



Den Europæiske Union

Offentliggørelse af Supplement til Den Europæiske Unions Tidende

2, rue Mordet, 2985 Luxembourg, Luxembourg

Mailadresse: openpublications.europa.eu

Fax: +352 29 29 42 670

Oplysninger og online-formularer: <http://tenders.europa.eu>

Udbudsbekendtgørelse

Direktiv 2004/18/EF

Del I: Ordregivende myndighed


I.1) Navn, adresser og kontaktpunkt(er)

Officielt navn:		National identifikationskode (hvis kendt)
Kontraktændringer i udbudsretten		
Postadresse:		
By:	Postnummer:	Land:
Kontaktpunkt(er):		Telefon:
Att.:		
Mailadresse:		Fax:
Internetadresse(r): (hvis relevant) Overordnet internetadresse for den ordregivende myndighed (URL) Internetadresse for køberprofilen (URL) Elektronisk adgang til oplysninger (URL) Elektronisk indsendelse af bud og ansejninger om deltagelse (URL) Giv nærmere oplysninger i bilag A		
Yderligere oplysninger (hvis her) <input type="radio"/> Det/Det overnavnede kontaktpunkt(er) <input type="radio"/> Andet (udfyld bilag A)		
Specifikationer og yderligere dokumenter (herunder dokumenter vedrørende den konkurrenceprægede dialog og et dynamisk indkøbssystem) (hvis her) <input type="radio"/> Det/Det overnavnede kontaktpunkt(er) <input type="radio"/> Andet (udfyld bilag A)		
Bud eller ansejninger om deltagelse skal sendes til <input type="radio"/> Det/Det overnavnede kontaktpunkt(er) <input type="radio"/> Andet (udfyld bilag A)		

I.2) Type ordregivende myndighed

<input type="radio"/> Ministerium eller en anden myndighed på nationalt plan eller forbundsplan, herunder regionale eller lokale afdelinger <input type="radio"/> Nationalt kontor eller forbundskontor <input type="radio"/> Regional eller lokal myndighed <input type="radio"/> Regionalt eller lokalt kontor	<input type="radio"/> Offentligt organ <input type="radio"/> Europæisk institution/agentur eller international organisation <input type="radio"/> Andet (angiv nummer)
---	--

I.3) Hovedaktivitet

<input type="checkbox"/> Generelle offentlige tjenester <input type="checkbox"/> Forsvar <input type="checkbox"/> Offentlig orden og sikkerhed <input type="checkbox"/> Miljø <input type="checkbox"/> Økonomiske og finansielle anliggender <input type="checkbox"/> Sundhed	<input type="checkbox"/> Boliger og offentlige faciliteter <input type="checkbox"/> Social beskyttelse <input type="checkbox"/> Fritid, kultur og religion <input type="checkbox"/> Uddannelse <input type="checkbox"/> Andet (angiv nummer)	 AALBORG UNIVERSITET
--	--	---

I.4) Kontaktpersoner ved andre ordregivende myndigheder

Den ordregivende myndighed indikerer på andre ordregivende myndigheder (hvis):
 Marie Louise Agerbak Andersen

HAUGAARD | NIELSEN

Titelblad

Kandidatafhandling i samarbejde med Haugaard|Nielsen Advokatpartnerselskab

Universitet: Aalborg Universitet

Studie: Cand.jur.

Retsområde: Udbudsret

Titel: Kontraktændringer i udbudsretten – fokus på ændringsadgangen i AB 92 § 14 og ABT 93 § 14

Contractual changes in procurement law – focusing on the possibility to conduct changes cf. AB 92 § 14 and ABT 93 § 14.

Vejleder: Anne Bergholt Sommer

Afleveringsdato: 12. maj 2015

Sine Saaby Ive

og

Marie Louise Agerbak Andersen

Indhold

1 Abstract	6
2 Introduktion.....	7
3 Problemformulering	11
4 Metode	12
4.1 Afhandlingens opbygning	12
5 Afgrænsning.....	14
6 Centrale begreber	16
7 De udbudsretlige principper.....	17
7.1 Ligebehandlingsprincippet	17
7.2 Gennemsigtighedsprincippet	17
7.3 Effektivitetsprincippet	18
7.4 Proportionalitetsprincippet	18
8 Udbudspligtige kontrakter.....	19
8.1 Udbudsdirektivets anvendelsesområde	20
8.2 Tilbudslovens anvendelsesområde	20
8.3 TEUF's anvendelsesområde.....	21
9 Definition af kontraktændring.....	22
9.1 Ændring af kontrakt.....	22
9.2 Ændring i medfør af kontrakt.....	23
9.3 Konsekvens af kontraktændring.....	24
10 Udbudsdirektivets ændringsadgang	25
10.1 Væsentlighedsvurderingen	26
10.2 Udskiftning af medkontrahent eller underentreprenør	29
10.3 Andre omstændigheder.....	31
10.4 Ændringens værdi.....	32
10.5 Ændringer i medfør af kontrakt.....	33
10.5.1 Ændring af pris	34
10.5.2 Ændring af kontrakts løbetid og tidsplan.....	34
10.6 Supplerende ydelser	34
10.7 Delkonklusion	38
11 Tilbudslovens ændringsadgang.....	39

11.1 Tilbudslovens formål.....	39
11.2 Supplerende arbejder.....	40
11.3 Forhandlingsadgangen.....	41
11.4 Delkonklusion	41
12 Standardaftaler i entreprise	43
12.1 AB 92	43
12.2 ABT 93.....	43
12.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14	44
12.4 Omstændigheder som kan begrunde ændringer efter § 14.....	47
12.4.1 Vinterbyggeri.....	47
12.4.2 Jordbunds- og grundvandsforhold	47
12.4.3 Fejl og uklarheder i udbudsmaterialet	48
12.5 Delkonklusion	48
12.6 Verserende sag i henhold til match-making aftale	49
13 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 sammenholdt med udbudsreglerne	51
13.1 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til væsentlighedsvurderingen	51
13.2 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til supplerende arbejder.....	53
13.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringer i medfør af kontrakt.....	55
13.4 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til udskiftning af medkontrahent.....	56
13.5 Ordregivers kontraktuelle forpligtelse.....	56
13.6 Delkonklusion	57
14 Ændringsadgangen efter de nye udbudsregler	59
14.1 Udbudsdirektivet	59
14.1.1 Ændringer i medfør af kontrakt	60
14.1.2 Supplerende ydelser.....	60
14.1.3 Uforudset behov for ændringer.....	62
14.1.4 Udskiftning af medkontrahent	64
14.1.5 Ikke væsentlige ændringer - væsentlighedskriterierne	65
14.1.6 Ændringens værdi.....	67
14.1.7 Generelle bestemmelser.....	68
14.2 Udbudsloven.....	68
14.2.1 Ændring af kontrakter m.v.....	69

14.2.8 Generelle bestemmelser.....	71
14.3 Delkonklusion	71
15. AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 sammenholdt med de nye udbudsregler	73
15.1 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringer grundet uforudsete forhold	73
15.2 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til det økonomiske loft	74
15.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringens værdi.....	74
15.4 Delkonklusion	74
16 Konklusion.....	75
17 Litteraturliste.....	77
Bilag A: AB 92 § 14 og ABT 93 § 14	82
Bilag B: Udbudsdirektivet 2014 – artikel 72	83
Bilag C: Forslag til udbudslov - §§ 178-184.....	86

1 Abstract

One of the main focuses in European law is the free inner market. To protect the free market the contracting authorities are subject to the rules of public procurement and principles of equal treatment, transparency, efficiency and proportionality derived from the Treaty on the Functioning of the European Union. The directive on public procurement regulates the procurement-process until formation of contract.

The directive on public procurement doesn't contain provisions that regulate the contractual relationship during the term of the contract, which seems noteworthy. The Court of Justice of the European Union has considered the possibility to conduct changes in public contracts and has determined that contracting parties can't be allowed to freely make alterations of public contracts, without incurring an obligation to carry out a new award procedure. Changes in contracts can only be made without arranging a new award procedure provided that the change doesn't entail discrimination of the economic operators and doesn't stride against the principle of transparency. Denmark is, as a member of the European Union, bound by the European rules of public procurement and national procurement law is in addition regulated by the Danish Act on Tender Procedures.

In Denmark agreed documents are often used to form the basis for constructing contracts. The national agreed documents used for works contracts are AB 92 and ABT 93. Both standard agreements contain a clause, § 14, which regulates the contractual relationship between the parties in regard to possible enlargement or reduction of the contractual performance. This clause allows for an almost free access to conduct changes in contract and it seems problematic when contracting authorities use the clauses for public contracts since such changes can't be allowed due to the rules for alterations of contracts derived from the Directive on Public Procurement and the Danish Act on Tender Procedures.

On the basis of the analysis of the guidelines for changes in public contracts according to the European and national procurement rules it can be concluded that AB 92 § 14 and ABT 93 § 14 contains less strict conditions for the possibility to alter contracts. However it's presumed that the contracting authorities can be freed from the contractual commitments in the event of the obligation to carry out a new award procedure.

2 Introduktion

Inden for EU-retten er et af de primære fokusområder det frie indre marked. Dette marked er i Lisabon Traktaten (herefter TEUF) art. 26, stk. 2 beskrevet som: ”..et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital..”

For at et sådant frit marked kan opretholdes medlemsstaterne imellem, er det af yderste vigtighed, at de enkelte nationer ikke opstiller barrierer, som forhindrer eller besværliggør, at økonomiske aktører fra andre medlemsstater kan afsætte ydelser på markedet. Der er i TEUF artikel 18 opstillet et generelt forbud mod forskelsbehandling pga. nationalitet for at sikre fri samhandel medlemsstaterne imellem.

Det er i EU fundet nødvendigt at regulere offentlige myndigheders kontraktindgåelse mere stringent end blot efter de overordnede regler, som findes i TEUF om fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Denne mere detaljerede regulering er indført på baggrund af erkendelsen af, at offentlige aktører ikke på samme måde som private lader sig styre af markedskræfterne. Offentlige myndigheder er f.eks. ikke besnæret af risikoen for at gå konkurs efter at have foretaget økonomisk risikable investeringer. Såfremt en offentlig myndighed lider tab, kan et sådant dækkes ved en tillægsbevilling eller ved en forhøjelse af skatterne.¹ Det offentlige kan herved tillægge andre faktorer end blot den ønskede ydelses kvalitet og økonomiske værdi vægt ved udvælgelse af egnede tilbud. Dermed får det offentlige mulighed for at favorisere nationale virksomheder, selvom de ikke afgiver de bedste tilbud, blot for at styrke den nationale handel. Hvis en sådan favorisering tillades for det offentlige, som ofte indgår værdimæssigt store kontrakter, udhules ideen om det indre europæiske marked.

På baggrund af ovenstående har EU udarbejdet udbudsdirektiverne for at sikre, at også offentlige kontrakter bliver tilgængelige på det indre marked.

Udbudsdirektiverne dikterer udbudspligt, hvorefter en offentlig ordregiver er forpligtet til at offentliggøre et ønske om at indgå kontrakt for herved at gøre det muligt for det europæiske markeds økonomiske aktører at afgive tilbud. Når ordregiver er underlagt krav om udbud, er hele udbudsprocessen reguleret af udbudsdirektiverne.

¹ Poulsen, S., mfl. (2011): 26

Direktiverne opstiller bl.a. regler for muligheden for udveksling af informationer mellem ordre- og tilbudsgiver, hvilke krav der kan stilles til tilbudsgiverne, hvorledes der kan ske frasortering af visse tilbudsgivere og kontrakttildelingen.

Udbudspligten indebærer, at ordregiver skal følge visse procedurer, hvis denne ønsker at anskaffe en ydelse. Der sker derimod ikke regulering af den offentlige ordregivers valgfrihed, hvad angår, om der overhovedet skal indgås kontrakt, og hvilken karakter kontraktydelsen i så fald skal have.

Udbudsdirektiverne afspejler i høj grad det generelle princip i TEUF art. 18 om, at der ikke må ske forskelsbehandling pga. nationalitet. Overholdelsen af dette udgangspunkt afføder andre principper, som er med til at danne rammen for udbudsdirektiverne. Overordnet kan det siges, at direktiverne dikterer overholdelsen af fire grundlæggende principper, ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt principperne om effektivitet og proportionalitet.

Det skal understreges, at principperne er udledt af TEUF, hvorfor de finder anvendelse på alle europæiske offentlige anskaffelser, som er omfattede af traktaten, også selvom de konkrete anskaffelser ikke direkte er omfattede af de europæiske udbudsdirektiver og den heraf følgende detailregulering.

Danmark er som medlem af EU underlagt ovennævnte principper og har implementeret de europæiske udbudsdirektiver, herunder *Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter* (herefter udbudsdirektivet/UBD), forsyningsvirksomhedsdirektivet,² forsvarsdirektivet³ og kontroldirektivet.⁴ På nationalt plan er de europæiske udbudsregler suppleret af *Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter* (herefter tilbudsloven/TBL).

Udbudsreglerne, både udbudsdirektiverne og tilbudsloven, regulerer udbudsprocessen indtil kontraktindgåelse. Der findes hverken i tilbudsloven, nugældende eller tidligere udbudsdirektiver bestemmelser som direkte regulerer aftaleforholdet mellem ordregiver og dennes medkontrahent i en kontrakts løbetid. Dette findes bemærkelsesværdigt, da det anerkendes, at der i løbende kontraktforhold ofte vil være behov for justeringer eller ændringer af det oprindelige kontraktgrundlag for, at kontraktparternes interesser kan varetages gennem hele udførelses- og/eller leveringsfasen.⁵ Det

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007

⁵ Vejledning om kontraktændringer (2013): 4

anerkendes ligeledes, at udbudsrettens mål, om et frit konkurrencepræget marked ved anvendelse af ligebehandling og gennemsigtighed, ikke kan opfyldes, hvis kontraktparterne frit kan foretage ændringer af indgåede offentlige kontrakter.⁶ Af nævnte grunde ville det derfor virke naturligt, om ændringer af kontrakt var reguleret gennem udbudsdirektiverne. En sådan lovregulering af kontraktændringer indføres først med *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF* (herefter udbudsdirektivet 2014/UBD 2014) i erkendelse af, at der kan opstå omfattende problemer med hensyn til overholdelse af ligebehandlingsprincippet og den generelle korrekthed af offentlige indkøb, såfremt lovgivningen ikke indeholder regler om håndtering af ændringer i kontrakt.⁷

Indtil der er sket implementering af udbudsdirektivet 2014, er retstilstanden for ændringer i offentlige kontrakter afklaret gennem retspraksis. Den Europæiske Unions Domstol (herefter EU-Domstolen) har i flere tilfælde taget stilling til retten til at foretage kontraktændringer. Den nugældende vurdering, af om en ændring af kontrakt er i overensstemmelse med udbudsretten, er konkret i hver enkelt sag, og det kan synes svært at bedømme, om en kontraktændring kan foretages, uden at ændringen forårsager udbudsretlige komplikationer. Ændringer, som forårsager væsentlige forandringer af kontraktgrundlaget, anses som indgåelse af en ny udbudspligtig kontrakt, hvorfor ordregiver i en sådan situation er forpligtet til at foretage fornyet udbud.

Ordregiver vil formodentligt være fristet til at tildele ændringer direkte til den allerede antagne tilbudsgiver for herved at undgå unødige omkostninger og tidsspilde ved afholdelsen af nyt udbud. Det vil dog være risikabelt for ordregiver, hvis det vurderes, at den direkte tildeling af ændringerne strider mod udbudsretten. Kontraktændringen vil i så fald kunne blive erklæret uden virkning,⁸ hvorefter ordregiver er forpligtet til at ophæve den indgåede kontrakt med evt. kontraktretligt erstatningsansvar til følge. Ordregiver vil kunne blive mødt med økonomiske sanktioner pga. den retsstridige tildeling og skal derudover afholde nyt udbud, hvis ændringen stadig ønskes.

Er der ønske om at foretage en kontraktændring, som menes at være i overensstemmelse med de udbudsretlige regler, kan ordregiver værne sig mod, at aftalen senere bliver erklæret uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, ved at følge reglerne for profylaksebekendtgørelser, jf. håndhævelsesloven § 4. Ordregiver skal i så fald indrykke bekendtgørelse om ønsket for ændringen i Den Euro-

⁶ Vejledning om kontraktændringer (2013): 4f.

⁷ Grøn bog (2011): 26

⁸ Håndhævelsesloven § 17, stk. 1, nr. 1

pæiske Unions Tidende og kan, såfremt der ikke indkommer indvendinger i en ti dages standstillperiode, foretage ændringen. For anvendelse af dette værn mod sanktionen ”uden virkning” kræves det dog, at ordregiver har foretaget rimelige undersøgelser af ændringen, og at ordregiver herefter stadig er i god tro om, at ændringen kan tildeles direkte.

Det findes ud fra ovenstående relevant at klarlægge rummet for de ændringer, som kan foretages i offentlige kontrakter, uden at ordregiver ifalder pligt til at foretage fornyet udbud.

Ved indgåelse af entreprisekontrakter er der for danske ordregivere tradition for at anvende standardaftaler, herunder AB 92 og ABT 93, for udformningen af aftalegrundlaget. Både AB 92 og ABT 93 indeholder bestemmelser, som regulerer aftaleforholdet mellem de kontraherende parter i kontraktens løbetid, herunder § 14 der regulerer parternes retsstilling, såfremt der ønskes ændringer i arbejdets art og omfang.

Når en offentlig ordregiver indgår aftale på baggrund af AB 92 eller ABT 93, accepterer ordregiver at være underlagt den pågældende standardaftales regulering af kontraktforholdet. Foreligger der herefter uoverensstemmelse mellem den indgæede standardaftale og udbudsretten, er det de udbudsretlige regler, der har forrang frem for det almindelige aftalegrundlag.

Det findes problematisk såfremt der ikke er overensstemmelse mellem mulighederne for ændringer af kontrakt iht. AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 og udbudsreglerne. Ordregiver er forpligtet til at overholde reglerne om udbud, hvilket kan resultere i, at ordregiver ikke kan opfylde sine kontraktforpligtelser overfor medkontrahenten og hermed kan blive erstatningsansvarlig for kontraktbrud, dersom der ikke foreligger overensstemmelse. Det ønskes derfor belyst, hvorvidt den aftaleretlige regulering af kontraktændringer i AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er i overensstemmelse med de udbudsretlige regler om ændringer i løbende kontraktforhold.

3 Problemformulering

Det ønskes afklaret, hvorvidt det er tilladt at foretage ændringer i kontrakter, som er indgået iht. udbudsdirektivet eller tilbudsloven uden, at ordregiver ifalder pligt til at foretage fornyet udbud af de påtænkte ændringer. På nationalt plan ønskes retstilstanden belyst med fokus på ændringer i bygge- og anlægskontrakter for herved at søge afklaring på, om AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er i overensstemmelse med de gældende retningslinjer for ændringer i udbudspligtige kontrakter. Slutte- ligt ønskes det klarlagt, hvorvidt implementeringen af udbudsdirektiv 2014 vil betyde en ændring i retstilstanden fra de nugældende regler om kontraktændringer, og såfremt forandringer konstateres, om disse vil have betydning for overensstemmelsen mellem AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 og ud- budsreglerne.

Dette giver anledning til følgende problemstilling:

Er det tilladte rum for kontraktændringer efter AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i overens- stemmelse med retningslinjerne for ændringer i kontrakter, som er udbudt efter udbuds- direktivet, tilbudsloven, det nye udbudsdirektiv og den heraf følgende udbudslov?

4 Metode

Retsdogmatisk metode er anvendt, idet afhandlingen er baseret på fortolkning og beskrivelse af gældende ret.

Afhandlingens formål er at klarlægge hvilke regler og retningslinjer, der er opstillet for kontraktændringer både inden for europæisk og national ret. For at belyse dette område inden for udbudsretten er der anvendt gældende europæisk og national lov samt retspraksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud.

I forbindelse med fortolkningen af gældende lov, retspraksis og forslag til lov, er der primært anvendt formålsfortolkning. Gennem behandlingen af forarbejder, betænkninger, vejledninger, m.v., er formålet med retsgrundlaget søgt klarlagt, hvorfor der ikke kun sker ordlydsfortolkningen af bestemmelserne. Retspraksis er inddraget i afhandlingen til belysning af anvendelsen af retsgrundlaget både inden for europæisk og national ret.

Der er endvidere anvendt lovbemærkninger, vejledninger, udvalgsudtalelser og juridisk litteratur til at afhjælpe forståelsen af lovgrundlag og retspraksis. Udvalgsudtalelser og lovbemærkninger er anvendt i forbindelse med forståelse og fortolkning af udbudsdirektivet 2014 samt den kommende udbudslov.

4.1 Afhandlingens opbygning

Afhandlingen er skrevet som matchmaking-aftale i samarbejde med Haugaard Nielsen Advokatpartnerselskab. I henhold til matchmaking-aftalen skal der ske belysning af retsstillingen i en verserende entrepriserag, hvori der er indgået aftale om anvendelse af AB 92. Denne sag anvendes i afhandlingen som eksemplifikation på overensstemmelsen eller manglen herpå mellem rummet for kontraktændringer iht. udbudsreglerne og AB 92 § 14. Da der endnu ikke er afsagt kendelse i sagen, vil udfald af enhver art fremstillet i afhandlingen være baseret på formodninger.

Der er i nærværende afhandling foretaget en kvalitativ analyse af, hvorledes AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Indledningsvist er der redegjort for de udbudsretlige principper. Disse principper præger alle aspekter af udbudsretten og er derfor af stor betydning for forståelsen af de vurderinger, som løbende foretages i afhandlingen.

Herefter redegøres der for definitionen af udbudspligtige kontrakter. Idet afhandlingen er baseret på de regler, som er gældende for kontrakter, der er omfattede af udbudsretten, er det centralt for at opnå forståelse, at denne definition klarlægges. Endvidere redegøres der for definitionen af en kontraktændring, herunder ændringer af kontrakt og ændringer i medfør af kontrakt, da det er essentielt at sondre mellem begreberne.

Dernæst vil udbudsdirektivet og tilbudslovens retningslinjer for kontraktændringer blive analyseret. Der vil tillige ske analyse af reglerne for kontraktændringer iht. AB 92 § 14 og ABT 93 § 14.

På baggrund af analysernes udfald vil det blive diskuteret, hvorvidt ændringsadgangen i standardaftalernes § 14 er i overensstemmelse med retningslinjerne i udbudsdirektivet og tilbudsloven.

Det nye udbudsdirektiv og forslaget til udbudsloven er herefter blevet analyseret for at skildre, hvorvidt ændringsmulighederne forandres ved de nye reglers ikrafttrædelse. Endelig vil der ske diskussion af eventuelle forskelles indvirkning på overensstemmelsen med AB 92 § 14 og ABT 93 § 14.

Slutteligt vil det konkluderes, hvorvidt § 14 er i overensstemmelse med de nugældende og kommende udbudsretlige retningslinjer for ændringer af kontrakt.

5 Afgrænsning

I nærværende afsnit vil der blive redegjort for, hvorledes afhandlingens problemstilling afgrænses. Afhandlingen er afgrænset for at opnå den bedst mulige kvalitative analyse af kontraktændringer.

Det er kun udbudspligtige kontrakter, der er inddraget i afhandlingen, og private ordregivers indgåelse af kontrakter vil af den grund ikke blive behandlet. Det er definitionen af ordregiver, som er afgørende for, om en given kontrakt er udbudspligtig. Såfremt den ordregivende myndighed er en stat, en regional eller lokal myndighed eller et offentligretligt organ, vil kontrakten være offentligt og dermed omfattet af udbudsreglerne.

Afhandlingen er baseret på retningslinjerne for ændringer i kontrakt, som er udbudt efter henholdsvis udbudsdirektivet, tilbudsloven og TEUF. Hverken forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvarsdirektivet eller direktivet om tildeling af koncessionskontrakter er behandlet i afhandlingen, da de er specialdirektiver, der har begrænsede anvendelsesområder. Direktiverne suppler udbudsdirektivet og finder kun anvendelse, såfremt de konkrete kontrakter falder inden for deres anvendelsesområder.

I forbindelse med udbudsdirektivet vil varekontrakter, tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter blive behandlet. En stor del af analysen af kontraktændringer inden for udbudsdirektivet bliver baseret på retspraksis, og for at opnå et fyldestgørende billede af retsstillingen ved ændringer i kontrakt findes det nødvendigt, at alle direktivets former for kontraktydelser inddrages. Behandlingen af national lov vil udelukkende ske på baggrund af bygge- og anlægskontrakter, da afhandlingen skal klarlægge, hvorvidt ændringsmuligheden i AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 for entreprisekontrakter er overensstemmende med de udbudsretlige regler. Af den grund vil tilbudslovens afsnit 2 om vare- og tjenesteydelseskontrakter ikke blive behandlet i nærværende afhandling. Endvidere er standardaftalen ABR 89 ikke behandlet, idet den regulerer rådgivningsydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit 2.

For at skabe overensstemmelse mellem udbudsdirektivet 2014 og national lov er det foreslået, at der foretages ændringer af tilbudsloven og håndhævelsesloven. Disse ændringer vil bl.a. bevirke, at afsnit 2 om vare- og tjenesteydelseskontrakter fjernes fra tilbudsloven. Forandringerne af lovene vil ikke have betydelig indvirkning på de ændringer, som kan foretages i nationale bygge- og anlægs-

kontrakter, da de regulerer sanktioneerne og udbudsproceduren for vare- og tjenesteydelser. Der vil derfor ikke i afhandlingen ske gennemgang heraf.

AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er de generelle bestemmelser for kontraktændringer ved anvendelse af standardaftaler, og bestemmelserne vil derfor blive indgående analyseret. Idet fokus i afhandlingen er lagt på kontraktændringer efter AB 92 § 14 og ABT 93 § 14, vil der ikke blive lagt afgørende vægt på de resterende bestemmelser i standardaftalerne.

6 Centrale begreber

Ordregivende myndigheder/Ordregiver:

Skal forstås i overensstemmelse med definitionen heraf i UBD art. 1, stk. 9 og TBL § 1, stk. 2. Begrebet dækker således over, statslige, regionale og lokale myndigheder, offentligretlige organer, andre udbydere som modtager offentlig støtte til opførelse af byggeri samt tilbudsgivere, såfremt de indhenter tilbud hos underentreprenører til brug for afgivelse af tilbud på udbudte kontrakter.

Bygherre:

Skal forstås som *ordregivende myndighed* i entrepriseforhold.

Økonomisk aktør:

Skal forstås i overensstemmelse med definitionen heraf i UBD art. 1, stk. 8. Begrebet dækker således over enhver fysisk eller juridisk person, som udfører entreprise, vareleverancer eller tjenesteydelser.

Tilbudsgiver:

Skal forstås som *økonomisk aktør* der har afgivet tilbud på en offentlig kontrakt.

Entreprenør:

Skal forstås som *tilbudsgiver* i entrepriseforhold.

Udbud:

Anvendes i afhandlingen også for forhold som nationalt betegnes licitation.

Udbudsregler:

Skal forstås som fællesbetegnelse for TEUF's, udbudsdirektivets og tilbudslovens regler samt retningslinjer udledt af retspraksis.

7 De udbudsretlige principper

Som nævnt i afhandlingens indledning bevirker TEUF art. 18, at der ikke må ske forskelsbehandling pga. nationalitet. Artikel 18, 1. pkt. har følgende ordlyd: ”*Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.*” Dette forbud mod forskelsbehandling har EU-Domstolen i udbudsretlig henseende fortolket vidtgående og har forbudt al forskelsbehandling, herunder også forskelsbehandling af økonomiske aktører som ikke er begrundet i nationalitet.⁹ Således er forbuddet mod at forskelsbehandle pga. nationalitet i udbudsretlig henseende udviklet til et princip om ligebehandling.

7.1 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling bevirker, at alle økonomiske aktører skal sikres ligestilling i konkurrencen om offentlige kontrakter. Ordregiver skal sikre offentlighed om ønsket om at indgå kontrakt, således, at alle økonomiske aktører kan vurdere, om de vil afgive tilbud. Det skal ligeledes sikres, at de økonomiske aktører har adgang til ensartede informationer om kontraktydelsen under hele udbudsprocessen. Ydermere skal de tilbud og informationer om kvalifikationer, som tilbudsgiverne afgiver, vurderes ensartet af ordregiver. Ligebehandlingsprincippet skal således overholdes i alle stadier af et offentligt udbud. Princippet er direkte nedskrevet i udbudsdirektivet art. 2.

7.2 Gennemsigtighedsprincippet

For at sikre at de ordregivende myndigheder overholder princippet om ligebehandling, er det væsentligt, at der foreligger gennemsigtighed i udbudsproceduren således, at uretmæssig forskelsbehandling kan registreres. Det forventes derudover, at der gennem en gennemsigtig procedure skabes forudsigelighed om ønskerne til kontraktpartner og kontraktydelse. De økonomiske aktører vil dermed udvise større interesse for at deltage i udbuddet pga. tillid til en retfærdig behandlingsmåde, hvorefter konkurrencen øges.¹⁰

Forpligtelsen til at skabe gennemsigtighed er som ligebehandlingsprincippet væsentlig gennem hele udbudsproceduren. EU-Domstolen har udtalt, at: ”*..den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet..*” for at gennemsigtighedsforpligtelsen kan betragtes opfyldt.¹¹ Gennemsigtighedsprincippet er som ligebehandlingsprincippet direkte nedfældet i udbudsdirektivet art. 2.

⁹ Poulsen, S., mfl. (2011): 51

¹⁰ Poulsen, S., mfl. (2011): 54

¹¹ Poulsen, S., mfl. (2011): 56 og SIAC

7.3 Effektivitetsprincippet

Effektivitetsprincippet, der er udviklet af EU-Domstolen, har til formål at sikre, at medlemsstaterne håndhæver de rettigheder, som borgerne er tillagt via EU-retten.

For at der kan ske effektiv håndhævelse af de materielle europæiske regler, er det af største vigtighed, at medlemsstaterne anvender og fortolker reglerne i overensstemmelse med deres formål, herunder skal der ske implementering og korrekt anvendelse af udbudsdirektivet.¹² Effektivitetsprincippet skal inddrages ved enhver vurdering af, om EU-rettens formål krænkes af modstridende nationale regler eller andre nationale barrierer.

Princippet indebærer ligeledes, at der skal ske håndhævelsen af reglerne, og medlemsstaterne skal dermed sørge for, at overtrædelser af EU-retten bliver sanktioneret. Overholdes de udbudsretlige krav til offentlige kontrakter ikke, skal der ske sanktionering iht. de af kontroldirektivet fastsatte rammer, i Danmark implementeret ved håndhævelsesloven.¹³

7.4 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet indebærer, at en given foranstaltning skal være egnet, nødvendig og forholdsmæssigt iht. det ønskede mål. Princippet gælder generelt i EU-retten og vil i udbudsretten bl.a. have betydning for, hvilke krav en offentlig myndighed kan stille til en økonomisk aktørs kvalifikationer for at opnå tildeling af kontrakt. I en sådan situation vil proportionalitetsprincippet kunne krænkes, hvis der stilles unødvendigt høje krav til tilbudsgivernes kvalifikationer, som ikke kan begrundes i kontraktgenstanden.

¹² Poulsen, S., mfl. (2011): 58

¹³ Poulsen, S., mfl. (2011): 59

8 Udbudspligtige kontrakter

Kun offentlige kontrakter er underlagt udbudspligt og de heraf følgende begrænsninger for ændringer.¹⁴ Offentlige kontrakter er i udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra a) defineret som *”..gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af.. direktiv[et]..”*.

I tilbudsloven findes der ikke nogen udspecificeret definition af de omfattede kontrakter, dog fastlægger lovens titel *”Lovbekendtgørelse [...] om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter”*, at også den nationale lov regulerer udbudsproceduren for offentlige kontrakter. For at en kontrakt betragtes som offentlig og herefter bliver udbudspligtig, skal den således vedrøre en af de i udbudsdirektivet eller tilbudsloven anførte ydelser, og den skal indgås mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører. Udbudsdirektivet indeholder herudover et krav om, at kontrakten er indgået skriftligt.¹⁵

Det er ligeledes en forudsætning, at den pågældende kontrakt er gensidigt bebyrdende. Ved gensidigt bebyrdende kontrakter forstås aftaler om ydelse for modydelse, gaver vil således ikke kunne kategoriseres som gensidigt bebyrdende forhold. Kravet om, at kontrakten skal være gensidigt bebyrdende, er direkte udtrykt i udbudsdirektivet art. 1, stk. 2, litra a), hvorimod der ikke i tilbudsloven afsnit 1 findes en lignende direkte formulering af kravet. En formålsfortolkning af tilbudsloven vil dog føre til, at det også herefter er en forudsætning, at aftalen er gensidigt bebyrdende.¹⁶

Hvis det konstateres, at en påtænkt kontrakt er offentlig, er det herefter væsentligt for ordregiver at afgøre, om udbudsproceduren skal foretages i overensstemmelse med udbudsdirektivet, tilbudsloven, TEUF eller om kontrakten helt er undtaget fra udbudsreglerne.

Alt efter hvilket regelsæt en kontrakt er omfattet af, vil der være forskellige krav til den udbudsprocedure, der skal foretages og eventuelt dermed også forskellige retningslinjer for hvilke kontraktændringer, som kan tillades. Udbudsdirektivets, tilbudslovens og TEUF's anvendelsesområder vil derfor i det følgende blive gennemgået.

¹⁴ Poulsen, S., mfl. (2011): 177

¹⁵ UBD art. 1, stk. 2, litra a)

¹⁶ Berg, C. (2012): 89

8.1 Udbudsdirektivets anvendelsesområde

Hvorvidt en kontrakt skal i udbud efter de europæiske udbudsregler afgøres som udgangspunkt på baggrund af kontraktens værdi, jf. UDB art. 7.

Der er i EU vedtaget tærskelværdier til vurdering af, hvorvidt en kontrakt er udbudspligtig. Overstiger kontraktens værdi tærskelværdien, er ordregiver forpligtet til at sende kontrakten i EU-udbud. Efter de gældende tærskelværdier skal en offentlig kontrakt om bygge- og anlægsopgaver i udbud efter udbudsdirektivet, hvis kontraktens værdi overstiger DKK 38.624.809.¹⁷ Tilsvarende gælder vareindkøbskontrakter, hvis værdi overstiger DKK 998.019¹⁸ (eller DKK 1.541.715¹⁹) og tjenesteydelseskontrakter, hvis værdi overstiger DKK 998.019²⁰ (eller DKK 1.541.715²¹)

Selvom en given kontrakts værdi overstiger tærskelværdien, er der i udbudsdirektivet art. 10-18 oplyst en række undtagelser, jf. UDB art. 7, stk. 1, 1. pkt., hvorefter en kontrakt alligevel bliver udbudspligtig. Omfattet af disse undtagelser er bl.a. kontraktudførelser inden for sektoren vandforsyning og koncessionskontrakter om tjenesteydelse, jf. UDB art. 12 og 17. Hertil er en række tjenesteydelse, oplyst i bilag II B, kun underlagt få krav for udbudsproceduren, jf. UDB art. 21.

Hvis en kontrakt ikke hører under udbudsdirektivets anvendelsesområde, er det væsentligt at undersøge, hvorvidt den pågældende kontrakt skal i udbud efter andre regler, herunder efter national lovgivning eller TEUF's principper.

8.2 Tilbudslovens anvendelsesområde

Tilbudsloven afsnit 1 finder anvendelse, hvis en bygge- og anlægskontrakts værdi er mindre end tærskelværdien, jf. TBL § 1, stk. 3, litra a). Entreprisekontrakter, som ikke overstiger tærskelværdien, vil dermed skulle i nationalt udbud.

I tilbudslovens afsnit 1 er der som udgangspunkt ikke som i udbudsdirektivet fastsat nogen økonomisk bundgrænse for de kontrakter, som er omfattede af loven. Enhver offentlig bygge- og anlægskontrakt under tærskelværdien er således omfattet af tilbudslovens bestemmelser om udbud, uanset om kontrakten er af begrænset værdi. I tilbudsloven opstilles der dog mulighed for anvendelse af en meget liberal udbudsprocedure for bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi er under 3 mio. kr., jf. TBL § 12, stk. 3, 1. pkt. Denne udbudsprocedure betegnes underhåndsbud, og ved anvendelse af proceduren kan ordregiver indhente tilbud ved at tage direkte kontakt til op til tre tilbudsgivere for

¹⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: tærskelværdier

¹⁸ Tærskelværdi - kontrakt indgået af statslige myndigheder

¹⁹ Tærskelværdi - kontrakt indgået af regionale, kommunale myndigheder og offentligretlige organer m.v.

²⁰ Tærskelværdi - kontrakt indgået af statslige myndigheder

²¹ Tærskelværdi - kontrakt indgået af regionale, kommunale myndigheder og offentligretlige organer m.v., tjenesteydelse opregnet i Bilag II A, kategori 8 og kategori 5 (kun CPV-positioner der svarer til CPC-nummer 7524, 7525 og 7526) samt bilag II B tjenesteydelse

at opfordre dem til at afgive tilbud. Den offentlighed, der skabes, om ønsket om at indgå kontrakt i forbindelse med anvendelsen af underhåndsbud er begrænset, og ordregiver skal derfor være opmærksom på, om kontrakten er omfattet af TEUF, idet der så kan være yderligere krav til ordregivers annonceringspligt. I en sådan situation vil tilbudslovens regler således kun være vejledende, og supplerende krav kan blive stillet til offentligheden i udbuddet.

8.3 TEUF's anvendelsesområde

En kontrakt bliver i udbudsretlig sammenhæng omfattet af TEUF og de heraf afledte principper, hvis kontrakten konstateres at have klar grænseoverskridende interesse.²² Grænseoverskridende interesse foreligger, når den pågældende kontrakt kan have interesse for økonomiske aktører i andre EU-medlemsstater.

Ved vurderingen af om en kontrakt må antages at have klar grænseoverskridende interesse, kan forskellige momenter inddrages, bl.a. kan kontraktens værdi og forskellige momenter i forhold til kontraktydelsen og den fysiske beliggenhed, hvor ydelsen ønskes udført tillægges betydning.²³

Generelt skal det altid vurderes, om en kontrakt har grænseoverskridende interesse. Selvom kontrakten er direkte undtaget fra udbudsreglerne eller er omfattet af tilbudslovens udbudsprocedure med begrænset offentlighed kan TEUF stille supplerende krav til udbuddet.

Såfremt en kontrakt vurderes at være genstand for grænseoverskridende interesse, skal principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes under udbudsprocessen. De udbudsretlige principper udledt af TEUF art. 18 slår også igennem efter kontraktindgåelsen.²⁴

²² Berg, C. (2012): 168

²³ Berg, C. (2012): 168f.

²⁴ Poulsen, S., mfl. (2011): 50

9 Definition af kontraktændring

Mange forhold kan føre til et behov for en kontraktændring, herunder kan der f.eks. være opstået behov for mængdevariationer, forudsætningerne for de fysiske forhold kan være ændret, således at ydelsen ikke længere kan udføres på de aftalte vilkår, eller der kan være kommet nye gældende regler og standarder for den kontraktuelle ydelse siden kontraktindgåelsen.²⁵ Da kontraktændringer kan forekomme i et utal af variationer, vil der ikke ske en udtømmende opremsning heraf, men generelt kan det siges, at en kontraktændring må defineres som enhver ændring af en indgået bindende aftale, det være sig i ydelsens art, omfang, leverings- og udførelsesbetingelser og/eller pris samt ændringer af medkontrahent eller underentreprenør.

9.1 Ændring af kontrakt

En ændring af kontrakt foreligger, når en ændring, som ikke er beskrevet i kontraktgrundlaget, foretages.²⁶ Rent kontraktretligt kræver en sådan ændring som udgangspunkt enighed mellem parterne både med hensyn til ændringsomfang og type samt prisen for ændringen.

Når der foretages ændring af en offentlig kontrakt, skal ordregiver sætte ændringen i nyt udbud for at undgå at blive mødt med sanktioner, såfremt ændringen er væsentlig. En ændring anses for væsentlig, hvis den ændrer på kontraktens grundlæggende karakter, således at kontrakten med ændringer giver indtryk af, at det mellem parterne har været meningen at omgå udbudsreglerne. Er ændringen derimod ikke væsentlig, vil den kunne aftales mellem parterne, uden der opstår krav om genudbud.²⁷ Generelt er denne væsentlighedsvurdering meget konkret i forhold til den enkelte sag, der kan dog udledes forskellige overordnede retningslinjer for bedømmelsen. Som moment i bedømmelsen kan det bl.a. inddrages, hvor stor økonomisk værdi ændringen har, i hvilket omfang kontraktydelsen udvides, og i hvilket omfang ydelsen ændre karakteristika. Det kan ligeledes inddrages, om behovet for ændringen skyldes udefrakommende forhold, som kontraktparterne ikke har kontrol over, hvor lang tid der er forløbet fra kontraktindgåelsen til ønsket om ændringen, om kontrakten er særligt kompleks, eller om ændringen sker som led i ophævelse af kontrakten.

Der vil som tidligere nævnt altid skulle foretages en konkret væsentlighedsvurdering af ændringerne, for at det kan afgøres, om der er pligt til fornyet udbud. Dette betyder også, at det, hvis der er foretaget flere ændringer af en kontrakt, vil være summen af de samlede ændringer, som afgør, om kontrakten er forandret væsentligt.

²⁵ Berg, C. (2012): 809

²⁶ Vejledning om kontraktændringer (2013): 8

²⁷ Vejledning om kontraktændringer (2013): 8

9.2 Ændring i medfør af kontrakt

En ændring i medfør af kontrakt foreligger, når der i kontrakten er fastsat revisionsklausul om muligheden for den pågældende ændring. En sådan ændringsadgang kan være indført af forskellige grunde bl.a. for, at ordregiver får mulighed for at købe yderligere ydelser fra tilbudsgiveren, for at forlænge kontraktens løbetid²⁸ eller for at ændre vilkårene for levering af ydelsen.²⁹

En ændring i medfør af kontrakt giver ikke parterne mulighed for at genforhandle kontrakten, da ændringsadgangen og –vilkårene allerede på forhånd er fastsat i kontrakten og inddraget i udbuddet. Hvis en ændring således er tilstrækkeligt klart beskrevet i udbudsmaterialet, vil den kunne foretages uden pligt for ordregiver til at foretage genudbud, da ændringsmuligheden allerede har været konkurrenceudsat.

En revisionsklausul anses for tilstrækkeligt detaljeret, hvis det er muligt for enhver rimeligt oplyst og påpasselig tilbudsgiver at forstå og fortolke rækkevidden af den mulige ændring. En i kontrakten fastsat ændringsmulighed skal således som minimum angive ændringstype og rækkevidde, det mulige tidspunkt for foretagelse af ændringen, hvorledes ændringen ønskes implementeret i det løbende aftaleforhold samt på hvilket objektivt grundlag der vil ske prisfastsættelse.³⁰ Ved mulighed for ændring af pris er det et krav, at prisændringerne baseres på objektive, målbare og gennemsigtige kriterier. Hvis dette krav ikke er opfyldt, kan ændringen ikke betragtes som udført i medfør af kontrakt.³¹

For at mindske risikoen for at en ændring bevirker overtrædelse af udbudsreglerne, bør ordregiver således overveje kommende behovændringer, som kan opstå i kontraktperioden, da vilkår om ændringer, der er indskrevet i kontrakten, kan bevirke, at en senere ændring ikke anses som væsentlig.

Trods muligheden for at foretage ændringer udvides, hvis ændringen sker i medfør af kontrakt, er dette ikke ensbetydende med, at enhver ændring kan foretages, hvis blot der er taget højde herfor i kontraktgrundlaget. Ændringer, der bevirker at kontrakten grundlæggende ændre karakter, kan ikke foretages, uden at ordregiver ifalder pligt til at udbyde ændringsarbejdet. Vurderingen af, om kontraktens grundlæggende karakter forandres ved ændringen, følger i hovedtræk den væsentligheds-vurdering, som foretages af ændringer af kontrakt.

²⁸ Berg, C. (2012): 827

²⁹ Vejledning om kontraktændringer (2013): 30

³⁰ Vejledning om kontraktændringer (2013): 31

³¹ Vejledning om kontraktændringer (2013): 35

9.3 Konsekvens af kontraktændring

Sker der ændringer i en offentlig kontrakt, kan disse ændringer i nogle tilfælde betragtes som værende så væsentlige, at selve aftalegrundlaget ændrer sig, hvorefter ordregiveren er forpligtet til at sende den ændrede kontrakt eller selve ændringen i udbud. Hvis der i denne situation ikke foretages genudbud, omgås de europæiske udbudsregler, og kontrakten anses for direkte tildelt, hvilket medfører, at den indgåede kontrakt kan erklæres for uden virkning, jf. håndhævelsesloven § 17. Dette er den strengeste sanktion, ordregiver kan blive mødt med. Ordregiver er herefter forpligtet til at bringe den indgåede kontrakt til ophør, jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 2, hvorefter ordregivers medkontrahent formentligt kan søge erstatning for tab, han har lidt ved, at kontrakten blev ophævet i utide.³²

For kontrakter, som hører under tilbudslovens anvendelsesområde, gives der i håndhævelsesloven ikke mulighed for, at kontrakten kan erklæres uden virkning. Denne lovregulerede sanktion er forbeholdt kontrakter, som hører under udbudsdirektivets anvendelsesområde, jf. håndhævelsesloven § 16, 1. pkt. og § 17, stk. 1, 1. pkt. Der er dog både for kontrakter indgået iht. udbudsdirektivet og tilbudsloven mulighed for at idømme ordregiver en økonomisk sanktion eller annullere ordregivers ulovlige beslutninger, jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 2, hvorfor der skal udvise påpasselighed ved kontraktændringer.

³² Berg, C. (2012): 913

10 Udbudsdirektivets ændringsadgang

Der vil i nærværende kapitel blive redegjort for retningslinjerne for ændringer af kontrakter, som er udbudt efter udbudsdirektivet. Om en given kontrakt er omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde afgøres ud fra tærskelværdien, som er henholdsvis DKK 38.624.809 og DKK 998.019.³³ Såfremt en offentligt kontrakt er udbudt til de angivne eller højere beløb, vil kontrakten som udgangspunkt være omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde.

Udbudsdirektivets bestemmelser regulerer udbudsprocessen frem til og med kontraktindgåelse. Det er således ikke reguleret hvorvidt og i hvilket omfang, det er tilladt at foretage ændringer efter indgåelse af kontrakt. Det må derfor som udgangspunkt antages, at der ikke er regler for foretagelsen af ændringer af offentlige kontrakter.

EU-Domstolen har til trods for manglende bestemmelser i udbudsdirektivet taget stilling til kontraktændringer i flere sager, hvoraf der er udledt retningslinjer, som har fastlagt retsstillingen for ændringer, hvorvidt kontraktændringer er tilladte og i hvilket omfang. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som er udledt af TEUF art. 18, er fastsat i udbudsdirektivet art. 2, og disse principper anvender EU-Domstolen i vurderingen af, om en konkret kontraktændring kan tillades uden genudbud.

I sag C-496/99, Kommission mod CAS Succhi di Frutta (herefter Succhi di Frutta), fastslog domstolen, at der kan ske ændringer af udbudspligtige kontrakter, såfremt visse betingelser er opfyldt. Tvisten i sagen var opstået efter at ordregiver, Europa Kommissionen (herefter Kommissionen), havde sendt en offentligt kontrakt i udbud. Kontrakten indeholdt aftale om, at tilbudsgiver skulle være leverandør af frugtsaft og frugtmarmelade mod betaling i form af frugt. Både Succhi di Frutta og Trento Frutta afgav tilbud, det blev dog sidstnævnte, der fik tildelt kontrakten.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at ordregiver skulle levere æbler og appelsiner som betalingsmiddel. Efter kontraktindgåelse besluttede Kommissionen, at det aftalte betalingsmiddel kunne udskiftes. Succhi di Frutta indbragte sagen for domstolen for at få afklaret, hvorvidt ændringerne af betalingsvilkårene var i strid med udbudsreglerne. EU-Domstolen gav Succhi di Frutta medhold og pålagde Kommissionen at annullere den indgåede kontrakt.

Kommissionen ankede afgørelsen og anførte, at betingelserne i udbudsbekendtgørelsen kun var bindende, indtil kontrakten var indgået, og at der kunne ske efterfølgende fravigelser, såfremt om-

³³Konkurrence og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: Tærskelværdier

stændighederne krævede det. Kommissionen anførte, at ændringen ikke var til skade for den vindende tilbudsgiver, og at ligebehandlingsprincippet ikke fandt anvendelse overfor de fravalgte tilbudsgivere.

EU-Domstolen fastslog, at ligebehandlingsprincippets formål er at skabe effektiv konkurrence på markedet. Alle økonomiske aktører skal derfor have de samme betingelser for tilbudsafgivelse således, at de har lige chance for at vinde. Gennemsigtigheden skal sikre, at der ikke sker favorisering af en tilbudsgiver, og betingelserne i udbudsbekendtgørelsen skal formuleres klart, præcist og utvetydigt, jf. præmis 111.

Såfremt gennemsigtighedsprincippet er overholdt, er det muligt for alle økonomiske aktører at vurdere, hvorvidt de finder det relevant at afgive tilbud på kontrakten.

Domstolen fastslog, at ordregiver ved at ændre betingelserne forsøgte at omgå udbudsreglerne, og at en sådan praksis medførte tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, der var med til at sikre ensartethed og objektivitet i proceduren, jf. præmis 121. På baggrund af ændringen blev kontrakten annulleret.

Det kan af *Succhi di Frutta* udledes, at ordregiver har en begrænset adgang til at foretage kontraktændringer.

10.1 Væsentlighedsvurderingen

Hvorvidt en ændring kan foretages på baggrund af dens væsentlighed er reguleret af sag C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich* (herefter *Pressetext*).

I *Pressetext* fastslog domstolen, at ændringer af kontrakt, der må betegnes som væsentlige, ikke kan foretages uden fornyet udbud. Sagen omhandlede en aftale indgået i 1994 mellem Republik Österreich og APA Austria Presse Agentur registrerte (herefter APA) vedrørende udførelse af tjenesteydelse mod vederlag. Den indgåede aftale skulle give de østrigske forbundsmyndigheder adgang til at anvende APA's database, APADok, og originalteksttjeneste, OTS. Kontrakten blev indgået på ubestemt tid og kunne tidligst opsiges pr. 31. december 1999.

I september 2000 stiftede APA et 100 pct. ejet datterselskab APA-OTS originaltext-service GmbH (herefter APA-OTS). APA overførte OTS til APA-OTS og meddelte dette til Republik Österreich i oktober 2000. APA forsikrede de østrigske myndigheder om, at APA og APA-OTS ville hæfte solidarisk, og at der ikke ville ske ændringer af den oprindelige ydelse. Republik Österreich accepterede udskiftningen af medkontrahenten. Den aftale pris for ydelsen blev endvidere ændret pr. 1. januar 2002.

Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (herefter PN) fremsatte i 2004 tilbud til Republik Österreich om nyhedsagenturydelser, idet de håbede at kunne overtage udførelsen af informationstjenesten. PN's tilbud førte ikke til kontraktindgåelse, og udførelsen af tjenesteydelsen blev fortsat varetaget af APA-OTS.

I oktober 2005 blev opsigelsesvarslet mellem Republik Österreich og APA-OTS forlænget til 31. december 2008.

PN anlagde i juli 2006 sag mod Republik Österreich ved Bundesvergabeamt, som indbragte præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om, hvorvidt udskiftningen af kontraktparten og de indgåede tillæg kunne aftales uden afholdelse af EU-udbud.³⁴

EU-Domstolen fandt, at den omstændighed, at APA stiftede et 100 pct. ejet datterselskab APA-OTS, hvor APA havde ledelsesbeføjelse og hæftede solidarisk med APA-OTS, var et udtryk for en intern omstrukturering. At kontrakten blev overdraget til APA-OTS var således ikke væsentligt, da datterselskabet blev anset for at være så stærkt tilknyttet moderselskabet, at udskiftningen ikke i væsentlig grad ændrede de oprindelige kontraktbestemmelser.

EU-Domstolen fastslog ligeledes, at overgangen fra schilling til euro ikke havde betydning for kontrakten, da overgangen skyldtes Østrigs indtræden i EU, hvilket var en ekstern omstændighed og dermed blot tilpasning af kontrakt. Derudover var tillægget om prisændringer ikke væsentlig og derfor uden betydning for kontrakten. Prisjusteringerne, der blot afrundede beløbene, var af ubetydelig værdi og var sket til skade for tilbudsgiveren APA.

EU-Domstolen fandt ikke på tidspunktet for domsafsigelse noget til hinder for, at parterne indgik en tidsubegrænset offentlig tjenesteydelseskontrakt. Derudover anså domstolen ikke klausulen om afkald på opsigelse i yderligere 3 år som indgåelse af ny kontrakt.

PN fik på baggrund af ovenstående ikke medhold i deres påstande, og Republik Österreich kunne fortsætte deres kontraktforhold med APA og APA-OTS uden at blive idømt sanktioner eller pligt til genudbud.

EU-Domstolen fastslog, at kun ændringer, der er ”*afgørende forskellige*” fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og som afspejler, at det var ”*parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer*”, er væsentlige og kræver genudbud³⁵.

³⁴ Fabricius, J. (2014): 585

³⁵ Fabricius, J. (2014): 586 og Pressetext præmis 34

På baggrund af Pressetext er der udledt tre grundlæggende kriterier for vurderingen af, om en kontraktændring er væsentlig, hvorefter kontrakten skal i fornyet udbud.³⁶ En ændring formodes at være væsentlig såfremt:

- 1) der indføres betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure, ville have gjort det muligt for andre økonomiske aktører end de oprindelige tilbudsgivere at deltage eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som blev antaget
- 2) aftalen udvides i betydeligt omfang til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri
- 3) aftalens økonomiske balance ændres til fordel for tilbudsgiveren på en måde, som ikke var fastsat i det oprindelige udbudsmateriale.

Det er en konkret vurdering i hver enkelt sag, om kontraktændringen er væsentlig. Såfremt en eller flere af ovenstående kriterier er til stede formodes det, at ændringen er væsentlig.

Ad 1) Første kriterium skal ses i forhold til de oprindelige tilbudsgivere.³⁷ Havde de nyindførte betingelser været til stede ved det oprindelige udbud, havde der evt. været mulighed for, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget i udbuddet. Hvis f.eks. den ordregivende myndighed stillede et omsætningskrav til tilbudsgiverne og efter kontraktindgåelse nedsætter dette omsætningskrav. Dermed afskærer ordregiver økonomiske aktører for at afgive tilbud, som efter det nedsatte krav kunne have deltaget i udbuddet. I denne situation krænker den ordregivende myndighed ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsprincippet og forfordeler visse tilbudsgivere.

De nyindførte betingelser kunne yderligere have haft betydning for tildeling af kontrakt. En tilbudsgiver, der i ovennævnte tilfælde blev frasorteret pga. kravet til omsætning, selvom denne reelt kunne have afgivet det bedste tilbud, burde, hvis ændringen var indført i den oprindelige kontrakt, være blevet tildelt kontrakten.

Ad 2) Udvidelse af kontrakt kan ske på to måder, herunder ved at den ydelse, der skal leveres, udvides i omfang eller ved, at tilbudsgiver skal levere en helt ny ydelse, som ikke er omfattet af kontrakten.

³⁶ Hagel-Sørensen, K. (2011): 216

³⁷ Hagel-Sørensen, K. (2011): 216

En udvidelse skal være betydelig, førend den findes væsentligt, hvilket er præciseret i Pressetext præmis 36, hvor det fastslås, at ændringer der ”*.i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri.*”³⁸ er væsentlige.

Det er en konkret vurdering, hvornår udvidelsen er betydelig. Jo større kontrakten er, jo større er adgangen til at udvide, idet udvidelsen bliver bedømt i forhold til den samlede kontrakts størrelse.

Ad 3) Bevirker en ændring, at den økonomiske balance i kontraktforholdet forrykkes til fordel for tilbudsgiver, formodes det, at ændringen er væsentlig.

Er balancen forrykket til fordel for ordregiver, vil ændringen som udgangspunkt ikke anses som væsentlig, da dette ikke skader konkurrencen. En sådan forrykkelse af balancen vil udelukkende gøre kontrakten mere attraktiv for ordregiver og vil derfor ikke have haft den virkning, at en anden tilbudsgiver skulle tildeles kontrakten ved det oprindelige udbud.

En ubetydelig økonomisk fordel for tilbudsgiver vil ikke være at betragte som væsentlig, hvis tilpasningen kan forklares på en objektiv måde, jf. Pressetext præmis 61.³⁹ Det er tilbudsgiverens procentvise fortjeneste i forhold til den samlede økonomi, der skal tages højde for. Karsten Hagel-Sørensen angiver, at såfremt tilbudsgiveren tjener 5 pct. på den oprindelige kontrakt, bør tilbudsgiveren også kunne tjene 5 pct. på ekstraarbejder uden, at det skal anses som en forrykkelse af den økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver.⁴⁰

10.2 Udskiftning af medkontrahent eller underentreprenør

Det er som hovedregel ikke tilladt at udskifte en medkontrahent. Den ordregivende myndighed tildeler tilbudsgiver kontrakten på baggrund af det afgivne tilbud, herunder tilbudsgivers kvalifikationer og hvad tilbudsgiver kan byde på i forbindelse med udførelsen af kontrakten. Det vil af den grund være en væsentlig ændring at udskifte tilbudsgiver.

I Pressetext fandt EU-Domstolen, at der var tale om en intern omstrukturering, hvilket betød, at der ikke forelå en egentlig udskiftning af medkontrahent. Var andelene i APA-OTS blevet overdraget til tredjemand, og havde APA ikke stadig hæftet for APA-OTS, ville det være en væsentlig ændring, som ville medføre pligt til fornyet udbud. Domstolen fastslog, at på trods af at der ikke var sikkerhed for, at APA-OTS ikke blev videresolgt, påvirkede det ikke situationen, og der var dermed ikke

³⁸ Hagel-Sørensen, K. (2011): 218

³⁹ Hagel-Sørensen, K. (2011): 219

⁴⁰ Hagel-Sørensen, K. (2011): 220

tale om en væsentlig ændring. Senariet ville være anderledes, såfremt der ikke var tale om en intern omstrukturering, men der reelt skete overdragelse til tredjemand.

For at egentlig udskiftning af medkontrahent kan foretages, skal fire betingelser være opfyldt: 1) den nye virksomhed skal opfylde ordregivers oprindelige mindstekrav til egnetheden, 2) udbudsbetingelserne for det tidligere udbud og den indgåede kontrakt må ikke være til hindrer for udskiftningen, 3) der må ikke i forbindelse med overdragelsen foretages væsentlige ændringer af kontraktens indhold, og 4) det må ikke være hensigten at omgå udbudsreglerne.⁴¹

Ordregiver kan blive tvunget til at udskifte medkontrahenten, såfremt den vindende tilbudsgiver under kontraktens forløb går konkurs. Konkursboet kan indtræde i kontrakten, uden at det udbudsretlig har nogen betydning, der kan dog evt. opstå problemer i forbindelse med konkursboets overdragelse til tredjemand. Om ændringen, i form af konkursboets overdragelse til tredjemand er tilladelig, er imidlertid ikke afklaret i praksis.⁴²

I EU-Domstolens dom af 13. april 2010, sag C-91/08 Wall AG (herefter Wall) mod Stad Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, blev det afgjort, hvorvidt det er tilladt at udskifte en underleverandør. Byen Frankfurt udbød en kontrakt angående en koncession om drift af betalingstoiletter. Både Wall og FES afgav tilbud, hvoraf sidstnævnte fik tildelt kontrakten. I FES's tilbud var Wall anført som underleverandør.

Kontrakten indeholdt klausul om, at udskiftning af underleverandør kunne ske, såfremt Frankfurt gav samtykke. Inden FES påbegyndte arbejdet, anmodede de om lov til udskiftning af Wall, hvilket blev bevilget.

Wall anlagde herefter sag for at få afgjort, om Frankfurt var berettiget til at bevilge udskiftning uden at sende kontrakten i fornyet udbud. Domstolen fandt, at udskiftning af underleverandøren kunne udgøre en væsentlig ændring, der begrundede genudbud, såfremt FES havde vundet kontrakten på baggrund af, at Wall var angivet som leverandør. Wall havde udviklet en speciel toiletttype, som havde været afgørende for Frankfurts tildeling af kontrakten. Domstolen fastslog, at udskiftningen af underleverandøren var en væsentlig ændring, der krævede fornyet udbud på trods af, at det fremgik af den indgåede kontrakt, at det var tilladeligt. Den væsentlige ændring forelå, da der ved tildelingen af kontrakten var lagt særlig vægt på, hvem der udførte opgaven.⁴³

⁴¹ Fabricius, J. (2014): 594

⁴² Hagel-Sørensen, K. (2011): 236

⁴³ Hagel-Sørensen, K. (2011): 237f.

Det kan ligeledes være tilladeligt at udskifte ordregiver i et løbende kontraktforhold, såfremt udbudsreglerne ikke forsøges omgået. Dette sker dog sjældent i praksis.

10.3 Andre omstændigheder

Er det udefrakommende omstændigheder, der er skyld i behovet for en ændring, bevirker det, at ændringen som udgangspunkt ikke betragtes som væsentlig. Dette kan udledes af Pressetext, hvor det ikke blev tillagt betydning, at valutaen overgik fra schilling til euro pga. Østrigs indtrædelse i EU.

Desuden vil ændringer i medfør af lovgivning eller anden offentlig regulering ikke medføre fornyet udbudspligt, da også dette betragtes som udefrakommende omstændigheder, som ordregiver ikke har indflydelse på.

En kontrakts kompleksitet har en afgørende rolle i forhold til, om en ændring er væsentlig. Foretages der en ændring i en simpel kontrakt umiddelbart efter kontraktindgåelse, er der formodning for, at parterne forsøger at omgå udbudsreglerne. Hvis ændringen derimod sker i en kompleks kontrakt lang tid efter kontraktindgåelse, formodes det, at ordregiver ikke kunne tage højde for behovet for ændringen ved kontraktens indgåelse.⁴⁴

Misligholder tilbudsgiver kontrakten, eller foreligger der anticiperet misligholdelse, kan det være nødvendigt at foretage ændringer for at undgå værdispild. I kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-Sekretariatet, tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om ordregiver havde mulighed for at indgå ændringer i form af tillægsaftale for at afvikle en nødlidende kontrakt. Økonomistyrelsen sendte en offentlig kontrakt vedrørende levering af kontrolrumssoftware m.v. i udbud. Terma A/S (herefter Terma) blev tildelt kontrakten. Kontrakten havde en varighed på 5 år, en værdi på ca. DKK 300 mio. og indeholdt optioner for ca. DKK 227 mio. Efterfølgende overdrog økonomistyrelsen kontrakten til Rigspolitiet.

Der opstod problemer med udførelse af kontrakten, og Rigspolitiet mente der forelå hævebegrunderende misligholdelse, hvilket Terma bestred. For afvikling af kontrakten indgik parterne en tillægsaftale (forligsaftalen).

Finn Frogne A/S (herefter Finn Frogne), der ikke under udbuddet havde afgivet tilbud på kontrakten, indgav klage over Rigspolitiet, da Finn Frogne mente, at der var handlet i strid med gennemsig-

⁴⁴ Hagel-Sørensen, K. (2011): 221

tigheds- og ligebehandlingsprincippet ved ikke at sende forligsaftalen i udbud. Finn Frogne gjorde ydermere gældende, at forligsaftalen, som forårsagede en reduktion i leverancen, medførte en væsentlig ændring af kontrakten, og at der af den grund burde være afholdt fornyet udbud. Forligsaftalen havde en værdi på DKK 85 mio. og indeholdt overdragelse af centrale serverfarme til en værdi af DKK 50 mio., hvilket var anskaffelser, som ikke var en del af den oprindelige kontrakt. Finn Frogne anførte yderligere, at ændringen af kontrakten, såfremt den fremgik af det oprindelige udbud, ville have medført, at andre virksomheder havde haft mulighed for at afgive tilbud, da de ville have haft tilstrækkelig kompetence og kapacitet til at opfylde forligsaftalen.

Klagenævnet for Udbud fastslog, at Rigspolitiets indkøb af de centrale serverfarme til en værdi af DKK 50 mio. var en væsentlig ændring af kontrakten, der medførte pligt til nyt udbud. Dog fandt Klagenævnet, at den resterende del af forligsaftalen om leveringen af radiodispatch til en værdi af DKK 35 mio. måtte *”anses som surrogat for hel eller delvis ophævelse af den oprindelige, nødlidende kontrakt og derfor ikke som en væsentlig ændring af kontrakten i den forstand”*.⁴⁵ Den sidstnævnte ændring krævede derfor ikke fornyet udbud.

Fra kendelsen kan det udledes, at der kan aftales afhjælpning af nødlidende offentlige kontrakter uden, at der skal foretages genudbud af ændringen. Dog må ændringerne ikke bevirke, at kontrakten bliver ændret væsentligt. I ovenstående kendelse medførte ændringen, at forligsaftalen indeholdt opkøb af ydelser, som ikke oprindeligt var omfattet af kontrolrumskontrakten. Denne udvidelse af kontraktydelsen blev vurderet som en ændring, der skulle i udbud.

10.4 Ændringens værdi

Vurderingen af, om en ændring kan foretages uden genudbud, kan ske på baggrund af ændringens værdi. Denne økonomiske væsentlighedsbedømmelse fremgår bl.a. af præmis 100-101 i EU-domstolens dom af 29. april 2010, Kommissionen mod Tyskland, sag C-160/08. Her udtalte domstolen: *”..værdien [...] andrager 673 719,92 EUR, hvilket er væsentlig højere end de tærskelværdier, der er fastsat..”, ”Under disse omstændigheder skal kontraktudvidelsen [...] anses for en væsentlig ændring af den oprindelige aftale, der ville have forudsat overholdelse af EU-rettens relevante bestemmelser om offentlige udbud.”* Under denne dom blev det fastslået, at den pågældende kontraktændring havde så stor en økonomisk værdi, at den omstændighed, at den var tildelt uden forudgående udbud, var en overtrædelse af de europæiske udbudsregler. Det blev konstateret, at ændringer, der i sig selv har en værdi, som overstiger tærskelværdierne, er væsentlige. Herudover er der ikke

⁴⁵ Kendelse af 3. november 2011, ad påstand 1

på baggrund af udbudsdirektivet udledt nogen egentlige faste grænseværdier for vurdering af, hvorvidt en ændring skal i fornyet udbud.

10.5 Ændringer i medfør af kontrakt

Såfremt ordregiver ønsker mere fleksibilitet i kontrakten, er det muligt at indføre revisionsklausuler i udbudsmaterialet. Revisionsklausuler bevirker, at der efter kontraktens indgåelse kan foretages ændringer uden pligt til genudbud. Klausulerne skal være formuleret præcist og utvetydigt i udbudsmaterialet således, at mulighederne for at foretage ændringer er gennemskuelige for tilbudsgiver.

Ændringer, der foretages i medfør af kontrakt, kan som nævnt i afsnit 9.2 tillades i langt større omfang, end ændringer der ikke er indeholdt i udbudsmaterialet.

I sag *Succhi di Frutta*, som er gennemgået i afsnit 10, blev der taget stilling til muligheden for at anvende revisionsklausuler. EU-Domstolen fastslog i præmis 118, at *”den ordregivende myndighed i det tilfælde, hvor den af præcise grunde [ønskede] at kunne ændre visse licitationsbetingelser efter valget af tilslagsmodtager, [var] forpligtet til udtrykkeligt at fastsætte denne mulighed for tilpasning samt reglerne for dens anvendelse i den licitationsbekendtgørelse, den selv [havde] udformet, og som [udstak] rammen, inden for hvilken licitationen [skulle] afvikles.”* Såfremt Kommission havde angivet muligheden for at ændre betalingsformen i udbudsmaterialet, havde det været tilladeligt at foretage ændringen under kontraktens løbetid.

En revisionsklausul kan angive mulighed for udvidelse af kontrakt. Er det muligt for ordregiver at forudse et yderligere behov, skal den mulige udvidelse af kontrakten medregnes i det oprindelige udbud. Revisionsklausulen skal i udbudsbekendtgørelsen formuleres så tydeligt, at det er muligt for de økonomiske aktører at afgive tilbud, hvori der er taget højde for udvidelsen. Det følger af udbudsdirektivets art. 9, at *”den anslåede værdi af en offentlig kontrakt beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms [...] I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten.”* Ordregiver skal således beregne kontraktværdien ud fra et ”worst case scenario”.⁴⁶ På trods af at den mulige udvidelse er medregnet i den økonomiske aktørs tilbud, er det ikke nødvendigt at udnytte muligheden, f.eks. hvor vinteren ikke har været så hård som forventet, og nogen af vinterforanstaltningerne ikke har været taget i brug.

⁴⁶ Poulsen, S., mfl. (2011): 227

10.5.1 Ændring af pris

Prisen er et af de vigtigste parametre i en kontrakt, og ændringer i prisen vil af den grund ofte være væsentlige. Der kan i udbudsmaterialet indføres en prisreguleringsklausul, hvorefter prisen reguleres efter et fast indeks. Prisændringer der er baseret på et sådant objektive indeks er ikke væsentlige.⁴⁷

Ordregiver indsætter i nogle situationer en klausul om genforhandling af vederlaget for at reducere sin risikomargin for prisstigninger. Klausulen kan ikke anvendes uden videre overvejelser af, om ændringen skal i udbud. Der skal således foretages en væsentlighedsvurdering, selvom en sådan klausul er anvendt. Revisionsklausulen giver mulighed for genforhandling af kontraktgrundlaget, hvorfor den ikke i sig selv begrundes, at der kan ske ændringer af pris uden pligt til genudbud. Ønskes der forandringer i prisen under kontraktens løbetid, bør sådanne muligheder i stedet være baseret på objektive kriterier. Såfremt prisfastsættelsen sker ud fra objektive kriterier indeholdt i det oprindelige udbudsmateriale, er der ikke pligt til genudbud ved ændringen heraf.⁴⁸

10.5.2 Ændring af kontrakts løbetid og tidsplan

Der kan være behov for forlængelse af en kontrakts løbetid. Såfremt en kontrakt indeholder bestemmelse om, at den ikke kan opsiges inden for en bestemt periode, og uopsigelighedsperioden efterfølgende forlænges, vil det ikke være en væsentlig ændring, medmindre ordregiver ville have opsagt kontrakten ved dens oprindelige udløb.⁴⁹

Forlænges en tidsbegrænset aftale, vil dette være en væsentlig ændring, såfremt der ikke er givet mulighed herfor ved revisionsklausul. Forlængelse kan dog alligevel tillades, dersom ændringen er nødvendig pga. uforudseelige og udefrakommende omstændigheder.

Ændringer af en kontrakts tidsplan vil også umiddelbart være væsentlige. Det gælder for ændringer af tidsplan som for ændringer af løbetid, at disse kan foretages, såfremt behovet herfor er opstået pga. udefrakommende omstændigheder m.v.⁵⁰

10.6 Supplerende ydelser

Udbudsdirektivet indeholder et forhandlingsforbud. Forbuddet indebærer, at det ikke er tilladt for ordregiver og tilbudsgiver at foretage forhandlinger. Ordregiver skal således have foretaget samtlige overvejelser om kontraktens indhold og udførelse, inden kontrakten sendes i udbud, herunder de

⁴⁷ Hagel-Sørensen, K. (2011): 230

⁴⁸ Hagel-Sørensen, K. (2011): 231

⁴⁹ Rapport om udbudslovgivning (2014): 782

⁵⁰ Rapport om udbudslovgivning (2014): 782

forskellige krav til opfyldelse af kontrakten, kravene til tilbudsgiverens kvalifikationer, m.v. Forhandlingsforbuddet afspejler den begrænsede adgang til at foretage kontraktændringer.

Forhandlingsforbuddet gælder generelt under udbudsprocessen, men omfatter ikke direkte forhandlinger af indgående kontrakter. Såfremt ordregiver efter kontraktindgåelse gives fri mulighed for at forhandle med den antagede tilbudsgiver, bliver forhandlingsforbuddet i udbudsprocessen dog illusorisk.

På trods af forhandlingsforbuddet er der indsat bestemmelser i udbudsdirektivet, der under særlige omstændigheder giver parterne mulighed for at foretage forhandlinger under udbudsprocessen.

I udbudsdirektivets art. 31 gives ordregiver mulighed for at anvende en udbudsprocedure med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Denne bestemmelse regulerer udbudsproceduren, men får den indirekte virkning, at ændringer af kontrakt i form af supplerende ydelser kan tildeles direkte til den antagede tilbudsgiver. Udbudsproceduren iht. art. 31 er en undtagelsesprocedure, der skal fortolkes indskrænkende.⁵¹ Bestemmelsen finder således kun anvendelse i de tilfælde, som udtrykkeligt fremgår af dens ordlyd.

I art. 31, stk. 2, litra b) og stk. 4, litra a) er der mulighed for at tildele supplerende ydelser direkte til den antagede tilbudsgiver uden, at de supplerende ydelser skal i ordinært udbud. Tildeling af supplerende ydelser til den antagede tilbudsgiver kan betragtes som en udvidelse af den indgåede kontrakt og udgør hermed en kontraktændring. Udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b) og stk. 4, litra a) regulerer udbudsproceduren og er således ikke indsat som en direkte mulighed for at foretage ændringer i kontrakt. Det fremgår dog forudsætningsvist af bestemmelserne, at ændringer af kontrakt ved tildeling af supplerende ydelser i visse tilfælde må tillades.

Det fremgår af udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra b), at der ved offentlige vareindkøbskontrakter kan anvendes udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

”ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk be-

⁵¹ Poulsen, S., mfl. (2011): 337

skaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.”

Ordregiver har hermed mulighed for at gennemføre supplerende indkøb fra den oprindelige leverandør uden at foretage et ordinært udbud, såfremt det ville være en for stor belastning at udskifte leverandøren.

Anvendelse af bestemmelsen forudsætter ikke, at ordregiver var uvidende om forholdet, der begrundede ændringen, og der er ej heller fastsat en økonomisk grænse for værdien af de supplerende ydelser. Der stilles dog i bestemmelsen krav om, at de supplerende leveringer kun må foretages, såfremt udskiftning af leverandøren vil medføre teknisk uforenelig eller uforholdsmæssige store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Det er en konkret vurdering i hver enkelt situation, om udskiftning af en leverandør medfører teknisk uforenelig eller store tekniske vanskeligheder. Proportionalitetsprincippet skal inddrages i denne vurdering.⁵²

Er det muligt for en anden leverandør at levere de efterspurgte varer uden, at der opstår tekniske problemer, vil de supplerende ydelser ikke kunne tildeles iht. udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra b).

I bestemmelsen er der fastsat en grænse for kontraktens løbetid på 3 år, herved sikres det, at kontrakten ikke kan udvides gennem supplerende ydelser på ubestemt tid.⁵³

Tildeling af supplerende ydelser er endvidere reguleret i udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a).

Denne bestemmelse regulerer udbudsproceduren ved supplerende arbejder og tjenesteydelser.

Art. 31, stk. 4, litra a) har følgende ordlyd:

”a) ved supplerende arbejder eller tjenesteydelser, som ikke er omfattet af de oprindelige udbud eller den oprindelige kontrakt, og som på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for udførelsen af tjenesteydelserne eller bygge- og anlægsarbejderne som deri beskrevet, forudsat at kontrakten tildeles den økonomiske aktør, som udfører disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser:

- *når disse supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden væsentlige ulemper for de ordregivende myndigheder eller*

⁵² Steinicke, M., mfl. (2008): 866

⁵³ Steinicke, M., mfl. (2008): 867

- *når disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige kontrakt, er absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse. Den samlede værdi af kontrakter, som indgås om supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, må dog ikke overstige 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt”*

Bestemmelsen giver mulighed for, at den oprindelige tilbudsgiver kan udføre ekstraarbejde som supplerende ydelse til den oprindelige kontrakt uden, at ændringerne skal sendes i ordinært udbud, så længe værdien af ændringerne ikke overstiger 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi. Ordregiver kan, hvis der opstår uforudsete hindringer under store bygningsarbejder, blive pålagt urimeligt byrdefulde vilkår, hvis alle ændringer i kontrakten skal i genudbud. Udførelsen af en ny udbudsprocedure kan være tids- og udgiftskrævende og kan derfor bl.a. bevirke forsinkelse af arbejdets færdiggørelse, hvilket vil kunne påføre ordregiver yderligere udgifter. Bestemmelsen bevirker, at der tages hensyn til ordregiver således, at denne ikke pålægges uforholdsmæssige byrder.

Betingelserne for at en supplerende arbejdsydelse kan fritages for udbud med forudgående udbudsbekendtgørelse er, at ændringsbehovet er opstået pga. forhold, som var uforudsete for ordregiver, at de supplerende ydelser er nødvendige for det oprindelige projekts gennemførelse og at ydelserne tildeles til den oprindelige tilbudsgiver.

Uforudsete forhold kan f.eks. opstå i situationer, hvor entreprenøren støder på ukendte hindringer i byggegrunden, herunder fortidsminder.⁵⁴ Derudover påpeger Claus Berg, at: *”..tilfælde hvor projektmaterialer viser sig at have været utilstrækkeligt eller fejlagtigt (projektfejl og projektmangler), og der derfor skal aftales en anden eller i øvrigt mere bekostelig udførelse af arbejdet”* kan begrunde, at bestemmelsen om supplerende arbejdsydelser kan finde anvendelse.⁵⁵

Den supplerende ydelse må ikke kunne adskilles økonomisk eller teknisk fra den oprindelige kontrakt. Kan ydelsen adskilles fra kontraktgrundlaget, er det et krav, at kontrakten på ingen måde kan gennemføres uden ændringen foretages.

Formodes en kontraktændring at være væsentlig efter domstolens retspraksis herfor, vil det være formålstjenligt at undersøge, om ændringen kan tildeles som supplerende ydelse, jf. UBD art. 31, stk. 2, litra b) og stk. 4, litra a). Bestemmelserne regulerer ikke direkte ændringer i kontrakt, men

⁵⁴ Berg, C. (2012): 252

⁵⁵ Berg, C. (2012): 252

muliggør, at der ikke skal foretages forudgående offentliggørelse af ønsket om de supplerende ydelser, da disse kan tildeles til den oprindelige tilbudsgiver ved udbud uden forudgående udbudsbe- kendtgørelse.

10.7 Delkonklusion

EU-Domstolens afgørelser har fået præjudikatværdi og har fastlagt retningslinjerne for muligheden for at foretage ændringer i udbudspligtige kontrakter.

Det er fastslået, at ændringer, der giver indtryk af, at parterne har forsøgt at omgå udbudsreglerne ikke kan tillades. Domstolen har udvist større tilbøjelighed til at tillade kontraktændringer, såfremt behovet herfor er opstået på baggrund af udefrakommende omstændigheder, idet ordregiver har været uden skyld i ændringsbehovet.

Det findes tilladeligt for ordregiver at foretage en kontraktændring, såfremt ændringen ikke forskelsbehandler tilbudsgiverne, omfatter en helt anden ydelse end den oprindelige, eller medfører at den økonomiske balance forrykkes til fordel for tilbudsgiver. Ordregiver ifalder ikke pligt til gen- udbud, såfremt disse krav overholdes, da ændringen i så fald ikke vurderes at være væsentlig. Der er ligeledes mulighed for udskiftning af medkontrahent, dersom den nye medkontrahent kan opfylde de oprindelige krav til egnethed, ændringen ikke på anden måde væsentligt forandre kontraktens indhold, og der ikke i udbudsmaterialet eller kontrakten er fastsat betingelser, som er til hinder for udskiftningen.

Ordregiver har mulighed for at udvide ændringsadgangen ved at indføre revisionsklausuler i ud- budsmaterialet.

Udover retningslinjerne, der er udledt af retspraksis, opstilles der i udbudsdirektivet art. 31 mulig- hed for anvendelse af undtagelsesproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggø- relse af bekendtgørelse. Såfremt denne bestemmelse kan anvendes for tildeling af supplerende leve- ringer eller arbejder til den antagede tilbudsgiver, vil der kunne ske ændringer af kontrakt uden, at ordregiver ifalder pligt til at foretage et udbud med offentlighed. Det tillades hermed indirekte i udbudsdirektivet, at der foretages ændringer af kontrakt.

11 Tilbudslovens ændringsadgang

I nærværende kapitel vil der ske klarlæggelse af mulighederne for at foretage ændringer af kontrakter, som er indgået efter en udbudsprocedure i henhold til tilbudsloven.

Som omtalt i kapitel 8 er offentlige bygge- og anlægskontrakter omfattede af tilbudsloven afsnit 1, hvis deres værdi er under den europæiske tærskelværdi på DKK 38.624.809.

Tilbudsloven indeholder ikke bestemmelser, som direkte regulerer aftaleforholdet mellem de kontraherende parter efter kontraktindgåelse. Det fremgår imidlertid af formålet med tilbudsloven, at det ikke kan anses som frit at foretage ændringer i en kontrakt, som har været i udbud efter loven. Hvis formålet med udbud efter tilbudsloven således krænkes ved foretagelse af ændringer i en indgået kontrakt, vil den ændrede kontrakt eller ændringsarbejderne skulle i genudbud.

Ydermere fremgår det forudsætningsvist af nogle af tilbudslovens bestemmelser, at der ikke frit kan foretages ændringer af kontrakt.⁵⁶ Denne begrænsning kan blandt andet udledes af tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 5 om tildeling af supplerende ydelser samt §§ 10-11 om reglerne for forhandling.

11.1 Tilbudslovens formål

Formålet med tilbudsloven fremgår af *Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, nr. 42*. I de indledende bemærkninger til lovforslaget fremhæves det, at ”*formålet med tilbudsloven er at øge ligebehandling og fairness for at fremme konkurrencen om offentlige eller offentligt støttede bygge- og anlægskontrakter.*”⁵⁷

Formålet med tilbudsloven er således at øge konkurrencen om offentlige kontrakter gennem ligebehandling. Et sådant nationalt ligebehandlingsprincip må formentlig afspejle det europæiske udbudsretlige krav om ligebehandling.

Kravet om ligebehandling af tilbudsgiverne i udbuddet ville blive tilsidesat, såfremt der var fri adgang til at foretage ændringer efter indgåelse af kontrakt. Den vindende tilbudsgiver ville muligvis ikke være tildelt kontrakten, såfremt ændringen eller ændringsmuligheden fremgik af det oprindelige udbudsmateriale, idet ændrede kontraktvilkår eventuelt ville bevirke, at den vindende tilbudsgiver ikke var den bedst egnede eller billigste til at udføre opgaven. Konkurrencen om offentlige kontrakter vil dermed kun kunne fremmes, hvis ordregiver også er underlagt et krav om at anvende ligebehandling, selv efter kontrakt er indgået. Ud fra tilbudslovens formål er det ikke klart, hvor stor mulighed ordregiver og dennes medkontrahent har for at foretage ændringer af kontrakt. Det må

⁵⁶ Berg, C. (2012): 815

⁵⁷ Lovforslag til tilbudsloven

dog kunne konkluderes, at ændringer af kontrakt, som betyder, at der sker forskelsbehandling, ikke vil kunne foretages i overensstemmelse med tilbudslovens formål.

11.2 Supplerende arbejder

Tilbudsloven § 12 regulerer efter dens ordlyd udbudsproceduren. Såfremt de betingelser som stilles i § 12 er opfyldt, kan ordregiver benytte sig af udbudsproceduren underhåndsbud. Ved underhåndsbud kan ordregiver forhandle direkte med udvalgte økonomiske aktører, uden der skal ske offentliggørelse af ønsket om at indgå kontrakt. Tilbudsloven indeholder i § 12, stk. 3, nr. 5 en mulighed for tildeling af supplerende arbejder til den antagede entreprenør eller en anden, såfremt ordregiver kan påvise særlige omstændigheder, der begrundes udskiftning.

Da ordregiver kan undgå udbud med forudgående offentliggørelse ved at opfylde de betingelser, som fremgår af § 12, stk. 3, nr. 5, bevirker bestemmelsen, at der inden for de nævnte rammer frit kan ske ændringer af kontrakt.

Såfremt § 12, stk. 3, nr. 5 skal finde anvendelse, er der opstillet krav om, at de pågældende arbejder supplerer et arbejde, som har været i udbud, at behovet for ekstra arbejde er opstået pga. uforudsete forhold, og at arbejdet er nødvendigt for fuldførelsen af det oprindeligt udbudte arbejde. Det fremgår ligeledes, at det supplerende bygge- og anlægsarbejde som udgangspunkt skal udføres af den tilbudsgiver, som fik tildelt den oprindelige kontrakt, med mindre ordregiver kan påvise særlige omstændigheder, som bevirker, at andre kan tildeles arbejdet.

Tilbudsloven § 12, stk. 3, nr. 5 indeholder ifølge dens ordlyd, ikke som udbudsdirektivet art. 31, stk. 4, litra a) et økonomisk loft for de supplerende arbejder, som kan tildeles direkte uden ordinært udbud. Det antages dog, at den økonomiske grænse for tildeling af supplerende ydelser efter tilbudsloven følger den i udbudsdirektivet fastsatte ramme,⁵⁸ da det i bemærkningerne til tilbudsloven er anført, at der ikke kan ske "*væsentlige ændringer*". Således vil det økonomiske loft på op til 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt⁵⁹ også være retningsgivende for værdien af de supplerende ydelser, som kan tildeles direkte efter tilbudsloven. Supplerende arbejder, som økonomisk overstiger 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi, antages derfor at være væsentlige, hvorefter de skal i genudbud.⁶⁰

Det fremgår således forudsætningsvist af tilbudsloven § 12, stk. 3, nr. 5, at der gives adgang til kontraktændringer i form af en udvidelse af den kontraktuelle ydelse. Det fremgår dog, som ovenfor

⁵⁸ Berg, C. (2012): 833f.

⁵⁹ UBD art. 31, stk. 4, litra a)

⁶⁰ Lovforslag til tilbudsloven (2004): 11

nævnt, at dette rum for tildeling af supplerende ydelser iht. § 12, stk. 3, nr. 5 er underlagt kravet om, at der ikke må ske væsentlige ændringer af kontraktens karakter.

11.3 Forhandlingsadgangen

Udbud efter tilbudsloven er ikke som udbud efter udbudsdirektivet⁶¹ underlagt et fuldkomment forhandlingsforbud. Det er muligt for ordregiver at indgå forhandlinger med tilbudsgiverne inden tildeling, hvis udbuddet foretages efter tilbudsloven. Forhandlingsadgangen er reguleret i tilbudsloven §§ 10-11. § 10 regulerer, den forhandling en offentlig ordregiver må indlede med den lavest bydende tilbudsgiver, hvis tildelingskriteriet er laveste pris, mens § 11 regulerer forhandlingsadgangen ved anvendelse af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Muligheden for forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver kunne forventes at have den virkning, at rummet for at foretage ændringer i kontrakter, som er udbudt efter tilbudsloven, er større end for ændringer, som kan foretages i kontrakter udbudt efter udbudsdirektivet. Jesper Fabricius anfører, at det må forventes, at der netop pga. hjemlen til at forhandle efter tilbudsloven er videre adgang til at foretage ændringer.⁶² I tilbudsloven § 11, stk. 4 er det dog direkte anført, at forhandlingerne ikke må føre til at opgavens karakter ændres væsentligt, og Claus Berg fastslår på baggrund heraf, at der trods forskellene i forhandlingsadgangen før tildelingsbeslutning i udbudsdirektivet og tilbudsloven, ikke anses at være nogen synderlig forskel på adgangen til at foretage ændringer.⁶³

11.4 Delkonklusion

Det må på baggrund af ovenstående antages, at adgangen til at foretage ændringer i kontrakt, som har været i udbud efter tilbudsloven, i hovedtræk følger den praksis, som er udledt af udbudsdirektivet og de udbudsretlige principper.

Ovenstående redegørelse for de ændringer, som kan foretages, uden at tilbudsloven krænkes er på baggrund af manglende bestemmelser herom i loven udledt af lovforslaget som fremsat i februar 2005, tilbudslovens bestemmelser om supplerende ydelser og forhandlingsadgang samt Claus Bergs formodninger om mulige kontraktændringer.

Da der ikke umiddelbart foreligger retspraksis på området indenfor bygge- og anlægskontrakter, er det ikke muligt at fastslå, om muligheden for ændringer i kontrakter, som har været udbudt efter tilbudsloven, følger de retningslinjer, som er givet gennem retspraksis i henhold til kontrakter, som er udbudt efter udbudsdirektivet. Det fremgår dog af tilbudsloven og dennes forarbejder, at der skal

⁶¹ Der bortses fra de tilfælde hvor der kan ske udbud med forhandling, jf. UBD art. 30 og 31

⁶² Fabricius, J. (2014): 591

⁶³ Berg, C. (2012): 816

ske ligebehandling i udbuddet, og at der ikke må foretages væsentlige ændringer i indgåede kontrakter. Både princippet om ligebehandling og kravet om at ændringer ikke må føre til at kontraktens karakter ændres væsentligt er primære i den europæiske udbudsret, hvorfor der må være stærk formodning for, at ændringsadgangen i kontrakter, som har været i udbud efter tilbudsloven, afspejler de europæiske retningslinjer herfor.

12 Standardaftaler i entreprise

I nærværende kapitel vil ændringsadgangen i AB 92 § 14 og ABT 93 § 14, som kan anvendes i entrepriseforhold, blive klarlagt.

I forbindelse med entreprisekontrakter kan parterne vælge at anvende AB 92 eller ABT 93, som begge er frivillige aftalegrundlag også kaldet standardaftaler. AB 92 står for ”Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed”, mens ABT står for ”Almindelige Betingelser for Totalentreprise”.

12.1 AB 92

AB 92 er udarbejdet til traditionel udførelsesentreprise, hvor bygherre og dennes rådgiver har udarbejdet et færdigt projekt, hvorefter entreprenøren påtager sig at udføre arbejdet ud fra projektmaterialiet.⁶⁴

På trods af at parterne indgår aftale om anvendelse af AB 92 i kontraktforholdet, er det stadig muligt, inden aftale indgås, at aftale fravigelser til regelsættet. Fravigelserne skal fremgå klart og utvetydigt.⁶⁵ Såfremt dette krav ikke er opfyldt, vil fortolkningen af fravigelsen baseres på den almindelige obligations- og aftaleretlige fortolkning.

AB 92 kan aftales mellem parterne, uanset om kontrakten skal udbydes iht. udbudsdirektivet, tilbudsloven, eller slet ikke er omfattet af udbudsreglerne.⁶⁶

I modsætning til udbudsdirektivet og tilbudsloven regulerer AB 92 aftaleforholdet mellem parterne efter kontraktindgåelse. Det er efter AB 92 § 14 muligt at foretage kontraktændringer indenfor visse rammer.

12.2 ABT 93

Er der indgået aftale om totalentreprise, står entreprenøren for den væsentligste del af projekteringen samt udførelsen af byggeriet, jf. ABT 93 § 1. Entreprenøren kan for udførelse af totalentreprise benytte sig af rådgivere og underentreprenører, dog påtager entreprenøren sig det overordnede ansvar for projektet.⁶⁷

⁶⁴ Hansen, O. (2013): 59

⁶⁵ Hørlyck, E. (2014): 40

⁶⁶ Hørlyck, E. (2014): 44

⁶⁷ Hørlyck, E. (2014): 14

Bygherren har mulighed for i udbudsmaterialet at udarbejde et forprojekt. Totalentreprenøren får således retningslinjer for udarbejdelse af projektet, hvorved bygherren opnår indvirkning på projektets udformning.⁶⁸ Det må være forventeligt for entreprenøren, at det af bygherren fremsendte udbudsmateriale er lovligt og forsvarligt, og entreprenøren vil af den grund ikke være ansvarlig for udbudsmaterialets projektmæssige anvisninger.⁶⁹

ABT 93 indeholder som AB 92 en bestemmelse, der regulerer muligheden for at foretage ændringer efter indgåelse af kontrakt, jf. ABT 93 § 14. Bestemmelsen er identisk med AB 92 § 14,⁷⁰ og i det følgende vil bestemmelserne derfor blive behandlet samlet og omtalt som ”§ 14”.

12.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14

§ 14 regulerer ændringer, som ønskes foretaget i kontraktens løbetid. Bestemmelsen fremgår af bilag A.

Det skal præciseres, at det ikke i § 14 reguleres, om den pågældende ydelse er en ændring af kontrakt eller er indbefattet i kontrakt.⁷¹ Denne tvist bliver afgjort efter AB 92 § 2 og ABT 93 § 2.

Det fremgår af § 14, stk. 1, at entreprenøren har pligt og ret til at udføre ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringerne har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse.⁷² Det er en konkret vurdering, om der foreligger naturlig sammenhæng mellem den pågældende kontrakt og ændringen. Det er muligt for bygherre, at lade andre end den oprindelige entreprenør udføre arbejdet, når særlige forhold gør sig gældende, f.eks. hvis den allerede antagede entreprenør ikke har ekspertise inden for det område som ekstraarbejdet består af. Det vil i en sådan situation være naturligt for bygherre at antage en ny entreprenør med ekspertise inden for det pågældende område til udførelsen af arbejdet. I den forbindelse kan det diskuteres, om ekstraarbejdet kan anses som en ændring efter § 14, da et arbejde, som den oprindelige entreprenør ikke kan udføre, umiddelbart ikke er i ”*naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser*”.⁷³

Såfremt bygherren har antaget en anden entreprenør til at udføre ændringen uden, at der har været særlige forhold, der gør sig gældende, vil bygherren blive erstatningsansvarlig overfor den oprindelige entreprenør, idet denne vil kunne lide et tab pga. tabt arbejdsfortjeneste.⁷⁴ Dette understøttes af

⁶⁸ Hørlyck, E., totalentreprise (2011): 15

⁶⁹ Hørlyck, E., totalentreprise (2011): 15

⁷⁰ Hørlyck, E., totalentreprise (2011): 101

⁷¹ Hansen, M., mfl. (1993): 50

⁷² Hørlyck, E. (2014): 190

⁷³ Hansen, M. mfl. (1993): 50

⁷⁴ Hørlyck, E. (2014): 192

retspraksis, jf. KfE2013.383 VBA.

I den nævnte kendelse var der indgået kontrakt mellem bygherre og entreprenør om nedrivning og opførelse af bygninger. Under arbejdets udførelse var det nødvendigt at foretage ekstraarbejder i form af situ-støbte smøregrave. For at spare penge anvendte bygherren den antagede entreprenørens underentreprenør til at udføre arbejdet. Smøregravene var ikke en del af den oprindelige entrepris, men voldgiftsretten fandt, at de havde en sådan naturlig sammenhæng med entreprenørens øvrige arbejder, at entreprenøren af den grund havde krav på at udføre arbejdet. Entreprenøren blev tilkendt erstatning for den mistede ydelse.

§ 14, stk. 2 er en ordensforskrift, hvori det bestemmes, at bygherrens krav skal fremsættes skriftligt via en aftaleseddel. Entreprenøren vil således kunne kræve, at bygherren har opfyldt skriftlighedskravet førend arbejdet påbegyndes, dog kan entreprenøren ikke kræve, at der indgås aftale om pris m.v.⁷⁵

§ 14, stk. 3 regulerer beregningen af mer- eller mindreydelser, såfremt der er aftalt enhedspriser. Sker der ændringer i kontrakten inden for intervallet ± 15 pct. af den samlede entrepris eller af de enkelte poster i tilbudslisten inden for intervallet ± 100 pct., skal der afregnes efter enhedspriser. Overskrides intervallerne, vil enhedsprisen ikke gælde for det vederlag, som overstiger intervallet, her skal parterne aftale en ny pris.⁷⁶ Ændringsarbejdet vil i dette tilfælde blive afregnet som regningsarbejde, medmindre andet er aftalt, jf. § 14, stk. 4.

Ændringer af kontraktens art eller omfang kan medføre behov for tidsfristforlængelse. Ekstraarbejderne skal som udgangspunkt udføres inden for det aftalte tidsrum, men såfremt ændringen umuliggør dette, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 92 § 24, stk. 1, nr. 1 og ABT 93 § 24, stk. 1, nr. 1.

Ændringer kan også angå mindrearbejder, jf. § 14, stk. 5. Mindrearbejder foreligger i situationer, hvor arbejdsomfanget bliver formindsket, hvorefter det økonomiske vederlag til entreprenøren kan formindskes. Umiddelbart kan bygherren kun kræve at foretage ændringer til ulempe for entreprenøren, såfremt den ydelse, der skal ændres, helt skal udgå af entrepris kontrakten. Dvs. at der ikke

⁷⁵ Hansen, M., mfl.. (1993): 52

⁷⁶ Hansen, M., mfl.. (1993): 54

kan foretages ændringer med den begrundelse, at bygherre blot ønsker, at arbejdet skal udføres af en anden entreprenør, medmindre der foreligger misligholdelse fra den oprindelige entreprenør.⁷⁷ Bygherren kan således formindske arbejdet, dog skal entreprenøren stilles som, var reduktionen ikke foretaget. Bygherre skal dermed betale entreprenøren det tab, han lider ved formindskelsen, dog skal entreprenøren godskrive bygherren de udgifter, som spares, eller burde have været sparet ved formindskelsen af arbejdet. Udgør ændringen mindre end 15 pct. af entreprisesummen, og er der aftalt enhedspriser, får entreprenøren ikke dækning for den mistede avance. Entreprenøren vil udelukkende få dækningsbidrag for ændringer udover denne procentuelle grænse.

Når der foretages ændringer af kontrakt i medfør af § 14, er det ikke givet, at ændringen medfører merbetaling. Ændringen kan i nogle situationer allerede være indeholdt i den aftalte kontraktydelse, og entreprenøren har dermed ikke krav på betaling herfor. Om ændringen er et ekstraarbejde eller et kontraktarbejde er en vurdering. Denne vurdering og afgrænsning bliver bestemt ud fra AB 92 § 2, stk. 2 og ABT 93 § 2, stk. 2, der omhandler ansvar for fejl og uklarheder i udbudsmaterialet. Såfremt der foreligger en fejl eller uklarhed i udbudsmaterialet, vil det formodes, at ændringen er et ekstraarbejde. Entreprenøren har i disse tilfælde krav på merbetaling.

Bygherren er oftest interesseret i at få arbejder udført uden for mange omkostninger. Derfor har bygherre i nogle entreprisekontrakter tilføjet bestemmelser, hvori det er anført, at entreprenøren ikke skal have betaling for ekstraarbejder eller skal udføre alle arbejder til bygningens fuldstændige færdiggørelse inden for den aftalte entreprisesum.⁷⁸ Sådanne generelle bestemmelser vil ikke have betydning i de tilfælde, hvor der opstår tvist om betaling for ekstraarbejde.⁷⁹ Tvisten vil blive afgjort efter de almindelige regler angående kontraktarbejde og ekstraarbejde.

Det er entreprenøren der har bevisbyrden for, at bygherren har bestilt yderligere arbejde, eller at det udførte arbejde har været nødvendigt for at kunne opfylde kontrakten.⁸⁰ Kan entreprenøren ikke løfte denne bevisbyrde, kan der ikke kræves merbetaling.

⁷⁷ Hørlyck, E. (2014): 215

⁷⁸ Hørlyck, E. (2014): 196f.

⁷⁹ Hørlyck, E. (2014): 197

⁸⁰ Hørlyck, E. (2014): 197

12.4 Omstændigheder som kan begrunde ændringer efter § 14

12.4.1 Vinterbyggeri

Vinterbyggeri kan give anledning til ekstraarbejder, jf. § 14. Der sondres mellem årstidsbestemte vinterforanstaltninger og vejrligsbestemte vinterforanstaltninger, hvoraf de sidste er bygherres ansvar og skal betales som ekstraarbejde.⁸¹ Entreprenøren skal i forbindelse med de vejrligsbestemte vinterforanstaltninger holde bygherren informeret om de nødvendige tiltag for arbejdets udførelse samt de omkostninger, der påløber herved. De årstidsbestemte vinterforanstaltninger skal derimod være indeholdt i entreprenørens tilbud.

For at bygherren har mulighed for at tage højde for den eventuelle merpris i tilfælde af vejrligsbestemte vinterforanstaltninger, bør entreprenøren afgive tilbud ud fra en vintertilbudsliste i udbudsmaterialet. Herved kan bygherren få et indblik i, hvad de vejrligsbestemte vinterforanstaltninger kan løbe op i sammenlignet med andre tilbudsgiveres tilbud på samme kontrakt. Udføres byggeriet i totalentreprise, vil bygherrens forpligtelse mht. vejrligsbestemte foranstaltninger overgå til totalentreprenøren.⁸²

12.4.2 Jordbunds- og grundvandsforhold

Jordbunds- og grundvandsforhold kan også begrunde ændringer, som skal betales som ekstraarbejder. Dette er direkte reguleret i AB 92 § 15, stk. 4 og ABT 93 § 15, stk. 4.

Det følger af bestemmelserne, at entreprenøren må acceptere, at der foretages ændringer af den oprindelige kontrakt, pga. uopdagede jordbunds- eller grundvandsforhold, når udbudsmaterialet ikke fyldestgørende oplyser om disse forhold. Entreprenøren er dog berettiget til merbetaling, der kan kræves efter § 14.⁸³

Det påhviler bygherre at afgive loyale og fyldestgørende oplysninger om vanskelige bundforhold, og bestemmelserne kan dermed anses som en præcisering af AB 92 § 2, stk. 2 og ABT 93 § 2, stk. 2.⁸⁴

Er der aftalt totalentreprise mellem parterne, står totalentreprenøren for projekteringen og har af den grund en skærpet undersøgelsespligt af jordforholdene⁸⁵. Totalentreprenøren må derfor i videre omfang bære risikoen.⁸⁶

⁸¹ Hørlyck, E. (2014): 206

⁸² Jf. vinterbyggebekendtgørelse § 3, stk. 3

⁸³ Hørlyck, E. (2014): 218

⁸⁴ Hørlyck, E. (2014): 226

⁸⁵ Hørlyck, E. (2014): 233

⁸⁶ Hørlyck, E., totalentreprise (2011): 111

12.4.3 Fejl og uklarheder i udbudsmaterialet

Ændringsbehov, der skyldes fejl eller uklarheder i udbudsmaterialet, vil også være omfattet af § 14.⁸⁷ Om ændringen skyldes fejl og uklarheder i udbudsmaterialet skal afgøres efter AB 92 § 2, stk. 2 og ABT 93 § 2, stk. 2, hvori det er reguleret, hvorledes udbudsmaterialet skal udformes. Foreligger der totalentreprise, indeholder bygherrens udbudsmateriale ikke tegninger, beskrivelser m.v., i stedet indeholder udbudsmaterialet funktionskrav, hvorudfra totalentreprenøren skal udarbejde tegninger og beskrivelser. AB 92 § 2, stk. 2 og ABT 93 § 2, stk. 2's ordlyd omkring klarhed og utvetydighed i udbudsmaterialet er dog ens og bliver vurderet ens i retspraksis, hvorfor der ikke skelnes mellem bestemmelserne i det følgende.⁸⁸

Udbudsmaterialet skal være klart, præcist og utvetydigt formuleret, så der ikke er tvivl om hvad kontrakten indeholder. AB 92 § 2, stk. 2 og ABT 93 § 2, stk. 2 er opbygget på baggrund af en flerårig afgørelses- og aftalepraksis,⁸⁹ hvor voldgiftsretten har præciseret kravene angående klarhed og entydighed. Det fremgår bl.a. af KFE 1976.51 DIV, at: *”Tilbudsgivning under licitation er en belastende omkostning for deltagerne, og det må være et krav, at udbudsmaterialet er udformet og opbygget logisk og lettilgængeligt med klare og fyldestgørende oplysninger om de i entreprisen indgående komponenter”*⁹⁰. Det er hermed bygherrens ansvar at sørge for, at udbudsmaterialet er tilstrækkeligt. Såfremt udbudsmaterialet ikke opfylder kravet om klarhed, må det komme bygherre til skade, hvorefter han skal hæfte for nødvendige udvidelser af arbejdets art eller omfang.

Entreprenøren har i den situation, hvor ændringen er et ekstraarbejde, krav på merbetaling, jf. § 14.

12.5 Delkonklusion

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at parter, der har anvendt en standardaftale, AB 92 eller ABT 93, i forbindelse med en entreprisekontrakt, har mulighed for at foretage ændringer af kontrakten, jf. § 14. Det er således frit at foretage kontraktændringer, så længe ændringen omhandler arbejdets art og omfang og har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse. Entreprenøren har ret og pligt til at udføre ændringen, medmindre der foreligger særlige forhold, der kan begrunde, at bygherren antager en anden entreprenør. Det er ydermere anført i bestemmelsen, hvorledes ændringerne skal afregnes mellem parterne.

⁸⁷ Hørlyck, E. (2014): 191

⁸⁸ Hørlyck, E., totalentreprise (2011) 32ff.

⁸⁹ Hansen, O. (2013): 61

⁹⁰ Hørlyck, E. (2014): 45

Ved anvendelse af § 14 er det muligt at udvide kontrakten. § 14 regulerer dog kun det indbyrdes forhold mellem parterne.

12.6 Verserende sag i henhold til match-making aftale

Sagen omhandler tvist om ekstraarbejder i forbindelse med en indgået entreprisekontrakt. Entreprisekontrakten er omfattet af tilbudslovens anvendelsesområde, da entreprisensummen udgør DKK 5.095.605, og kontrakten ønskes indgået af en lokal myndighed.

Sagen involverer fire parter, underentreprenøren, UE, der anlagde sag mod entreprenøren, E, som adciterede bygherren, BH, der herefter adciterede sin rådgiver, R.

BH udbød i december 2012 en entreprisekontrakt, som omfattede et nedrivningsarbejde af nogle bygninger og bygningsdele samt opførelse af andre bygninger. E afgav tilbud i januar 2013 og blev tildelt kontrakten. Det fremgik af udbudsmaterialet, at kontraktforholdet mellem BH og E skulle reguleres efter AB 92.

E havde for udførelsen af kontraktarbejdet antaget UE til at stå for nedrivningsarbejdet. Det viste sig efter arbejdets igangsættelse, at det reelle nedrivningsarbejde ikke stemte overens med det i udbudsmaterialet angivne areal. I udbudsmaterialet var det angivet, at der skulle nedrives ca. 2.900 m², UE underrettede E om, at der var nedrevet yderligere 798 m², og det samlede nedrivningsarbejde udgjorde dermed 3.698 m².

UE kræver herefter DKK 441.995 i betaling for ekstraarbejde ved E. E ønsker ikke at betale, idet E anfører, at BH må hæfte for ekstraarbejdet, da behovet herfor er opstået pga. uklarheder i udbudsmaterialet. E gør derfor kravet gældende mod bygherre med tillægsbetaling på DKK 199.026 for styring og administration. Således beløber ekstraarbejdet sig i en samlet sum på DKK 641.022.

BH bestrider, at der foreligger uklarheder i udbudsmaterialet, idet det samlede areal kunne udledes af vedlagte tegninger. BH adciterer sin rådgiver R i sagen, således at eventuelle krav mod BH kan videreføres mod R.

I den verserende sag er der som nævnt diskussion om, hvorvidt der foreligger en fejl i udbudsmaterialet. E og UE gør gældende, at det af udbudsmaterialet fremgår, at der skal nedrives ca. 2.900 m², hvilket BH og R bestrider, idet de gør gældende, at de vedlagte tegninger skal supplere udbudsmaterialet, og at det reelle nedrivningsareal fremgår af tegningerne.

Det samlede nedrivningsarbejde bør fremgå af udbudsmaterialet således, at det er klart for tilbudsgiver, hvor meget der skal nedrives. Dette krav kan ikke anses for opfyldt, idet en angivelse af ned-

rivningsarbejde på ca. 2.900 m² ikke kan findes dækkende for den faktiske nedrivningsmængde på 3.698 m². Entreprenøren må kunne stole på, at angivelsen af arealet af nedrivningsarbejderne er retvisende for det faktiske areal, som skal nedrives, og det kan ikke forventes, at entreprenøren eftergår alle bilag blot for at efterprøve, om bygherre har foretaget de rigtige udregninger.

Det forudsættes, at udbudsmaterialet i denne sag vurderes uklart, og at der derfor foreligger fejl, der begrundet ekstraarbejde, som BH må hæfte for, jf. AB 92 § 2, stk. 2. Dette ekstraarbejde anses i så tilfælde som en ændring af kontrakten, der må håndteres efter AB 92 § 14.

13 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 sammenholdt med udbudsreglerne

I det følgende vil det blive diskuteret, hvorvidt det tilladte rum for kontraktændringer efter § 14, skildret i kapitel 12, er i overensstemmelse med retningslinjerne for ændringer i kontrakter, som er udbudt efter udbudsdirektivet eller tilbudsloven fremstillet i kapitel 10 og 11.

Der er i kapitel 11 redegjort for, at mulighederne for kontraktændringer er nogenlunde enslydende for de ændringer, som kan foretages iht. udbudsdirektivet og tilbudsloven, hvorfor der som udgangspunkt ikke vil blive sondret mellem disse i det følgende.

Den verserende sag vil i diskussionen blive anvendt som eksemplifikation på problemstillingen.

Det følger af § 14, at der kan foretages ændringer af kontrakt, så længe ændringsarbejdet har en naturlig sammenhæng med kontraktydelsen. Der er ingen begrænsninger for ændringens størrelse hverken økonomisk eller i forhold til ydelsens omfang, og der stilles ingen krav til de omstændigheder, hvorunder ændringerne kan foretages. Det offentlige kan anvende standardaftaler ved kontraktindgåelse, hvorefter det bør kunne formodes, at § 14 er i overensstemmelse med udbudsretten. Det er efter udbudsretten som udgangspunkt ikke muligt at foretage ændringer af kontrakter i deres løbetid, da sådanne ændringer vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Formålet med udbud er, at alle økonomiske aktører får mulighed for at afgive tilbud på en given kontrakt. Såfremt der efter kontraktindgåelse aftales ændringer mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver, bliver disse aftaler ikke konkurrenceudsat i udbuddet, hvorved andre økonomiske aktører ikke får mulighed for at afgive tilbud på ændringsarbejderne.

Ud fra kapitel 10 om udbudsdirektivet, kapitel 11 om tilbudsloven og kapitel 12 om standardaftaler kan det udledes, at der er væsentlige forskelle mellem de nationale standardaftaler, som regulerer det indbyrdes kontraktforhold og reglerne om udbud. Ændringsadgangen i § 14 er ikke underlagt væsentlige begrænsninger, og den vide ændringsadgang kommer derfor i konflikt med udbudsreglerne.

13.1 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til væsentlighedsvurderingen

EU-Domstolen angav i Presstext, at der kan foretages ændringer af kontrakt, såfremt ændringerne ikke er væsentlige. På baggrund af domsafsigelsen er der blevet udledt visse momenter til brug for væsentlighedsvurderingen.

Det vil i nærværende afsnit blive diskuteret, hvorvidt ændringerne efter § 14 stemmer overens med væsentlighedsbetingelserne.

En ændring vil i forhold til udbudsretten anses som væsentlig, såfremt andre end de oprindelige tilbudsgivere ville have haft mulighed for at afgive tilbud på kontrakten, eller en anden var blevet tildelt kontrakten, hvis ændringen fremgik af det oprindelige udbudsmateriale.

Foretages der ændring efter § 14, er der ingen begrænsninger for udvidelsens omfang. En stor udvidelse af kontrakt vil, såfremt udvidelsen var medregnet i det oprindelige udbudsmateriale, kunne skabe interesse omkring kontrakten fra andre økonomiske aktører på markedet. En forøgelse af kontraktens værdi vil f.eks. kunne gøre kontrakten attraktiv for økonomiske aktører, som geografisk er placeret langt fra udførelsesstedet eller udelukkende prioritere værdimæssigt større projekter. Endvidere ville der have været mulighed for, at en anden tilbudsgiver havde afgivet det bedste tilbud, da en stor kvantitativ udvidelse evt. ville have medført en bedre enhedspris på ydelserne.

Det samme vil være tilfældet, hvis der foretages ændringer i kontrakt i form af mindreydelser. I en situation, hvor kontraktomfanget formindskes, vil det evt. bevirke, at mindre økonomiske aktører ville have haft mulighed for at afgive tilbud på kontrakten.

Idet § 14 ikke er undergivet en begrænsning for de mer- eller mindreydelser, som skal tildeles direkte til ordregivers medkontrahent, må ændringer iht. § 14 umiddelbart betragtes som væsentlige, jf. Pressetext, såfremt udvidelserne af kontrakten er af et vist omfang.

Under den verserende sag er nedrivningsarbejdet udvidet fra 2.900 m² til 3.698 m², hvilket svarer til en udvidelse på mere end 25 pct. af den pågældende kontraktydelse. En så stor udvidelse af en central post i kontrakten må kunne betragtes som væsentlig. Det kan ikke udelukkes, at andre økonomiske aktører havde været interesserede i at afgive tilbud, såfremt de havde været bevidste om udvidelsen af kontraktydelsen. Det er ligeledes ikke udelukket, at der blandt tilbudsgiverne var afgivet tilbud, hvor nedrivningsprisen var langt billigere end den antagne tilbudsgivers, hvorfor en forøgelse af nedrivningsarbejdet kunne have medført, at dette tilbud havde været det bedst egnede.

En anden omstændighed, der skal vurderes, er, hvorvidt ændringen medfører, at kontraktens anvendelsesområde forandres således, at der i kontrakten inddrages ydelsestyper, som ikke var en del af den oprindelige kontrakt. Denne begrænsning for ændringer er udledt af Pressetext for at forhindre, at økonomiske aktører fra andre markeder, end det kontrakten oprindeligt henvendte sig til, bliver udelukket fra at afgive tilbud på ændringsarbejderne.

Det følger af § 14, stk. 1, 1. pkt., at ændringer udelukkende kan forlanges, såfremt de har en naturlig sammenhæng med den oprindeligt aftalte ydelse. En sådan naturlig sammenhæng vil ikke forefindes, hvis der sker ændring af den aftalte ydelsestype således, at der for opfyldelse af kontrakten bliver behov for anden fagkundskab og/eller materiel. Dette krav, for at der kan foretages ændringer, bevirker, at der som udgangspunkt ikke vil kunne ske ændring af kontraktens anvendelsesområde iht. § 14, og § 14 er derfor i denne henseende i overensstemmelse med udbudsretten.

Det er ej heller tilladt at foretage ændringer, som medfører, at den økonomiske balance i kontraktforholdet forrykkes til fordel for tilbudsgiver.

Med § 14, stk. 3 er der opstillet visse udregningsmetoder for prisen på mer- og mindreydelser, såfremt der i kontrakten er anvendt enhedspriser. Disse enhedspriser skal herefter anvendes på alle mer- eller mindreydelser, som sker inden for +/- 15 pct. af entreprisensummen eller indenfor +/- 100 pct. af de enkelte poster i tilbudslisten. Ekstraarbejder, som kræves inden for de angivne intervaller, vil således skulle aflønnes iht. allerede aftalte enhedspriser, hvorfor der i sådanne tilfælde ikke vil ske forrykkelse af den økonomiske balance i kontraktforholdet. Alle arbejder, som overstiger disse intervaller, skal aflønnes som regningsarbejde. Idet der med regningsarbejder åbnes mulighed for, at der forhandles pris, kan der opstå situationer, hvor entreprenøren opnår en højere fortjeneste end oprindeligt aftalt, og hermed kan den økonomiske balance forrykkes til fordel for tilbudsgiver. Balancen i kontraktforholdet kan ligeledes forrykkes, hvis ordregiver formindsker kontraktydelsen, idet tilbudsgiver stadig skal have betaling for den tabte arbejdsfortjeneste, såfremt formindskelsen er større end 15 pct. af den oprindeligt aftalte kontraktværdi, og dermed opnår indtjening, for en ydelse der ikke bliver udført.

I den verserende sag er der aftalt enhedspriser. Prisen for merydelsen overstiger ikke 100 pct. af de enkelte poster for nedrivning i tilbudslisten, hvorfor enhedspriserne skal anvendes til udregning af ekstraarbejdet, jf. § 14, stk. 3. Det formodes, at ekstraarbejderne ikke bevirker, at den økonomiske balance i den verserende sag forrykkes til fordel for entreprenøren, da aflønningen af arbejderne allerede er fastsat i det oprindelige kontraktgrundlag, og arbejdet holder sig inden for den procentuelle grænse.

13.2 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til supplerende arbejder

Der er mulighed for tildeling af supplerende arbejder direkte til den antagede entreprenør ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets

art. 31, stk. 4, litra a), såfremt ændringsbehovet er opstået pga. uforudsete forhold, og ændringen er nødvendig for kontraktens opfyldelse.

I henhold til § 14 kan behovet for ændringer være opstået pga. uforudsete omstændigheder, dette er dog ikke en betingelse. Ændringsbehov kan bl.a. opstå pga. vejr-, jordbunds- og grundvandsforhold, som ikke i alle tilfælde, vil kunne forudses af bygherre. Det må dog formodes, at behov for ændringer opstået pga. danske vejrforhold ikke er uforudsigelige for bygherre iht. udbudsdirektivets krav om uforudsigelighed. Det må derfor være muligt for bygherre at indberegne nødvendige vejrforanstaltninger i udbudsmaterialet. Ordregiver er forpligtet til at foretage en rimelig undersøgelse af jordbundsforhold for at kunne udarbejde et klart og tydeligt udbudsmateriale. Der vil derfor som udgangspunkt heller ikke kunne opstå uforudsigelige behov for ændringer pga. jordbundsforhold. Der kan dog formentligt opstå uforudsete behov for ændringer, hvis der under et projekts udførelse registreres ekstraordinære jordbundsforhold såsom historiske fund m.v.

Såfremt behov for ændringsarbejder iht. § 14 er opstået pga. uforudsete forhold, kan de supplerende ændringsarbejder tildeles direkte til den antagede entreprenør, idet udbudsdirektivet tillader en sådan tildeling ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, jf. UBD art. 31, stk. 4, litra a). Rummet for kontraktændringer iht. § 14 vil, hvis behovet for ændringen er opstået pga. uforudsete forhold, være i overensstemmelse med de ændringer, der kan tillades iht. udbudsretten.

I den verserende sag er det fejl og mangler i udbudsmaterialet, som begrundet, at der skal ske ændringer af kontrakt iht. § 14. Den verserende sag henhører som tidligere beskrevet under tilbudslovens anvendelsesområde. I det følgende vil det dog forudsættes, at sagen er omfattet af udbudsdirektivet for at kunne eksemplificere råderummet for kontraktændringer efter § 14 i forhold til UBD art. 31, stk. 4, litra a).

Umiddelbart forekommer fejl og mangler i udbudsmaterialet ikke at kunne kategoriseres som et uforudset forhold, der vil begrunde, at ydelsen tildeles direkte til den oprindelige entreprenør, jf. UBD art. 31, stk. 4, litra a). Såfremt ordregiver har begået fejl i udbudsmaterialet, findes det ikke logisk, at det er de udenforstående økonomiske aktører, dette skal komme til skade derved, at de ikke får mulighed for at afgive tilbud på det korrekte udbudsmateriale. Claus Berg anfører heroverfor, at fejl og uklarheder i udbudsmaterialet kan begrunde direkte tildeling af supplerende ydelser

ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.⁹¹ Såfremt Claus Berg har ret i denne antagelse, vil det ekstra nedrivningsarbejde i den verserende sag kunne tildeles direkte til entreprenøren uden, at dette er i strid med udbudsdirektivet.

Da den verserende sag er omfattet af tilbudsloven, vil Claus Bergs antagelse bevirke, at det ekstra nedrivningsarbejde kan tildeles ved underhåndsbud, jf. TBL § 12, stk. 3, nr. 5.

13.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringer i medfør af kontrakt

Det kan diskuteres, om § 14 kan anses som en revisionsklausul, såfremt det i udbudsmaterialet er angivet, at standardaftaler finder anvendelse for udformning af kontraktgrundlaget.

Revisionsklausuler skal for at give mulighed for senere ændringer uden pligt til genudbud være klare og utvetydige og skal specifikt angive, hvad den mulige ændring indebærer.

Som tidligere nævnt fremgår det af § 14, at bygherren kan kræve en ændring af kontrakten, såfremt den har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. De påtænkte ændringer er ikke nærmere definerede, og ændringerne kan i princippet være af en hvilken som helst art og omfang, så længe de har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse. Idet ændringen ikke er nærmere præciseret, er det umuligt for tilbudsgiver at afgøre, hvad en senere ændring af kontrakten reelt indebærer, hvorfor der ikke kan afgives et kontraktstilsvarende tilbud. Selvom det fremgår af udbudsmaterialet, at § 14 finder anvendelse i kontraktforholdet, vil kravet om, at revisionsklausuler skal fremgå klart og tydeligt, ikke være opfyldt.

Ud fra ovenstående argumentation kan § 14 umiddelbart ikke anses som en revisionsklausul efter udbudsreglerne. De ændringer, der bliver foretaget efter § 14, kan derfor ikke betegnes som ændringer i medfør af kontrakt, hvorfor det skal vurderes ud fra andre kriterier, hvorvidt ændringen kan tillades, eller om der skal ske genudbud.

Er tilbuddet afgivet med listepreiser, og består ændringen af et mer- eller mindrearbejde, kan det diskuteres, om ændringen alligevel kan anses som foretaget i medfør af kontrakt.

I den verserende sag bliver nedrivningsarbejdet udvidet og omfatter herefter 798 m² mere end oprindeligt angivet. Entreprenøren har på forhånd angivet enhedspreiser, og alle økonomiske aktører er gennem udbudsmaterialet oplyst om, at AB 92 finder anvendelse på aftaleforholdet, hvorefter der er mulighed for, at der kan foretages ændringer efter kontraktindgåelse.

⁹¹ Berg, C. (2012): 252

§ 14's upræcise beskrivelse af de eventuelle ændringsarbejder vil dog medføre, at de økonomiske aktører ved tilbudsafgivning skal tage hensyn til muligheden for forøgelse af samtlige poster på tilbudslisten. En sådan upræcis mulighed for forøgelse iht. § 14 som revisionsklausul synes ikke umiddelbart at kunne begrunde, at senere ændringsarbejder har været tilstrækkeligt konkurrenceudsat i det oprindelige udbud. Hertil kommer, at det ikke kan tjene ordregiver, at rammerne for ændringsmuligheden ikke opridses tilstrækkeligt tydeligt. Såfremt alle tilbudsgivere tager afsæt i en omfangsrig mulighed for udvidelse, vil dette kunne bevirke, at de afgivne tilbud bliver langt dyrere, end hvad de kunne have været, såfremt revisionsklausulen havde været tilstrækkeligt klart beskrevet.

13.4 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til udskiftning af medkontrahent

Det følger af udbudsdirektivets retningslinjer for kontraktændringer, at det er muligt at foretage udskiftning af medkontrahent, såfremt udskiftningen skyldes intern omstrukturering. Skyldes udskiftning af medkontrahent andre omstændigheder, er der flere betingelser, der skal opfyldes, førend udskiftningen kan foretages uden, at kontrakten skal i genudbud.

Heroverfor opstilles der i § 14 betingelse om, at medkontrahent kun kan udskiftes i forbindelse med udførelse af ekstraarbejder, når særlige forhold gør sig gældende.

Udskiftning af medkontrahent iht. § 14 kan kun ske for udførelse af ekstraarbejde. Der vil således være to forskellige ændringer af den oprindelige kontrakt, der skal tages stilling til ved vurderingen af, om udskiftningen er i overensstemmelse med udbudsreglerne. Det er ikke sikkert, at ændringerne hver for sig udgør en væsentligt kontraktændring, som vil medføre udbudspligt, dog er det muligt, at ændringerne tilsammen udgør en så væsentlig ændring, at der indtræder pligt til genudbud. Udfaldet af denne diskussion kan bevirke, at ordregiver ikke kan tildele ændringsarbejderne direkte til en anden entreprenør. Ordregiver vil dog, såfremt der kan påvises særlige omstændigheder være løstrevet fra sin kontraktuelle forpligtelse overfor den oprindeligt antagne entreprenør, hvorfor ordregiver kan udbyde ændringsarbejderne uden at blive erstatningsansvarlig.

13.5 Ordregivers kontraktuelle forpligtelse

Det fremgår af nærværende kapitel, at rummet for kontraktændringer efter § 14 er bredere end rummet for ændringer efter udbudsreglerne. Denne forskellighed i mulighederne for at foretage ændringer kan være problematisk.

Når ordregiver vælger at anvende § 14 i det interne aftaleforhold mellem ordregiver og den antagne entreprenør, opstår der spørgsmål om, hvorvidt ordregiver har mulighed for at udskifte medkon-

trahenten med den begrundelse, at ændringsarbejderne skal i fornyet udbud. Tillades det ikke efter § 14 at udskifte medkontrahent på baggrund af udbudspligt, vil ordregiver, såfremt han opfylder sin kontraktforpligtelse og fravælger at foretage fornyet udbud, kunne sanktioneres herfor jf. håndhævelsesloven kap. 5. Vælger ordregiver derimod at antage en ny entreprenør på baggrund af fornyet udbud, vil han blive erstatningsansvarlig overfor den oprindelige entreprenør for tabt arbejdsfortjeneste, såfremt forpligtelsen iht. § 14 ikke bortfalder ved pligt til genudbud.

Claus Berg antager, at pligt til at foretage fornyet udbud iht. udbudsreglerne må betragtes som et sådant "*særligt forhold*" jf. § 14, stk. 1, der begrundet ret til udskiftning af entreprenør for udførelsen af ekstraarbejderne.⁹² Der foreligger ikke retspraksis, som understøtter Claus Bergs antagelse, og i betænkningen til AB 92 anføres det kun, at særlige omstændigheder foreligger på baggrund af tekniske eller erfaringsmæssige årsager, eller såfremt den oprindelige entreprenørs økonomiske krav ikke er rimelige.⁹³ Det er dog en kendsgerning, at alle er forpligtede til at kende jus, hvorfor entreprenører må være vidende om ordregivers udbudsretlige forpligtelser. Entreprenøren bør derfor formode, at udbudspligt vil være et særligt forhold, som begrundet, at ordregiver bliver nødt til at løsrive sig fra sin forpligtelse til at tildele ekstraarbejdet direkte som foreskrevet i § 14. Herudover må den omstændighed, at ordregivers aftalefrihed begrænses af udbudsreglerne, findes naturlig at betegne som et særligt forhold.

13.6 Delkonklusion

Det fremgår af nærværende kapitel, at ordregivers mulighed for at foretage kontraktændringer iht. § 14 på ingen måde er underlagt de strenge retningslinjer for ændringer, der følger af udbudsretten. Efter § 14 er det tilladt at foretage ændringer, som i udbudsretlig henseende bliver betegnet som væsentlige. Den eneste begrænsning, der bliver sat efter § 14, i forhold til væsentlige ændringer er, at ændringsarbejdet skal have naturlig sammenhæng med den oprindelige kontraktydelse. Kontraktens anvendelsesområde kan således ikke efter § 14 tillades ændret, hvilket er i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

§ 14's anvendelsesområde er ikke styret af et krav om, at behovet for ændringsarbejderne skal være opstået pga. uforudsete forhold. Heroverfor følger det af UBD art. 31, stk. 4, litra a) og TBL § 12, stk. 3, nr. 5, at supplerende arbejder kan tildeles direkte til den oprindelige entreprenør uden offentliggørelse, såfremt behovet for ændringen var uforudset. Da § 14 ej heller er underlagt denne be-

⁹² Berg, C. (2012): 829

⁹³ Betænkning nr. 1246: 87

grænsning, er adgangen for tildelingen af supplerende ydelser større end de lovbestemte udbudsretlige regler herfor.

Udbudsreglerne giver mulighed for, at ordregiver kan foretage ændringer, såfremt muligheden herfor er angivet i udbudsmaterialet. § 14 findes at være en generelt formuleret klausul, der ikke kan leve op til de udbudsretlige krav om gennemsigtighed, da den ikke er tilstrækkeligt specificeret. I udbudsretlig henseende kan § 14 derfor ikke anses som en revisionsklausul, der tillader ændringer i medfør af kontrakt.

§ 14 finder kun anvendelse i tilfælde af tildeling af mer-eller mindreydelser, hvorfor udskiftning af entreprenør iht. bestemmelsen kun vil blive relevant, såfremt der allerede er ønske om at foretage kvantitative ændringer af kontraktydelsen. Flere ændringer i samme kontrakt kan i udbudsretlig sammenhæng begrunde pligt til fornyet udbud, såfremt ændringerne tilsammen anses væsentlige.

Det formodes, at ordregiver på baggrund af § 14, stk. 1 har en aftalebaseret adgang til at løsrive sig fra forpligtelsen om, at den oprindelige entreprenør skal tildeles ændringsarbejderne, såfremt ordregiver ifalder pligt til at foretage fornyet udbud.

14 Ændringsadgangen efter de nye udbudsregler

Reglerne for kontraktændringer iht. de nye udbudsregler vil i nærværende kapitel blive beskrevet for, at der kan ske vurdering af, hvorvidt der sker forandringer i ændringsadgangen i forhold til den nuværende praksis herfor.

Ved *Kommissionens grøn bog af 27. januar 2011 om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb* blev mulighederne for en forbedring af udbudsreglerne sendt i høring. Kommissionen lagde med grønbogen op til gennemførelsen af en mere effektiv og smidig procedure for offentlige udbud. Der blev lagt specifik vægt på problemerne i forhold til ligebehandlingsprincippet og korrekt gennemførelse af offentlige indkøb generelt, som kan opstå, i forbindelse med en offentlig kontrakts udførelse.⁹⁴ Manglen på regulering af kontraktens udførelse i udbudsdirektivet blev fremhævet med henvisning til, at eneste nugældende direktivbaserede rettesnor er kravet om forudgående gennemsigtighed for klausuler om kontraktens udførelse.⁹⁵

Medlemsstaternes efterspørgsel på smidige og effektive udbudsregler resulterede efter fremsættelsen af lovforslaget i 2011 i vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv, udbudsdirektivet 2014. Det nye direktivs art. 72 omhandler de grundlæggende løsninger for ændringer i kontrakter. Artikel 72 fremgår af bilag B.

Udbudsdirektivet 2014 skal senest være implementeret i medlemsstaterne d. 18. april 2016.⁹⁶ I Danmark forventes implementeringen af direktivet gennemført ved en national udbudslov. Der er ved Lovforslag nr. L 164 (herefter forslag til udbudsloven/L 164) nedsat forslag til den danske udbudslov, som via §§ 178-184 implementerer de nye regler for ændringer i kontrakter i deres løbetid. Bestemmelserne fremgår af bilag C. Loven forventes at træde i kraft d. 1. oktober 2015.⁹⁷

14.1 Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet 2014 indeholder i art. 72 reglerne for de ændringer, som kan foretages i en kontrakts løbetid uden, at dette resulterer i, at der skal ske fornyet udbud af ændringsarbejderne, jf.

UBD 2014 art. 72, stk. 1. Artiklen omhandler både ændringer i kontrakter og i rammeaftaler. Da der ikke er forskel på ændringsmulighederne i forhold til de to, vil der kun blive henvist til ændringer i kontrakt.

⁹⁴ Grønbog (2011): 26

⁹⁵ Grønbog (2011): 26

⁹⁶ UBD 2014, art. 90

⁹⁷ L 164 § 196, stk. 1

14.1.1 Ændringer i medfør af kontrakt

Udbudsdirektivet 2014, art. 72, stk. 1, litra a) fastsætter rammen for de ændringer, som kan foretages i medfør af kontrakt ved anvendelse af revisionsklausuler. Det bliver med det nye direktiv som udgangspunkt muligt at foretage alle former for ændringer uanset disses økonomiske værdi, så længe ændringerne har været beskrevet tilstrækkeligt klart i udbudsmaterialet. Beskrivelsen af den mulige ændring skal omfatte dennes art og omfang. Som eksempel på de tiltænkte revisionsklausuler angives i præambelen til UDB 2014 klausuler om prisindeksering, teknologisk udvikling i f.eks. kommunikationsudstyr, tilpasning af kontrakt pga. tekniske vanskeligheder eller vedligeholdelsesforanstaltninger.⁹⁸ Det fastsættes dog, at ændringer iht. revisionsklausuler ikke må bevirke at kontraktens overordnede karakter ændres.

Det synes ikke klart, hvad der præcist menes med, at ”kontraktens overordnede karakter ikke må ændres”. Udbudslovsudvalget (herefter Udvalget) antager, at kontraktens overordnede karakter ikke ændres, blot fordi der foretages ændringer i en kontrakts grundlæggende elementer, såfremt muligheden for disse ændringer havde været angivet i det oprindelige udbudsmateriale. Udvalget anfører, at en kontrakts overordnede karakter derimod vil forandres, såfremt en given ændring bevirker, at kontrakten bliver interessant for en helt anden kreds af tilbudsgivere end de oprindelige.⁹⁹

Artikel 72, stk. 1, litra a) findes i naturlig forlængelse af den allerede gældende domspraksis på området. EU-Domstolen har som omtalt i kapitel 10 afgjort, at ændringsmuligheder, som er tilstrækkeligt klart beskrevet i udbudsmaterialet, allerede har været konkurrenceudsat ved det oprindelige udbud, hvorfor principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke krænkes, hvis de efterfølgende ændringer følger udbudsgrundlaget.

14.1.2 Supplerende ydelser

Artikel 72, stk. 1, litra b) indeholder mulighed for, at ordregiver kan tildele supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer, direkte til den oprindelige tilbudsgiver. De supplerende ydelser kan tildeles, såfremt de er blevet nødvendige til trods for, at de ikke var beskrevet i det oprindelige udbud.

Reguleringen af supplerende arbejder og leverancer er med udbudsdirektivet 2014 således samlet i én bestemmelse. Betingelserne for at foretage ændring i kontrakt i form af anskaffelse af suppleren-

⁹⁸ UBD 2014, betragtning 111

⁹⁹ Rapport om udbudslovgivning (2014): 787

de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra den oprindelige tilbudsgiver, bliver derfor de samme ved direktivets implementering.

Betingelserne for den direkte tildeling er, at en udskiftning af den oprindelige tilbudsgiver for udførelsen af det supplerende arbejde ikke er mulig af tekniske eller økonomiske årsager, samt at udskiftning vil medføre betydelige problemer eller væsentlig forøgelse af de økonomiske omkostninger for ordregiver.

Udvalget fremhæver, at kravet om, at det ikke må være muligt at udskifte den oprindelige tilbudsgiver for udførelsen af de supplerende ydelser, skal fortolkes lempeligt. Som det også fremgår af art. 72, stk. 1, litra b)'s ordlyd, er kravet om umulighed for udskiftning opfyldt, såfremt det blot vil være problematisk eller medføre væsentlige omkostninger for ordregiver at anvende en anden end den oprindeligt antagede tilbudsgiver.¹⁰⁰

Betingelserne for ændring i kontrakt i form af anskaffelse af supplerende ydelser minder om de krav, der tidligere i udbudsdirektivet blev stillet om teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved anskaffelse af supplerende vareleverancer, jf. UBD art. 31, stk. 2, litra b). Der er dog med udbudsdirektivet 2014 om ændringer af kontrakter i deres løbetid nu stillet det yderligere krav til supplerende vareleverancer, at ændringerne skal være nødvendige.

For den direkte tildeling, jf. UBD 2014 art. 72, stk. 1, litra b) er det økonomiske loft fra UBD art. 31, stk. 4, litra a) i hovedtræk videreført, hvorfor værdien af et supplerende arbejde ikke må overstige 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi. Den økonomiske grænseværdi i udbudsdirektivet 2014 adskiller sig dog fra udbudsdirektivets regulering derved, at værdien af successive supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser ikke sammenlægges, når det vurderes, om den økonomiske grænse er overskredet. Efter udbudsdirektivet 2014 kan hvert enkelt supplerende arbejde derfor have en værdi på op til 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi, hvorefter den samlede værdi af arbejderne kan overstige den oprindelige kontraktværdi. Til trods for dette bredere økonomiske råderum for supplerende bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser må gennemførelsen af successive ændringer dog ikke have som mål at omgå direktivets regler.

For supplerende vareleverancer betyder UBD 2014 art. 72, stk. 1, litra b), at der nu er indført et økonomisk loft for den direkte tildeling. Tildeling af disse ydelser var med udbudsdirektivet begrænset af, at kontraktens løbetid generelt ikke måtte overstige tre år. De supplerende vareleveran-

¹⁰⁰ Rapport om udbudslovgivning (2014): 788

cer, der anskaffes, som ændring i kontrakt, jf. UBD art. 72, stk. 1, litra b) er nu i stedet underlagt den ovenfor beskrevne økonomiske begrænsning for direkte tildeling.

UBD 2014 art. 72 stk. 1, litra b) minder således meget om bestemmelserne fra udbudsdirektivet om udbudsproceduren ved tildeling af supplerende arbejder og leverancer, jf. UDB art. 31, stk. 2, litra b) og stk. 4, litra a). De krav, som iht. udbudsdirektivet gav ordregiver mulighed for at tildele supplerende ydelser ved forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, er i hovedtræk videreført til udbudsdirektivet 2014's bestemmelse om ændringer af kontrakter i deres løbetid. Udbudsdirektivet 2014 indeholder dog stadig mulighed for at anvende udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ved tildeling af supplerende arbejder eller leverancer, jf. UBD 2014, art. 32, stk. 3, litra b) og stk. 5.

Udvalget anfører, at bestemmelserne om udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentlighed, jf. UBD 2014, art. 32, stk. 3 og 5, nu skal anvendes, såfremt der skal ske supplerende af en allerede gennemført kontrakt. Tildeling af supplerende ydelser i et løbende kontraktforhold skal derimod ske iht. UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra b).¹⁰¹ Denne tolkning synes rigtig, idet der i UBD 2014 art. 32, stk. 3 og 5 anvendes begreber som ”*udvidelse af allerede foretagne leveringer*” og ”*nye bygge- og anlægsarbejder, eller tjenesteydelser der er en gentagelse af tilsvarende ydelser*” - udtryk som giver opfattelse af, at den oprindelige kontrakt allerede er gennemført. Heroverfor stilles der for anvendelse af UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra b) krav om, at de supplerende ydelser er ”blevet nødvendige”, hvilket må tyde på, at kontrakten ikke er færdigafviklet.

14.1.3 Uforudset behov for ændringer

Artikel 72, stk. 1, litra c) omhandler muligheden for at foretage ændringer af kontrakt, såfremt behovet for ændringerne er opstået pga. forhold, som en almindelig agtpågivende ordregiver ikke kunne have forudset. Der opstilles i bestemmelsen tre betingelser for, at en ændring kan gennemføres.

Første krav er, at behovet for at ændringen er udsprunget af forhold, som ikke kunne have været forudset af en påpasselig ordregiver.

I direktivets præambel er det anført, at begrebet ”uforudsigelige omstændigheder” dækker over situationer ”*der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler, det specifikke*

¹⁰¹ L 164, bemærkning til § 181

projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi”¹⁰²

Andet krav for ændringer, jf. UDB 2014, art. 72, stk. 1, litra c) er, at den påtænkte ændring ikke må berøre kontraktens overordnede karakter. Definitionen af forandring af kontraktens overordnede karakter er beskrevet i afsnit 14.1.1.

Det tredje krav er overholdelse af den økonomiske grænse, som er beskrevet ovenfor under stk. 1, litra b). En ændring af kontrakt, der er udsprunget af et uforudset ændringsbehov, må således ikke have en økonomisk værdi, som overstiger 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Udvalget formoder, at denne bestemmelse om ændringer af kontrakt vil få stor anvendelse i praksis, da betingelserne, for at ændringer kan foretages iht. litra c)’s ordlyd, er yderst begrænsede. Der foreligger hverken krav om, at ændringerne af kontrakten skal være nødvendige for kontraktens gennemførelse eller uadskillelige fra den oprindelige ydelse for, at ændringerne kan foretages.¹⁰³ Hvorledes EU-domstolen fortolker betingelsen, om at forholdet ikke skulle have været forudset af en påpasselig ordregivende myndighed, må skildres gennem kommende retspraksis. Såfremt der stilles meget strenge krav til ordregivers agtpågivenhed, vil bestemmelsen evt. kun have betydning i de tilfælde, hvor eksterne omstændigheder begrunder behovet for ændringen. I tilfælde af at det udelukkende er udefrakommende omstændigheder, som ordregiver på ingen måde kunne have taget hensyn til under udbuddet, er domstolen i forvejen tilbøjelig til at tillade ændringer for nødvendig tilpasning af kontrakt, jf. Pressetext.

UBD 2014’s præambel lægger dog også op til en blødere fortolkning af begrebet ”uforudsigelige omstændigheder”. Det anføres, at der skal inddrages et økonomisk aspekt i vurderingen af, om forholdet var uforudsigeligt for ordregiver. Således vil relativt ressourcekrævende undersøgelser kunne begrunde uforudsigelighed, såfremt ordregiver ikke har afdækket forholdet. Hvornår det vurderes, at ”*hensynet til de tilgængelige midler for projektets udførelse*” og sikring af ”*et relevant forhold mellem de ressourcer der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi*”¹⁰⁴ kan

¹⁰² UDB 2014, præambel, betragtning 109

¹⁰³ Rapport om udbudslovgivning (2014): 788

¹⁰⁴ UDB 2014, præambel, betragtning 109

begrunde, at ordregiver ikke skulle have forudset behovet for ændringen angives ikke nærmere, men må afklares gennem retspraksis.

Der skal efter udbudsdirektivet 2014 foretages offentliggørelse i Den Europæiske Unions Tidende af kontraktændringer, som er gennemført iht. art. 72, stk. 1, litra b) eller c).¹⁰⁵ Det er efter det nye direktiv ikke en nødvendighed, at bekendtgørelse offentliggøres før ændring i kontrakt foretages.

14.1.4 Udskiftning af medkontrahent

UBD 2014 art. 72, stk. 1, litra d) indeholder mulighed for, at ordregiver kan udskifte medkontrahent i kontraktperioden uden, at der skal ske fornyet udbud. Udskiftning af kontrahent må dog kun ske under visse oplyste omstændigheder.

Stk. 1, litra d) henviser som første mulighed for udskiftning til stk. 1, litra a). Herefter kan der ske udskiftning af medkontrahent i medfør af kontrakt, så længe ændringsmuligheden har været fastsat tilstrækkeligt klart i det oprindelige udbudsmateriale. Det fastslås altså blot i litra d), at en af de potentielle ændringsmuligheder i medfør af kontrakt, jf. litra a), er udskiftning af medkontrahent.

En medkontrahent kan ligeledes udskiftes i kontraktperioden, såfremt udskiftningen udelukkende er begrundet i den oprindelige kontrahents interne omstruktureringer, f.eks. ved overtagelse, fusion, erhvervelse eller insolvens. Generelt for udskiftning af medkontrahent pga. selskabsmæssige omstruktureringer gælder det, at den nye kontrahent skal opfylde de krav til kvalitativ udvælgelse, der blev stillet til tilbudsgiverne i det oprindelige udbud. Den indtrædende kontrahent skal f.eks. kunne opfylde krav om økonomisk, finansiel, teknisk eller faglig formåen.

Der er endvidere krav om, at udskiftning af medkontrahent pga. intern omstrukturering ikke må foretages for at omgå direktivet, samt at udskiftningen ikke må betyde, at kontrakten på andre måder væsentligt forandres. Vurderingen, af om kontrakten på andre måder væsentligt forandres, formodes at skulle foretages iht. den væsentlighedsdefinition, som fremgår af udbudsdirektivet 2014, art. 72, stk. 4.¹⁰⁶

¹⁰⁵ UBD 2014, art. 72, stk. 1

¹⁰⁶ Rapport om udbudslovgivning (2014): 789

Der er ligeledes mulighed for at foretage udskiftning af medkontrahent under en kontrakts løbetid, såfremt ordregiver overtager hovedentreprenørens forpligtelser og derved træder i hovedentreprenørens sted overfor dennes underentreprenør.

Udvalget finder ikke, at denne ændringsmulighed i kontrakt er en egentlig udskiftning.¹⁰⁷ Det kan diskuteres, hvorvidt Udvalget har ret i dette synspunkt. Der indtræder ikke nye parter i aftaleforholdet, da det stadig er den oprindelige underentreprenør, som opfylder kontrakten. Såfremt ordregiver træder i hovedentreprenørens sted iht. dennes forpligtelser overfor underentreprenøren, kunne ordregiver dog lige såvel have opdelt ydelsen fra udbuddets begyndelse, hvorefter flere små eller mellemstore virksomheder evt. ville have haft mulighed for at afgive tilbud på kontrakterne.

Det følger af udbudsdirektivet 2014, at denne ændringsmulighed er begrænset af national ret. Det vil kun være medlemsstater, som gennem lovgivning har tilladt en sådan udskiftning, som vil kunne gøre brug af ændringsmuligheden.

14.1.5 Ikke væsentlige ændringer - væsentlighedskriterierne

I art. 72, stk. 1, litra e) gives ordregiver mulighed for at foretage ændringer af kontrakt, såfremt ændringerne ikke er væsentlige. Rammerne for væsentlighedsvurderingen findes i UBD 2014 art. 72, stk. 4. De ændringer, som kan foretages iht. litra e), er ikke regulerede efter værdi, og ændringens økonomiske størrelse er således underordnet i væsentlighedsvurderingen jf. UBD 2014 art. 72, stk. 1, litra e), jf. art. 72, stk. 4. Da der er sammenhæng mellem stk. 1, litra e) og stk. 4, vil der nedenfor ske redegørelse for de væsentlighedskriterier, som fremgår af UBD 2014, art. 72, stk. 4.

Artikel 72, stk. 4, 1. pkt. indeholder en generel ramme for de ændringer, der må betegnes som værende væsentlige og derfor ikke kan foretages uden genudbud. En ændring af kontrakt i dennes løbetid er herefter væsentlig: *"hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt."* Herefter oplystes ændringstilfælde i litra a)-d), som under alle omstændigheder er at betragte som væsentlige, medmindre ændringen er undtaget fra genudbud iht. UBD 2014 art. 72, stk. 1 eller 2.

I stk. 4, litra a) fastsættes det, at ændringer, der hvis de havde været medtaget i det oprindelige udbudsmateriale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere at prækvalificere sig eller at blive tildelt kontrakten, er væsentlige. Ændringer, som bevirker, at kravene til kontraktydelsen eller tilbudsgivers kvalifikationer sænkes markant, eller som forskyder vægtningen af de kriterier, som

¹⁰⁷ Rapport om udbudslovgivning (2014): 789

ordregiver har opstillet for udvælgelse, kan således ikke tillades. Der vil ligeledes være tale om en væsentlig ændring, jf. stk. 4, litra a), hvis flere eller andre tilbudsgivere ville have afgivet tilbud på kontrakten, såfremt ændringen havde været inddraget i udbudsmaterialet.

I stk. 4, litra b) defineres væsentlige kontraktændringer som forandringer, der bevirker, at den økonomiske balance i kontraktforholdet ændres til fordel for tilbudsgiveren på en måde, som ikke var forudsat i udbudsmaterialet. Såfremt tilbudsgiveren får højere betaling for udførelse af kontrakten, vil der være foretaget en væsentlig ændring. Andre knap så åbenlyse forskydninger af balancen vil også kunne begrunde, at en ændring er væsentlig. En sådan situation kan f.eks. opstå, hvis ordregiver påtager sig forpligtelser, som ifølge kontrakten påhvilede tilbudsgiveren.

Hvis ændringen bevirker, at både ordregiver og tilbudsgiver opnår fordele, vil det skulle vurderes, om disse fordele udligner hinanden, eller om en af kontrahenterne opnår større fordel end den anden.

Kun såfremt tilbudsgiveren opnår størst fordel, vil der foreligge en væsentlig ændring, jf. UBD 2014 art. 72, stk. 4, litra b).

I stk. 4, litra c) angives det, at en ændring af kontrakt er væsentlig, hvis den resulterer i, at kontraktens anvendelsesområde udvides betydeligt. Ændringer må således ikke bevirke, at kontrakten kommer til at omfatte ydelser, som ikke var en del af den oprindeligt udbudte kontrakt.¹⁰⁸

Stk. 4, litra d) definerer alle udskiftninger af medkontrahent som væsentlige ændringer, medmindre udskiftningen er undtaget iht. UBD 2014 art. 72, stk. 1, litra d). Således vil ordregiver ikke være berettiget til at udskifte medkontrahent i en kontrakts løbetid, 1) såfremt ændringen ikke sker pga. intern omstrukturering, 2) muligheden for ændringen ikke har været inddraget i udbudsmaterialet, eller 3) ordregiver ikke selv indtræder i hovedentreprenørens forpligtelser. Kan udskiftning af medkontrahent ikke ske i kontraktens løbetid, jf. UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra d) skal kontrakten i nyt udbud.

Væsentlighedsbedømmelsen, jf. UBD 2014, art. 72, stk. 4, litra a)-c), forekommer at være en indførelse af direktivbaserede betingelser, som følger de retningslinjer for væsentlighedsbedømmelsen, der er udledt af Pressetext. Den direktivbaserede væsentlighedsbedømmelse efter udbudsdirektivet

¹⁰⁸ Fabricius, J. (2014): 587 og Rapport om udbudslovgivning (2014): 790

2014 og de allerede nugældende momenter, som skal inddrages ved vurdering af, om en ændring er væsentlig, er således sammenfaldende.

14.1.6 Ændringens værdi

Udbudsdirektivet 2014 art. 72, stk. 2 indeholder mulighed for at foretage kontraktændringer af relativt beskeden værdi, uden at der skal foretages ny udbudsprocedure for disse. Denne økonomiske grænse for ændringer omtales som bagatelgrænsen¹⁰⁹. Det anføres i stk. 2, 1. pkt., at sådanne kontraktændringer kan foretages, uanset om ændringen ellers defineres som væsentlig, jf. UBD 2014 art. 72, stk. 4, litra a)-d). Det må dog være en forudsætning, for at bestemmelsen finder anvendelse, at det er muligt at opgøre ændringens økonomiske værdi.

I stk. 2, nr. i) fastsættes der krav om, at den pågældende kontraktændring er af lavere værdi end tærskelværdierne, jf. UBD 2014 art. 4. Ændringer, som i sig selv overstiger tærskelværdierne og derfor som selvstændige kontrakter, ville skulle gennemgå udbud, vil ikke kunne fritages for udbud, uanset hvor stor ændringen ellers er i forhold til den oprindelige kontrakts værdi.

I stk. 2, nr. ii) er der fastsat en procentuel økonomisk grænseværdi for kontraktændringer. For vare- og tjenesteydelseskontrakter kan ændringer, som har en værdi under 10 pct. af den oprindelige kontrakts værdi, foretages uden, at der er pligt til at gennemføre ny udbudsprocedure. For bygge- og anlægskontrakter skal værdien af ændringsarbejderne være lavere end 15 pct. af kontraktens oprindelige værdi, førend udbud kan undgås.

Der gælder to yderligere betingelser for, at ændringer i løbende kontraktforhold er undtaget fra udbud pga. deres beskeden værdi.

For det første må ændringerne ikke have indflydelse på kontraktens overordnede karakter. Indflydelse på kontraktens karakter kan foreligge, såfremt der foretages ændring af den oprindeligt aftalte anskaffelsesform. Således vil der f.eks. ikke umiddelbart kunne ske køb, såfremt der er indgået aftale om leasing.¹¹⁰

Den anden generelle betingelse for ændringerne er, at værdien af samtlige på hinanden følgende ændringer, som foretages iht. én kontrakt, skal adderes. Hvis der foretages flere ændringer af samme kontrakt, er det således summen af alle ændringerne, som afgør, om de overskrider den økono-

¹⁰⁹ Vejledning om kontraktændringer (2013): 9

¹¹⁰ Rapport om udbudslovgivning (2014): 791

miske grænse, eller om de beløbsmæssigt falder under bagatelgrænsen, hvorefter de kan tildeles uden udbud.

Indførelsen af bagatelgrænsen for mulige ændringer af kontrakt er som sådan en nyskabelse inden for udbudsretten, idet gældende praksis for kontraktændringer ikke indeholder nogen egentlig økonomisk undtagelsesregel.¹¹¹

14.1.7 Generelle bestemmelser

Er der i kontrakter indgået aftale om brug af indekssklausul, regulerer art. 72, stk. 3 fastsættelsen af ændringers værdi. Stk. 3 får således indvirkning på udregningen af de procentuelle grænser, som anvendes i UBD 2014 art. 72, stk. 1 litra b) og c) og stk. 2. Det fastslås i stk. 3, at de værdier, der skal anvendes til udregning, er referenceværdierne.

I art. 72, stk. 5 er pligten til at foretage genudbud, hvis ikke den påtænkte ændring er omfattet af en af art. 72, stk. 1 eller 2's bestemmelser, opridset.

Stk. 5 er således en påmindelse om, at ændringer af kontrakt som udgangspunkt skal i nyt udbud.

Indførelsen af art. 72 om ændringer af kontrakter i deres løbetid er, som det også er fremhævet i præambelen, som udgangspunkt en præcisering af den allerede gældende praksis på området.¹¹²

14.2 Udbudsloven

Som nævnt i indledningen til nærværende kapitel er de europæiske medlemsstater forpligtede til at implementere udbudsdirektivet 2014. Implementering af et direktiv skal ske ved national gennemførelseslovgivning, herunder enten ved lov, bekendtgørelse eller gennem andre bindende retsregler. I Danmark er der udarbejdet forslag til en egentlig udbudslov, som skal implementere de rammer for udbud, som opstilles ved udbudsdirektivet 2014.

Udvalget har under deres arbejde med lovsforslaget fundet det hensigtsmæssigt, at indholdet af udbudsdirektivet 2014, art. 72 omformuleres, således at artiklens ordlyd harmonerer bedre med dansk lovtradition.¹¹³ Det er bl.a. foreslået, at alle ændringer, som medfører pligt for ordregiver til at fore-

¹¹¹ Rapport om udbudslovgivning (2014): 781

¹¹² UBD 2014, præambel, betragtning 107

¹¹³ Rapport om udbudslovgivning (2014): 792

tage fornyet udbud, i dansk lov går under fællesbetegnelsen: ”ændringer af grundlæggende elementer.”¹¹⁴

Udvalget har ikke fundet det nødvendigt at indføre yderligere begrænsninger af ordregivers mulighed for at foretage ændringer af offentlige kontrakter i deres løbetid end den begrænsning, som fremgår af udbudsdirektivet 2014, hvorfor den fulde fleksibilitet i art. 72 foreslås implementeret.

14.2.1 Ændring af kontrakter m.v.

Udbudslovens afsnit om ”ændringer af kontrakter m.v.” omhandler som udbudsdirektivet 2014 art. 72 om ”ændringer af kontrakter i deres løbetid” både de ændringer, som kan foretages i indgåede rammeaftaler og kontrakter. Der vil kun ske henvisning til de ændringer, som kan foretages i kontrakt. Det dog skal understreges, at der vil være samme muligheder for at foretage ændringer i rammeaftaler.

Da forslaget til udbudsloven i vid udstrækning gentager udbudsdirektivet 2014’s bestemmelser om kontraktændringer, vil der som udgangspunkt kun blive lagt vægt på de bestemmelser, som differentierer herfra. Der vil dog ske kort opridsning af hvilke bestemmelser i lovforslaget, der forventes at implementere direktivbestemmelserne.

I nærværende afsnit forudsættes det, at forslag til udbudsloven vedtages i sin fulde tekst.

§ 178 i forslag til udbudsloven gennemfører UBD 2014, art. 72, stk. 4 og 5.

I forslag til udbudsloven § 178, stk. 1 er nødvendigheden af at foretage ny udbudsprocedure, såfremt en ændring er væsentlig, nu nationalt betegnet som ændring af kontraktens grundlæggende elementer, fremhævet. Dernæst gentages væsentlighedsbedømmelsen i forslag til udbudsloven § 178, stk. 2, punkt 1-4, som den forefindes i UBD 2014, art. 72, stk. 4. Det fremhæves i forslag til udbudsloven § 178, stk. 2, at en ændring, som umiddelbart er en ændring af en kontrakts grundlæggende elementer, alligevel ikke skal gennemgå ny udbudsprocedure, dersom det følger af forslag til udbudslov §§ 179-183, at ændringerne kan foretages direkte.

Forslag til udbudsloven § 179 indfører reglerne for ændringer i medfør af kontrakt, jf. UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra a), i national lovgivning. Der er ikke betydelige forskelle mellem udbudsdirektivet 2014’s bestemmelse om ændringer i medfør af kontrakt og forslag til udbudsloven § 179.

I forslag til udbudsloven er begrænsningen om, at revisionsklausulerne ikke må bevirke, at en kontrakts overordnede karakter forandres, videreført fra direktivet.

¹¹⁴ Rapport om udbudslovgivning (2014): 792

Bagatelgrænsen efter UBD 2014, art. 72, stk. 2 er gennemført i forslag til udbudsloven § 180. Ordregiver og dennes medkontrahent får ved anvendelse af § 180 mulighed for, at foretage ændringer hvis værdi er under tærskelværdierne, jf. L 164 § 6, og mindre end henholdsvis 10 og 15 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Udbudsdirektivet 2014, art. 72, stk. 1, litra b) gennemføres ved forslag til udbudsloven § 181. Det er herefter muligt at tildele supplerende bygge- og anlægsarbejder, vareleverancer eller tjenesteydelser direkte til den oprindelige tilbudsgiver. For anvendelse af den danske bestemmelse kræves det, at ændringerne er *nødvendige for gennemførelsen af kontrakten*, udskiftning af medkontrahent ikke kan lade sig gøre uden væsentlige økonomiske eller tekniske ulemper, og at det vil forårsage betydelige problemer eller væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger, såfremt der sker udskiftning. Det direktivbaserede krav om ”nødvendighed” er således i forslag til udbudsloven formuleret som et krav om, at ”ændringerne er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten”.

Kravet, om at de supplerende ydelser skal være nødvendige for gennemførelsen af kontrakten, skal forstås således, at projektet vil fremstå ufærdigt, såfremt ydelserne ikke bliver tilkøbt. Det vil derfor ikke være muligt for ordregiver at tildele supplerende ydelser direkte til medkontrahenten uden at foretage ny udbudsprocedure, hvis behovet for ydelserne f.eks. er opstået pga. ordregivers forandring af præferencer.¹¹⁵

Forslag til udbudsloven § 182 implementerer UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra d) om muligheden for udskiftning af medkontrahent i en offentlig kontrakts løbetid uden pligt til fornyet udbud. Herefter bliver det muligt for ordregiver at udskifte medkontrahent, når muligheden herfor har været fastsat i det oprindelige udbudsmateriale, eller når udskiftningen sker pga. interne omstruktureringer. I forslag til udbudsloven § 182 gives ordregiver dog ikke som i UBD 2014, art. 72, litra d), nr. iii) mulighed for at indtræde i medkontrahentens forpligtelser overfor underentreprenører eller leverandører. Muligheden for en sådan udskiftning skal, såfremt den ønskes implementeret i national lov, fastsættes ved gennemførelse af UBD 2014 art. 71, stk. 3. Udvalget har anbefalet, at ordregiver ikke gives en sådan indtrædelsesret i udbudsloven, da: ”..det vil indebære en ændring af almindelige obligationsretlige principper..”¹¹⁶

¹¹⁵ L 164, bemærkning til § 181

¹¹⁶ Rapport om udbudslovgivning (2014): 778

Forslag til udbudsloven § 183 gennemfører UBD 2014, art. 72, stk. 1, litra c) om muligheden for at foretage ændringer i løbende kontraktforhold, såfremt behovet herfor er opstået pga. forhold, som ikke umiddelbart kunne have været forudset. Udtrykket ”ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed”, som er anvendt i UBD 2014, art. 72, litra c), nr. i), er i forslag til udbudsloven § 183, 1. pkt., formuleret ”ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver”. Umiddelbart synes udtrykket ”påpasselig ordregivende myndighed” ved anvendelse af ordet myndighed at indeholde et større krav til den agtpågivenhed, ordregiver skulle have udvist for at afdække alle forhold for kontraktens gennemførelse. Da EU-Domstolens fortolkning af direktivernes begreber og formål er styrende for også nationale afsigelser iht. EU-retten, vil der dog formentlig ikke være forskel på den vurdering, der foretages ved henholdsvis Klagenævnet for Udbud, de danske domstole eller EU-domstolen. Hertil kommer, at de momenter i vurderingen af om ordregiver har udvist tilstrækkelig agtpågivenhed, som er angivet i præamblen til UBD 2014, er gentaget i bemærkningerne til udbudsloven.¹¹⁷ Det vil herefter være de samme overvejelser, som gør sig gældende ved vurderingen af, om ordregiver har udvist tilstrækkelig påpasselighed med at oplyse forholdende omkring kontraktens udførelse, uanset om forholdet bedømmes efter direktivet eller forslaget til udbudsloven.

14.2.8 Generelle bestemmelser

Forslag til udbudsloven § 184, stk. 1 opridser den generelle bestemmelse i UBD 2014, art. 72, stk. 3 om beregning af ændringens værdi, såfremt den ændrede kontrakt indeholder en indekseringsklausul.

I § 184, stk. 2 gennemføres reglen fra UBD 2014, art. 72, stk. 1, 2. afsnit. Foretagne ændringer af kontrakt i form af indkøb af supplerende ydelser, jf. L 164 § 181, og ændringer pga. uforudsete behov herfor, jf. L 164 § 183, skal således offentliggøres i den Europæiske Unions Tidende. Efter forslaget til udbudsloven stilles der dog også, jf. § 184, stk. 2, krav om, at der skal ske offentliggørelse af ændringsarbejder under bagatelgrænsen, jf. L 164 § 180.

14.3 Delkonklusion

Med udbudsdirektivet 2014 og forslaget til udbudsloven redegøres der således for de ændringer, som kan foretages i offentlige kontrakter og rammeaftaler, uden at ordregiver ifalder pligt til at foretage genudbud.

Som tidligere omtalt indeholder udbudsdirektivet ikke bestemmelser, som direkte regulerer forholdet mellem parterne efter kontraktindgåelse. Det fremgår dog forudsætningsvist af nogle af udbudsdirektivets bestemmelser, at der ikke frit kan foretages ændringer, og retningslinjerne for en sådan

¹¹⁷ L 164, bemærkning til § 183

begrænsning er ligeledes udledt af retspraksis. Udbudsdirektivet 2014, art. 72 og forslag til udbudsloven §§ 178-184 er som udgangspunkt en kodificering af allerede gældende ret. Der findes dog også nye tiltag i direktivet og forslaget til loven. Det skal nu være muligt at foretage ændringer, såfremt disses værdi er under bagatelgrænsen, og det bliver endvidere muligt at foretage ændringer, blot fordi behovet for disse opstår pga. uforudsete forhold.

Det var Kommissionens formål med de nye udbudsregler, at ”..*præcisere de vilkår hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure.*..”¹¹⁸ Som udgangspunkt findes det, at udbudsdirektivet 2014, art. 72 præciserer sådanne vilkår. De fleste bestemmelser i art. 72 indeholder dog det krav, at ændringer ikke må berøre ”..*den overordnede kontrakts karakter*”. En sådan betingelse overlader domstolene et rimeligt skøn i forhold til at bedømme, hvorvidt karakteren af en given kontrakt må anses for at være forandret. Domstolens skøn er dog i præambelen til UBD 2014 underlagt det krav, at kontrakten i alle tilfælde må anses at have forandret karakter, såfremt kontraktens anvendelsesområde eller indholdet af kontraktparternes gensidige rettigheder og pligter væsentligt forandres.¹¹⁹ Specielt kontraktændringer, som ville have haft indflydelse på resultatet af udbudsproceduren, såfremt ændringerne havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale,¹²⁰ må betragtes som værende væsentlige. En sådan skønsspræget begrænsning vurderes dog ikke at kunne give ordregiver sikkerhed for, hvornår en ændring må forventes at forandre kontraktens overordnede karakter.

¹¹⁸ UBD 2014, præambel, betragtning 107

¹¹⁹ UBD 2014, præambel, betragtning 107

¹²⁰ UBD 2014, præambel, betragtning 107

15. AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 sammenholdt med de nye udbudsregler

Det vil i nærværende kapitel blive diskuteret, hvorvidt vedtagelsen af de nye udbudsregler, udbudsdirektivet 2014 og forslag til udbudsloven vil få indvirkning på, hvorvidt § 14 er i overensstemmelse med de udbudsretlige regler om kontraktændringer.

Som det fremhæves i kapitel 14 om de nye udbudsregler, er der ikke væsentlige forskelle mellem gældende praksis og de direktivbaserede bestemmelser, som bliver indført for kontraktændringer ved udbudsdirektivet 2014's implementering. Der vil derfor som udgangspunkt være de samme uoverensstemmelser mellem ændringsadgangen i § 14 og udbudsdirektivet 2014 som ved de nugældende retningslinjer. Der foreligger dog mindre forskelle, som kan have betydning for vurderingen i forhold til § 14.

15.1 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringer grundet uforudsete forhold

En af forskellene mellem nugældende regler og den nye udbudslovgivning er muligheden for at foretage ændringer, såfremt behovet herfor er opstået pga. uforudsete forhold.

Det fremgår af nugældende retningslinjer, at behov for ændringer, som er opstået på baggrund af udefrakommende omstændigheder, generelt ikke bevirker, at ændringsarbejderne skal i genudbud, jf. Pressetext. Der gives med udbudsdirektivet 2014 mulighed for, at ikke kun udefrakommende omstændigheder vil kunne begrunde et behov for ændring. Andre momenter kan således inddrages i vurderingen af, om det er tilladt at foretage ændring pga., at behovet herfor var uforudset, herunder at forholdet ville have været relativt ressourcekrævende at afdække.

Som nævnt i kapitel 12 om standardaftaler kan behovet for ændringsarbejder iht. § 14 være opstået pga. uforudsete forhold, herunder f.eks. pga. jord- og grundvandsforhold, men dette er dog ikke et krav.

Trods Udvalget formoder, at muligheden for at foretage ændringer af kontrakt pga. uforudsete behov herfor vil blive anvendt i vid udstrækning i praksis, da der stilles meget få betingelser for ændringsmuligheden, findes ændringsadgangen stadig ikke så bred som efter § 14.

For nærværende diskussion forudsættes det, at den verserende sag er omfattet af forslag til udbudslovens anvendelsesområde. Ændringen vil således kunne få betydning i forhold til den i kapitel 10 om udbudsdirektivets ændringsadgang beskrevne vurdering af, om fejl og uklarheder i udbudsmaterialet må betragtes som et for ordregiver uforudset forhold. Claus Berg anfører, at udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a)'s krav, om at ændringsbehovet skal være opstået pga. uforudsete forhold, er opfyldt, dersom behovet er opstået pga. fejl og uklarheder i udbudsmaterialet. Såfremt EU-

domstolen tillader, at uforudsigelighedskravet i udbudsdirektivet 2014 er opfyldt på baggrund af, at et forhold blot ikke er blevet tilstrækkeligt oplyst, vil udbudsdirektivet 2014, art. 72, stk. 1, litra c) støtte op om Claus Bergs antagelse om uforudsigelige forhold.

15.2 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til det økonomiske loft

Den økonomiske grænse for supplerende ydelser tildelt i løbende kontraktforhold bliver med udbudsdirektivet 2014 og udbudsloven udvidet, således at grænsen i stedet gælder for hver enkelt ændring, der foretages. Summen af successive supplerende ydelser kan således efter de nye regler overstige 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Da § 14 ikke indeholder nogen økonomisk grænse for de mer- eller mindreydelser, som kan tildeles iht. bestemmelsen, vil udvidelsen af det økonomiske råderum for tildeling efter udbudsdirektivet 2014 ikke bevirke, at der opstår større grad af overensstemmelse mellem rummet for kontraktændringer efter § 14 og udbudsretten.

15.3 AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 i forhold til ændringens værdi

Der er ved udbudsdirektivet 2014 fastsat en bagatelgrænse, der giver ordregiver mulighed for at foretage ændringer af relativ lav værdi. Da § 14 som ovenfor nævnt ikke indeholder en økonomisk grænse for ændringsarbejder, bevirker bagatelgrænsen ej heller, at der opstår større overensstemmelse mellem § 14 og udbudsdirektivet 2014.

I forhold til den verserende sag er det samlede beløb af ændringsarbejderne DKK 641.022. Dette beløb udgør knap 13 pct. af værdien af den oprindelige kontraktsum på DKK 5.095.605. En sådan ændring af en bygge- og anlægskontrakt kan således tildeles direkte til den oprindelige entreprenør efter implementeringen af bagatelgrænsen i udbudsloven.

15.4 Delkonklusion

Det kan ud fra ovenstående konkluderes, at der formentlig ikke med implementeringen af udbudsdirektivet 2014 vil ske store ændringer i forhold til uoverensstemmelsen mellem § 14 og udbudsreglerne. Mulighederne for at foretage kontraktændringer efter § 14 vil stadig være underlagt langt færre begrænsninger end de direktivbaserede regler for ændringer af kontrakter i deres løbetid.

16 Konklusion

Der er i nærværende afhandling foretaget diskussion af, hvorvidt kontraktændringsmuligheden i AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er i overensstemmelse med udbudsretten.

I § 14 reguleres det interne aftaleforhold angående kontraktændringer mellem bygherre og dennes entreprenør. Entreprenøren har ret og pligt til at udføre ændringsarbejder, såfremt bygherren ikke kan påvise særlige forhold, som begrunder, at andre skal udføre arbejdet. I § 14 opstilles der ikke andre krav for muligheden for at foretage ændringer af kontrakt end, at udvidelse eller formindskelse af kontrakt skal omhandle arbejdets art og omfang og skal have en naturlig sammenhæng med den oprindeligt aftalte ydelse.

Der er i udbudsdirektivet ingen bestemmelser, som direkte regulerer muligheden for ændringer i indgåede kontrakter. De retningslinjer, der er opstillet for ændringer, er hovedsageligt udledt af retspraksis. Der er dog i udbudsdirektivet fastsat bestemmelse om mulighed for anvendelse af undtagelsesproceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Opfylder kontraktændringen kravene for anvendelse af denne procedure, kan ændringsarbejderne tildeles den antagede tilbudsgiver, og bestemmelsen får dermed indirekte virkning på muligheden for ændringer af kontrakt.

Det er gennem retspraksis fastslået, at kontraktændringer, som bærer præg af, at de kontraherende parter har forsøgt at omgå udbudsdirektivets regler, under ingen omstændigheder kan tillades. Generelt gælder det, at kontraktændringer, som strider mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, ikke kan tillades uden fornyet udbud, herunder må ændringer, som er så væsentlige, at de bevirker, at kontraktens anvendelsesområde eller målgruppe ændres, anses som stridende mod disse principper. Såfremt ordregiver er uden skyld i behovet for en konkret ændring, er der tilbøjelighed til at tillade ændringen.

Tilbudslovens muligheder for ændringer i bygge- og anlægskontrakter følger generelt de af udbudsdirektivet udledte retningslinjer.

Udbudsdirektivet 2014 er i hovedtræk en kodificering af allerede gældende ret for ændringer i kontrakt. Det formodes derfor ikke, at der med implementeringen af udbudsdirektivet 2014 vil ske væsentlige forandringer af muligheden for at foretage ændringer af kontrakter i deres løbetid.

Det må konkluderes, at muligheden for at foretage kontraktændringer efter AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 er underlagt langt færre begrænsninger end der opstilles for offentlige kontrakter ved TEUF, udbudsdirektivet, tilbudsloven, det nye udbudsdirektiv og den heraf følgende udbudslov. Det tilladte rum for kontraktændringer efter AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 findes således at give ordregiver langt større frihed til at foretage kontraktændringer i form af art og omfang, end det kan tillades i udbudsretten. Der foreligger derfor ikke overensstemmelse mellem rummet for kontraktændringer efter AB 92 § 14 og ABT 93 § 14 og retningslinjerne for ændringer i kontrakter, som er udbudt efter udbudsdirektivet, tilbudsloven, det nye udbudsdirektiv og den heraf følgende udbudslov.

Såfremt ordregiver er underlagt udbudsreglerne, kan ordregiver ikke blot tildele ændringsarbejder direkte til den oprindelige entreprenør, selvom § 14 er aftalt mellem parterne. Ordregiver har i en sådan situation pligt til at undersøge, om den ønskede ændring kan foretages i henhold til udbudsreglerne.

Opstår der pligt til genudbud pga. ændringen, kan ordregiver blive erstatningsansvarlig for kontraktbrud, såfremt han ikke kan løsrive sig fra sin forpligtelse til direkte tildeling til den antagede tilbudsgiver iht. § 14.

Det formodes dog at muligheden i § 14 for at udskifte entreprenøren, såfremt ordregiver kan påvise særlige omstændigheder, som begrundet behovet for udskiftningen, kan anvendes som escapeklausul. Ordregiver kan herved løsrive sig fra kontraktforholdet med den oprindelige entreprenør, hvad angår ændringsarbejderne, dersom pligten til genudbud opstår. Det vurderes derfor ikke at den problematik, at ordregiver påtager sig kontraktuelle forpligtelser i henhold til § 14, som er i uoverensstemmelse med udbudsretten, har større betydning i praksis.

17 Litteraturliste

Lovgrundlag

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)
(refereret som: Udbudsdirektivet/UBD)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
(refereret som: Udbudsdirektivet 2014/UBD 2014)
- Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.
(refereret som: Håndhævelsesloven)
- Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter
(refereret som: Tilbudsloven/TBL)
- Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde
(refereret som: Lissabontraktaten/TEUF)

Lovforslag, bekendtgørelser og betænkninger

- Bekendtgørelse om bygge- og anlægsarbejder i perioden 1. november til 31. marts, nr. 477 af 18.05.2011
(refereret som: Vinterbyggebekendtgørelse)
- Betænkning fra Udvalget til revision af ”Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB 72)” indeholdende AB 92, nr. 1242, Bygge- og Boligstyrelsen, marts 1993.
(refereret som: Betænkning nr. 1246)

- Forslag til Udbudslov, lovforslag nr. L 164, fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen
(*refereret som: Forslag til udbudsloven/L 164*)
- L 2005 338: FT 2004-05 (2. samling): A 912 (lovforslag 42) - Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, nr. 42.
(*refereret som: Lovforslag til tilbudsloven (2004)*)

Vejledninger og rapporter

- Kommissionens grøn bog af 27. januar 2011 om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb
(*refereret som: Grøn bog (2011)*)
- Kontraktændringer, vejledning, 2013, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(*refereret som: Vejledning om kontraktændringer (2013)*)
- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014
(*refereret som: Rapport om udbudslovgivning (2014)*)

Standardaftaler

- Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92), udfærdiget af Boligministeriet den 12. oktober 1992
(*refereret som: AB 92*)
- Almindelige Betingelser for Totalentreprise (ABT 93), udfærdiget af Boligministeriet den 22. december 1993
(*refereret som: ABT 93*)

Bøger

- Berg, Claus, *Udbudsret i byggeriet*, 1. udgave, 2012, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-1756-2

(refereret som: Berg, C. (2012))

- Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 3. udgave, 2014, Karnov Group Denmark A/S, ISBN 978-87-619-3553-3
(refereret som: Fabricius, J. (2014))
- Hagel-Sørensen, Karsten, *Aktuel udbudsret*, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-2596-3
(refereret som: Hagel-Sørensen, K. (2011))
- Hansen, Mogens; Schmidt, Jan Eske; Sørensen, Niels; Tolstrup, Lars Peter; Boesgaard, Eric, *AB 92 for praktikere*, 1. udgave, 1993, CTH Grafisk A/S, ISBN 87-87092-19-0
(refereret som: Hansen, M., mfl. (1993))
- Hansen, Ole, *Entrepriseretlige mellemformer*, 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-2889-9
(refereret som: Hansen, O. (2013))
- Hørlyck, Erik, *Entreprise med kommentarer*, 7. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-3242-8
(refereret som: Hørlyck, E (2014))
- Hørlyck, Erik, *Totalentreprise*, 3. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-2203-0
(refereret som: Hørlyck, E., totalentreprise (2011))
- Poulsen, Sune Troels; Jakobsen, Peter Stig; Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU Udbudsretten*, 2. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets forlag, ISBN 978-87-574-1619-0
(refereret som: Poulsen, S., mfl. (2011))
- Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise, *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave, 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-1136-2

(refereret som: Steinicke, M., mfl. (2008))

Retspraksis

EU-Domstolens afgørelser

- Sag C-160/08 af 29. april 2010, Kommissionen mod Tyskland
- Sag C-91/08, Wall AG mod Stad Frankfurt am Maim, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH
- Sag C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich
(refereret som: Preetext)
- Sag C-19/00, SIAC Construction Ltd
(refereret som: SIAC)
- Sag C-496/99, Kommissionen mod CAS Suchhi di Frutta,
(refereret som: Suchhi di Frutta)

Tidsskrift for bolig- og byggeret

- TBB2011.331 VBA
- TBB2010.276

Klagenævnet for udbuds kendelser

- Kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-Sekretariatet
- Kendelsen af 29. september 2003, Unicomputer mod Greve Kommune
- Kendelse af 2. juli 1998, FRI mod Københavns Lufthavne

Kendelser for fast ejendom

- KFE 1981.4 VBA
- KFE 1976.51 DIV

Websider

<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Regler-og-vejledninger-mm/Taerskelvaerdierne/Taerskelvaerdier-2014-og-2015>

Set 13.04.2015

(refereret som: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: tærskelværdier)

Bilag A: AB 92 § 14 og ABT 93 § 14

”Bygherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Entreprenøren har ret til at udføre sådanne ændringer, medmindre bygherren påviser særlige forhold, der begrundes, at bygherren lader andre udføre arbejdet.

Stk. 2. Bygherrens krav om ændring skal fremsættes skriftligt. Det samme gælder parternes eventuelle krav om forandringer i aftalen med hensyn til pris, tid og sikkerhed som følge af ændringen. Der træffes snarest skriftlig tillægsaftale om ændringen. Forhandlinger herom må ikke medføre forsinkelse af arbejdets udførelse.

Stk. 3. Vedrører ændringerne arbejder, hvorom der gælder enhedspriser, reguleres den aftalte entreprisesum i overensstemmelse hermed, medmindre der træffes anden aftale, jf. stk. 2. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske, inden for +/- 15 pct. af entreprisesummen og inden for +/- 100 pct. af de enkelte poster i tilbudslisten.

Stk. 4. Udover tilfældene nævnt i stk. 3, udføres ændringsarbejde som regningsarbejde, medmindre andet er aftalt.

Stk. 5. Ved formindskelse af arbejdets omfang skal entreprenøren godskrive bygherren de udgifter, som spares eller burde have været sparet. Vedrører formindskelsen arbejder, hvorom der gælder enhedspriser, jf. stk. 3, skal dette dog kun ske i det omfang, mindrearbejdet medfører, at entreprisesummen formindskes med mere end 15 pct.”

Bilag B: Udbudsdirektivet 2014 – artikel 72

Ændring af kontrakter i deres løbetid

1. Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne direktiv i følgende tilfælde:

- a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af priserne, eller revisionsmuligheder. I disse klausuler fastsættes omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter
- b) for supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer fra den oprindelige entreprenør, som er blevet nødvendige, og som ikke var omfattet af det oprindelige udbud, såfremt en ændring af entreprenøren:
 - i. ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager såsom krav om indbyrdes ombyttelighed eller interoperabilitet med eksisterende udstyr, tjenesteydelser eller installationer, der blev indkøbt i forbindelse med det oprindelige udbud, og
 - ii. ville forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af den ordregivende myndigheds omkostninger.

En eventuel prisstigning må dog ikke overstige 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Såfremt der foretages flere successive ændringer, gælder denne begrænsning for værdien af hver af ændringerne. Sådanne successive ændringer må ikke have til formål at omgå dette direktiv

- c) når samtlige følgende betingelser er opfyldt:
 - i. behovet for ændring er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed
 - ii. ændringen berører ikke den overordnede kontrakts karakter
 - iii. en eventuel prisstigning er ikke større end 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt eller rammeaftale. Såfremt der foretages flere successive ændringer, gælder

denne begrænsning for værdien af hver af ændringerne. Sådanne successive ændringer må ikke have til formål at omgå dette direktiv

- d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten som følge af enten:
- i. en utvetydig revisionsklausul eller -mulighed i overensstemmelse med litra a)
 - ii. en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, såfremt dette ikke medfører andre væsentlige ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af dette direktiv eller
 - iii. at den ordregivende myndighed selv påtager sig hovedentreprenørens forpligtelser over for underentreprenørerne, når denne mulighed gives i den nationale lovgivning i medfør af artikel 71
- e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

Ordregivende myndigheder, der har ændret en kontrakt i de i dette stykkes litra b) og c) nævnte tilfælde, offentliggør en bekendtgørelse herom i *Den Europæiske Unions Tidende*. Denne bekendtgørelse skal indeholde de i bilag V, del G, anførte oplysninger og offentliggøres i henhold til artikel 51.

2. Desuden kan kontrakterne, uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, også ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv, når værdien af ændringen er lavere end følgende værdier:

- i. tærsklerne i artikel 4 og
- ii. 10 % værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter og lavere end 15 % af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.

Ændringen berører dog ikke den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter. Hvis der foretages flere på hinanden følgende ændringer, vurderes værdien ud fra den samlede nettoværdi af de på hinanden følgende ændringer.

3. Med henblik på beregningen af den pris, som er omhandlet i stk. 2 og stk. 1, litra b) og c), skal den ajourførte pris være referenceværdien, når kontrakten omfatter en indekssklausul.

4. En ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid anses for at være væsentlig i medfør af stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Med forbehold af stk. 1 og 2 anses en ændring under alle omstændigheder for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

- a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
- c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde
- d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1, litra d).

5. En ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en offentlig kontrakt eller en rammeaftale i løbet af dennes løbetid end dem,

Bilag C: Forslag til udbudslov - §§ 178-184

Ændring af kontrakter m.v.

§ 178. Ved en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt eller rammeaftale skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne lov.

Stk. 2. En ændring af en kontrakt eller rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Medmindre andet følger af §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren,
- 2) kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for,
- 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde, eller
- 4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten.

§ 179. Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder, samt betingelserne for deres anvendelse, og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

§ 180. Ændringer af en kontrakt eller rammeaftale anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringerne er lavere end

- 1) tærskelværdierne i § 6, og
- 2) 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter, eller lavere end 15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.

Stk. 2. Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt eller rammeaftale, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen.

Stk. 3. Ændringer i henhold til stk. 1 må dog ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

§ 181. Ændringer vedrørende supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer fra den oprindelige leverandør anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, når ændringerne er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten, og når anvendelse af en anden leverandør

- 1) ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art, og
- 2) vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger.

Stk. 2. Værdien af supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer må ikke overstige 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.

Stk. 3. Foretages der flere successive ændringer, gælder begrænsningen i stk. 2 for hver enkelt ændring.

§ 182. Udskiftning af den oprindelige leverandør, anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af

- 1) en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed, jf. § 179, eller
- 2) hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov.

§ 183. Ændringer af en kontrakt anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,
- 2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres, og

3) værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.

§ 184. Den maksimalt tilladte ændring i værdi henhold til §§ 180, 181, og 183, beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul.

Stk. 2. Ordregiveren skal i forbindelse med ændringer af en kontrakt i overensstemmelse med §§ 181 og 183 offentliggøre en bekendtgørelse herom i den Europæiske Unions Tidende. Bekendtgørelsen skal indeholde oplysningerne, der er anført i bilag V, del G til denne lovs bilag 2, og bekendtgørelsen skal offentliggøres i henhold til § 129, stk. 6.