kontrakten. På den anden side skal man også erindre årsagen til, at § 30, stk. 3, hjemler ordregiverens krav på fortsat levering; hvis ikke der sikres fortsat levering af serviceydelsen, vil det være velfærdstruende for borgere, der er afhængige af serviceydelsen. Sidstnævnte element må veje meget tungt i den indbyrdes afvejning.

Mere konkret vil varslets længde afhænge af forhold som opgavens omfang, behov for forberedelse inden opgaven kan varetages af en ny leverandør og adgangen til nye leverandører.

[7] Der er her grund til at fremhæve, at med bestemmelsen i § 30, stk. 3, er det udtrykkeligt vist, at ABService 2003-kontrakter kan have en væsentlig tilknytning til tredjemand, og at denne tilknytning kan påvirke forholdet mellem kontraktparterne. Der er ingen grund til at antage, at hensynet til berørte tredjemænd – og i bredere forstand en samfundsmæssig interesse i kontrakten – ikke generelt skal påvirke kontrakten, jf. bemærkningerne om dette emne i afsnit 2.3.

[8] Når leverandøren hæver en kontrakt, skyldes det formodentlig ofte, at ordregiver ikke betaler i overensstemmelse med kontrakten. Det er i forlængelse af dette at man skal se § 30, stk. 3, 2. punktum. I henhold

til denne bestemmelse kan ordregiver kun kræve, at leverandøren fortsætter levering, hvis ordregiver kan og vil betale forud for det arbejde, der skal præsteres.

Ordregivers mulighed for at sikre fortsat, nødvendig levering af serviceydelsen kan ikke imødegås af leverandøren, ved at denne, under henvisning til § 23, standser arbejdet. Bliver leverandøren tvunget til at levere, efter at have udøvet sin standsningsret, kan han dog kræve forudbetaling for arbejdet.

§ 31 [Forpligtelser ved arbejdsgiverskift. Medarbejderes forhold]

[1][2]Kontraktsparterne vedkender sig deres respektive lov- og overenskomstmæssige forpligtelser**[3]** over for de medarbejdere, som berøres af overdragelsen.

Stk. 2. Kontraktsparterne er pålagt en gensidig loyal oplysningspligt,**[4]** bl.a. for at informationsforpligtelsen i § 5 i lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse bliver opfyldt.**[5]**

Stk. 3. Ordregiveren har pligt til i muligt omfang at oplyse leverandøren om de aktuelle og fremtidige forpligtelser overfor medarbejderne, der gælder i henhold til kollektive overenskomster og aftaler m.v., og som leverandøren skal respektere i henhold til lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Ordregiveren har tillige pligt til i muligt omfang at afgive oplysninger, der gør det muligt for leverandøren at vurdere, hvorvidt lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

Stk. 4. I rimelig tid inden nærværende aftales ophør har leverandøren samme forpligtelse som ordregiveren efter stk. 3 til at oplyse ordregiveren om alle kollektive overenskomster og aftaler m.v. af relevans for ordregiveren eller en eventuel ny leverandør i forbindelse med overtagelse af medarbejdere.**[6]**

[1] Med § 31 er en del af de forhold, der er omtalt i rapporten fra arbejdsgruppen vedrørende medarbejderforhold, indarbejdet i ABSERVICE 2003.⁴²

[2] I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen skal § 31, stk. 1, ikke forstås som en kontraktuel forpligtelse. Det betyder, at selv om kontraktsparterne ikke overholder bestemmelsen, udløser dette

42. Rapporten fra arbejdsgruppen har titlen "Udvalgte problemstillinger vedrørende medarbejderforhold".

ikke misligholdelsesbeføjelser til medkontrahenten. I stedet skal § 31, stk. 1, i henhold til ABS-udvalgets bemærkninger, ses som en ordensmæssig forskrift, der sætter de følgende stykker i § 31 i perspektiv. Endvidere skal § 31, stk. 1, sikre, at kontraktparterne er særligt opmærksomme på de lovmæssige forhold, der gør sig gældende ved virksomhedsoverdragelse. Se nærmere om dette nedenfor under punkt [3].

Overtrædelse af lov- og overenskomstmæssige forpligtelser kan blive mødt med sanktioner uden for kontraktforholdet.

Efter deres ordlyd vil manglende opfyldelse af de øvrige bestemmelser i § 31 (stk. 2-4) udløse misligholdelsesbeføjelser til medkontrahenten.

[3] Når kontraktparter indgår kontrakt om levering af en serviceydelse, bevæger de sig ind på et område, hvor der findes forskellige regelsæt knyttet til forhold omkring de medarbejdere, der bliver berørt af kontrakten. Disse regelsæt skal naturligvis overholdes af kontraktparterne, hvorfor det er vigtigt, at parterne er opmærksomme på emnet.

Virksomhedsoverdragelsesloven er et af de regelsæt, der tiltrækker sig særlig opmærksomhed i denne sammenhæng. Loven – der er baseret på fællesskabsretten – finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf. Når loven også har relevans i situationer, hvor der er tale om, at en offentlig ordregiver lader en ekstern leverandør løse en afgrænset opgave, er det fordi, også disse situationer meget ofte vil være omfattet af lovens virksomheds- og overdragelsesbegreb.⁴³ Hvis kontrakten er udtryk for en overdragelse i lovens forstand, skal leverandøren overtage det personale, der hidtil har udført de opgaver, der overdrages. Vel at mærke skal personalet også efter overdragelsen tilbydes de samme vilkår, som de tidligere arbejdede under. Denne pligt for leverandøren består, uanset om den er beskrevet i kontrakten. Det skal bemærkes, at § 31 ikke indebærer, at virksomhedsoverdragelsesloven altid finder anvendelse, hvis kontrakten er baseret

43. For beskrivelse af begrebernes nærmere indhold se eksempelvis Mette Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse og Lars Svenning Andersen m.fl.: Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. For en let tilgængelig omtale af relevant praksis vedrørende anvendelse af virksomhedsoverdragelseslovens i forbindelse med udlicitering, se Erik Werlauff i Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke (red.): Udførelse af offentlig opgave via kontrakt, s. 99 ff.

på ABService 2003. Såfremt ordregiver ønsker, at dette skal være tilfældet, bør kontrakten indeholde udtrykkelig bestemmelse herom. Indeholder kontrakten ikke en sådan udtrykkelig bestemmelse, afgøres spørgsmålet om anvendelse af virksomhedsoverdragelsesloven på baggrund af reglerne i denne.

Det er ikke kun virksomhedsoverdragelsesloven, der kan have betydning i forbindelse med parternes kontrakt. Også anden regulering kan være af relevans, og virksomhedsoverdragelsesloven kan ikke anvendes af leverandøren som begrundelse for ikke at opfylde også disse regler. Som eksempler på anden relevant regulering kan nævnes reglerne om tjenestemandsansattes forhold, samt regler der har til formål at regulere medarbejderes arbejdsmiljø.

[4] Som i alle andre kontraktforhold gælder der også i kontrakter på grundlag af ABService 2003 en loyalitetspligt parterne imellem. Denne almindelige loyalitetspligt betyder, at parterne hver især skal tage rimeligt hensyn til medkontrahentens interesser. Den almindelige loyalitetspligt må antages at kunne rumme den gensidige loyale oplysningspligt, der er omtalt i § 31, stk. 2. Manglende overholdelse af denne loyalitetspligt vil være kontraktbrud, også selv om pligten ikke fremgår udtrykkeligt af kontrakten.

Den gensidige loyale oplysningspligt, der knæsesættes i § 31, stk. 2, 1. led, præciseres også i § 31, stk. 3 og 4.

[5] Med bestemmelsen i § 31, stk. 2, sidste led, er det blevet gjort til en kontraktlig forpligtelse at overholde den pligt, der i virksomhedsoverdragelsesloven er pålagt henholdsvis overdrager og erhverver til at underrette lønmodtagerne hos henholdsvis den overdragne og den modtagende virksomhed. Hermed vil manglende opfyldelse af lovens underretningspligt kunne føre til misligholdelsebeføjelser i kontraktforholdet.

Det skal bemærkes, at manglende overholdelse, af den i virksomhedsoverdragelsesloven fastsatte underretningspligt, også uden for kontraktforholdet vil blive mødt med sanktion, nemlig bøde, jf. lovens § 7. Bestemmelsen i ABService 2003 § 31, stk. 2, ændrer ikke på dette.

[6] Afslutningsvis skal det bemærkes, at der er en række emner med relation til lønmodtageres vilkår, som ikke er behandlet i § 31 eller i AB-

SERVICE 2003 i øvrigt. Det drejer sig eksempelvis om udlån af tjenestemænd fra ordregiveren til leverandøren.

Såfremt kontraktparterne – vel primært ordregiver – ønsker det, er det muligt at lade bestemmelser vedrørende sådanne emner indgå i den konkrete kontrakt. I den sammenhæng skal opmærksomheden henledes på, at der kan eksistere lovregulering af de enkelte spørgsmål. Denne regulering fungerer sideløbende med ABSERVICE 2003, og vil i mange tilfælde pålægge kontraktparterne forpligtelser med selvstændigt grundlag.

Tilsvarende kan ordregiver også indbygge såkaldte sociale klausuler i kontrakten. Det kan eksempelvis være kontraktbestemmelser, der foreskriver, at leverandøren skal sikre, at personer med fysiske eller psykiske handicaps kan få ansættelse i forbindelse med udførelsen af serviceopgaven. Sådanne klausuler skal i givet fald fremgå af eventuelt udbudsmateriale, hvorfor det er ordregiver, der alene skal tage stilling til, om sociale klausuler skal være en del af kontrakten. ABSERVICE 2003 rummer ikke bestemmelser om sociale klausuler.

§ 32 [Anvendelse af syn og skøn]

Hvis der i tilfælde af uoverensstemmelser mellem kontraktsparterne eller for at sikre bevisets stilling ønskes syn og skøn, fremsættes begæring herom til Det Danske Voldgiftsinstitut.[1] Hver kontraktspart kan ensidigt begære syn og skøn.

Stk. 2. Begæringen skal ved fremsættelsen være ledsaget af oplysning om, hvilke kontraktsparter sagen vedrører, samt disse kontraktsparters adresse og telefonnummer, en skriftlig fremstilling, hvori gives en kort redegørelse for sagen, og som indeholder de spørgsmål, som skønsmanden skal besvare (skønste-maet), de dokumenter, der er af betydning for sagen, og eventuel angivelse af de ønskede tekniske kvalifikationer hos skønsmanden.

Stk. 3. Der udmeldes i almindelighed én skønsmand. Hvis Voldgiftsinstituttet finder, at der er anledning dertil, kan der udmeldes to, eller under ganske særlige omstændigheder flere skøns mænd. Der skal ved afgørelsen heraf tages hensyn til kontraktsparternes ønske.

Stk. 4. Nyt syn og skøn ved anden skønsmand kan kun finde sted, hvis Voldgiftsinstituttet finder, at der er anledning dertil. Hvis begæring om voldgiftsbehandling af tvisten er indgivet, jf. § 34, tager Voldgiftsretten stilling til fremsatte begæringer om supplerende syn og skøn eller nyt syn og skøn ved samme eller anden skønsmand.

Stk. 5. Den eller de, der har fremsat begæring om skønsforretningen, hæfter for udgifterne herved, herunder skønsmandens honorar, der fastsættes af Voldgiftsinstituttet. Hvis tvisten eller en del deraf indbringes for Voldgiftsretten, tages udgiften og dens nødvendighed i betragtning ved fastsættelsen af sagsomkostninger. Voldgiftsretten fastsætter i så fald skønsmandens honorar.

Stk. 6. Når nærværende almindelige betingelser gælder i forholdet mellem ordregiver og leverandør, gælder

bestemmelserne i stk. 1-5 også i det indbyrdes forhold mellem flere »parallelle« leverandører.[2]

Stk. 7. For syn og skøn gælder de regler, som er fastsat af Det Danske Voldgiftsinstitut.[3]

[1] Bestemmelsen betyder, når den sammenholdes med § 32, stk. 7, at der er foretaget et lovvalg, for så vidt angår gennemførelse af syn og skøn. Valget af Det Danske Voldgiftsinstitut og dette instituts regler kan næppe give anledning til vanskeligheder i de tilfælde, hvor der er tale om en dansk leverandør. Eventuelle udenlandske leverandører kan dog måske have reservationer i forhold til bestemmelsen, da de ikke nødvendigvis er velbevandrede i voldgiftsinstituttets virke og regler.

[2] Af ABS-udvalgets bemærkninger til § 32 fremgår det, at § 32, stk. 6, kun regulerer forholdet mellem ordregivers direkte kontrahenter. Det betyder, at eventuelle underleverandører, jf. § 3 stk. 4, ikke er omfattet af bestemmelsen.

Bestemmelsen i § 32, stk. 6, kan ikke anvendes som grundlag for at påtvinge en leverandør reglerne i § 32, stk. 1-5, hvis leverandøren ikke har indgået kontrakt på grundlag af ABSERVICE 2003 eller på anden måde har samtykket i at være bundet af bestemmelserne i § 32, stk. 1-5.

[3] Det Danske Voldgiftsinstitut har ikke udstedt særskilte regler i anledning af § 32. Imidlertid foreligger der fra Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed regler for udmeldelse af skønsmænd. Henvisningen i § 32, stk. 7, vil angiveligt af Voldgiftsinstituttet blive fortolket som en henvisning til disse regler.

Bestemmelserne i § 32, stk. 2-5, genfindes i Voldgiftsnævnets regler. Regelsættet indeholder endvidere blandt andet bestemmelser af processuel karakter og om sikkerhedsstillelse for udgifter ved skønnet. I henhold til sidstnævnte har den kontraktpart, der rekvirerer syn og skøn, pligt til at stille sikkerhed for alle udgifter ved skønnet. Voldgiftsnævnet træffer bestemmelse om størrelsen af sikkerheden, og kan senere forlange denne forhøjet, hvis sagens omfang viser sig at være større end oprindeligt antaget.

§ 33 [Beslutning om udbetaling af sikkerhed m.v.]

På en kontraktsparts begæring kan Det Danske Voldgiftsinstitut udpege en sagkyndig til at træffe beslutning om udbetaling af stillet sikkerhed, jf. § 5, stk. 4, og om betalingen, herunder om berettigelsen af at holde betalinger tilbage eller foretage modregning, i tilfælde af uenighed som nævnt i § 14, stk. 4.

Stk. 2. Det Danske Voldgiftsinstitut kan efter sagens karakter bestemme, at beslutningen skal træffes af flere sagkyndige.[1]

Stk. 3. Begæringen skal indeholde de oplysninger m.v. som fremgår af § 32, stk. 2. Kopi af begæringen fremsendes samtidig til leverandøren.

Stk. 4. Det Danske Voldgiftsinstitut fastsætter en kort frist for leverandøren til at afgive et indlæg. Den sagkyndige kan – hvor der er særlig anledning dertil – give kontraktsparterne adgang til at fremkomme med yderligere et indlæg inden udløbet af en kort frist, som den sagkyndige fastsætter. Efter udløbet af fristen træffer den sagkyndige snarest muligt og normalt inden 15 hverdage beslutning om, i hvilket omfang udbetalingskravet skønnes begrundet, og hvem der skal betale udgifterne, herunder den sagkyndiges honorar.[2] Voldgiftsinstituttet fastsætter størrelsen af honoraret.

Stk. 5. Beløb, der omfattes af beslutning om udbetaling af stillet sikkerhed, skal udbetales senest 3 hverdage efter, at kontraktsparterne og garanten har fået skriftlig meddelelse om beslutningen.[3]

Stk. 6. Stk. 1-5 fratager ikke en kontraktspart muligheden for at indbringe tvisten for voldgiftsretten, jf. § 34.[4]

[1] Der er således formelt op til Voldgiftsinstituttet – og ikke kontraktsparterne – at afgøre om spørgsmålet er af en sådan karakter, at det bør behandles af mere end én sagkyndig. Voldgiftsinstituttet vil formodentlig lytte til kontraktparternes ønsker i dette spørgsmål.

[2] Den beslutning, som den udpegede sagkyndige træffer, er ikke endelig for kontraktens parter, jf. bestemmelsen i § 33, stk. 6, i henhold til hvilken en kontraktpart, trods § 33, stk. 1-5, kan indbringe det omtvistede spørgsmål for en voldgiftsret, jf. § 34. Se også kommentaren til § 33, stk. 6.

Som følge af at beslutning efter § 33 ikke er endelig, og ikke kan siges at være baseret på behandling i en voldgiftsret, er den ikke omfattet af voldgiftsloven. Det er herefter tvivlsomt, hvorvidt beslutningen umiddelbart er ekskutionskraftig. Kan, eller vil, en kontraktpart, der i henhold til beslutning efter § 33 skal betale et beløb til medkontrahenten, ikke efterleve beslutningen, vil medkontrahenten derfor skulle indbringe spørgsmålet for voldgiftsretten, jf. § 34. Kendelsen fra voldgiftsretten vil kunne tvangsfuldbyrdes efter retsplejelovens regler om tvangsfuldbyrdelse af domme, jf. voldgiftslovens § 9, stk. 1.

[3] Ordregiver kan kræve, at beløb, der skal udbetales fra den stillede sikkerhed, forrentes fra det oprindelige forfaldstidspunkt for betalingen, jf. om dette tidspunkt § 5, stk. 4.

[4] Der er ikke i hverken § 33 eller § 34 gjort op med forholdet mellem de to bestemmelser. Dette spørgsmål bliver aktuelt som følge af bestemmelsen i § 33, stk. 6 – hvad er konsekvensen for en beslutning efter § 33, hvis en kontraktpart benytter sig af muligheden for at indbringe tvisten for voldgiftsretten?

I mangel af regulering i kontrakten vil svaret på dette spørgsmål sandsynligvis blive, at § 34 skal tillægges mere vægt end § 33. Det betyder, at hvis den kontraktpart, der har “tabt” i relation til § 33-beslutningen, vælger at indbringe tvisten for voldgiftsretten, vil parten ikke skulle handle i overensstemmelse med beslutningen, herunder ikke betale beløb som angivet i § 33, stk. 5. Denne antagelse begrundes med, dels at man med § 33, stk. 6, udtrykkeligt har valgt at åbne for muligheden for at indbringe § 33-tvister for voldgiftsretten, dels at det generelle udgangspunktet i relation til voldgift er, at når en voldgiftssag er anlagt, fastfrysers forholdet mellem kontraktparterne, hvilket blandt andet betyder, at de ikke har pligt til at betale beløb til hinanden.

§ 34 [Voldgiftsklausul]

Enhver tvist mellem kontraktsparterne, som måtte opstå i forbindelse med nærværende kontraktsforhold, herunder om erstatning for skadegørende handling i forbindelse med serviceydelsens levering, afgøres ved voldgift efter Det Danske Voldgiftsinstituts regler.[1][2] Voldgiftsrettens afgørelser er endelige.[3]

Stk. 2. Hver kontraktspart udpeger en voldgiftsmand, medens voldgiftsrettens formand udnævnes af Det Danske Voldgiftsinstitut.[4] Såfremt en kontraktspart ikke inden udløbet af den ifølge Voldgiftsinstituttets regler gældende frist har udpeget en voldgiftsmand, udnævnes også denne af Instituttet.

Stk. 3. Hvis en kontraktspart begærer det, suppleres voldgiftsretten med yderligere 2 partsudpegede medlemmer. De dermed forbundne merudgifter fordeles i forbindelse med voldgiftsrettens afgørelse af spørgsmålet om sagsomkostninger. Det kan bestemmes, at de udgifter, der er en følge af rettens supplerings, skal udredes af den kontraktspart, der har rejst krav herom, når voldgiftsretten skønner, at det ikke var tilstrækkeligt begrundet at fremsætte kravet.

Stk. 4. Når nærværende almindelige betingelser gælder i forholdet mellem ordregiveren og flere forskellige leverandører, gælder bestemmelserne i stk. 1-3 også i det indbyrdes forhold mellem de pågældende leverandører.[5]

[1] Ved offentliggørelsen af ABSservice 2003 i april 2003 gjaldt der, for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut, et sæt regler udsendt af Voldgiftsinstituttet under titlen “Regler for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut”. Disse regler, udsendt i 1990, blev pr. 1. oktober 2004 afløst af et nyt – og mere omfattende – sæt regler, der bærer samme titel. Der er herefter grund til at overveje, hvilket regelsæt henvisningen i § 34, stk. 1, tager sigte på.

Regelsættet fra 1990 indeholdt ikke en bestemmelse, der tog stilling til, hvilket af flere mulige regelsæt der skulle lægges til grund, når en kontrakt bestemte, at “tvister skal afgøres på grundlag af Det Danske Voldgiftsinstituts regler” eller havde tilsvarende formuleringer. Praksis fra Voldgiftsinstituttet har imidlertid været, at medmindre der var forhold, der kunne begrunde andet, blev en sådan henvisning fortolket som en henvisning til de til enhver tid gældende regler fra Voldgiftsinstituttet. Herefter må det være sådan, at for kontrakter indgået på baggrund af ABSERVICE 2003 før 1. oktober 2004 vil det, hvis § 34 er anvendt uden ændringer, være det nugældende regelsæt fra 2004, der skal lægges til grund for voldgiftsrettens arbejde.

Voldgiftsinstituttets praksis er blevet kodificeret i 2004-regelsættets § 3. Så også for kontrakter, der er indgået efter 1. oktober 2004, vil det være det til enhver tid gældende regelsæt, der skal lægges til grund, medmindre andet er aftalt af kontraktparterne. For indeværende fører § 34 altså føre til anvendelse af 2004-regelsættet.

[2] Voldgiftsinstituttets regelsæt indeholder blandt andet regulering af processen før og under voldgiftssagen og af kontraktparternes pligter i forbindelse med sagen. Det kan blandt andet fremhæves, at hvis ikke kontraktparterne træffer beslutning om andet, vil voldgiftsretten have hjemsted i København. Ved kontrakter mellem parter, der er hjemmehørende uden for hovedstadsområdet, kan det være en praktisk fordel at lade kontrakten fastsætte et andet hjemsted for voldgiftsretten.

Endvidere skal bestemmelserne vedrørende sikkerhedsstillelse nævnes. I henhold til 2004-regelsættets § 27 skal der, foruden et registreringsgebyr på kr. 7.500, også indbetales depositum til sikkerhed for de udgifter, som sagen skønnes at medføre. Voldgiftsinstituttet afgør størrelsen af sikkerhedsstillelsen, der blandt andet afhænger af værdien af sagens genstand, og af hvor mange voldgiftsmænd der skal indgå i voldgiftsretten. For en sagsgenstand på kr. 500.000 vil et beløb på kr. 60.000 ikke være utænkeligt.

Sikkerheden vil oftest skulle betales ligeligt af sagens parter. Hvis den ene part ikke indbetaler sin andel, kan modparten vælge at stille med hele sikkerheden – hvilket vil være nødvendigt for, at sagen bliver taget under behandling – eller vælge at betragte voldgiftsbestemmelsen som misligholdt af modparten. I sidstnævnte tilfælde kan sagen i stedet indbringes for domstolene.

[3] Med denne bestemmelse har kontraktparterne frasagt sig retten til at få eventuelle tvister prøvet ved domstolene, der heller ikke vil kunne efterprøve, om voldgiftsretten har fortolket gældende ret forkert. Bestemmelsens indhold svarer til, hvad der følger af de regler fra Det Danske Voldgiftsinstitut, som der henvises til i § 34, stk. 1, 1. punktum.

At voldgiftsrettens afgørelse er endelig kan betragtes som såvel en fordel som en ulempe. Ulempen er åbenlys i tilfælde af, at man ikke er tilfreds med kendelsen. Fordelen består i, at afgørelse af en tvist ikke trækkes ud dels som følge af ventetid i domstolssystemet, dels fordi en afgørelse vil kunne ankes til en højere instans.

Den manglende mulighed for anke, og den der af følgende hurtige afklaring af uoverensstemmelser, er blandt de elementer der bør indgå i kontraktparternes overvejelser om, hvorvidt de ønsker at eventuelle tvister i kontraktforholdet, som de ikke selv er i stand til at løse, skal afgøres ved voldgift. Andre elementer må også inddrages i disse overvejelser. Det må eksempelvis betragtes som en fordel ved voldgift, at parterne selv får indflydelse på, hvem der skal afgøre tvisten, jf. § 34, stk. 2. Dette er ikke så meget et spørgsmål om person som et spørgsmål om kvalifikation, idet det alt andet lige vil være en fordel, at tvisten behandles af personer med specialkendskab til det konkrete område. Endvidere kan det ses som en fordel ved voldgift, at der kan være hemmelighed omkring sagens behandling såvel som omkring kendelsen. Særlig den offentlige ordregiver vil dog kunne tænkes at have interesse i at sikre offentlighed, i det mindste omkring kendelsen, i sager, der har offentlighedens opmærksomhed. Hemmeligholdelse af kendelsen fører imidlertid også til den, for en generel betragtning, negative side ved voldgift, at retspraksis unddrages fra fremtidige retsanvenderes kendskab. Sidstnævnte er dog næppe et forhold, der vil få betydning for kontraktparternes overvejelser i forbindelse med valg af tvistløsnings-system. Derimod kan det tænkes at få betydning for kontraktparternes valg, at man ved fravalg af det traditionelle domstolssystem også umiddelbart fravælger den garanti for sagsbehandling efter afbalancerede regler, som findes i kraft af retsplejeloven. Til sidstnævnte forhold skal det bemærkes, at hvor kontraktparterne vælger voldgift i henhold til § 34, vælger de, at sagen skal behandles efter Det Danske Voldgiftsinstituts regler, og dette regelsæt indeholder procesregler.

Som et sidste element i denne opremsning af hensyn, som kontraktparterne bør inddrage i deres vurderinger, af om de skal lade tvister afgøre ved voldgift, skal nævnes omkostningerne ved at føre en sag. Om dette emne anføres det ofte, at voldgift er en dyrere løsning end retssag ved domstolene. Ofte vil dette givet være rigtigt, da det typisk er ret kosteligt at gennemføre en voldgiftssag, hvor parterne foruden at betale deres respektive advokater også selv skal aflønne voldgiftsmændene og eventuelt betale for leje af lokaler, sekretærbistand og lignende. Omvendt skal der betales retsafgift, hvis sagen skal føres ved domstolene, og advokatsalærer kan givet blive højere, fordi sagen kan køres for flere instanser.

Såfremt kontraktparterne på baggrund af deres overvejelser ikke finder, at de vil lade eventuelle fremtidige tvister afgøre via voldgift, skal de fravælge § 34. I givet fald bør det også overvejes, om bestemmelserne i § 32 og 33 skal indgå i kontrakten. Det vil være hensigtsmæssigt i det mindste at foretage konsekvensrettelser af de to paragraffer. Ved fravigelse af ABSERVICE 2003 skal kontraktparterne iagttage § 1, stk. 2.

[4] Bestemmelsen svarer til, hvad der i realiteten vil følge af bestemmelserne i Voldgiftsinstituttets regler. Bemærk at såfremt kontrahenterne ikke har hjemsted i samme land, skal formanden i henhold til Voldgiftsinstituttets regler, § 20, høre hjemme i et andet land end alle kontrahenter. Dette krav kan kontrahenterne fravige ved aftale. Forholdet skal iagttages, hvor ordregiver indgår kontrakt med en udenlandsk leverandør, eksempelvis som resultat af et fællesskabsretligt udbud.

[5] Bestemmelsen i § 34, stk. 4, svarer til § 32, stk. 6. Bestemmelsen regulerer kun forholdet mellem ordregivers direkte kontrahenter. Det betyder, at eventuelle underleverandører, jf. § 3 stk. 4, ikke er omfattet af bestemmelsen.

Bestemmelsen i § 34, stk. 4, kan ikke anvendes som grundlag for at påtvinge en leverandør reglerne i § 34, stk. 1-3, hvis leverandøren ikke har indgået kontrakt på grundlag af ABSERVICE 2003 eller på anden måde har samtykket i at være bundet af bestemmelserne i § 34, stk. 1-3.

Tillægsbestemmelser til ABService 2003

De følgende bestemmelser (§§ a-e) gælder kun, når kontraktparterne udtrykkeligt har vedtaget det. Skal en eller flere af tillægsbestemmelserne være en del af kontrakten, er det således ikke tilstrækkeligt, at kontraktparterne vedtager, at ABService 2003 skal være grundlag for deres kontrakt – den eller de af tillægsbestemmelserne, der skal gælde i kontraktforholdet, skal udtrykkeligt vedtages, jf. § 1, stk. 3.

§ a [Leverandørens pligter når serviceydelsen er sagsforberedelse – videregivelse af oplysninger og notatpligt]

[1] Den private leverandør, der efter aftale med en offentlig myndighed varetager sagsoplysning eller anden sagsforberedelse til brug for myndighedens afgørelse af forvaltningssager, [2] skal videregive enhver oplysning, som den private leverandør i den forbindelse har indhentet eller modtaget, og som er af betydning for myndighedens afgørelse af sagen. [3]

Stk. 2. Såfremt den private leverandør mundtligt modtager oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, der er af betydning for sagens afgørelse, eller på anden måde bliver bekendt med sådanne oplysninger, skal leverandøren gøre notat om indholdet af oplysningerne. Dette gælder dog ikke, såfremt oplysningerne i øvrigt fremgår af sagens dokumenter. [4]

[1] I et vist omfang kan myndigheder overlade det til private at varetage sagsforberedelse til brug for senere myndighedsafgørelse af en sag. Uanset at der foretages en sådan overdragelse af selve opgaven, er det fortsat den offentlige myndighed (ordregiver), der har ansvaret for, at afgørelsessager behandles i overensstemmelse med gældende forvaltningsret. Herunder skal det sikres, at borgeren ikke stilles ringere med hensyn til retssikkerhedsmæssige garantier som følge af udliciteringen. Ved at lade § a indgå i kontrakten vil ordregiver tage et skridt i retning af at sikre disse forhold. Det vil kræve udtrykkelig vedtagelse af § a, hvis denne skal være en del af kontrakten. I den forbindelse vil det ikke tilstrækkeligt, at kontraktparterne har vedtaget, at ABSERVICE 2003 skal være en del af deres kontrakt, jf. bestemmelsen i § 1, stk. 3.

Det vil ikke være relevant at lade § a være en del af kontrakten, hvor denne alene medfører, at leverandøren varetager opgaver vedrørende faktisk forvaltningsvirksomhed, og hvor denne virksomhed ikke er knyttet til myndighedsudøvelse hos ordregiver.

I den konkrete situation skal kontraktparterne være opmærksomme på eventuelle andre lovgivningsmæssige krav til leverandørens behandling af oplysninger, som modtages i forbindelse med serviceydelse.

sens udførelse. Navnlig, men ikke kun, persondataloven er relevant i den forbindelse.

[2] Bestemmelsen tager sigte på situationer, hvor leverandøren varetager sagsforberedelse forud for ordregivers myndighedsudøvelse. Det kan eksempelvis være, hvor leverandøren indsamler målinger og foretager beregninger på disse, og ordregiver efterfølgende giver tilladelse til at foretage udledninger til miljøet. Som et andet eksempel kan næves en situation, hvor leverandøren løbende udtager og analyserer prøver fra eksempelvis levnedsmiddelindustrien, og hvor ordregiver efterfølgende skal træffe beslutning om, hvilken reaktion kontrollen skal afstedkomme.

[3] Uanset at opgaven med at foretage sagsoplysning er overdraget til en privat leverandør, er det fortsat den kompetente myndighed (ordregiver), der har ansvaret for, at den konkrete sag er tilstrækkeligt oplyst, inden der træffes afgørelse i den. Dette krav følger af den offentligretlige officialmaksime. Af den grund må det være ordregiver, der i sidste ende skal afgøre, om en oplysning er af betydning for afgørelsen. Dette understøttes af, at det vil være den offentlige ordregiver, der har erfaringen med afgørelsessagerne, og derfor ved, hvilke oplysninger der vil være af betydning i den sammenhæng. I tilfælde af tvivl skal leverandøren derfor videregive oplysningen.

Problemet, med at afgøre hvilke oplysninger der er af betydning for myndighedsudøvelsen, afspejler også de praktiske vanskeligheder og principielle betænkeligheder, der er knyttet til at adskille sagens forberedelse og sagens afgørelse. I særdeleshed hvor afgørelsen må bygge på en skønsudøvelse, vil det være betænkeligt at foretage en adskillelse. Er det, trods dette, muligt at lade en privat leverandør varetage sagsforberedelsen også på disse områder, vil der givet ofte opstå vanskeligheder i relation til at afgøre, om en oplysning er af betydning eller ej.

[4] Hvis bestemmelsen i § a, stk. 2, indgår i kontrakten, vil denne foreskrive en notatpligt for leverandøren, svarende til den pligt der gælder for offentlige instanser i medfør af offentlighedslovens § 6, stk. 1.

I tilfælde af tvivl om hvorvidt en mundtlig oplysning er af betydning for sagens afgørelse, eller om hvorvidt oplysningen i øvrigt fremgår af

sagens dokumenter, bør leverandøren gøre notat. Den endelige afgørelse af tvivlstilfælde skal foretages af ordregiver, jf. bemærkningerne ovenfor.

§ b [Leverandørens pligt til at efterleve forvaltningsretlige retsgrundsætninger]

[1] Den private leverandør har pligt til ved levering af ydelsen at overholde de almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger, der gælder for offentlige myndigheder, herunder retsgrundsætningerne om saglighed og lighed i forvaltningen.[2][3]

[1] Offentlige instanser er i deres virke underlagt en række krav, der er baseret på almindelige retsgrundsætninger, det vil sige på regler – typisk med et upræcist indhold – der ikke bygger lovgivning, men på praksis, og hvis anvendelsesområde er forvaltningsvirksomhed generelt.⁴⁴ Selv om anvendelsesområdet for retsgrundsætningerne primært er den del af forvaltningens virksomhed, der er knyttet til myndighedsudøvelse, finder de – eller de tankegange der ligger til grund for dem – i et vist omfang også anvendelse, når offentlige instanser udøver faktisk forvaltningsvirksomhed.⁴⁵

De almindelige retsgrundsætninger er med til at sikre borgernes retsstilling, og for at undgå forringelse på dette vigtige område er det nødvendigt, at de rammer, som retsgrundsætningerne udstikker, også iagttages, når en opgave, efter at være flyttet fra offentligt regi, udføres af en privat leverandør. Bestemmelsen i § b skal ses i lyset af dette behov. For den offentlige ordregiver er der også en mere konkret begrundelse for at lade § b indgå i kontrakten, idet det er den offentlige ordregivers ansvar at sørge for, at alle juridiske krav til opgavens varetagelse opfyldes, herunder også de krav, der følger af de almindelige retsgrundsætninger.

Såfremt de krav, der følger af de almindelige retsgrundsætninger, er sikret opfyldelse på anden måde, kan den generelle bestemmelse i § b synes af mindre relevans. Eksempelvis kan ordregiver sikre overholdelse af kravet om ligebehandling ved i kontrakten meget præcist at be-

44. For en nærmere beskrivelse af begrebet *almindelig retsgrundsætning* se eksempelvis Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgave – hjemmel – organisation, s. 105f og Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, s. 97ff.

45. Om dette se Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, s. 186ff.

skrive, efter hvilke retningslinier leverandøren skal præstere serviceydelsen; fremgår det således af kontrakten, at leverandøren skal præstere en præcist beskrevet mængde hjemmehjælp til alle de personer, der henvises af kommunen, vil forskelsbehandling formodentlig være udelukket.

Henset til at indholdet i de almindelige retsgrundsætninger oftest er upræcist, til at det kan være meget vanskeligt at beskrive virkelighedens hændelser i alle detaljer, og til at det er afgørende at opfylde de garantier, som retsgrundsætningerne skal sikre, synes det dog at være en god idé under alle omstændigheder at lade § b indgå i kontrakten. Dette af hensyn til bestemmelsens realindhold, men også som en påmindelse om at de almindelige retsgrundsætninger skal overholdes af leverandøren. Skal § b indgå i kontrakten, kræver det, at kontraktparterne udtrykkeligt vedtager dette. Det er i den forbindelse ikke nok, at kontraktparterne har vedtaget, at ABSERVICE 2003 skal indgå i deres kontrakt, jf. bestemmelsen i § 1, stk. 3.

[2] Bestemmelsen, om at leverandøren i forbindelse med sin varetagelse af serviceydelsen skal overholde kravet om saglighed, indebærer, at leverandøren ikke må lade uvedkommende hensyn være styrende ved udøvelsen af sin virksomhed. Formuleret på en anden måde må leverandøren, ved udførelsen af serviceydelsen, kun varetage interesser, som har forbindelse med den pågældende opgave. Et eksempel: Virksomheden BriGen A/S driver virksomhed med indsamling, genanvendelse og bortskaffelse af affald. Herunder sælger virksomheden komposteret affald til private og virksomheder, og har blandt andet solgt et stort parti kompost til DanPro ApS, der ligger i X-holm Kommune. BriGen A/S har også kontrakt med X-holm Kommune om indsamling af dagrenovation. Hvis BriGen mener at have et pengekrav mod DanPro i anledning af salget af komposteret affald, vil BriGen ikke, i forbindelse med opfyldelse af kontrakten med X-holm Kommune, kunne undlade at indsamle affald fra DanPro med det formål at motivere DanPro til at betale. Hensynet til inddrivelse af pengekravet vil i denne forbindelse være uvedkommende i relation til varetagelse af serviceydelsen i henhold til kontrakten.

Kravet om iagttagelse af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning ved udførelse af serviceydelsen er nært beslægtet med kravet om saglighed. I brede vendinger følger det af lighedsgrundsætningen, at leve-

randøren skal behandle ens situationer på samme måde, medmindre der er saglige grunde for at behandle dem forskelligt. Kravet om lighed vil givet oftest blive relevant i forbindelse med kontrakter, hvor leverandøren skal præstere serviceydelsen over for en række forskellige modtagere, eksempelvis hvor leverandøren skal levere hjemmehjælp til borgere i en kommune. I den situation må leverandøren ikke, uden at der er saglige grunde hertil, levere forskellige ydelser til borgere, der har de samme behov og forudsætninger.

Det skal understreges, at leverandørens forpligtelse til at overholde de almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger kun gælder i forhold til de dele af leverandørens virksomhed, der er en følge af kontrakten med den offentlige leverandør.

[3] Ordlyden i § b, 2. led, og ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen,⁴⁶ giver klart det indtryk, at § b helt overvejende drejer sig om at sikre, at leverandøren udfører serviceydelsen under iagttagelse af kravene om saglighed og lighed. På trods af dette må det fastholdes, at når der i § b, 1. led, henvises til, at leverandøren har pligt til at overholde de almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger, er der tale om en generel henvisning til alle almindelig forvaltningsretlige grundsatninger, i den udstrækning disse finder anvendelse på faktisk forvaltningsvirksomhed. Begrundelsen for denne antagelse skal findes i det, der ovenfor under [1] er anført om vigtigheden af at overføre retsgrundsætningerne sammen med opgavevaretagelsen for derved at sikre borgernes retsstilling.

46. Udvalgets bemærkninger er en ordret gengivelse af de bemærkninger, som arbejdsgruppen vedrørende forvaltningsmæssige forhold har knyttet til arbejdsgruppens forslag til en bestemmelse om saglighed m.v. Den foreslåede bestemmelse er identisk med § b.

§ c [Forebyggelse af inhabilitet]

[1]Leverandøren har pligt til at sikre, at ingen, der er inhabil i forhold til varetagelsen af den overdragne opgave eller dele heraf, deltager i varetagelsen af opgaven eller de dele af opgaven, den pågældende er inhabil i forhold til, jf. herved især forvaltningslovens §§ 3-6.[2][3]

Stk. 2. Leverandøren skal snarest underrette myndigheden, såfremt der foreligger forhold, som vil være egnede til at begrunde, at leverandøren eller en anden, som for leverandøren deltager i varetagelsen af den overdragne opgave eller en del heraf,[4] er inhabil i forhold til den pågældende opgave eller dele heraf.[5]

[1] For at forebygge at uvedkommende hensyn konkret får indflydelse på den offentlige forvaltnings arbejde, og for at undgå at der generelt skabes mistillid til den offentlige forvaltning, er der i forvaltningslovens kapitel 2 (§§ 3-6) opstillet en række regler om speciel habilitet, som forvaltningen skal iagttage. Disse regler gælder først og fremmest i forbindelse med forvaltningens myndighedsudøvelse, men finder også anvendelse ved behandling af sager om indgåelse af kontraktforhold og andre privatretlige dispositioner, jf. forvaltningslovens § 2, stk 2.

Spørgsmålet om hvorvidt de nævnte lovbestemmelser også gælder for private, der i henhold til kontrakt med en myndighed deltager i behandling af en sag – eksempelvis ved udførelse af sagsforberedende arbejde – kan give anledning til tvivl. Det er hensigten med § c at eliminere denne tvivl ved at sætte forvaltningslovens regler om inhabilitet i kraft i forhold til leverandøren. Skal § c være en del af kontrakten, kræver det, at kontraktparterne udtrykkeligt vedtager dette. Det er i den forbindelse ikke nok, at kontraktparterne har vedtaget, at ABSERVICE 2003 skal indgå i deres kontrakt, jf. bestemmelsen i § 1, stk. 3.

I tilfælde hvor kontrakten konkret ikke drejer sig om opgaver med tilknytning til sager, hvor der skal træffes afgørelse eller indgås kontraktforhold, vil det ikke være nødvendigt at lade § c indgå i kontrakten.

[2] Det følger af anvendelsen af formuleringen "...jf. herved især forvaltningslovens §§ 3-6", at leverandøren også har pligt til at sikre sig mod inhabilitet af andre grunde, end de der er nævnt i forvaltningsloven. Det er således formålet med inhabilitetsregler, jf. kommentaren under [1], der er i centrum for § c, mens det ikke er afgørende, hvilket specialregelsæt relevante habilitetsregler er placeret i.

[3] Med henvisningen til forvaltningslovens §§ 3-6 gives der vejledning til forståelse af indholdet i bestemmelsens inhabilitetsbegreb. Herefter vil personer hos leverandøren være inhabile, blandt andet hvis de har en personlig interesse i sagens afgørelse, er i slægt med en person der har en sådan interesse eller hvis de er tilknyttet private juridiske personer, der har interesse i sagens afgørelse.

Det er en forudsætning for, at en person kan være inhabil, at vedkommendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen har en sådan karakter, at der er mulighed for at påvirke sagens udfald. Således vil en postmedarbejder hos leverandøren ikke være inhabil, selv om han er gift med ejeren af den restaurant, som leverandøren har kontrolleret og nu rapporterer om til ordregiver, med henblik på at der skal træffes afgørelse om, hvorvidt restauranten skal påbydes at nedbringe lugtgener fra køkkenet.

En person, der vil være inhabil i henhold til forvaltningslovens regler, kan ikke erklæres habil under henvisning til, at personen ikke er den, der skal træffe afgørelse i sagen.

[4] Når man tager formålet med de forvaltningsretlige inhabilitetsregler i betragtning, jf. om dette ovenfor i punkt [1], må leverandørens underretningspligt også omfatte tilfælde, hvor inhabilitet opstår hos en underleverandør, jf. § 3, stk. 4.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at underretningspligten i henhold til § c, stk. 2, ligger på leverandøren, men ikke på eventuelle underleverandører. Dette er et naturligt udslag af princippet om kontraktens relativitet, i henhold til hvilket kontraktparter ikke ved deres kontrakt kan forpligte tredjemand. Imidlertid bør den leverandør, der ønsker at gøre brug af underleverandører til opfyldelse af sin kontrakt med den offentlige ordregiver, sikre sig, at underleverandøren er opmærksom på inhabilitetsproblematikken, således at tilfælde af risiko for inhabilitet hos underleverandøren kan blive bragt til leverandørens

kendskab, hvilket er en forudsætning for, at leverandøren kan opfylde underretningspligten foreskrevet i § c, stk. 2. Til dette formål kan leverandøren lade kontrakter med underleverandører indeholde bestemmelser, der dels kræver, at underleverandøren sikrer, at ingen, der er inhabil i forhold til den endelige afgørelse, deltager i arbejdet med forberedelse af denne, dels foreskriver pligt til at underrette leverandøren i tilfælde af risiko for inhabilitet.

[5] Bestemmelsen i § c, stk. 2, skal ses i lyset af forvaltningslovens § 6, stk. 2, i henhold til hvilken afgørelse af spørgsmål, om hvorvidt en person er inhabil i en konkret sag, skal afgøres af den myndighed, der træffer afgørelse i sagen. Med § c, stk. 2, sikres det, at den offentlige ordregiver har mulighed for at træffe beslutning i tilfælde af mulig inhabilitet.

§ d [Leverandørens tavshedspligt]

[1]Leverandøren og dennes medarbejdere er undergivet tavshedspligt efter straffelovens § 152a, jfr. § 152.[2][3]

[1] Hvis § d skal indgå som en del af kontrakten, skal kontraktparterne udtrykkeligt vedtage dette. Det er i den sammenhæng ikke tilstrækkeligt, at parterne har vedtaget at ABSERVICE 2003 skal være en del af kontraktgrundlaget, jf. bestemmelsen i § 1, stk. 3.

[2] I henhold til straffelovens §§ 152 a, 152 c og 152 vil leverandøren og dennes ansatte kunne straffes med bøde, hæfte eller fængsel indtil 6 måneder, hvis de uberettiget videregiver eller udnytter fortrolige oplysninger, som de har fået kendskab til gennem udførelsen af opgaven for den offentlige ordregiver. En oplysning er i denne sammenhæng fortrolig, hvis den ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som sådan, eller hvis det i øvrigt er nødvendigt at holde den hemmelig af hensyn til væsentlige offentlige eller private interesser, jf. straffelovens § 152, stk. 3.

Straffelovens forbud mod uberettiget at videregive eller udnytte fortrolige oplysninger er i relation til leverandøren en forpligtelse med selvstændigt grundlag. Det vil sige, at den opstår som følge af kontraktforholdet, men med sit eget grundlag (de pågældende lovbestemmelser) og uden at være en del af kontrakten. Forpligtelse består, uanset om kontrakten indeholder bestemmelse om dette emne – særlig vedtagelse er altså ikke nødvendig. Set i dette lys har bestemmelsen i § d, ikke noget selvstændigt indhold. I henhold til ABS-udvalgets bemærkninger til bestemmelsen er formålet med denne da også hovedsageligt at indskærpe, at leverandøren er undergivet tavshedspligt.

Ved at lade § d være en del af kontrakten skaber kontraktparterne imidlertid mulighed for, at manglende overholdelse af straffelovsbestemmelserne ikke kun mødes med den i loven fastsatte straf, men også kan udløse misligholdelsesbeføjelser.

[3] Ved at lade § d være en del af kontrakten henledes leverandørens opmærksomhed på den i straffeloven fastsatte pligt til at behandle fortrolige oplysninger med omhu. Imidlertid er der risiko for, at § d fjerner

kontraktparternes – særlig leverandørens – opmærksomhed fra, at også andre reglesæt indeholder bestemmelser om tavshedspligt.

Persondataloven indeholder en generel regulering vedrørende videregivelse af enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person. Bestemmelser om videregivelse findes forskellige steder i loven, blandt andet i § 6, stk. 2, i § 8 og i kapitel 5. Loven gælder for såvel private som offentlige såkaldte dataansvarlige, hvilket betyder, at leverandører, der kommer til at optræde som dataansvarlig i forbindelse med udførelse af en serviceopgave, vil skulle iagttage lovens bestemmelser. At loven finder anvendelse i relation til leverandøren er ikke betinget af, at kontrakten mellem ordregiver og leverandør indeholder regulering vedrørende dette emne.

Også speciallovgivningen indeholder bestemmelser vedrørende videregivelse af oplysninger. Som eksempler på dette kan nævnes retssikkerhedslovens § 43, stk. 3, og lov om patienters retsstilling, kapitel 5. Det er naturligvis afgørende, at kontraktparterne, ud over § d og straffelovens bestemmelser, også er opmærksomme på sådanne relevante specialbestemmelser.

§ e [Godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger]

[1] Der kan ydes leverandøren godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger[2] på et materiale, som i færdig form eller på sædvanlig måde indgår i arbejdet,[3] eller på brændstof, der direkte benyttes til arbejdet.[4]

Stk. 2. Godtgørelse omfatter den prisstigning, der overstiger 10 % af prisen på tilbudsdagen.[5] Til denne procentsats lægges 0,5 for hver hele måned, der er forløbet mellem tilbudsdagen og indkøbstidspunktet.[6]

Stk. 3. Det er en betingelse for at kunne opnå godtgørelse, at summen af de beregnede godtgørelsesbeløb for en periode udgør mindst 0,5 % af prisen for ydelsen i samme periode.[7]

[1] Ved at lade § e indgå i kontrakten kan man formodentlig undgå, at leverandøren lader kontraktsummen indeholde et vist beløb, der skal dække risikoen for ekstraordinære prisstigninger, som ordregiver derved vil komme til at betale for, uanset om de indtræder eller ej. Ønskes det, at § e skal udgøre en del af kontrakten, skal dette vedtages udtrykkeligt. Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt, at kontraktparterne har vedtaget at ABSservice 2003 skal være en del af kontrakten, jf. bestemmelsen i § 1, stk. 3.

[2] Anvendelsen af begrebet *ekstraordinære prisstigninger* rejser naturligvis spørgsmålet om, hvor store prisstigninger der skal til, førend der kan ydes godtgørelse til leverandøren. Svaret på dette spørgsmål findes i § e, stk. 2 og 3, der skal ses i sammenhæng, jf. kommentaren nedenfor til stk. 3.

[3] Stiger eksempelvis priserne på aluminium, og derfor på foliebakker, vil det kunne udløse godtgørelse til den leverandør, der i henhold til kontrakt skal bringe varme måltider ud til borgerne i en kommune, og til dette anvender foliebakker.

[4] Hvor transport indgår som en nødvendig og direkte del af serviceydelsen, vil prisstigninger på det brændstof, der medgår til transporten,

være omfattet af bestemmelsen i § e, stk. 1. Noget sådant vil eksempelvis være tilfældet, hvor kontrakten drejer sig om af ambulancetjeneste, brandberedskab eller indsamling af affald.

[5] De priser og prisstigninger, der skal danne grundlag for beregning af en eventuel godtgørelse, skal fremgå af officielt prismateriale eller i mangel af sådant kunne dokumenteres på anden måde. Endvidere skal priser og prisstigningerne være generelt forekommende, således at leverandøren ikke kan undgå prisstigningen ved at handle på et andet marked.

[6] Med bundgrænsen på 10 % + 0,5 % pr. måned er det slået fast, at leverandøren ikke kan forvente at blive holdt skadesløs for alle stigninger i priser på materialer og brændstof. Prisstigninger inden for en vis ramme hører med til den forretningsmæssige risiko. Risikoen må bæres af leverandøren, der har mulighed for at lade kontraktsummen indeholde beløb til afdækning af denne.

For udvalgte tidspunkter efter kontraktens indgåelse bliver den mindste prisstigning, der kan afføde godtgørelse herefter som vist i tabel 1.

Tid (måneder efter indgåelse)	Prisstigning nødvendig for godtgørelse (% af oprindelige pris)
1	10,5
6	13,0
12	16,0
18	19,0
24	22,0
36	28,0

Tabel 1.

Udtryk på en anden måde vil kravet i § e stk. 2, være opfyldt hvis

$$\text{Pris efter pristigningen} > \text{Pris ved indgåelse} \cdot (1,1 + 0,005X),$$

hvor X = antal måneder, der er gået fra kontraktens indgåelse.

Det skal bemærkes, at det ikke er tilstrækkeligt til at tilkende leverandøren godtgørelse, at bestemmelsen i § e, stk. 2, er opfyldt. For at godtgørelse skal blive aktuelt, skal også betingelsen i § e, stk. 3, være opfyldt.

[7] For at en leverandør skal kunne få tilkendt godtgørelse, skal såvel betingelsen i § e, stk. 2, som betingelsen i § e, stk. 3, være opfyldt. Betingelsen i stk. 3 vil formodentlig betyde, at der skal væsentligt større prisstigninger til, før godtgørelse bliver aktuel, end hvad der fremgår alene af § e, stk. 2.

Med bestemmelsen i § e, stk. 3, sikres det, at leverandøren ikke kan modtage godtgørelse for prisstigninger, som han også er blevet kompenseret for i kraft af den årlige prisregulering i henhold til § 15.

Med § e er mulighederne for, at der kan forekomme tilfælde af økonomisk force majeure mindsket. I øvrigt adskiller overvejelserne vedrørende godtgørelse efter § e sig fra overvejelser vedrørende økonomisk force majeure ved, at der i § e er opstillet beregningsmodeller for, hvornår godtgørelse kan ydes. Bestemmelsen bliver herved betydelig mere præcis end force majeure-bestemmelsen i § 20.

ABService 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser

A. Indledende bestemmelser

Anvendelsesområde

§ 1. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser (ABService) gælder ved aftaler om levering af serviceydelser, når kontraktsparterne har vedtaget dette.

Stk. 2. Dersom ABService er vedtaget, er individuelle bestemmelser om fravigelse af reglerne kun gældende, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske.

Stk. 3. §§ a-e gælder kun, når kontraktsparterne udtrykkeligt har vedtaget en eller flere af disse bestemmelser.

Aftalegrundlaget—kontraktsparterne, definitioner m.v.

§ 2. Ved »aftalen« forstår kontraktsparternes aftale om levering af serviceydelser samt alle kontraktbilag og tillæg m.v. til de nævnte dokumenter.

Stk. 2. Ved »serviceydelser« forstår tjenesteydelser generelt.

Stk. 3. Ved »kontraktsparter« forstår ordregiver og leverandør.

Stk. 4. Ved »leverandør« forstår den, som påtager sig at udføre en bestemt opgave i henhold til aftalen, og ved »ordregiver« forstår den, der an-

tager leverandøren til at udføre opgaven.

Stk. 5. Alle angivne beløb er eksklusiv moms.

Stk. 6. Aftalen er undergivet dansk ret.

Overdragelse af rettigheder m.v.

§ 3. Kontraktsparterne kan overdrage deres rettigheder i henhold til aftalen.

Stk. 2. Overdrager leverandøren uforfaldne krav i henhold til aftalen, går transporter, som står i forbindelse med opgaveløsningen, forud for andre transporter.

Stk. 3. Uden den anden kontraktsparts samtykke kan kontraktsparterne ikke overføre deres forpligtelser til andre.

Stk. 4. Leverandøren kan overlade dele af opgavens praktiske udførelse til en underleverandør, medmindre ordregiveren har saglige grunde til at nægte dette. Ordregiveren skal i givet fald orienteres herom i rimelig tid forinden underleverandøren påbegynder udførelsen af sin opgave.

Samarbejdsorganisation

§ 4. Såfremt en af kontraktsparterne ønsker det, nedsættes en følgegruppe til løbende dialog og opfølgning vedrørende aftalen. Følgegruppen

skal i øvrigt behandle spørgsmål, som ikke har fundet deres afklaring i aftalen.

Sikkerhedsstillelse

§ 5. Såfremt det kræves i udbudsmaterialet, stiller leverandøren sikkerhed for et beløb svarende til 10 % af den gennemsnitlige årlige kontraktsum. Sikkerheden skal opretholdes indtil 3 måneder efter kontraktperiodens udløb og nedskrives ikke i perioden.

Stk. 2. Sikkerheden skal stilles senest 8 hverdage efter aftalens indgåelse i form af pengeinstitutgaranti eller kautionsforsikring eller på anden betryggende måde.

Stk. 3. Sikkerheden tjener til fyldestgørelse af alle krav, som ordregiveren har i anledning af aftaleforholdet, herunder krav vedrørende eventuelle ekstraarbejder og tilbagebetalinger.

Stk. 4. Hvis ordregiveren ønsker udbetaling i henhold til den stillede sikkerhed, skal dette samtidigt meddeles leverandøren og garanten med nøje angivelse af arten og omfanget af den påståede misligholdelse samt størrelsen af det krævede beløb. Dette udbetales til ordregiveren inden 10 hverdage fra meddelelsens fremkomst, medmindre leverandøren forinden har indbragt spørgsmålet om udbetalingskravets berettigelse for Det Danske Voldgiftsinstitut, jf. § 33.

Forsikring

§ 6. Leverandøren er forpligtet til at være dækket af sædvanlige forsikringer, herunder erhvervsansvarsforsikring. Ordregiveren kan forlange dokumentation herfor.

Stk. 2. Betjener leverandøren sig af underleverandører, jf. herved § 3, stk. 4, er leverandøren forpligtet til at sørge for, at underleverandørerne på samme måde opfylder de i stk. 1 nævnte krav om forsikringsdækning. Ordregiveren kan ligeledes forlange dokumentation herfor.

B. Leveringen – ydelsen, ændringer i kontraktperioden, kontrol, tidsfrister m.v.

Ydelsen og ændringer i kontraktperioden

§ 7. Opgaven skal udføres i overensstemmelse med aftalen. I det omfang aftalen ikke giver tilstrækkelig vejledning, skal opgaven udføres fagmæssigt korrekt.

Stk. 2. Opgaven skal udføres i overensstemmelse med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter. Ordregiveren skal oplyse om alle forhold af relevans herfor, som denne er bekendt med.

§ 8. Ordregiveren udarbejder i samarbejde med leverandøren en plan for levering af serviceydelsen, herunder tidsfrister for leveringen.

§ 9. Ordregiveren kan inden for den aftalte kontraktperiode forlange ændringer i den aftalte serviceydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen og de fravigelser fra kontrakten, som ændringen nødvendiggør, har naturlig sammenhæng med de aftalte serviceydelser. Begge kontraktsparter kan forlange ændringer i den aftalte serviceydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når

det følger af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering.

Stk. 2. Leverandøren skal have lejlighed til at udtale sig om ønskede ændringer efter stk. 1, 1. pkt., og de fravigelser fra kontrakten, som ændringen nødvendiggør, inden krav herom fremsættes. Ændringer skal ske inden for rimelig frist fra fremsættelsen af kravet. Ændringer som følge af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering skal dog ske i overensstemmelse med eventuelle frister i den pågældende lov eller offentlige regulering.

Stk. 3. Dersom ordregiveren kan kræve ændringer i medfør af stk. 1, har leverandøren pligt til på forlangende at udføre de ønskede ændringer, hvis det kan ske uden væsentlig ulempe for leverandøren.

Stk. 4. Såfremt ordregiveren kræver ændringer i medfør af stk. 1, har leverandøren ret til at levere de ændrede serviceydelser, medmindre ordregiveren påviser særlige forhold, der begrunder, at ordregiveren lader andre levere de ændrede serviceydelser.

Stk. 5. Vedrører ændringen mængden af serviceydelser, hvorom der gælder enhedspriser, reguleres den aftalte betaling i overensstemmelse hermed. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske inden for +/- 10 % af den oprindelige kontraktsum, jf. herved stk. 6 og stk. 7.

Stk. 6. Bevirker en ændring efter stk. 1 en forøgelse af leverandørens udgifter reguleres betalingen. Såfremt leverandøren skal levere flere eller andre serviceydelser end oprindeligt aftalt, leveres serviceydelserne i mangel af anden aftale som reg-

ningsarbejde, i det omfang regulering ikke skal ske efter enhedspriser, jf. stk. 5.

Stk. 7. Bevirker ændringen efter stk. 1 en formindskelse af leverandørens udgifter reguleres betalingen. Såfremt leverandøren skal levere færre serviceydelser, skal leverandøren alene godskrive ordregiveren de udgifter, som herved spares eller burde være sparet, i det omfang regulering ikke skal ske efter enhedspriser, jf. stk. 5.

§ 10. Begge kontraktsparter kan forlange ændringer i den aftalte serviceydelses pris, når nye lovkrav eller ændret offentlig regulering bevirker en fordyrelse eller billiggørelse af leveringen af serviceydelser.

Stk. 2. Ændringer efter stk. 1 får virkning fra det tidspunkt, hvor de nye lovkrav eller den ændrede offentlige regulering konkret fordyrer eller billiggør leveringen af serviceydelser.

Kontrol

§ 11. Ordregiveren kan føre kontrol med leverandørens opfyldelse af aftalen. I det omfang det ikke er fastlagt i udbudsmaterialet, fastsætter ordregiveren og leverandøren i forning de nærmere vilkår for kontrollen.

Stk. 2. Kontrol fra ordregiverens side fritager ikke leverandøren fra selv at føre kontrol og sørge for rigtig opfyldelse af aftalen.

Stk. 3. Leverandøren skal løbende give ordregiver oplysninger om alle relevante forhold om overholdelse af gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter,

som leverandøren bliver bekendt med. Ordregiver kan stille krav til detaljeringsgrad og dokumentation af oplysninger.

C. Forvaltningsmæssige bestemmelser

Videregivelse af oplysninger

§ 12. Den private leverandør skal på anmodning fra den ordregivende offentlige myndighed videregive enhver oplysning til myndigheden, som leverandøren har fået kendskab til i forbindelse med udførelsen af opgaven for den ordregivende offentlige myndighed, og som myndigheden finder er nødvendig for, at myndigheden kan varetage sine offentligretlige forpligtelser.

Stk. 2. Den private leverandør skal videregive de ønskede oplysninger snarest efter, at den ordregivende offentlige myndighed har anmodet herom. Den ordregivende offentlige myndighed kan fastsætte en frist for den private leverandørs videregivelse af oplysninger, såfremt det er nødvendigt, at myndigheden med henblik på opfyldelse af myndighedens offentligretlige forpligtelser har rådighed over oplysningerne på et bestemt tidspunkt. Fristen skal fastsættes under forudsætning af hensyntagen til omfanget af de ønskede oplysninger.

Videresendelse af klager

§ 13. Den private leverandør skal til den ordregivende offentlige myndighed videresende klager over leverandørens varetagelse af den pågældende opgave, såfremt klagen indebærer, at der skal træffes en forvaltningsafgørelse.

Stk. 2. Den private leverandør skal videregive de klager, der er omfattet af stk. 1, snarest efter, at den private leverandør har modtaget eller på anden måde fået kendskab til klagen.

D. Betaling, prisregulering og bonus

Betaling

§ 14. Betaling skal ske inden udløb af den aftalte betalingsfrist.

Stk. 2. En aftalt betalingsfrist kan tidligst regnes fra det tidspunkt, hvor ydelser faktisk leveres.

Stk. 3. Hvis ordregiver er uenig med leverandøren om betalingens størrelse eller forfaldstid skal ordregiver uden ugrundet ophold gøre indsigelse herom, idet indsigelsen ellers fortabes. Den uomstridte del af kravet skal betales uanset indsigelse.

Stk. 4. Hvis der mellem kontraktspartenerne er uenighed om betalingen, herunder om ordregivers adgang til at holde betalinger tilbage eller foretage modregning i leverandørens betalingskrav, finder reglerne i § 33 anvendelse, hvis en kontraktspart begærer det.

Generel prisreguleringsbestemmelse

§ 15. Medmindre andet fastsættes i udbudsmaterialet reguleres prisen i kontraktperioden én gang årligt med det af Danmarks Statistik offentliggjorte indeks, som i sin opbygning bedst muligt svarer til opgaven.

Bonus

§ 16. Ordregiveren udbetaler bonus til leverandøren, såfremt der er truffet særlig aftale herom.

E. Misligholdelse – beføjelser

Misligholdelse

§ 17. Er serviceydelsen ikke udført i overensstemmelse med § 7, uden at dette skyldes ordregiverens forhold, eller forhold i øvrigt som ordregiveren bærer risikoen for, foreligger der misligholdelse.

Stk. 2. Der foreligger også misligholdelse, hvis serviceydelsen ikke lever op til ordregiverens berettigede krav ifølge § 9, eller hvis leverandøren ikke opfylder andre krav, som ifølge aftalen stilles i forbindelse med levering af serviceydelsen, eller som følger af aftalen i øvrigt.

§ 18. Er der i aftalen fastsat tidsfrister for leverandørens udførelse af arbejdet eller dele heraf, og leveres serviceydelsen eller delydelsen ikke i rette tid, uden at dette skyldes ordregiverens forhold, eller forhold i øvrigt som ordregiveren bærer risikoen for, foreligger der ligeledes misligholdelse.

Stk. 2. Betaler ordregiveren ikke i rette tid, eller undlader ordregiveren at opfylde sin forpligtelse til at medvirke til, at leverandøren kan levere rigtig ydelse, foreligger der tilsvarende misligholdelse fra ordregiverens side.

§ 19. En kontraktspart, som må indse, at der er risiko for misligholdelse, har pligt til uden ugrundet ophold at give den anden kontraktspart begrundet meddelelse herom.

Force majeure

§ 20. Ingen kontraktspart er erstatningsansvarlig for forhold, som lig-

ger uden for kontraktspartens kontrol, og som kontraktsparten ikke ved aftalens indgåelse burde have taget i betragtning.

Stk. 2. Kontraktspartens adgang til at kræve bod, jf. § 26, bortfalder ligeledes i de i stk. 1 nævnte tilfælde.

Stk. 3. Forhold, som forhindrer en underleverandør, som leverandøren efter kontraktsindgåelsen overlader opgaver til efter § 3, stk. 4, i at opfylde sin aftale med leverandøren, kan leverandøren kun påberåbe sig som force majeure over for ordregiveren, i det omfang samme forhold ville have forhindret leverandøren i at levere serviceydelsen, dersom denne havde valgt en anden underleverandør eller havde valgt ikke at betjene sig af underleverandører.

Stk. 4. Force majeure kan højst gøres gældende, så længe som force majeure-situationen varer.

Stk. 5. Betalinger knyttet til leveringer, der forsinkes eller ikke leveres på grund af force majeure, udskydes eller bortfalder tilsvarende.

Stk. 6. Såfremt en kontraktspart vil påberåbe sig force majeure, skal denne give skriftlig meddelelse herom til den anden kontraktspart uden ugrundet ophold, efter at force majeure-situationen er indtrådt.

Reklamation og varsel

§ 21. Vil en kontraktspart påberåbe sig en misligholdelse, skal denne give den anden kontraktspart meddelelse herom uden ugrundet ophold, efter at misligholdelsen er eller burde være opdaget.

Stk. 2. Vil en kontraktspart hæve kontrakten eller kræve afhjælpning

eller omlevering, skal denne uden ugrundet ophold, efter at misligholdelsen er eller burde være opdaget, give den anden kontraktspart meddelelse herom. Undlader kontraktsparten dette, har parten fortabt sin ret til at hæve kontrakten eller til at kræve afhjælpning eller omlevering. Det samme gælder for ordregiverens ret til at kræve bod efter § 26.

Stk. 3. Krav om forholdsmæssigt afslag eller erstatning skal opgøres og fremsættes uden ugrundet ophold efter meddelelse i henhold til stk. 1, idet retten ellers fortabes.

§ 22. En kontraktspart fortaber dog uanset § 21 ikke sin ret til at påberåbe sig misligholdelse, når den anden kontraktspart har handlet svigagtigt, eller når denne part har gjort sig skyldig i grove fejl og forsømmelser, og dette medfører betydelig skade for parten.

Standsningsret

§ 23. Hvis ordregiveren ikke har betalt i rette tid, kan leverandøren efter et varsel på 5 hverdage standse arbejdet. Standsningsretten ophører straks, når ordregiverens betaling erlægges.

Afhjælpning m.v.

§ 24. Ordregiveren kan, hvor dette er praktisk muligt, kræve afhjælpning, efterlevering eller omlevering, medmindre det vil volde leverandøren uforholdsmæssig omkostning eller væsentlig ulempe.

Stk. 2. Såfremt afhjælpning, efterlevering eller omlevering kan ske uden væsentlig forsinkelse og uden væsentlig gene for ordregiveren i øv-

rigt, har leverandøren ret til at foretage dette. Leverandøren skal straks efter modtagelse af reklamation give ordregiveren meddelelse, hvis leverandøren ønsker at udøve denne ret.

Stk. 3. Foranstaltninger efter stk. 1 og 2 skal ske uden ugrundet ophold, efter at kravet herom er fremsat.

Forholdsmæssigt afslag

§ 25. I det omfang den leverede serviceydelse ikke er kontraktmæssig, jf. § 17, og dette har bevirket en værdiforringelse, som ikke er kompenseret ved afhjælpning, efterlevering eller omlevering, efter § 24, er ordregiveren berettiget til at kræve et forholdsmæssigt afslag i den aftalte pris.

Bod

§ 26. Leverer leverandøren ikke serviceydelsen i overensstemmelse med aftalen, kan ordregiveren pålægge leverandøren en bod, såfremt og i det omfang der er truffet særlig aftale herom.

Forældelse

§ 27. Hvis tidligere forældelse ikke følger af andre regler ophører ethvert krav 5 år efter aftaleforholdets udløb, hvad enten dette sker til et i forvejen aftalt tidspunkt eller efter opsigelse eller ophævelse. Hvis en tidsbegrænset kontrakt forlænges, medfører dette ikke en tilsvarende forlængelse af 5-årsfristen for forhold, som knytter sig til den første kontraktperiode. Afbrydelse af fristen sker ved påkrav.

Stk. 2. Har en kontraktspart handlet svigagtigt, eller har han gjort sig skyldig i grov uagtsomhed med be-

tydelig skade for den anden kontraktspart til følge, gælder bestemmelsen i stk. 1 ikke.

Erstatning

§ 28. Hver kontraktspart er erstatningsansvarlig efter dansk rets almindelige regler for manglende medvirken til rigtig opfyldelse af kontrakten. Leverandøren hæfter ikke for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab.

Stk. 2. En aftalt bod er ikke til hinder for, at ordregiveren kan kræve erstatning for et eventuelt yderligere tab. Dette gælder dog ikke, såfremt bodens funktion er at træde i stedet for erstatning.

Ophævelse

§ 29. Aftalen kan ophæves af ordregiveren, hvis der foreligger en væsentlig misligholdelse fra leverandørens side. I bedømmelsen af misligholdelsens væsentlighed indgår serviceydelsens beskaffenhed, misligholdelsens karakter, risiko for gentagelse, misligholdelsens betydning for ordregiveren, ordregiverens eventuelle offentligretlige forpligtelse til at sørge for serviceydelser, ophævelsens betydning for leverandøren samt omstændighederne i øvrigt.

Stk. 2. Der foreligger ikke væsentlig misligholdelse, så længe der kan ske afhjælpning, efterlevering eller omlevering efter § 24.

Stk. 3. Aftalen kan ophæves af leverandøren, hvis ordregiveren væsentligt misligholder sin forpligtelse til at medvirke til serviceydelsens rigtige levering eller sin betalingsforpligtelse. Leverandøren kan dog

ikke hæve aftalen, hvis dennes interesser er tilstrækkeligt tilgodeset gennem adgangen til at standse arbejdet, jf. § 23.

Virkning af ophævelse

§ 30. Ved ophævelse af aftalen tilbagebetaler leverandøren eventuelt modtaget vederlag for endnu ikke udført levering og ordregiver betaler for eventuelt modtaget, men endnu ikke betalt levering.

Stk. 2. Kontraktsparterne leverer så vidt muligt til rådighed stillede aktiver tilbage ved ophævelse af kontrakten.

Stk. 3. Hvor et leveringsophør efter en ophævelse vil være velfærdstruende for borgere, der er afhængige af serviceydelser, kan ordregiveren uanset aftalens ophævelse kræve, at leverandøren i en overgangsperiode stiller ressourcer til rådighed for levering af serviceydelser, indtil leveringen med rimeligt varsel kan overtages af ordregiveren eller en anden leverandør. Levering i overgangsperioden sker på samme vilkår som i den ophævede aftale, idet den leverandør, som hæver aftalen eller frem til ophævelsen har udøvet standsningsret, dog kan forlange forudbetaling for ydelserne.

F. Forpligtelser ved arbejdsgiver-skift m.v.

§ 31. Kontraktsparterne vedkender sig deres respektive lov- og overenskomstmæssige forpligtelser over for de medarbejdere, som berøres af overdragelsen.

Stk. 2. Kontraktsparterne er pålagt en gensidig loyal oplysningspligt, bl.a. for at informationsforpligtelsen

i § 5 i lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse bliver opfyldt.

Stk. 3. Ordregiveren har pligt til i muligt omfang at oplyse leverandøren om de aktuelle og fremtidige forpligtelser overfor medarbejderne, der gælder i henhold til kollektive overenskomster og aftaler m.v., og som leverandøren skal respektere i henhold til lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Ordregiveren har tillige pligt til i muligt omfang at afgive oplysninger, der gør det muligt for leverandøren at vurdere, hvorvidt lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

Stk. 4. I rimelig tid inden nærværende aftales ophør har leverandøren samme forpligtelse som ordregiveren efter stk. 3 til at oplyse ordregiveren om alle kollektive overenskomster og aftaler m.v. af relevans for ordregiveren eller en eventuel ny leverandør i forbindelse med overtagelse af medarbejdere.

G. Tvister

Syn og skøn

§ 32. Hvis der i tilfælde af uoverensstemmelser mellem kontraktsparterne eller for at sikre bevisets stilling ønskes syn og skøn, fremsættes begæring herom til Det Danske Voldgiftsinstitut. Hver kontraktspart kan ensidigt begære syn og skøn.

Stk. 2. Begæringen skal ved fremsættelsen være ledsaget af oplysning om, hvilke kontraktsparter sagen vedrører, samt disse kontraktsparters adresse og telefonnummer, en skrift-

lig fremstilling, hvori gives en kort redegørelse for sagen, og som indeholder de spørgsmål, som skønsmanden skal besvare (skønstemaet), de dokumenter, der er af betydning for sagen, og eventuel angivelse af de ønskede tekniske kvalifikationer hos skønsmanden.

Stk. 3. Der udmeldes i almindelighed én skønsmand. Hvis Voldgiftsinstitutet finder, at der er anledning dertil, kan der udmeldes to, eller under ganske særlige omstændigheder flere skønsmænd. Der skal ved afgørelsen heraf tages hensyn til kontraktsparternes ønske.

Stk. 4. Nyt syn og skøn ved anden skønsmand kan kun finde sted, hvis Voldgiftsinstitutet finder, at der er anledning dertil. Hvis begæring om voldgiftsbehandling af tvisten er indgivet, jf. § 34, tager Voldgiftsretten stilling til fremsatte begæringer om supplerende syn og skøn eller nyt syn og skøn ved samme eller anden skønsmand.

Stk. 5. Den eller de, der har fremsat begæring om skønsforretningen, hæfter for udgifterne herved, herunder skønsmandens honorar, der fastsættes af Voldgiftsinstitutet. Hvis tvisten eller en del deraf indbringes for Voldgiftsretten, tages udgiften og dens nødvendighed i betragtning ved fastsættelsen af sagsomkostninger. Voldgiftsretten fastsætter i så fald skønsmandens honorar.

Stk. 6. Når nærværende almindelige betingelser gælder i forholdet mellem ordregiver og leverandør, gælder bestemmelserne i stk. 1-5 også i det indbyrdes forhold mellem flere »parallelle« leverandører.

Stk. 7. For syn og skøn gælder de regler, som er fastsat af Det Danske Voldgiftsinstitut.

Sagkyndig beslutning om stillet sikkerhed m.v.

§ 33. På en kontraktsparts begæring kan Det Danske Voldgiftsinstitut udpege en sagkyndig til at træffe beslutning om udbetaling af stillet sikkerhed, jf. § 5, stk. 4, og om betalingen, herunder om berettigelsen af at holde betalinger tilbage eller foretage modregning, i tilfælde af uenighed som nævnt i § 14, stk. 4.

Stk. 2. Det Danske Voldgiftsinstitut kan efter sagens karakter bestemme, at beslutningen skal træffes af flere sagkyndige.

Stk. 3. Begæringen skal indeholde de oplysninger m.v. som fremgår af § 32, stk. 2. Kopi af begæringen fremsendes samtidig til leverandøren.

Stk. 4. Det Danske Voldgiftsinstitut fastsætter en kort frist for leverandøren til at afgive et indlæg. Den sagkyndige kan – hvor der er særlig anledning dertil – give kontraktsparterne adgang til at fremkomme med yderligere et indlæg inden udløbet af en kort frist, som den sagkyndige fastsætter. Efter udløbet af fristen træffer den sagkyndige snarest muligt og normalt inden 15 hverdage beslutning om, i hvilket omfang udbetalingskravet skønnes begrundet, og hvem der skal betale udgifterne, herunder den sagkyndiges honorar. Voldgiftsinstituttet fastsætter størrelsen af honoraret.

Stk. 5. Beløb, der omfattes af beslutning om udbetaling af stillet sikkerhed, skal udbetales senest 3 hverdage efter, at kontraktsparterne og

garanten har fået skriftlig meddelelse om beslutningen.

Stk. 6. Stk. 1-5 fratager ikke en kontraktspart muligheden for at indbringe tvisten for voldgiftsretten, jf. § 34.

Voldgift

§ 34. Enhver tvist mellem kontraktsparterne, som måtte opstå i forbindelse med nærværende kontraktsforhold, herunder om erstatning for skadegørende handling i forbindelse med serviceydelsens levering, afgøres ved voldgift efter Det Danske Voldgiftsinstituts regler. Voldgiftsrettens afgørelser er endelige.

Stk. 2. Hver kontraktspart udpeger en voldgiftsmand, medens voldgiftsrettens formand udnævnes af Det Danske Voldgiftsinstitut. Såfremt en kontraktspart ikke inden udløbet af den ifølge Voldgiftsinstituttets regler gældende frist har udpeget en voldgiftsmand, udnævnes også denne af Instituttet.

Stk. 3. Hvis en kontraktspart begærer det, suppleres voldgiftsretten med yderligere 2 partsudpegede medlemmer. De dermed forbundne merudgifter fordeles i forbindelse med voldgiftsrettens afgørelse af spørgsmålet om sagsomkostninger. Det kan bestemmes, at de udgifter, der er en følge af rettens supplerings, skal udredes af den kontraktspart, der har rejst krav herom, når voldgiftsretten skønner, at det ikke var tilstrækkeligt begrundet at fremsætte kravet.

Stk. 4. Når nærværende almindelige betingelser gælder i forholdet mellem ordregiveren og flere forskellige leverandører, gælder be-

stemmelserne i stk. 1-3 også i det indbyrdes forhold mellem de pågældende leverandører.

H. Tillægsbestemmelser til ABSERVICE

Privat bistand ved varetagelse af sagsoplysning eller anden forberedelse af sager

§ a. Den private leverandør, der efter aftale med en offentlig myndighed varetager sagsoplysning eller anden sagsforberedelse til brug for myndighedens afgørelse af forvaltnings-sager, skal videregive enhver oplysning, som den private leverandør i den forbindelse har indhentet eller modtaget, og som er af betydning for myndighedens afgørelse af sagen.

Stk. 2. Såfremt den private leverandør mundtligt modtager oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, der er af betydning for sagens afgørelse, eller på anden måde bliver bekendt med sådanne oplysninger, skal leverandøren gøre notat om indholdet af oplysningerne. Dette gælder dog ikke, såfremt oplysningerne i øvrigt fremgår af sagens dokumenter.

Saglighed m.v. i opgavevaretagelsen

§ b. Den private leverandør har pligt til ved levering af ydelsen at overholde de almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger, der gælder for offentlige myndigheder, herunder retsgrundsætningerne om saglighed og lighed i forvaltningen.

Inhabilitet

§ c. Leverandøren har pligt til at sikre, at ingen, der er inhabil i for-

hold til varetagelsen af den overdragne opgave eller dele heraf, deltager i varetagelsen af opgaven eller de dele af opgaven, den pågældende er inhabil i forhold til, jf. herved især forvaltningslovens §§ 3-6.

Stk. 2. Leverandøren skal snarest underrette myndigheden, såfremt der foreligger forhold, som vil være egnede til at begrunde, at leverandøren eller en anden, som for leverandøren deltager i varetagelsen af den overdragne opgave eller en del heraf, er inhabil i forhold til den pågældende opgave eller dele heraf.

Tavshedspligt

§ d. Leverandøren og dennes medarbejdere er undergivet tavshedspligt efter straffelovens § 152a, jfr. § 152.

Godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger

§ e. Der kan ydes leverandøren godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger på et materiale, som i færdig form eller på sædvanlig måde indgår i arbejdet, eller på brændstof, der direkte benyttes til arbejdet.

Stk. 2. Godtgørelse omfatter den prisstigning, der overstiger 10 % af prisen på tilbudsdagen. Til denne procentsats lægges 0,5 for hver hele måned, der er forløbet mellem tilbudsdagen og indkøbstidspunktet.

Stk. 3. Det er en betingelse for at kunne opnå godtgørelse, at summen af de beregnede godtgørelsesbeløb for en periode udgør mindst 0,5 % af prisen for ydelsen i samme periode.

Forkortelser

Anvendt forkortelse	Forkortelse af
AB92	Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992
ABR89	Almindelige Bestemmelser for teknisk Rådgivning og bistand, udsendt oktober 1989
ABService 2003	ABService 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser
Bkg.	Bekendtgørelse
DL	Kong Christian den Femtes Danske Lov, udsendt den 15. april 1683
H	Afgørelse fra Højesteret
KFE	Kendelser om fast ejendom, København
Lbk.	Lovbekendtgørelse
Samlingen	Samlingen af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første instans
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Afgørelse fra Vestre Landsret
Ø	Afgørelse fra Østre Landsret

Regelregister

Titel i teksten	Refererer til
1908-loven	Lov om Forældelse af visse Fordringer. Lov nr. 274 af 22. december 1908.
AB92	Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992
ABR89	Almindelige Bestemmelser for teknisk Rådgivning og bistand, udsendt oktober 1989
ABService 2003	ABService 2003. Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser
Aktieselskabsloven	Lov om aktieelskaber. Lbk. nr. 9 af 9. januar 2002, som ændret ved lov nr. 302 af 30. april 2003, lov nr. 303 af 30. april 2003, lov nr. 453 af 10. juni 2003, lov nr. 226 af 31. marts 2004 samt lov nr. 364 af 19. maj 2004
Anpartsselskabsloven	Lov om anpartsselskaber. Lbk. nr 10 af 9. januar 2002, som ændret ved lov nr. 303 af 30. april 2003 og lov nr. 226 af 31. marts 2004
Arbejdsmiljøloven	Lov om arbejdsmiljø. Lbk. nr. 784 af 11. oktober 1999, som ændret ved lov nr. 331 af 16. maj 2001, lov nr. 437 af 10. juni 2002, lov nr. 191 af 24. marts 2004, lov nr. 425 af 9. juni 2004 samt lov nr. 442 af 9. juni 2004
Beredskabsloven	Beredskabsloven. Lbk. nr. 137 af 1. marts 2004
DL	Kong Christian den Femtes Danske Lov, udsendt den 15. april 1683

Forvaltningsloven	Forvaltningslov. Lov nr. 571 af 19. december 1985 som ændret ved lov nr. 347 af 6. juni 1991, lov nr. 215 af 22. april 2002, lov nr. 382 af 6. juni 2002 og lov nr. 215 af 31. marts 2004
Gældsbrevsloven	Lov om gældsbreve. Lbk. nr. 669 af 23. september 1986 som ændret ved lov nr. 389 af 14. juni 1995
Lov om aktindsigt i miljøoplysninger	Lov om aktindsigt i miljøoplysninger. Lov nr. 292 af 27. april 1994 som ændret ved lov nr. 447 af 31. maj 2000 og lov nr. 215 af 31. marts 2004
Lov om patienters retsstilling	Lov om patienters retsstilling. Lov nr. 482 af 1. juli 1998, som ændret ved lov nr. 312 af 5. maj 2004
Lov om patientforsikring	Lov om patientforsikring. Lbk. nr. 228 af 24. marts 1997, som ændret ved lov nr. 395 af 2. juni 1999, lov nr. 145 af 25. marts 2002 og lov nr. 430 af 10. juni 2003
Miljøbeskyttelsesloven	Lov om miljøbeskyttelse. Lbk. nr. 753 af 25. august 2001, som ændret ved lov nr. 475 af 7. juni 2001, lov nr. 145 af 25. marts 2002, lov nr. 260 af 8. maj 2002, lov nr. 1151 af 17. december 2003, lov nr. 220 af 31. marts 2004 og lov nr. 314 af 5. maj 2004
Offentlighedsloven	Lov om offentlighed i forvaltningen. Lov nr. 572 af 19. december 1985 som ændret ved lov nr. 347 af 6. juni 1991, lov nr. 504 af 30. juni 1993, lov nr. 276 af 13. maj 1998 og lov nr. 429 af 31. maj 2000
Persondataloven	Lov om behandling af personoplysninger. Lov nr. 429 af 31. maj 2000 som ændret ved lov nr. 280 af 25. april 2001

Regler for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut	Regler for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut, vedtaget af Bestyrelsen for Det Danske Voldgiftsinstitut den 19. august 2004
Renteloven	Lov om renter ved forsinket betaling m.v. Lbk. nr. 743 af 4. september 2002
Retsplejeloven	Lov om rettens pleje. Lbk. nr. 961 af 21. september 2004
Retssikkerhedsloven	Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område. Lbk. nr. 72 af 6. februar 2004 som ændret ved lov nr. 191 af 24. marts 2004
Servicebogen	Lov om social service. Lbk. nr. 708 af 29. juni 2004.
Straffeloven	Straffeloven. Lbk. nr. 960 af 21. september 2004
Sygehusloven	Lov om sygehusvæsenet. Lbk. nr. 766 af 28. august 2003, som ændret ved lov nr. 441 af 9. juni 2004
Tjenesteydelsesdirektivet	Direktiv 92/50/EØF som ændret ved direktiv 97/52/EØF og direktiv 2001/78/EF
Virksomhedsoverdragelsesloven	Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Lbk. nr. 710 af 20. august 2002
Voldgiftsloven	Lov om voldgift. Lov nr. 181 af 24. maj 1972

Litteratur

Andersen, Jon m.fl. (red.): Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004

Andersen, Lars Svenning m.fl.: Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002

Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellem-mænd, 4. udg., Forlaget Thomson, København 2001

Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 2. udg., Gjellerup, København 2002

Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, 1. udg., Forlaget Thomson, København 2000

Andersen, Poul: Danske forvaltningsret, 5. udg., Gyldendal, København 1965

Bernt, Jan Fridthjof: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, Universitetet i Oslo, Institut for offentlig rett, skrift nr. 1, 1975

Bernt, Jan Fridthjof: Avtaler med stat og kommune, Universitetsforlaget, Bergen 1981

Christensen, Bent: Forvaltningsret. Opgave – hjemmel – organisation, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997

Christensen, Bent: Forvaltningsret. Prøvelse, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: Forvaltningsrett, 6. udg., Tano, Oslo 1997

von Eyben, Bo m.fl.: Lærebog i obligationsret II, 1. udg., Forlaget Thomson, København 2000

Fabricius, Jesper og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis, Forlaget Thomson, København 2002

- Frihagen, Arvid*: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget, Oslo 1977
- Frihagen, Arvid*: Forvaltningsrett (bind I), 3. udg., Forlaget A. Frihagen, Oslo 1991
- Gammelgaard, Frederik*: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.*: Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003
- Garde, Jens m.fl.*: Forvaltningsret – almindelige emner, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Garde, Jens m.fl.*: Forvaltningsret. Sagsbehandling, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret 1. del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret 2. del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret 3. del, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1993
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret 4. del, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994
- Hørlyck, Erik*: EU-udbud, Nyt Juridisk Forlag, København 1997
- Klingsten, Mette*: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Madell, Tom-Erik*: Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar, Norstedts Juridik, Stockholm 1998
- Madell, Tom-Erik*: Det almäna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts Juridik, Stockholm 1998
- Mathiassen, Jørgen*: Aftaler i forvaltningsretten – med særlig henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, Juristforbundets Forlag, København 1974

- Meyer, Peter Lund*: EU's udbudsregler, GadJura, København 1998
- Nielsen, Ruth*: Udbud af offentlige kontrakter, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Olesen, Karsten Naundrup*: Samfundsloddet, Forlaget Thomson, København 2004
- Olesen, Karsten Naundrup og Michael Steinicke (red.)*: Udførelse af offentlig opgave via kontrakt, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer*: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003
- Werlauff, Erik*: Udlicitering og medarbejdere, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002

Stikordsregister

A

ABService 2003

- som agreed document 26f, 33, 34
- baggrunden for – 23f
- formål 24, 25
- fravigelse 32, 33, 114, 142
- tilvalg 34

ABS-udvalget 24ff

- arbejdsgrupper under – 24f

afgørelsessager, se også

forvaltningsafgørelser 75, 144, 145

afhjælpningspligt 108

afhjælpningsret 108, 124

- leverandørs – 108, 124

- ordregivers – 108f, 124

aftale

- begreb 35

agreed document 26f, 33, 34

aktindsigt 16ff

- borger adgang til – 16ff

- ordregivers adgang til – 18

arbejdsgrupper 24f

- vedrørende forvaltningsmæssige forhold 18, 19, 24f, 42, 73, 78, 149

- vedrørende

medarbejderforhold 24, 131

- vedrørende miljø m.v. 24, 25, 52f, 59, 72, 86

arbejdsmiljø 25, 52, 71, 133

arbejdstagere, se også *medarbejdere*
og lønmodtagere 27

- hensyn til – 52ff

B

betaling

- bonus 85

- konsekvensjustering af – 66f

- regulering af – 68f, 83f, 155ff

- specifikation af – 110

- størrelse af – 81

- uenighed om – 81f

betalingsfrist 81f

bod 111f

- adfærdsregulering 112, 119

- bonus og – 85

- force majeure og – 97

- forholdsmæssigt afslag og – 110

- erstatning og – 117, 119

- reklamlationspligt 101

bonus 85

brændstof 155

D

debitorskifte 40ff

dilligenspligt 92

E

ekstraarbejder 47, 81

- sikkerhedsstillelse for – 47

- betaling for – 81, 103

ekstraordinære prisstigninger 68,
95, 155ff

enhedspriser 66f

erstatning 116ff

- bod som alternativ til – 97, 112, 119

- bod som supplement til – 97, 112, 119

- force majeure og – 94

- – for indirekte tab 117f

- reklamlationspligt 101

- tvist vedrørende – 139

- underretningspligt og – 93

- tabets økonomiske værdi 117

F

fagmæssigt korrekt 51f
 faktisk forvaltningsvirksomhed 31, 144, 147
 force majeure 26, 94ff
 – force majeure-begivenheder 94ff
 – bod og – 97
 – forholdsmæssigt afslag og – 94
 – hæveadgang ved – 94
 – strejke som – 95f
 – – hos underleverandør 97
 – underretningspligt ved – 97
 – økonomisk 95, 157
 forholdsmæssigt afslag 110
 – force majeure og – 94
 – reklamlationspligt 101
 forpligtelse med selvstændigt grundlag 53, 134, 153
 forsikring 50
 forudbetaling 130
 forumvalg 37
 forvaltningsafgørelse, se også *afgørelsessager* 70, 78
 fravigelse af ABSERVICE 2003 32, 33, 114, 142
 fusion 40f, 121
 følgegruppe 44ff, 51, 88

G

godgørelse for prisstigning 155ff

H

hæveadgang, se *ophævelse*

I

indirekte tab 117f
 inhabilitet 150ff

K

klager
 – – som kontrolinstrument 70
 – vidensendelse af – 78ff, 87
 kommunesammenlægning 41, 63f

kontrakt

– begreb 35
 kontrol 70ff, 100, 111
 kreditorskifte 38f, 41

L

leverandør
 – begreb 35
 leveringspligt 128
 lighed 147ff
 lockout 95f
 lovvalg 37, 136
 loyalitetspligt 42f, 45, 76, 90, 92, 97, 133
 lønmodtagere, se også *arbejdstagere og medarbejdere* 133f

M

medarbejdere, se også *arbejdstagere og lønmodtagere* 72, 131ff
 medarbejderorganisationer 26
 miljøforskrifter 70
 misligholdelse
 – – af forsikringspligt 50
 – – af forskrifter vedr. miljø m.v. 53
 – – af kvalitetskrav 86ff
 – – af sikkerhedsstillelse 48
 – – af tavshedspligt 153
 – – af tidsmæssige krav 89ff
 – meddelelse om 92f
 – reklamation 99ff, 102
 myndighedsudøvelse
 – binding af – 15f
 – grænse til faktisk forvaltningsvirksomhed 32, 144ff
 – – i forbindelse med klage 79f
 – kontrakt om – 31
 – ordregivers – 60ff

N

naturalopfyldelse 107ff

- force majeure og — 94
- notatpligt 145f

O

- offentligretlige elementer 14ff
- offentligt-privat samarbejde 23
- ophævelse
 - betingelser for — 120ff
 - force majeure og — 94, 96
 - leverandørens — 121
 - ordregivers — 121
 - reklamation 101
 - velfærdstrussel 127ff
 - virkninger af — 126ff
- ordregiver
 - begreb 35
- overdragelse
 - forpligtelser 40ff
 - myndighedsbeføjelser 31
 - rettigheder 38ff
 - sagsforberedelse 144
 - uforfaldne krav 39f

P

- prisregulering 83f
- privatisering 23

R

- realydelse
 - beskrivelse af — 48f, 51ff
 - kontrol med — 44, 70ff
 - offentlig regulering af — 14
 - undersøgelse af — 100
 - ændring af — 56ff
- regulering
 - af betaling 66f, 68f, 83f, 155ff
 - af realydelsen 56ff
- reklamationspligt 99ff
- retsgrundsætninger 147ff

S

- saglighed
 - afvisning af
 - underleverandør 42f

- — i opgavevaretagelse 147ff
- valg af anden leverandør 66
- sagsforberedelse 32, 144ff
- samarbejde, se også
 - loyalitetspligt* 44ff
- samfundsmaæssig interesse 19f, 104f, 129
- serviceydelse 13, 30, 36
 - begreb 13, 30ff, 36
 - krav til — 48f, 51ff
- sikkerhedsforskrifter 52f, 72, 86
- sikkerhedsstillelse 47ff
 - alternativ til standningsret 105
 - behov for — 48f
 - — ved syn og skøn 136
 - udbetaling af — 136f
 - — ved voldgift 140
- standsningsret 82, 103ff
 - alternativ til ophævelse 125
- strejke 26, 95f
- strukturereform 41, 63f
- sundhed 24, 25, 52f, 59, 72, 86
- svig 61, 102, 114f
- syn og skøn 135f

T

- tavshedspligt 18, 153f
 - videregivelse af oplysninger 74
- tilbagelevering af aktiver 127
- tillægsbestemmelser 34, 143
- tredjemand 44, 45, 48f, 50, 79, 104f, 122f, 127ff
 - erstatningskrav — 113f
 - indirekte tab 118
- tvistløsning 135f, 137f, 139ff
 - forum 37
 - lovvalg 37, 136

U

- udbud 33, 46, 105, 142
 - overdragelse af forpligtelser 42
 - overdragelse af rettigheder 38f
 - sikkerhedsstillelse 47
 - ændring af kontrakten 46, 57, 86f

udbudsmateriale 33, 47, 55, 83f,
85, 134
udlicitering 23
– retsgarantier og – 144
uforfaldne krav 39f
uklarhedsreglen 33
underleverandør 54, 136, 142
– anvendelse af – 42f
– force majeure og – 97
– inhabilitet hos – 151f
– krav om forsikring 50

V

vedkommende transporter 39
vejledningspligt 18, 78 123
velfærdstruende
leveringsophør 127f, 129
videregivelse af oplysninger 73ff,
144ff

virksomhedsoverdragelse 24, 131ff
voldgift
– regler for – 139f
– syn og skøn 135f
– tvistløsning 135f, 137f, 139ff
– udbetaling af
sikkerhedsstillelse 137f
voldgiftsklausul 139ff

Æ

ændring af kontrakten
– som følge af prisstigninger 68f,
83, 155ff
– som følge af ændret
regulering 56ff

Ø

økonomisk force majeure 95, 157