

Bilag 1

KL information nr. 20

Nedenfor er spørgsmål og svar i information 17 udbygget med uddrag af de svar, som er kommet i forbindelse med Social- og Indenrigsministeriets vejledning nr. 9174. Kommunerne opfordres til at læse hele vejledningen.

1. Er der tale om force majeure for kommunerne?

Økonomistyrelsens svar: En generel betingelse for, at en aftalepart kan påberåbe sig force majeure er, at parten er forhindret i at opfylde sine forpligtelser i henhold til den indgåede aftale. Den enkelte kontrakt regulerer ofte, hvordan force majeure skal håndteres.

Der vurderes generelt ikke at foreligge en situation, hvor staten kan påberåbe sig force majeure. Statens forpligtelse er ved de fleste indkøb hovedsageligt at betale for varer og tjenesteydelser. Dette er staten ikke forhindret i som følge af beslutningen om, at medarbejdere i staten skal arbejde hjemmefra. Dette vurderes også at gælde det offentlige i øvrigt.

KL's vurdering: Der er ikke forskel på statens forpligtelser som aftager af en ydelse og kommunernes forpligtelser. Det er derfor KL's vurdering, at kommunerne som udgangspunkt heller ikke kan påberåbe sig force majeure. Kommunerne skal imidlertid være opmærksomme på, at der kan være kontrakter, som indeholder bestemmelser om force majeure, som vil være gældende i det konkrete kontraktforhold, og som kan adskille sig fra udgangspunktet.

2. Hvad gør vi, hvis leverandøren ikke kan levere en vare eller Ydelse til tiden?

Økonomistyrelsens svar: Regeringen har meldt ud, at den ønsker at understøtte virksomheder og lønmodtagere i den ekstraordinære situation, der foreligger på grund af coronavirus.

Konkret betyder det, at statslige institutioner opfordres til at udvise fleksibilitet, hvis leverandøren fx leverer forsinket som følge af coronavirus.

KL's vurdering: KL kan tilslutte sig, at der forsøges at udvise fleksibilitet, hvis en leverandør er forsinket som følge af coronavirus.

3. Skal vi betale en leverandør, selvom vi ikke kan modtage varen/ydelsen eller ikke under omstændighederne har behov for ydelsen?

Økonomistyrelsens svar: Det er Økonomistyrelsens vurdering, at den aktuelle situation generelt ikke forhindrer det offentlige i at opfylde sine forpligtelser i henhold til indgåede indkøbsaftaler, hvilket almindeligvis alene er en betalingsforpligtelse.

Det offentlige er derfor som udgangspunkt forpligtet til at opfylde sine forpligtelser, selv om det offentlige meddeler en leverandør, at en aftalt leverance ikkeskal finde sted, eller anmoder om at den udskydes til et senere tidspunkt. Udskydelse af leveringstidspunktet på det offentliges foranledning indebærer ikke i sig selv, at det offentlige ikke skal betale.

De statslige institutioner opfordres til at gå i dialog med leverandørerne om mulighederne for justeret levering i den aktuelle situation og at være opmærksomme på, at der kan være områder med få varer og stor efterspørgsel, hvor der kan være problemer med levering. I disse situationer opfordres der til kun bestille de nødvendige varer og ikke hamstres.

KL's vurdering: KL anbefaler, at kommuner i en situation, hvor kommunen ikke kan modtage eller har behov for en aftalt ydelse, går i dialog med leverandøren, hvis varen eller ydelsen med mening kan modtages af kommunen på et senere tidspunkt. F.eks. med henblik på at aftale et senere leveringstidspunkt. Den konkrete frist for, at kommunen kan ændre leveringsmængde eller tidspunkt, vil almindeligvis afhænge af den enkelte kontrakt eller aftale.

Hvis varen eller ydelsen ikke med mening kan modtages af kommunen på et senere tidspunkt, er situationen en anden. I nogle situationer vil kommunen her fortsat have udgifter til varen eller ydelsen, hvis der i kontrakten ikke er mulighed for at justere i leveringsmængde.

En kommune vil i en normalsituation være forpligtet til at mindske et økonomisk tab i en sådan situation, og derfor gøre brug af bestemmelser i kontrakten om afbestilling eller senere levering af ydelsen.

Det vil som udgangspunkt kræve hjemmel, hvis kommunerne skal fravige ovenstående.

Folketinget har den 31.marts 2020 vedtaget lovforslag lov nr. 325. Social- og Indenrigsministeriet har den 1. april 2020 udstedt bekendtgørelse nr. 327 af 1. april 2020 med tilhørende vejledning nr. 9174.

SIM's svar i vejledningen (pkt. 3.5.): Kommunen kan kun betale en leverandør, hvis kommunen kontraktretlig er forpligtet hertil. Hvis kommunen ikke er kontraktretligt forpligtet til at betale, kan kommunen ikke betale.

Spørgsmålet om, hvorvidt en kommune er forpligtet til at betale for en ydelse, som kommunen på grund af covid-19-situationen ikke får leveret (f.eks. fordi kommunen ikke har behov for ydelsen), beror på en fortolkning af den konkrete kontrakt og almindelige aftaleretlige regler. Problemstillingen er således ikke reguleret af loven eller bekendtgørelsen.

Da der er tale om et privatretligt spørgsmål om, hvad kommunen kontraktretligt er forpligtet til, må eventuelle uoverensstemmelser afgøres mellem kommunen på den ene side og leverandøren på den anden side.

4. Er ydelser og opgaver, som kommunerne leverer omfattet af lov nr. 325 mv, f.eks. kommunernes erhvervsrættelige udlejning af fast ejendom?

KL's vurdering: Lov 325 med tilhørende bekendtgørelse omhandler kun den situation, hvor kommunen/regionen indkøber en ydelse fra en leverandør.

Dvs. ikke tilfælde, hvor det er kommunen/regionen, der er leverandør af en ydelse – fx som udlejer.

5. Hvem skal betale eventuelle ekstra udgifter som følge af ændrede leveringer?

Økonomistyrelsens svar: Regeringen og alle Folketingets partier har meldt ud, at de ønsker at understøtte virksomheder og lønmodtagere i den ekstraordinære situation, der foreligger på grund af coronavirus.

Der er en forventning om, at leverandørerne i videst muligt omfang vil forsøge at begrænse eventuelle tab som følge af ændringerne af de indgåede aftaler. Om offentlige institutioner er forpligtet til at friholde leverandørerne for eventuelle ekstraudgifter må bero på en konkret vurdering.

KL's vurdering: KL finder, at ovenstående svar fra Økonomistyrelsen også er dækkende for den vurdering, kommunerne skal fortage i forhold til, når leverandøren har ekstraudgifter.

6. Mulighederne for forudbetaling af ydelser

Statens muligheder for at forudbetale: De statslige institutioner bliver opfordret til at benytte muligheden for at forudbetale leverandørerne. Det bliver muligt for institutionerne at forudbetale leverancer frem til 1. juli 2020 med en værdi på højst 1 million kroner.

Folketinget har den 31.marts 2020 vedtaget lov nr. 325. Social- og Indenrigsministeriet har den 1. april 2020 udstedt bekendtgørelse nr. 327 af 1. april 2020 med tilhørende vejledning (nr. 9174).

Af bekendtgørelsen fremgår, at den enkelte kommune har mulighed for, men ikke pligt til at bruge adgangen til at forudbetale.

SIM i vejledningen (pkt. 4.1) Det er en betingelse for beslutning om forudbetaling, at denne er hensigtsmæssig. Heri ligger, at kommunen i sin beslutning om forudbetaling kan og skal iagttage grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning i tilknytning til de mere fleksible rammer, som bekendtgørelsen giver.

Det betyder for det første, at det er legitimt, at kommunen konkret vurderer, at det kan være for risikabelt at forudbetale – f.eks. hvis det konkret vurderes, at der er en væsentlig risiko for, at leverandøren ikke er i stand til at levere.

Det betyder for det andet, at kommunen ikke kan forudbetale, hvis det er åbenbart, enten at ydelsen ikke kan leveres, eller at der ikke er behov for ydelsen – medmindre kommunen efter aftalen er forpligtet til at betale. Kommunen kan som tidligere anført kun betale en leverandør, hvis kommunen/regionen kontraktretlig er forpligtet hertil. Hvis kommunen ikke er kontraktretligt forpligtet til at betale, kan kommunen/regionen ikke forudbetale.

Hvorvidt kommunen har en betalingsforpligtelse eller mulighed for afbestilling af en leverance, som kommunen ved, at kommunen på grund af covid-19-situationen ikke får leveret eller forventer ikke at få brug for, vil bero på en fortolkning af kontrakten og almindelige aftaleretlige regler, jf. afsnit 3.5 ovenfor. Dette spørgsmål er ikke reguleret af bekendtgørelsen.

Det er en betingelse for, at der kan ske forudbetaling efter § 1, at leverancen har en værdi på højst 1 mio. kr. ekskl. moms. Beløbsgrænsen vedrører enkeltleverancer. Der vil således efter omstændighederne kunne forudbetales for flere leverancer, der udspringer af samme kontrakt, selv om den samlede værdi af leverancerne overstiger 1 mio. kr. Der er endvidere hjemmel i § 1 til forudbetaling i forbindelse med rammeaftaler, hvis enkeltleverancerne er på under 1 mio. kr.

7. Undladelse af at gøre brug af misligholdelsesbeføjelser, herunder opkrævning af bod, hvis en leverandør misligholder

Finansministeriet har udarbejdet aktstykke, som giver statens institutioner mulighed for at udvise fleksibilitet i brugen af misligholdelsesbestemmelser. Det betyder, at statens institutioner kan administrere misligholdelsesbestemmelser i indgåede kontrakter under hensyn til den foreliggende ekstraordinære situation. Dette vil indebære, at statens institutioner vil kunne undlade at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, hvis leverandørens misligholdelse kan henføres til COVID-19-situationen.

Dette vil fx indebære, at statsinstitutioner vil kunne undlade at opkræve bod i henhold til gældende kontraktbestemmelser om forsinkelse.

Folketinget har den 31.marts 2020 vedtaget lov nr. 325. Social- og Indenrigsministeriet har den 1. april 2020 udstedt bekendtgørelse nr. 327 af 1. april 2020 med tilhørende vejledning nr. 9174.

SIM i vejledningen (pkt. 5). Det er efter bestemmelsen en betingelse, at misligholdelsen kan henføres til covid-19-situationen. Det er op til kommunen at foretage den konkrete vurdering af, om betingelsen er opfyldt. Hvorvidt dette er tilfældet, vil bero på et skøn over de konkrete omstændigheder, og der tilkommer kommunen et bredt spillerum i vurderingen heraf.

Kommunen kan med henblik på at vurdere, om betingelsen er opfyldt, f.eks. anmode leverandøren om at redegøre for, om og hvorfor misligholdelsen er begrundet i covid-19-situationen. Det er herefter op til kommunen at vurdere, om kommunen finder, at leverandøren har givet en tilstrækkelig forklaring herpå. Der kræves ikke indhentelse af særlige erklæringer på tro og love eller fra tredjemand om begrundelsen for misligholdelse fra leverandøren.

Det er imidlertid en betingelse, at det er hensigtsmæssigt at anvende bestemmelsen.

Vurderingen af hensigtsmæssigheden af at anvende bestemmelsen vil afhænge af den konkrete misligholdelse og den konkrete misligholdelsesbeføjelse. Er leveringen forsinket, og kan forsinkelsen henføres til covid-19, vil det i mange tilfælde være hensigtsmæssigt at undlade at kræve bod. Det er ikke hensigten, at der kan lægges vægt på leverandørens økonomiske situation ved anvendelse af § 3 om undladelse af at anvende misligholdelsesbeføjelser i form af opkrævning af bod.

Ønsker kommunen i tilfælde af væsentlig forsinkelse at hæve kontrakten, kan kommunen med hjemmel i § 3 undlade at gøre dette, medmindre det er åbenbart, at levering ikke vil finde sted. Er leveringen mangelfuld, og kan manglen henføres til covid-19, kan kommunen med hjemmel i § 3 undlade at hæve kontrakten, forudsat at det stadig er muligt for leverandøren på et senere tidspunkt at leve op til leveringsforpligtelsen.

En beslutning om, at der ikke skal gøres misligholdelsesbeføjelser gældende, fordi misligholdelsen kan henføres til covid-19, betyder som nævnt ikke, at kontraktens øvrige bestemmelser ikke er gældende. Det betyder f.eks., at leverandørens leveringsforpligtelse består, såfremt dette giver mening. Det giver f.eks. ikke mening at undlade at ophæve kontrakten, hvis det er åbenbart, at levering slet ikke vil (kunne) finde sted, eller fordi kommunen/regionen ikke har brug for ydelsen på et senere tidspunkt end den rettidige levering. Det er således en forudsætning for anvendelse af § 3 til at undlade at ophæve en kontrakt, at det må antages, at levering, der ikke kan ske på grund af covid-19-situationen, finder sted, når dette bliver muligt, herunder når covid-19-situationen

er ophørt. Derimod vil det være lovligt at undlade at opkræve bod, selv om det står klart, at levering ikke vil kunne finde sted, heller ikke på et senere tidspunkt.

Beslutninger i henhold til bestemmelsen om at undlade at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende skal være truffet senest den 31. oktober 2020.

8. Hvilke kriterier skal/kan indgå i kommunernes vurdering af, om de ønsker at anvende mulighederne for forudbetaling og/eller undlade af at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende?

SIM i vejledningen (pkt. 3.2.1, 3.2.2 og 3.2.3):

Leverandører til kommuner har ikke retskrav på, at kommunen forudbetaler efter §1, eller på, at kommunen undlader at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende efter § 3.

Det er således på til den enkelte kommune at beslutte, hvorvidt mulighederne skal anvendes.

En kommune har i den forbindelse mulighed for at fastlægge nogle generelle kriterier, f.eks. økonomiske kriterier ud fra udsigten til levering af den bestilte ydelse, som betyder, at kommunen/regionen på baggrund af de konkrete omstændigheder kan beslutte, at der ikke skal ske forudbetaling m.v.

3.2.2 Grundsætningen om saglighed og lighed

Det forudsættes, at den enkelte kommune administrerer reglerne i bekendtgørelsen i overensstemmelse med grundsætningen om saglighed og lighed i forvaltningen. Heri ligger bl.a., at den enkelte kommune ikke uden sagligt grundlag kan give enkelte leverandører fortrinsret frem for andre leverandører, der måtte være omfattet af den nuværende covid-19-situation. Den enkelte kommune vil således have pligt til at behandle virksomhederne ens, hvis de konkrete omstændigheder er ens.

Det vil i den forbindelse være sagligt at afvise anmodninger om forudbetaling og undladelse af at anvende misligholdelsesbeføjelser, hvis kommunen har begrundet mistanke om forsøg på misbrug af situationen.

Det må endvidere antages at være sagligt, at kommunen i sine overvejelser om anvendelse af bekendtgørelsens § 1 lægger vægt på, om en leverandør må antages at være økonomisk modstandsdygtig. Dette hensyn kan efter de konkrete omstændigheder såvel tale for som tale imod anvendelse af § 1 om forudbetaling. Det er ikke hensigten, at der kan lægges vægt på leverandørens økonomiske situation ved anvendelse af § 3 om undladelse af at anvende misligholdelsesbeføjelser i form af opkrævning af bod.

3.2.3 Risiko for økonomisk tab

Kommuners anvendelse af § 1 og § 3 i bekendtgørelsen indebærer en risiko for, at, at der – f.eks. på grund af leverandørens konkurs – ikke sker levering af de ydelser, der er betalt for, og betalingen derfor er helt eller delvist tabt. Desuden vil kommuner gå glip af bod i det tilfælde, hvor der træffes beslutning om ikke at opkræve bod i forbindelse med leverandørers misligholdelse som følge af covid-19.

Det ligger imidlertid i ordningen, at det er lovligt, at kommuner ved anvendelse af bekendtgørelsen påtager sig en sådan risiko, når betingelserne for anvendelse af § 1 og § 3 i øvrigt er opfyldt.

9. Har det betydning, at kommunen har haft leverancen i udbud

SIM i vejledningen (pkt. 3.4): Udbudsloven finder uændret anvendelse. Dette gælder bl.a. reglerne om ændring af indgåede kontrakter, jf. udbudslovens §§ 178-184. Det skal derfor vurderes, om forudbetaling og fleksibel administration af misligholdelsesbestemmelser indebærer ændring af grundlæggende elementer i kontrakten og derfor ikke kan gennemføres uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure.

For så vidt angår forudbetaling bemærkes, at den omstændighed, at der foretages beløbsmæssigt begrænsede forudbetalinger i en kortere periode, i langt de fleste tilfælde ikke vil kunne betragtes som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Det samme gælder undladelse af at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i tilfælde, hvor det ikke fremgår af kontrakten, at disse misligholdelsesbeføjelser skal gøres gældende. Er der tale om misligholdelsesbeføjelser, der i kontrakten er formuleret som ufravigelige, bør der i langt de fleste tilfælde foretages en konkret vurdering af spørgsmålet. Fremrykning af betaling vurderes ikke at udgøre en ændring af indgåede kontrakter, idet myndigheden eller institutionen blot undlader at udnytte en aftalt betalingsfrist.

10. Er selvejende institutioner, § 60 fællesskaber og kommunale selskaber omfattet af lov nr. 325 mv.?

SIM i vejledningen (pkt. 3.1) Selvejende institutioners mulighed for at anvende bekendtgørelsen i forhold til deres leverandører er ikke direkte omfattet af reglerne. Den enkelte kommune eller region må beslutte, om det er hensigtsmæssigt, at selvejende institutioner i forhold til deres leverandører har adgang til de beføjelser, der er hjemlet i bekendtgørelsen, og dernæst om det er muligt at forpligte en selvejende institution – f.eks. på grundlag af driftsoverenskomsten – til at bruge reglerne efter samme retningslinjer, som kommunen/regionen beslutter at udmønte reglerne ud fra.

Reglerne finder tilsvarende anvendelse for kommunale fællesskaber efter § 60 i den kommunale styrelseslov.

Kommunale og regionale selskaber er ikke omfattet af reglerne.

11. Stilles der dokumentationskrav til kommunen, hvis den gør brug af mulighederne for forudbetaling og undladelse af, at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende?

SIM i vejledningen (pkt. 3.2.4). Bekendtgørelsen stiller ikke særlige dokumentationskrav om, at kommuner skal kunne påvise, at betingelserne for anvendelse af § 1 eller § 3 er overholdt, herunder dokumentere, at misligholdelse er begrundet i covid-19-situationen, jf. § 3, jf. nærmere herom i afsnit 5. nedenfor.

Kommuner skal altid handle i overensstemmelse med grundsætningen om saglighed og lighed i forvaltningen, jf. ovenfor. For at undgå, at der kan rejses spørgsmål herom, kan kommunen overveje, hvordan kommunen generelt eller konkret kan imødegå sådanne spørgsmål. Kommunen kan vælge at fastsætte generelle forskrifter og krav om dokumentation, men der gælder ikke nærmere regler herom.

Der henvises endvidere til det nedenfor anførte under afsnit 3.2.5 om formkrav.

3.2.5 Formkrav

Der gælder ikke formkrav i forhold til den aftale, som kommuner indgår med leverandører med hjemmel i § 1 og § 3, dvs. der ikke skal udarbejdes egentlige allonger eller helt nyt

aftaledokument el.lign. Det er op til kommunen at vurdere, hvad der er nødvendigt for at undgå tvivl om, hvad der er aftalt/stillet i udsigt.