

Mulighederne for at foretage kontraktændringer uden fornyet udbudspligt

The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure

Kandidatspeciale, foråret 2018

Nicoline Laigaard Skals, studienummer: 20136579

Simon Christensen, studienummer: 20137085

Vejleder: Martin Holmgaard Thomsen

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	3
1.1 Indledning.....	3
1.2 Problemformulering	4
1.3 Afgrænsning	4
1.4 Metode.....	5
2. Indledende om udbudsreglerne.....	7
2.1 Definitioner	7
2.2 Formål med udbudsreglerne	8
2.3 Udbudsreglernes grundlæggende principper	9
2.3.1 Ligebehandling	9
2.3.2 Gennemsigtighed.....	10
2.3.3 Proportionalitet.....	11
2.4 Sanktionen uden virkning.....	11
2.4.1 Retsvirkninger	12
2.4.2 Tidspunktet for uden virkning	12
2.4.3 Hvilke dele af kontrakten er uden virkning?	13
3. Ændringer af kontrakten	14
3.1 Udbudsreglernes rækkevidde.....	14
3.2 Ændringsbehov	16
3.3 Reglerne om ændringer af kontrakter	16
3.3.1 Reglernes opbygning og terminologi	17
3.3.2 Ændring af grundlæggende elementer	18
3.3.3 Pressetext C-454/06.....	18
3.4 Grundlæggende elementer	20
3.4.1 Aktuelle og potentielle konkurrence	20
3.4.2 Den økonomiske balance	24
3.4.3 Betydelige udvidelser	26
3.4.4 Udskiftning af leverandør.....	27
3.4.5 Sammenfattende om grundlæggende elementer.....	27
3.5 Tilladte ændringer af kontrakten	28
3.5.1 Bagatelgrænsen.....	28
3.5.2 Supplerende indkøb.....	30
3.5.3 Udskiftning af leverandører.....	31
3.5.4 Uforudsete behov	35
3.5.5 Beregning af ændringernes værdi	38

3.6 Momenter i vurderingen	39
4. Ændringer i medfør af kontrakten.....	41
4.1 Krav til ændringsklausuler	42
4.1.1 Klare, præcise og entydige klausuler.....	42
4.1.2 Omfang, art samt betingelserne for anvendelsen	44
4.1.3 Kontraktens overordnede karakter	45
5. Ændringsklausuler som en del af udbudsmaterialet?.....	47
5.1 Overordnet karakter og grundlæggende elementer.....	47
5.1.1 Pris.....	49
5.1.2 Art og omfang.....	49
5.1.3 Løbetid	51
5.1.4 Udskiftning af leverandør	52
5.3 Sammenfattende	52
6. Konklusion	54
7. Abstract.....	56
8. Litteraturliste	57

1. Indledning

1.1 Indledning

Det offentlige i Danmark havde i år 2016 mulighed for at konkurrenceudsætte opgaver for omkring 400 milliarder kroner, svarende til omkring 20 % af det danske bruttonationalprodukt. Af dette beløb blev omkring 25 % konkurrenceudsat. Hvert år konkurrenceudsætter det offentlige i Danmark altså for omkring 100 milliarder kroner.¹

Indgåelse af offentlige kontrakter har været genstand for regulering på EU-plan siden 1971.² Reguleringen på EU-plan har sidenhen gennemgået ændringer i både omfang og intensitet. I 2014 blev der vedtaget tre direktiver.³ Herunder udbudsdirektivet, som er implementeret i dansk ret ved udbudsloven som trådte i kraft 1. januar 2016.⁴ Udbudsreglerne forpligter ordregivere til at overholde processuelle regler ved tildelingen af offentlige kontrakter, for herigennem at skabe en effektiv konkurrence. Fokus har i høj grad været på at sætte rammerne i perioden fra en ordregiver beslutter sig for at indgå en offentlig kontrakt, til det tidspunkt hvor kontrakten er tildelt en tilbudsgiver.

Det fulde omfang og indhold af en kontrakt lader sig dog ikke altid let definere allerede på tidspunktet for kontraktindgåelsen. Ordregiver har derfor i vidt omfang et ønske og behov for at kunne regulere kontraktforholdet løbende i kontraktens løbetid. Adgangen til at regulere kontrakten er dog underlagt begrænsninger. Før vedtagelsen af udbudsdirektivet har begrænsningerne i høj grad været reguleret gennem praksis fra den Europæiske Unions Domstol.⁵ EU-Domstolen har fastslået, at de udbudsretlige principper rækker ind i kontraktforholdet og sætter begrænsninger for, hvilke ændringer der kan foretages, uden at dette medfører fornyet udbudspligt af kontrakten.

Med tanke på de udbudsretlige sanktioner, skal der udvises påpasselighed med at foretage kontraktændringer. Kontrakten kan rammes af en erklæring om uden virkning, hvis den foretagne ændring ikke er tilladelig. Grænsedragningen er derfor af stor betydning for både ordregivere og tilbudsgivere. Ud fra et ønske om at præcisere, under hvilke omstændigheder, der kan foretages kontraktændringer, fulgte med vedtagelsen af udbudsdirektivet en regulering af ændringsmulighederne af igangværende kontrakter. Reglerne herom er implementeret i udbudsloven. Det følger af udbudslovens § 178, stk. 1, at der ikke må foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Ved ændringer af grundlæggende elementer skal der foretages en ny udbudsprocedure. Udbudslovens § 178,

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2017), s. 4

² Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

³ 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), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (herefter koncessionsdirektivet) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (herefter forsyningsdirektivet)

⁴ Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (herefter udbudsloven)

⁵ Herefter EU-Domstolen

stk. 2 anfører herefter en række tilfælde, der udgør ændringer af grundlæggende elementer. Grænserne for at foretage ændringer synes dog fortsat uafklaret, på trods af reguleringen.

1.2 Problemformulering

Specialets formål er at foretage en dybdegående analyse af udbudslovens bestemmelser om ændringer af kontrakter. Herigennem skal det belyses, i hvilke tilfælde ordregivere kan foretage ændringer af en igangværende kontrakt uden dette fører til fornyet udbudspligt, og hvilke momenter der indgår i denne vurdering.

1.3 Afgrænsning

Udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer findes i §§ 178-184, og er placeret i lovens afsnit II. Analysen tager udgangspunkt i disse bestemmelser, for herigennem at belyse retsstillingen for danske ordregivere. Dette betyder samtidig, at udbudsdirektivets artikler ikke er underlagt en selvstændig behandling efter deres indhold. Udbudsloven gennemfører imidlertid udbudsdirektivet, og derfor påkræver en dybdegående analyse af specialets problemformulering, at hensynene bag udbudsdirektivets artikler inddrages som bidrag til fortolkningen af udbudsloven.

Selvom udbudslovens bestemmelser om ændring af kontrakter er placeret i afsnit II, finder bestemmelserne ikke kun anvendelse for kontrakter, som er omfattet af afsnit II. Reglerne anses for at være en kodificering af retspraksis og bygger på de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvorfor de også antages at gælde for udbudslovens afsnit III-V.⁶ De øvrige afsnit af udbudsloven vil derfor kun blive inddraget, hvis dette er relevant for besvarelsen af specialets problemformulering.

Reglerne i forsyningsdirektivet, koncessionsdirektivet og tilbudsloven⁷ vil kun blive anvendt i det omfang, dette er relevant for at fastlægge gældende ret i henhold til udbudslovens regler. Muligheden for at foretage kontraktændringer i henhold til disse regelsæt anses i høj grad for at være tilsvarende udbudslovens regler.⁸

Når en ordregiver indleder en udbudsprocedure, er ordregiver forpligtet til at anvende en række processuelle regler, som er gældende for den valgte udbudsprocedure. Disse processuelle regler vil ikke blive selvstændigt behandlet i specialet.

For at belyse væsentligheden af reglerne om kontraktændringer, inddrager specialet sanktionsmulighederne ved manglende overholdelse heraf. Dette afgrænses til den udbudsretlige sanktion uden virkning. Denne sanktion er medtaget for at eksemplificere, hvorfor specialets problemstilling er relevant for ordregiver.

Specialet søger desuden særligt at belyse, om ordregivere kan imødegå deres ændringsbehov ved at lade ændringsklausuler være en del af udbudsmaterialet, for herigennem at opnå en mere favorabel position i tilfælde af et opstået ændringsbehov.

⁶ Risvig (2016), s. 747

⁷ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007

⁸ Jakobsen m.fl. (2016), s. 586

1.4 Metode

Til besvarelse af problemformuleringen anvendes den retsdogmatiske metode. Formålet med den retsdogmatiske metode er at beskrive, fortolke og analysere den gældende retstilstand.

Specialet anvender en række forskellige retskilder. De primære retskilder består i lovgivning og forarbejder fra Danmark og den Europæiske Union. Praksis fra både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud⁹ vil også blive inddraget.

Analysen tager afsæt i en ordlydsfortolkning af udbudsreglerne. Forarbejder til udbudsdirektivet inddrages som fortolkningsbidrag, under hensyntagen til deres retskildemæssige værdi.¹⁰ Heri indgår betragtninger til udbudsdirektivet, som udgør et vægtigt bidrag til fortolkningen af reglerne.¹¹

Udbudsdirektivet blev implementeret i dansk ret ved omskrivning.¹² Dette medfører, at der er udarbejdet lovarbejder til udbudsloven. Herunder lovforslaget som fremsat samt en rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. Implementeringsmetoden skaber dog risiko for fortolkningsproblemer. Problemet kan opstå, i tilfælde hvor udbudslovens ordlyd ikke stemmer overens med udbudsdirektivet. Her har udbudsdirektivet forrang, jf. princippet om EU-rettens forrang.¹³ Hvis en bestemmelse i udbudsloven kan fortolkes i flere retninger, skal bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, jf. princippet om EU-konform fortolkning.¹⁴

I dansk ret anses bemærkninger til lovforslag som et væsentligt fortolkningsbidrag. Bemærkningerne indeholder lovgivers hensigt med reglerne og giver offentligheden mulighed for at forstå lovforslaget.¹⁵ Derfor inddrages lovforslaget til udbudsloven i vidt omfang.¹⁶ Forud for vedtagelsen af udbudsloven blev der udarbejdet en rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. Udvalgets opgave var at udarbejde et udkast til et samlet regelsæt, der kunne implementere udbudsdirektivet i dansk ret.¹⁷ Rapporten må derfor tillægges betydning ved fortolkning af dansk ret.

EU-Domstolens praksis er særlig relevant for specialets problemstilling, da reglerne om kontraktændringer i vid udstrækning er en kodificering af gældende ret, som er udviklet gennem EU-Domstolens praksis. Dette er bekræftet i udbudsdirektivets betragtning 107, hvor det angives, at "*Det er nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure under hensyntagen til EU-Domstolens relevante retspraksis.*" Derfor er praksis fra EU-Domstolen forud for vedtagelsen af udbudsdirektivet også af

⁹ Herefter Klagenævnet

¹⁰ Se herom Fenger, U.2014B.293

¹¹ Jakobsen m.fl. (2016), s. 46

¹² Traditionelt set har udbudsdirektiverne været implementeret ved bekendtgørelse, hvor de relevante EU-direktiver har været vedlagt som bilag.

¹³ EU-Domstolens dom af 16. januar 1964 i sagen 6/64, Flaminio Costa

¹⁴ EU-Domstolens dom af 10. april 1984 i sagen C-14/83, Von Colson

¹⁵ Evald (2016), s. 54f

¹⁶ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19

¹⁷ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 5f

væsentlig betydning for besvarelsen af specialets problemformulering. Klagenævnet er klageinstans for en lang række klager på udbudsrettens område, herunder klager over overtrædelse af udbudsloven og EU-udbudsreglerne, jf. klagenævnslovens § 1.¹⁸ Klagenævnets kendelser udgør nyttige bidrag til forståelsen af de udbudsretlige begreber samt deres anvendelse i praksis.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger inddrages tillige som en del af fortolkningen, velvidende, at disse vejledninger ikke er bindende for ordregivere, men blot udtryk for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af gældende ret.

Det er omdiskuteret, hvorvidt juridisk litteratur er en egentlig retskilde.¹⁹ Litteraturen kan dog bidrage til forståelsen af et givent retsområde og det antages derfor også, at juridisk litteratur har retskildelignende karakter.²⁰ Der er områder som dette speciale behandler, hvor retstilstanden er uafklaret. Her er litteraturen et væsentligt bidrag til mulige forståelser af retstilstanden.

¹⁸ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 02/06/2016 af Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter klagenævnsloven)

¹⁹ Munk-Hansen (2014), s. 346

²⁰ Riis og Trzaskowski (2013), s. 40

2. Indledende om udbudsreglerne

I afsnit 2.1 defineres en række begreber, som anvendes i specialet, og hvis betydning er centrale i forhold til analysen af reglerne om kontraktændringer. Udbudsloven indeholder i § 24 et definitionsafsnit. Som en naturlig konsekvens heraf, kan definitionen af en række af de følgende begreber henføres til netop denne bestemmelse. Begreberne gennemgået nedenfor bliver ikke genstand for nærmere analyse i specialet.

I afsnit 2.2 og 2.3 behandles de formål og grundlæggende principper, der konkret er væsentlige i relation til ordregivers mulighed for at foretage kontraktændringer. Dette er formålstjenligt, eftersom formålene og principperne bidrager til fortolkningen af udbudsreglerne.

Til sidst gennemgås i afsnit 2.4 den udbudsretlige sanktion uden virkning. Denne sanktionsmulighed er tillagt Klagenævnet. Behandlingen af sanktionen illustrerer, hvorfor det er væsentligt for ordregiver at have vished om, hvilke ændringer der må foretages.

2.1 Definitioner

Ved *ansøger* forstås i det følgende en økonomisk aktør, der har anmodet om opfordring eller er blevet opfordret til at deltage i et begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab eller i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, jf. udbudslovens 24, nr. 4.

Ved *offentlige kontrakter* forstås i henhold til udbudslovens § 24, nr. 24 en skriftligt indgået gensidigt bebyrdende kontrakt, som er indgået mellem mindst en ordregiver og en økonomisk aktør vedrørende udførsel af arbejder eller levering af varer og ydelser omfattet af udbudsreglerne.

Ordregiver skal forstås som statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer samt sammenslutninger af disse aktører, jf. udbudslovens § 24, nr. 28. Begrebet bruges i relation til disse aktørers udbud af opgaver til ansøgere eller tilbudsgivere i henhold til udbudsreglerne.

En *tilbudsgiver* anvendes i specialet om en økonomisk aktør, der har afgivet tilbud, jf. udbudslovens § 24, nr. 34. I forlængelse heraf forstås en *økonomisk aktør* som enhver "... fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.", jf. definitionen i udbudslovens § 24, nr. 38.

Udbudsmaterialet bruges i det følgende som samlebetegnelse for alle de dokumenter, der er udarbejdet af eller henvist til af ordregiver ved beskrivelsen og fastsættelsen af elementer i udbuddet eller proceduren. Heraf omfattes en lang række dokumenter, herunder *udbudsbekendtgørelsen*. De samlede dokumenter, der udgør udbudsmaterialet, er nærmere oplistet i udbudslovens § 24, nr. 36.

Udbudsreglerne benyttes som en samlebetegnelse når der henvises til regelsæt, der udgør reguleringen af udbud indenfor den afgrænsning, der er foretaget i specialet. *Udbudsreglerne* henviser derfor til udbudsdirektivet, udbudsloven og klagenævnsløven.

2.2 Formål med udbudsreglerne

Udbudsreglerne er reguleret af EU-retten. EU-rettens formål er at sikre det indre marked gennem principperne om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, arbejdskraft, kapital og den frie etableringsret. Disse formål er kodificeret i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.²¹

Formålet med udbudsreglerne er tilsvarende at sikre det indre marked for offentlige kontrakter. I udbudsdirektivets betragtning 1 er det således angivet, at:

"Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed."

Disse formål er blevet bekræftet i EU-Domstolens praksis.²² Udbudsreglerne kan dermed siges at berøre kernen af EU-retten. Lovgiver søger, gennem formålene med udbudsreglerne, at forebygge favorisering af nationale virksomheder ved tildeling af offentlige kontrakter.

Forud for vedtagelsen af udbudsdirektivet ligger et større politisk arbejde, som blandt andet udmøntede sig i grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb.²³ Ønsket om at udnytte de offentlige midler mere effektivt, var blandt de nævnte formål i grønbogen. Det skal altså være muligt at opnå mest valuta for pengene i offentlige udbud. Dette skal sikres ved tilstrækkelig og gennemsigtig konkurrence.²⁴ Forslaget til udbudsdirektivet gentog betragtningerne om, at det skal være muligt for ordregiver at opnå mest valuta for pengene ved offentlige udbud.²⁵

Det forudgående politiske arbejde udmøntede sig desuden i betragtning 2 i udbudsdirektivet, som angiver, at udbudsdirektivet skal virke *"som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler."*

Et af fokuspunkterne med udbudsdirektivet var, om der skulle ske en præcisering af betingelserne for, hvornår en fornyet udbudsprocedure ville være nødvendig som konsekvens af kontraktændringer.²⁶ Ifølge lovforslaget skulle direktivet være *"... en pragmatisk løsning til imødegåelse af uforudsete omstændigheder, der nødvendiggør en tilpasning af en offentlig kontrakt"*

²¹ Det følger af Traktaten om den Europæiske Funktionsmådes artikel 26, stk. 2

²² Se blandt andet EU-Domstolens dom af 1. februar 2011 i sagen C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, præmis 41 samt EU-Domstolens dom af 16. december 2008 i sagen C-213/07, Michaniki AE, præmis 39

²³ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM (2011) 15 endelig

²⁴ Ibid., s. 4f

²⁵ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig, s. 2

²⁶ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM (2011) 15 endelig, s. 25f

under dens løbetid."²⁷ Udbudsdirektivet søger altså at sikre, at ordregiver har mulighed for at foretage nødvendige ændringer af kontrakten, der ikke har kunnet forudses på tidspunktet for tildelingen af kontrakten.

Med implementeringen af udbudsdirektivet, fulgte desuden en selvstændig formålsbestemmelse i udbudsloven. Det følger således af udbudslovens § 1, at "*Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.*" Ifølge bemærkningerne til bestemmelsen, kan der ikke støttes selvstændigt ret på formålsbestemmelsen.²⁸ Formålsbestemmelsen må derfor nærmere anses for at udgøre en hensigtserklæring fra lovgivers side.

2.3 Udbudsreglernes grundlæggende principper

Principperne om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed kan udledes af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. Tildelingen af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med disse principper i henhold til udbudsdirektivets betragtning 1.

De grundlæggende principper fremgår samtidig af udbudsdirektivets artikel 18, som er implementeret i udbudsloven med § 2, stk. 1. Udbudslovens § 2, stk. 1 har følgende indhold:

"En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet."

I det følgende redegøres der for principperne, der følger af udbudslovens § 2, stk. 1. Principperne skal påses i forbindelse med fortolkningen og forståelsen af udbudslovens regler.²⁹

2.3.1 Ligebehandling

Ordregivers forpligtelse til at overholde ligebehandlingsprincippet medfører, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt og, at forskellige forhold ikke må behandles ens, hvis dette ikke er objektivt begrundet.³⁰ Som en konsekvens heraf, må der ikke ske vilkårlig forskelsbehandling af de økonomiske aktører. Forskelsbehandling af økonomiske aktører vil således kræve en saglig begrundelse.

Forpligtelsen til at handle i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbuddet.³¹ Princippet spiller derfor en rolle både i forbindelse med udformningen af udbudsmaterialet, under udvælgelsen af de økonomiske aktører, samt i forbindelse med tildeling af kontrakten. Ligebehandlingsprincippet gælder imidlertid også efter, at kontrakten er tildelt en tilbudsgiver.³² I forhold til ændringer, der foretages efter kontraktindgåelsen, vil

²⁷ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig, s. 9

²⁸ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 2, s. 56

²⁹ Jakobsen m.fl. (2016), s. 54f

³⁰ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 2, s. 57

³¹ EU-Domstolens dom af 12. december 2002 i sagen C-470/99, *Universale Bau AG*, præmis 93

³² EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sagen C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* præmis 34

ligebehandlingsprincippet have betydning i relation til, hvilke ændringer, der kan foretages uden, at dette medfører fornyet udbud, jf. nedenfor i afsnit 3.

Forpligtelsen til at behandle økonomiske aktører lige, gælder også i tilfælde, hvor et vilkår gælder lige for alle, men hvor vilkåret har haft til formål eller følge at forskelsbehandle. Princippet vil i dette tilfælde ikke være overholdt, medmindre vilkåret er objektivt begrundet. Dette er med til at sikre mod omgåelse af princippet. Det er dog ikke påkrævet, at alle vilkår er konkurrenceneutrale. Kravene, der stilles til de økonomiske aktører, behøver ikke at kunne opfyldes af alle, såfremt kravene er objektivt begrundede.³³

Ligebehandlingsprincippet gælder ikke blot som beskyttelsesværn for de økonomiske aktører, der deltager i udbudsproceduren. Personkredsen, der beskyttes af princippet, omfatter tilsvarende de økonomiske aktører, der potentielt kunne have deltaget, såfremt ligebehandlingsprincippet havde været fulgt.³⁴

Ligebehandlingsprincippet, samt de øvrige principper, som gennemgås nedenfor, gælder ikke blot som følge af reguleringen i udbudslovens § 2, stk. 1. Ligebehandlingsprincippet må anses for at være et grundlæggende princip, og derfor indgår princippet også som en integreret del i en række bestemmelser i udbudsloven.³⁵ Som et eksempel herpå, skal en ordregiver, som har foretaget en markedsundersøgelse efter udbudslovens § 39, stk. 1, udelukke den ansøger eller tilbudsgiver, som har rådgivet i forbindelse med udformningen af udbuddet, hvis ligebehandlingsprincippet ikke kan overholdes på anden måde, jf. udbudslovens § 39, stk. 3.

2.3.2 Gennemsigtighed

Gennemsigtighedsprincippet er udviklet ud fra forbuddet mod forskelsbehandling og lighedsprincippet i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.³⁶ Gennemsigtighedsprincippet skal ses som et middel til at sikre ligebehandling af de økonomiske aktører. Denne forståelse af princippet fremgår af praksis fra EU-Domstolen. EU-Domstolen har blandt andet udtalt følgende:

"Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsækelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt..."³⁷

Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er derfor nært forbundne.³⁸

Gennemsigtighedsprincippet medfører, at der stilles krav om, at procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter er gennemsækelige. Dette opnås gennem offentlighed i alle

³³ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 2, s. 57

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Jakobsen m.fl. (2016), s. 61f og EU-Domstolens dom af 12. marts 2015 i sagen C-538/13, eVigilo Ltd, præmis 33-34

³⁷ EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 i sagen C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), præmis 45

³⁸ Treumer (2000), s. 25

udbuddets faser.³⁹ Kravet om offentlighed skal være med til at sikre konkurrencen og at proceduren under udbuddet har været upartisk. Princippet fungerer derfor også delvist som bevisregel. Det påhviler således, som udgangspunkt, ordregiver at dokumentere, at udbudsreglerne er overholdt.⁴⁰

I litteraturen er det angivet om princippet, at dette ikke har megen skarphed qua dets af karakter af princip.⁴¹ Dette skal ses i lyset af, at princippet må anses for at være udtrykt i de enkelte bestemmelser i udbudsloven, der generelt sikrer gennemskuelse i udbudsproceduren. Ved tvivl om fortolkningen af de enkelte bestemmelser, skal gennemsigtighedsprincippet dog inddrages.

2.3.3 Proportionalitet

Med proportionalitetsprincippet henvises der til, at alle foranstaltninger skal være egnede, nødvendige og forholdsmæssige i lyset af de mål, som ordregiver søger at opnå. Forpligtelsen til at overholde princippet medfører, at en ordregiver skal tilrettelægge og gennemføre udbudsproceduren på en proportional måde. Dette gælder både angående indholdet af udbudsmaterialet, tilrettelæggelsen af udbuddet og selve udbudsproceduren. Ordregiver må således ikke stille strengere krav, end hvad der findes at være påkrævet i forhold til den enkelte ordregivers saglige behov.

Udbudslovens § 2, stk. 1 nævner proportionalitetsprincippet på linje med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Tidligere har der ikke været en direkte benævnelse af princippet i udbudsreglerne. Det er derfor usikkert, hvorvidt princippet kommer til at spille en større rolle for ordregiver end tidligere. Det må antages, at ordregiver fortsat vil have en bred skønsmargin.⁴²

2.4 Sanktionen uden virkning

Klagenævnet varetager, som den primære instans, håndhævelsen af udbudsreglerne i Danmark. Klagenævnet har blandt andet kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning. En kontrakt kan eksempelvis erklæres for uden virkning, hvis en kontrakt er tildelt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og samtidig er omfattet af enten udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsdirektivet, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Sanktionen uden virkning er relevant for specialets problemformulering derved, at Klagenævnet altså kan erklære kontrakten for uden virkning, hvis der foretages ændringer af grundlæggende elementer.

³⁹ Risvig (2016), s. 61 med henvisning til blandt andet EU-Domstolens dom af 12. december 2002 i sagen C-470/99, Universale Bau AG, præmis 92-93.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Jakobsen m.fl. (2016), s. 62

⁴² Fabricius (2017), s. 53

2.4.1 Retsvirkninger

Det følger af udbudslovens § 18, stk. 1, at "*En kontrakt erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten. Erklæres en kontrakt for uden virkning, skal det angives, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, eller hvilke dele af kontrakten der skal anses for uden virkning.*"

Muligheden for at kunne erklære en kontrakt for uden virkning må i første omgang ses som et præventivt værn mod overtrædelser af udbudsreglerne. Retsvirkningen af erklæringen er vidtrækkende og kan virke indgribende for de involverede parter. Klagenævnet skal derfor foretage en afvejning af om en erklæring om uden virkning er proportional, eller om alternative sanktionsmuligheder er mere hensigtsmæssige.⁴³

Følgerne af en erklæring om uden virkning er ikke direkte fastlagt i ændringsdirektivet, men er overladt til national ret i henhold til ændringsdirektivets artikel 2d, stk. 2 og dennes betragtning 21. Dette er af hensyn til forskellige kontraktretlige traditioner i de forskellige medlemsstater. Begrebet uden virkning skal derfor forstås som et selvstændigt begreb, der ikke skal påvirke national kontraktret.

Intentionen med begrebet fremgår af betragtning 21 til ændringsdirektivet, hvorefter: "... *kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes.*" Dette er efterfølgende gengivet i klagenævnsloven, hvor det fremgår, at ordregiver bliver pålagt at bringe kontrakten til ophør, hvis denne er blevet erklæret for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 2. Den udbudsretlige betydning af, at en kontrakt erklæres uden virkning er, at rettigheder og pligter i henhold til kontrakten ophører og ikke længere vil kunne håndhæves.⁴⁴ Dette er dog blot den udbudsretlige konsekvens af, at kontrakten er blevet erklæret for uden virkning.⁴⁵ Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke umiddelbart kan sættes lighedstegn mellem udbudsrettens begreb uden virkning og de obligationsretlige begreber ugyldighed og uvirksomhed.⁴⁶

2.4.2 Tidspunktet for uden virkning

Hvis en kontrakt erklæres for uden virkning, bliver næste spørgsmål, fra hvilket tidspunkt kontrakten er uden virkning. Ændringsdirektivet overlader det til medlemsstaterne at fastsætte tidspunktet. Tidspunktet kan fastsættes til enten at være ex nunc eller ex tunc.⁴⁷

Det følger af klagenævnslovens § 18, stk. 1, 1. pkt., at: "*En kontrakt erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten.*" Derfor kan tidspunktet udelukkende fastsættes til at være ex nunc i dansk ret. Det er dog op til Klagenævnet nærmere at bestemme, hvilket tidspunkt virkningen skal gælde fra. I denne vurdering kan det eksempelvis indgå i Klagenævnets

⁴³ Jakobsen m.fl. (2016), s. 647f

⁴⁴ Risvig (2015), s. 548 samt Jakobsen m.fl. (2012), s. 580

⁴⁵ De rent obligationsretlige muligheder for parterne er dog ikke fastlagt hermed. Dette bliver dog ikke nærmere behandlet i specialet.

⁴⁶ Risvig (2015), s. 551f

⁴⁷ Direktiv 2007/66/EF, betragtning 21

overvejelser, hvorvidt kontrakten varetager tungtvejende samfundsmæssige hensyn og om det er muligt at indgå en ny midlertidig kontrakt.⁴⁸

2.4.3 Hvilke dele af kontrakten er uden virkning?

Hvis en kontrakt erklæres uden virkning, er spørgsmålet om dette udelukkende gælder for den ændrede del, eller om det også gælder for hele den oprindelige kontrakt.

Det antages, at svaret må bero på en konkret vurdering. I vurderingen kan det indgå, hvorvidt ændringen har en sådan sammenhæng med den oprindelige kontrakt, at ændringen ikke kan adskilles fra denne. Hvis ændringen ikke kan adskilles fra den oprindelige kontrakt, vil erklæringen gælde for hele kontrakten.⁴⁹

⁴⁸ Risvig (2015), s. 542

⁴⁹ Ibid., s. 510

3. Ændringer af kontrakten

I det følgende vil det først og fremmest blive belyst, hvilken rolle udbudsreglerne spiller efter kontraktindgåelsen. Det beskrives, hvorfor og i hvilke tilfælde kontraktparterne kan have et behov for at justere i den igangværende kontrakt. Herefter analyseres udbudslovens regler om ændring af kontrakter, som bygger på reglerne herom i udbudsdirektivet. Formålet med denne analyse er at belyse, under hvilke omstændigheder ændringer af en igangværende kontrakt anses for at være ændringer af grundlæggende elementer.

3.1 Udbudsreglernes rækkevidde

Ordregiver skal i forbindelse med indgåelse af en offentlig kontrakt påse den omfattende regulering, der forefindes i udbudsreglerne. Udbudsreglerne gælder som udgangspunkt i perioden, fra ordregiver beslutter sig for at indgå en offentlig kontrakt, til det tidspunkt, hvor kontrakten er tildelt den tilbudsgiver, som findes at have afgivet det mest fordelagtige tilbud.⁵⁰ Efter kontraktindgåelsen vil kontraktparternes rettigheder og forpligtelser være reguleret af den indgåede kontrakt og de almindelige aftaleretlige regler. Udbudsreglernes funktion erstattes altså af de almindelige aftaleretlige regler, når kontrakten er underskrevet. Ifølge de almindelige aftaleretlige regler er den altovervejende hovedregel, at kontraktens parter er frit stillet i forhold til at foretage ændringer af den igangværende kontrakt.⁵¹ I en kendelse af 22. juni 2011 fra Klagenævnet, Ecolab ApS mod Region Sjælland, udtalte Klagenævnet, at det ligger uden for Klagenævnets kompetenceområde at behandle klager vedrørende overholdelse af en indgået kontrakt mellem ordregiver og tilbudsgiver.⁵² Kendelsen illustrerer altså, at udbudsreglerne ikke fuldt ud er gældende efter kontraktindgåelsen.

Der kan imidlertid opstå behov for at justere kontrakten. Hvis der opstår et sådan ændringsbehov, synes det nærliggende at indrømme parterne en adgang til at ændre kontrakten. Parterne vil da også i mange tilfælde forsøge at komme disse ændringsbehov i forkøbet ved at anvende optioner, eller ved at have udarbejdet ændringsklausuler. Begge muligheder benyttes til at skabe mest mulig fleksibilitet i løbet af kontraktperioden.⁵³

Praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet har dog fastslået, at udbudsreglerne også spiller en rolle efter kontrakten er indgået. Betydningen af udbudsreglerne efter kontraktindgåelsen er blandt andet fastslået i EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sagen C-496/99 P mellem Kommissionen og CAS Succhi di Frutta (herefter Succhi di Frutta).

Twisten i Succhi di Frutta opstod på baggrund af en licitationsbekendtgørelse omkring leverance af frugtsaft og marmelade. Betalingen for disse leverancer skulle ske i form af tilbagetrukket frugt fra markedet. Succhi di Frutta bød på to delleverancer vedrørende levering af æblesaft. Ifølge licitationsbekendtgørelsen skulle betalingen for disse leverancer

⁵⁰ Jakobsen m.fl. (2016), s. 585. Her anføres det samtidig, at processen også kan afsluttes ved at ordregiver aflyser udbuddet.

⁵¹ Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2 som regulerer parternes aftalefrihed.

⁵² Indklagede havde angiveligt accepteret, at den valgte tilbudsgiver ikke overholdte en række tekniske krav i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Klagenævnet afviste dog klagen med henvisning til indklagedes afvisningspåstand.

⁵³ Mulighederne for at anvende ændringsklausuler, behandles nærmere i specialets kapitel 4.

ske i tilbagekøbte æbler. To andre selskaber afgav dog bedre bud på disse leverancer. Én af disse selskaber tillod imidlertid at modtage betaling i form af ferskner i stedet for æbler, hvilket ikke var muligt i henhold til den oprindelige licitationsbekendtgørelse. Mængden af tilbagetrukne produkter gjorde det dog nødvendigt at tilbyde alternativ betaling i andre produkter end æbler. Derfor fastsatte Kommissionen en række ækvivalenskoefficienter for, hvordan betalingen i alternativ frugt kunne foregå.

Realiteten i sagen var herefter, om ændringen af licitationsbetingelserne, hvorefter Kommissionen tillod en betaling med ferskner, var i overensstemmelse med udbudsreglerne. Succhi di Frutta påstod, at ændringen udgjorde en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

Retten fandt herefter i første instans, at til brug for at foretage en objektiv sammenligning af de afgivne tilbud, skal tilbudsgivernes tilbud stemme overens med licitationsbekendtgørelsen. Herefter anførte Retten, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed skal overholdes ved sammenligningen af tilbud på alle stadier. En senere ændring, der ikke fremgår af licitationsbetingelserne, vil derfor være en tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed.

Rettens afgørelse blev appelleret til EU-Domstolen. Appellen gik blandt andet på, om Rettens anvendelse af ligebehandlingsprincippet havde været forkert derved, at princippet blev udstrakt til også at gælde efter tildelingen af kontrakten. EU-Domstolen fandt, på linje med Retten, at ordregiver ikke blot skal overholde kriterierne i licitationsbekendtgørelsen under proceduren, men også i kontraktens løbetid. Der kan derfor ikke ændres ved væsentlige betingelser, som kunne have gjort det muligt for bydende at afgive et væsentligt andet bud. Ændringsmuligheder skal herefter ifølge EU-Domstolen, udtrykkeligt være angivet i licitationsbekendtgørelsen, så alle bydende har mulighed for at deltage på lige vilkår. Dette følger af dommens præmis 115-116.

EU-Domstolen fastslog på denne baggrund, at Rettens annullation af Kommissionens beslutning om at give mulighed for alternativ betaling var korrekt.

Det kan således i nogle tilfælde kræve et fornyet udbud, hvis der foretages ændringer, som ikke har været medtaget i det oprindelige udbudsmateriale. Hvis der frit kunne foretages ændringer efter kontraktindgåelsen, ville dette være en omgåelse af de oprindelige betingelser. Herved ville principperne om gennemsigtighed og ligebehandling blive tilsidesat. Principperne rækker dermed også ind i kontraktforholdet.

Udbudsreglernes rækkevidde er tilsvarende blevet bekræftet i en nyere afgørelse fra EU-Domstolen. I EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sagen, C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republikken Østrig (herefter Pressetext) udtalte EU-Domstolen i præmis 34 at *"med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer..."* Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling sætter dermed grænser for,

hvilke ændringer, der kan foretages af en igangværende kontrakt. Dette gælder uanset om kontraktens parter måtte være enige om at foretage ændringerne.

Udbudsreglerne spiller altså også en rolle efter gennemførelsen af et udbud, idet ændringer af en igangværende kontrakt kan medføre fornyet udbudspligt.

3.2 Ændringsbehov

Når ordregiver beslutter sig for at indgå en kontrakt med en tilbudsgiver, vil ordregiver selvsagt have gjort sig grundige overvejelser omkring de særlige forhold der gælder for det konkrete kontraktforhold. Ordregiver kan, som en del af processen, have iværksat markedsundersøgelser, for herigennem at skabe dialog med markedet om, hvordan kontrakten beskrives bedst muligt i forhold til de løsninger, der findes på markedet.⁵⁴ På den måde sikres det, at udbudsmaterialet udarbejdes med fornøden præcision. Blandt andet så der er stillet nødvendige krav til ansøgere og tilbudsgiveres kapacitet og egnethed. Kontrakten vil herved i videst muligt omfang være udformet, så den er tilpasset parternes behov. På denne måde imødekommes behovet for at foretage kontraktændringer.

Kontrakten er indgået på baggrund af de forhold, som gjorde sig gældende på tidspunktet for kontraktens udfærdigelse. Ordregiver kan ikke tage højde for, eller forudse alle tænkelige forhold. Derfor kan der senere opstå et behov for at justere kontrakten, så denne tilpasses de nye forhold. Behovet kan ofte opstå i forbindelse med indgåelse af eksempelvis større bygge- og anlægskontrakter, it-kontrakter, OPP-kontrakter og i andre længerevarende kontraktforhold. Her kan den tidsmæssige faktor medføre et behov for senere ændringer.⁵⁵ I de netop omtalte kontrakttyper kan det være særligt svært for ordregiver at kende sit fulde behov på forhånd.

Der kan med rette argumenteres for at tillade ændringer af kontrakten. Det modsatte kan resultere i, at kontrakten gennemføres uden at opfylde parternes fulde behov, eller at der må gennemføres et nyt udbud. Set ud fra en værdispilds- og ressourcebetragtning, vil det ikke være hensigtsmæssigt ikke at tillade kontraktændringer. Argumenter for at begrænse ændringsadgangen skal dog ses i lyset af, at eventuelle ændringer ikke har været konkurrenceudsat. Formålet med udbudsreglerne ville være illusoriske, hvis der ikke var begrænsninger i adgangen til at foretage kontraktændringer.

3.3 Reglerne om ændringer af kontrakter

Som beskrevet i afsnit 3.1 har praksis fra EU-Domstolen fastslået, at udbudsreglerne rækker ind i kontraktforholdet. På trods af EU-Domstolens bidrag til retsstillingen, har en række aktører over for Kommissionen påpeget en bestående usikkerhed omkring, hvilke ændringer, der kan foretages i løbet af kontraktperioden.⁵⁶

⁵⁴ Muligheden for at foretage indledende markedsundersøgelser er reguleret i udbudslovens § 39.

⁵⁵ Risvig (2016), s. 725

⁵⁶ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM (2011) 15 endelig, s. 25

3.3.1 Reglernes opbygning og terminologi

Usikkerheden omkring retstilstanden er nu forsøgt imødekommet med vedtagelsen af udbudsdirektivets artikel 72. Artiklen regulerer ordregivers mulighed for at foretage kontraktændringer i deres løbetid. Hidtil har dette ikke været genstand for samme grad af regulering.⁵⁷ Udbudsdirektivets artikel 72 må formodes at skabe en mere klar retsstilling på området, hvilket også har været baggrunden for reguleringen.⁵⁸ Udbudsdirektivets artikel 72 er implementeret i dansk ret ved udbudslovens §§ 178-184.⁵⁹

Udbudsdirektivet angiver i artikel 72, stk. 5, hvilke kontraktændringer, der kræver en ny udbudsprocedure. I bestemmelsen anføres det, at der kræves en ny udbudsprocedure for ændringer, som ikke er nævnt i artikel 72, stk. 1 og 2. Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1 og 2 anfører derved udtrykkeligt en række konkrete situationer, hvor ændringer kan foretages uden at skulle gennemføre en ny udbudsprocedure.

Implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret medførte en omstrukturering af artikel 72. Med omstruktureringen følger det af udbudslovens § 178, stk. 2, i hvilke tilfælde en ændring kræver en ny udbudsprocedure. Herefter følger en række undtagelser til denne hovedregel i udbudslovens §§ 179-183. Denne omstrukturering medfører, at reglerne i højere grad er i overensstemmelse med dansk lovtradition.⁶⁰

Terminologisk anvender udbudsdirektivet en sondring mellem *ændringer* og *væsentlige ændringer* i forbindelse med vurderingen af, om en kontraktændring er tilladelig eller ej. Ud fra et hensyn om at ensarte terminologien sondres der i udbudsloven mellem *ændringer* og *ændringer af grundlæggende elementer*, hvor kun ændringer af grundlæggende elementer medfører en fornyet udbudspligt. Udbudslovens § 24, nr. 37 definerer *grundlæggende elementer* som: ”En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.” Det fremgår dog af lovforslaget til udbudsloven, at der ikke er tiltænkt en materiel ændring af reglerne, hverken med omstruktureringen eller omformuleringen af udbudsdirektivets artikel 72.⁶¹

Specialets analyse af reglerne om kontraktændringer tager i det følgende udgangspunkt i den struktur samt terminologi, som anvendes i udbudsloven. Ved vurderingen af om en ændring

⁵⁷ Artikel 31, nr. 2, litra b og nr. 4, litra a i direktiv 2004/18/EF indeholdt imidlertid regler vedrørende adgangen til at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse for en række supplerende leverancer, som ikke var omfattet af den oprindelige kontrakt.

⁵⁸ Cluster 8, *Sound procedures*, Rådets dokument nr. 11266/12, s. 15 og udbudsdirektivet betragtning nr. 107

⁵⁹ Disse regler er tillagt tilbagevirkende kraft, således at de kontrakter, der er indgået under tidligere udbudsregler, også omfattes af reglerne, jf. udbudslovens § 196, stk. 3.

⁶⁰ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, almindelige bemærkninger, pkt. 4.7

⁶¹ Ibid.

kræver en ny udbudsprocedure skal det derfor påses, om der sker en ændring af grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 178, stk. 1.

3.3.2 Ændring af grundlæggende elementer

En ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når denne "... *bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt.*", jf. udbudslovens § 178, stk. 2, 1. pkt. I henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4 er dette tilfældet, når:

1. *"ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig 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,*
4. *en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten."*

De oplistede eksempler er ikke udtømmende. Hvis det efter en konkret vurdering lægges til grund, at ændringen af kontraktens bestemmelser anses for at være afgørende forskellige fra den oprindelige kontrakts bestemmelser, vil der være tale om en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.⁶²

Udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4 bygger på praksis fra EU-Domstolen og er derved på mange punkter udtryk for en kodificering af gældende ret. Særligt Presstext har været afgørende for kodificeringen. Her tog EU-Domstolen stilling til en række ændringer, der blev foretaget i en kontrakt mellem et nyhedsagentur og Østrig. Ændringerne fandtes ikke at være så væsentlige, at dette ville have ført til fornyet udbudspligt af kontrakten. Med afgørelsen fulgte imidlertid også vigtige bidrag til grænsedragningen mellem, hvilke ændringer, der kræver en ny udbudsprocedure, og hvilke, der kan foretages uden en ny udbudsprocedure, idet EU-Domstolen ikke blot tog stilling til de konkrete ændringer.

Af de netop anførte grunde er afgørelsen genstand for nærmere behandling i det følgende.

3.3.3 Presstext C-454/06

I 1994 indgik Republikken Østrig en offentlig kontrakt med nyhedsagenturet APA Austria Presse Agentur GmbH (APA), vedrørende udførelse af en række nyhedsformidlingstjenester. Kontrakten blev indgået på ubestemt tid og indeholdte desuden en uopsigelseklausul så kontrakten først kunne opsiges pr. 31. december 1999.

I september 2000 oprettede nyhedsagenturet APA et af dem fuldt ejet datterselskab, APA-OTS Originaltext-Service GmbH (APA-OTS). Originalteksttjenesten OTS blev overdraget til APA-OTS. Østrig accepterede udskiftningen af medkontrahenten, og at betalingen for de overførte tjenesteydelser skulle betales direkte til APA-OTS.

⁶² Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 178, s. 199f

Kontrakten mellem Østrig og APA blev efterfølgende ændret ved et tillæg til kontrakten i 2001, på baggrund af Østrigs overgang fra østrigske schilling til euro. Samtidig skete der en opdatering af et prisindeks, i henhold til en klausul herom i kontrakten. I 2005 blev der ved et nyt tillæg til kontrakten foretaget yderligere ændringer. Ændringerne bestod i en forhøjelse af en rabatsats, og at opsigelsesafkaldet blev fornyet indtil den 31. december 2008.

Presstext Nachrichtenagentur GmbH (Presstext), der tidligere havde afgivet tilbud til Østrig, anlagde sag mod Østrig ved Bundesvergabeamt i 2006. Spørgsmålet var, om udskiftningen af medkontrahenten, samt ændringerne foretaget ved tillæg af kontrakten i 2001 og 2005, var retsstridige. Presstext påstod, at de foretagne ændringer krævede afholdelse af et nyt udbud. Bundesvergabeamt indbragte herefter en række præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. I det væsentligste angik spørgsmålene, hvilke ændringer, der kunne foretages af en igangværende kontrakt, uden dette anses for at være indgåelse af en ny offentlig kontrakt.

Ifølge EU-Domstolen udgjorde overførslen af originalteksttjenesten fra APA til APA-OTS, ikke en væsentlig ændring af den oprindelige kontrakts bestemmelser. EU-Domstolen udtalte i præmis 45, at udskiftningen af medkontrahenten var udtryk for en intern omstrukturering.

Om ændringerne foretaget i 2001, bemærkede EU-Domstolen, at den omregning af priserne, som skete på baggrund af overgangen fra østrigske schilling til euro, ikke udgjorde en væsentlig kontraktændring. Omregningen skete på baggrund af Østrigs indtræden i EU og var dermed, ifølge EU-Domstolens præmis 57, blot udtryk for "*... en tilpasning af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder, for så vidt som der sker en op- eller nedrunding af euro-beløbene i overensstemmelse med gældende retsforskrifter...*" EU-Domstolen udtalte endvidere, at de prisjusteringer, der blev foretaget som led i omregningen, ikke var væsentlige. Der var tale om ubetydelige beløb, som tillige var sket til skade for APA. Yderligere udtalte EU-Domstolen, at en ajourføring af det benyttede prisindeks var i overensstemmelse med parternes oprindelige kontrakt, hvorfor dette heller ikke ansås for at være en væsentlig ændring.

Heller ikke ændringerne foretaget i 2005 fandtes at udgøre væsentlige ændringer af den oprindelige kontrakt. EU-Domstolen udtalte i præmis 74, at EU-retten ikke er til hinder for indgåelse af tidsubegrænsede kontrakter. Videre i præmis 75 udtaltes det, at det ikke på forhånd kan siges at være i strid med EU-retten, at parterne ved en klausul frasiger sig retten til at opsiges en kontrakt i en bestemt periode. EU-Domstolen fandt i præmis 79, at det ikke var påvist, at uopsigeligheidsklausulen på 3 år fordrejede konkurrencen. Dette forudsætter dog, at en sådan klausul ikke genindsættes i kontrakten på systematisk vis. Ifølge EU-Domstolen udgjorde forhøjelsen af rabatsatsen ikke en væsentlig ændring af kontrakten. Forhøjelsen ændrede ikke denne økonomiske balance til fordel for APA, og kunne heller ikke fordreje konkurrencen til skade for andre mulige tilbudsgivere.

Det var derfor ikke påkrævet at gennemføre en ny udbudsprocedure, da ingen af ændringerne udgjorde væsentlige ændringer af bestemmelserne, i den oprindelige kontrakt.

Forinden den konkrete stillingtagen havde EU-Domstolen udtalt sig i generelle vendinger om væsentlige ændringer af igangværende kontrakter.

I præmis 34 udtalte EU-Domstolen, at en ændring udgør indgåelse af en ny aftale "... når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer..."

Herefter angiver EU-Domstolen i præmis 35-37 en række eksempler, hvor en ændring kan betragtes som væsentlig:

Præmis 35. "... såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget."

Præmis 36. "... såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri."

Præmis 37. "... når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser."

Videre i præmis 40 udtalte EU-Domstolen sig om den generelle stillingtagen til udskiftning af leverandøren på følgende måde:

Præmis 40. "I almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt..."

De netop oplistede præmisser danner, som tidligere nævnt, grundlag for bestemmelserne om kontraktændringer i udbudsdirektivet og udbudsloven. Udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer er genstand for nærmere analyse nedenfor.

3.4 Grundlæggende elementer

I det følgende analyseres det nærmere, hvilke ændringer, der anses for at være ændringer af grundlæggende elementer i henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4.

3.4.1 Aktuelle og potentielle konkurrence

I henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1 anses en ændring for at være en ændring af grundlæggende elementer når, "ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren."

Udbudsdirektivets betragtning 107 fungerer som overordnet rettesnor for, hvilke ændringer der anses for at være ændringer af grundlæggende elementer. Det anføres i betragtningen, at dette særligt omfatter de tilfælde, hvor der foretages ændringer:

" ... med hensyn til anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter, herunder fordelingen af intellektuelle ejendomsrettigheder. Sådanne ændringer viser parternes hensigt om at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt. Dette er især tilfældet, når de

ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure."

Udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1 angiver, at en ordregiver for det første skal vurdere, hvorvidt kredsen af interesserede økonomiske aktører ville have været anderledes, såfremt ændringerne var en del af det oprindelige udbudsmateriale. Ordregiver skal for det andet vurdere, om de ændrede vilkår ville føre til en ændring i resultatet af tildelingen.

I begge situationer skal ændringen ses i lyset af det accepterede tilbud, og derved skal der tages udgangspunkt i den konkurrencesituation, der var til stede, på tidspunktet for det oprindelige udbud.

Adgang for andre økonomiske aktører

Kredsen af økonomiske aktører kunne eksempelvis have set anderledes ud, hvis udbudsmaterialet indeholdt særligt byrdefulde vilkår, som senere ændres. Som et eksempel herpå nævner Kristian Hartlev en situation, hvor udbudsmaterialet indeholder et krav om, at leverandøren stiller en bankgaranti svarende til 100 % af leverancesummen. Hvis dette vilkår senere ændres til at bankgarantien blot skal svare til 50 % af leverancesummen, grundet den vindende leverandørs manglende evne til at stille højere bankgaranti, så kan det ikke afvises, at kredsen af bydende ville være anderledes.⁶³

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning nævnes en lempelse af byrdefulde vilkår i udbudsmaterialet tilsvarende som et eksempel på en ændring, som medfører, at flere aktører kunne have evne eller vilje til at deltage i udbuddet, hvis ændringen var kendt.⁶⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nævner som eksempel et tilfælde, hvor en kontrakt med stor økonomisk risiko, indeholder en bestemmelse om ubegrænset ansvar for leverandøren. Ved en ændring af et sådant vilkår vil det ikke kunne afvises, at feltet af økonomiske aktører ville have set anderledes ud.

Som nævnt i afsnit 3.2 er der særligt behov for fleksibilitet i kontraktfasen på eksempelvis bygge- og anlægsområdet.⁶⁵ Her kan der ofte opstå et ændringsbehov, som fordrer ændringer i parternes gensidige rettigheder og pligter. Dette kan eksempelvis betyde, at kontraktperioden forlænges og færdiggørelsestidspunktet derfor udskydes. I en sådan situation, skal det tilsvarende vurderes, om ændringen ville føre til, at kredsen af aktører ville have set anderledes ud, hvis de vidste, at de havde længere tid til at udføre den pågældende opgave. Denne situation tog Klagenævnet stilling til i en nyere kendelse af 14. marts 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte (SISB) mod Femern A/S (herefter Femern).

Kendelsen omhandlede etablering af Femern Bælt forbindelsen, hvor der blev udbudt i alt fire kontrakter. Kontrakterne vedrørte Tunnel North, Tunnel South, Tunnel Portal and Ramps og

⁶³ Hartlev og Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, 51-73, s. 54

⁶⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 13

⁶⁵ Dette eksemplificeres blandt andet af AB 92 § 14, stk. 1, 1. pkt., hvorefter ”Bygherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser...” Dette skaber en række udbudsretlige problemstillinger. Et af disse er behandlet under afsnit 4.1.2 vedrørende omfang, art samt betingelserne for deres anvendelse.

Tunnel Dredging and Reclamation. I henhold til udbudsbekendtgørelsen fremgik det, at kontraktens varighed var henholdsvis 68 måneder for Tunnel North og Tunnel South kontrakterne og 78 måneder for Tunnel Portal and Ramps kontrakten. I forbindelse med den konkurrenceprægede dialog blev tidsplanen dog ændret så færdiggørelsen af arbejdet nu først skulle ske efter henholdsvis 87 måneder for Tunnel North og Tunnel South kontrakterne og efter 105 måneder for Tunnel Portal and Ramps kontrakten. SISB indbragte i den anledning Femern A/S for Klagenævnet, blandt andet som følge af ændringerne i kontraktperioden. Klagen blev indgivet med henblik på at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet fandt det imidlertid ikke sandsynliggjort, at der var aktører på markedet, som ville have deltaget i udbudsprocessen, hvis forlængelsen af kontraktperioderne havde været kendt ved offentliggørelsen af udbuddene. Klagenævnet lagde vægt på, at der var tale om Nordeuropas hidtil største anlægsprojekt, og at ansøgerlisten omfattede alle de kendte aktører, som forventedes at kunne byde på et anlægsprojekt af den størrelse. Klagenævnet anførte endvidere, at forlængelser som de foreliggende var sædvanlige i anlægsprojekter af den størrelse, og at forlængelsen skyldtes kendte betingelser om en myndighedsgodkendelse. Klagenævnet fandt derfor, at der ikke var udsigt til, at SISB ville få medhold i deres påstand om, at kontraktforlængelsen var i strid med gældende udbudsregler.

Femern illustrerer, at der skal være konkrete holdepunkter for, at flere aktører inden for samme marked ville have ønsket at deltage i udbuddet, såfremt de ændrede vilkår var kendt da udbuddet blev offentliggjort. Samtidig illustrerer Femern, at allerede kendte betingelser og forhold kan medføre ændringer af kontrakten uden dette udgør ændringer af grundlæggende elementer.

Anderledes resultat af tildelingen

Ifølge bestemmelsen skal det desuden vurderes, hvorvidt ændringen medfører, at en anden tilbudsgiver kunne have vundet det oprindelige udbud. Herved forstås, at hvis ændringen har betydning i forhold til, hvem der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, må ændringen anses for at være en ændring af grundlæggende elementer.⁶⁶

I EU-Domstolens afgørelse af 13. april 2010 i sagen C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main (herefter Wall AG), blev der henvist til præmis 35 fra Pressetext. Denne præmis danner som nævnt grundlag for § 178, stk. 2, nr. 1.

Wall AG omhandlede en præjudiciel forelæggelse fra Landgericht Frankfurt am Main vedrørende en tvist mellem Wall AG og Stadt Frankfurt am Main. Stadt Frankfurt indbød i 2002, på EU-niveau, til et udbud i form af en koncessionsaftale angående drift, vedligeholdelse, service og rengøring af 11 kommunale toiletter i en periode på 16 år, hvoraf to af anlæggene skulle nybygges. Modydelsen bestod i retten til at opkræve brugergebyr for toiletanlæggene samt mulighed for at udnytte reklamepladser ved toiletanlæggene og andre offentlige pladser i Stadt Frankfurt. Der blev afgivet bud fra Wall AG, FES og tre andre virksomheder fra Tyskland. Koncessionen blev tildelt FES i 2004. Udbudsmaterialet indeholdt et forbud mod udskiftning af underleverandører uden forudgående samtykke. FES havde i projektet udarbejdet til udbuddet angivet Wall AG som underleverandør af forskellige materialer til brug for projektet. FES anmodede af to omgange om Stadt Frankfurts tilladelse til at foretage ændringer af underleverandøren. Først vedrørende levering af reklamemateriale og sidenhen

⁶⁶ Hartlev og Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, 51-73, s. 54f

vedrørende selve "City-WCet". Begge udskiftninger medførte, at Wall AG blev udskiftet som leverandør på materialerne, selvom Wall AG var angivet i tilbuddet som underleverandør.

EU-Domstolen blev spurgt om en udskiftning af en underleverandør, der var særligt fremhævet ved budet, ville medføre en pligt til genåbning af udbud, for ikke at stride i mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt forbuddet mod forskelsbehandling.

EU-Domstolen angav i præmis 38, at en ændring er væsentlig, hvis ændringen havde gjort det muligt for andre tilbudsgivere at deltage i udbuddet eller, hvis det var muligt at acceptere et andet tilbud, hvis ændringen havde været medtaget i udbuddet.

Udskiftning af en underleverandør kan være en ændring af et grundlæggende element, selvom udskiftningsmuligheden har været en del af udbuddet, ifølge EU-Domstolens præmis 39. Dette scenarie kan tænkes i tilfælde, hvor det har været et afgørende element i tildelingen af kontrakten, at det har været netop denne underleverandør, der har været angivet. En sådan afvejning må desuden tage hensyn til de kendetegn, der er ved den konkrete ydelse.

Videre i præmis 40-41 angives det, at den forelæggende ret har bemærket, at tildelingen kan være sket på baggrund af, at FES ifølge deres bud ville benytte Wall AGs "City-WC". Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at afgøre dette i overensstemmelse med kriterierne i præmis 37-39.

Wall AG må tages til indtægt for, at der skal foretages en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde i forhold til at afgøre om en ændring er tilladelig eller ej. Om ændringen konkret fører til, at feltet af aktører havde set anderledes ud, og om et andet tilbud ville kunne være accepteret, er også en konkret vurdering.

Vurderingen i praksis

På trods af forskellige bidrag til forståelsen af, hvilke ændringer, der konkret kan være konkurrenceforvridende, fremstår bestemmelsen fortsat vanskelig at håndtere i praksis.

Som anført af Claus Berg, bygger vurderingen på det hypotetiske tilfælde, at ændringen havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale.⁶⁷ Det bliver herved vanskeligt at vurdere, om de ændrede vilkår ville have ført til flere interesserede aktører, eller ville have medført et anderledes resultat af kontrakttildelingen. Claus Berg anfører derfor videre, at en formodningsregel for, at flere aktører ville have deltaget i udbuddet, hvis ændringen var kendt, vil føre til en for snæver ændringsadgang. En sådan formodning ville være svær for ordregiver at afkræfte.⁶⁸

Modsat antager Morten Wahl Liljenbøl, at ændringer vedrørende krav til de økonomiske aktører, må anses for væsentlige, såfremt det ikke kan udelukkes, at andre økonomiske aktører var kommet i betragtning, hvis ændringen var kendt. I tilfælde af, at der foretages ændringer i mindre fordelagtige vilkår for tilbudsgiverne, vil dette være væsentligt, hvis det

⁶⁷ Berg (2012), s. 820f

⁶⁸ Ibid.

ikke kan udelukkes, at ændringen ville have medført et andet resultat af tildelingen.⁶⁹ Dette ville betyde, at der må være formodning for, at ændringen er væsentlig, hvis denne vedrører kravene, der stilles til de økonomiske aktører, eller ændrer i vilkår, som er mindre fordelagtige for tilbudsgiverne. Argumentationen støttes på generaladvokat Kokotts betragtning 49 i forslaget til afgørelsen i Presstext, hvor det angives at "*Det må navnlig antages, at der er tale om en væsentlig kontraktændring, såfremt det ikke kan udelukkes, at andre tjenesteydere undlod at afgive bud på en offentlig kontrakt, fordi de oprindelige betingelser var mindre fordelagtige, at de, henset til de nye kontraktbetingelser, nu ville have interesse i at afgive bud på den offentlige kontrakt, eller at en forbigået ansøger kunne være blevet valgt under hensyn til de nye kontraktbetingelser.*"

Hvis der ikke antages at gælde en formodningsregel, vil klager tilsvarende have svært ved at løfte bevisbyrden for, at ændringen ville have ført til flere interesserede, hvis ændringen havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale. Dette vil medføre, at mange ændringer vil være tilladelige. Claus Berg mener ikke, at disse resultater er acceptable.⁷⁰

Den samme problematik gør sig gældende ved vurderingen af, om resultatet af tildelingen ville have været anderledes. Dette på trods af, at denne vurdering blot relaterer sig til de konkrete tilbud, der blev afgivet. Hvis det vindende tilbud var væsentligt bedre end de øvrige, ville en ordregiver dog lettere kunne argumentere for, at ændringen ikke ville have ført til et andet resultat i tildelingen.⁷¹

Vurderingen er således svær at håndtere i praksis. Der må foretages en konkret vurdering. Det er derfor ikke muligt at opstille en generel formodningsregel for, at en ændring ville have medført et større antal interesserede økonomiske aktører. En række konkrete ændringer må imidlertid anses for ofte at ville gøre andre økonomiske aktører interesserede i kontrakten eller gøre det muligt for ordregiver at have tildelt kontrakten til anden side end oprindeligt. Som Morten Wahl Liljenbøl angiver, vil ændringer i de krav, der stilles til de økonomiske aktører, ofte udgøre grundlæggende elementer i kontrakten. Det samme gælder for ændringer af særligt byrdefulde vilkår for tilbudsgiver.

3.4.2 Den økonomiske balance

Udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2 indebærer, at ændringer af kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance, som foretages til fordel for leverandøren, og som ikke var forudsat i den oprindelige kontrakt, udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Ifølge lovbemærkningerne sigter bestemmelsen på balancen mellem ydelse og modydelse, og omfatter ændringer, der kan have økonomisk betydning. Som eksempler herpå nævnes "*... ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse.*"⁷²

Udvalget om dansk udbudslovgivning bemærker desuden, at en ændring af en igangværende kontrakt imidlertid kan resultere i en økonomisk gevinst til fordel for leverandøren, uden at

⁶⁹ Liljenbøl, TBB2010.15, afsnit 4.2

⁷⁰ Berg (2012), s. 820f

⁷¹ Hartlev og Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, 51-73, s. 55

⁷² Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 178, s. 199

dette udgør en ændring af grundlæggende elementer.⁷³ Udvalget bemærker herefter, i overensstemmelse med lovbemærkningerne, at det afgørende ved vurderingen er, at den økonomiske balance ikke må ændres som led i kontraktændringen.

EU-Domstolen udtalte da også i Pressetext, at prisjusteringer kan forekomme, uden at udgøre en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, såfremt prisjusteringen er ubetydelig og desuden kan forklares på en objektiv måde.⁷⁴ Kontraktens økonomiske balance blev således ikke ændret i dette tilfælde.

En særlig problemstilling foreligger imidlertid i de tilfælde, hvor kontraktændringen både omfatter en økonomisk fordel og ulempe for leverandøren. Spørgsmålet er her, om der skal tages udgangspunkt i den samlede effekt af ændringen ved vurderingen af, hvorvidt balancen ændres til leverandørens fordel. Dette er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, som dog henviser til, at der ikke er praksis, som direkte tager stilling til situationen.⁷⁵ Udvalget om dansk udbudslovgivning når frem til samme konklusion. Udvalget begrundet derimod konklusionen med henvisning til EU-Domstolens præmis 37 i Pressetext, hvorefter *"En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser."* Denne præmis synes, ifølge udvalget, netop at være til støtte for, at der skal foretages en helhedsvurdering, hvori både fordele og ulemper for leverandøren indgår.⁷⁶

En ændring som er omfattet af bestemmelsen, er eksempelvis prisforhøjelser. I en kendelse fra Klagenævnet af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune (herefter Multi Trans), fandtes en prisforhøjelse ikke at kunne ske uden fornyet udbud. Prisforhøjelsen skete baggrund af en omlægning af ruten for madudbringning. Klagenævnet udtalte, at *"Forhøjelsen af tilbudsprisen, der kan have påvirket den økonomiske balance i kontrakten, må derfor – uanset hvor velbegrundet den end måtte være i den gennemførte ydelsesændring – anses som så væsentlig..."* På trods af, at forhøjelsen kunne anses for velbegrundet, og samtidig både var til fordel og ulempe for leverandøren, kunne prisforhøjelsen konkret ikke udelukkes at ændre den økonomiske balance. Det skal bemærkes, at prisforhøjelsen var på 16,8 % for enkelte dele af ydelserne. Prisforhøjelser vil derfor ofte være udtryk for en ændring af den økonomiske balance.

Ændringer til fordel for ordregiver er derimod ikke omfattet af bestemmelsen. Bestemmelsens ordlyd sigter således kun mod ændringer til fordel for leverandøren. Det kan dog ikke udelukkes, at ændringer til fordel for ordregiver kan udgøre en ændring af grundlæggende elementer. I Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Pressetext, argumenterer Kokott da også for, at prisreduktioner, der alene er til gavn for ordregiver, kan tænkes at udgøre ændringer, som fordrejer konkurrencen.⁷⁷ I Pressetext kom EU-Domstolen

⁷³ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 780

⁷⁴ Pressetext, præmis 61

⁷⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 16

⁷⁶ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014) s. 780f

⁷⁷ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Kokott af 13. marts 2008 i sagen C-454/06, betragtningerne 89-90

dog frem til, at der kunne ske en prisjustering til fordel for ordregiver. EU-Domstolen anså ikke dette for at udgøre en ændring af grundlæggende elementer.⁷⁸ Der var dog konkret tale om en mindre nedsættelse af prisen, hvorfor afgørelsen ikke kan tages til indtægt for en ubegrænset adgang til at foretage ændringer til fordel for ordregiver. Hvis en ændring til fordel for en ordregiver anses for at være konkurrenceforvridende, vil ændringen kunne anses for at være et grundlæggende element efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

3.4.3 Betydelige udvidelser

I henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3 anses en ændring desuden som en ændring af grundlæggende elementer, hvis ændringen medfører en *betydelig* udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.

Med bestemmelsen henvises der til de tilfælde, hvor ændringen medfører udvidelser i omfang eller art af kontrakten eller rammeaftalen.⁷⁹ Udvidelse af omfang angår de tilfælde, hvor ordregiver har et ønske om at få leveret mere af den samme ydelse. Med omfang menes der en kvantitativ udvidelse. Udvidelse af art angår derimod de tilfælde, hvor ordregiver ønsker at få leveret ydelser, som ikke oprindeligt var omfattet af kontrakten. Hermed menes en kvalitativ udvidelse af kontrakten.

Afgørende for både den kvantitative og kvalitative udvidelse er, om ændringen anses for at være *betydelig*. Udgangspunktet for denne vurdering er, om tærskelværdierne i udbudslovens § 180 er overskredet. Hvis udvidelsen ikke overskrider tærskelværdierne i udbudslovens § 180, anses udvidelsen ikke for at være *betydelig*.⁸⁰

I de tilfælde, hvor ændringens værdi er større end grænserne i § 180, bemærkes det i lovbemærkningerne til § 178, at der skal foretages en konkret vurdering af, om det har været parternes vilje at ændre kontraktens grundlæggende elementer. Afslutningsvis anføres det i lovbemærkningen til bestemmelsen at, "*... det er således ikke udelukket, at en udvidelse af en kontrakts anvendelsesområde, der er større end værdierne i § 180 kan tillades uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure i henhold til denne lov.*"⁸¹ Det taler dog for at ændringen er *betydelig*, hvis ændringens værdi overskrider de for ydelsen gældende tærskelværdier.⁸² Dog efterlader lovbemærkningen rum til at foretage ændringer af kontrakten, som går videre end grænserne angivet i udbudslovens § 180.

En nyere kendelse fra Klagenævnet af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark (herefter Abbott) er illustrativ ved behandlingen af udbudslovens § 178,

⁷⁸ Pressetext, præmis 62

⁷⁹ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 178, s. 199f

⁸⁰ Ibid., s. 200

⁸¹ Ibid.

⁸² Se EU-Domstolens dom af 29. april 2010 i sagen C-160/08, Kommissionen mod Tyskland præmis 98–101, hvor EU-Domstolen fandt, at der var tale om en væsentlig ændring, blandt andet under henvisning til, at ændringens værdi overskred de gældende tærskelværdier.

stk. 2, nr. 3. Kendelsen vedrører påtænkte ændringer af såvel kvantitativ som kvalitativ karakter.⁸³

Kendelsen angik en klage over Region Syddanmarks påtænkte direkte tildeling af en tillægskontrakt vedrørende levering af procesudstyr, forbrugsstoffer samt service af udstyret. Dette skulle ifølge tillægskontrakten leveres til Odense Universitetshospital i Odense. For det første var Universitetshospitalet i Odense ikke en del af den oprindelige kontrakt. For det andet blev der også tilføjet nye forbrugsstoffer. Hertil kom, at Region Syddanmark anskaffede supplerende ydelser, som lå ud over den tilladte værdi i henhold til optionerne i udbudsmaterialet. Den samlede værdi af tillægskontrakten udgjorde kr. 88 mio. Af dette beløb kunne optioner om tilkøb af teknisk udstyr muligvis oppebære kr. 10 mio. Den oprindelige kontraktværdi var på kr. 600 mio.

Klagenævnet fandt, at tillægskontrakten medførte en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde både i kvantitativ og kvalitativ henseende. Klagenævnet bemærkede desuden, at ændringens karakter og omfang ville have gjort det muligt for andre aktører at deltage i udbuddet eller, at udfaldet af tildelingen ville være anderledes, hvis ændringen var en del af det oprindelige udbud.

Klagenævnets kendelse i Abbott viser således, at bestemmelsen også skal ses i sammenhæng med de øvrige bestemmelser i udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4.⁸⁴ Særligt i de tilfælde, hvor der sker en kvalitativ udvidelse af kontrakten. Hvis udvidelsen vedrører ydelser, som er forskellige fra ydelserne indeholdt i den oprindelige kontrakt, hvorved kontrakten kommer til at henvende sig til et andet marked, skal der mindre til, at udvidelsen anses for væsentlig.⁸⁵

3.4.4 Udskiftning af leverandør

I henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4 udgør det som hovedregel en ændring af grundlæggende elementer, såfremt en ny leverandør erstatter den leverandør, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten.

Der fremgår dog en række undtagelser til hovedreglen i udbudslovens § 182. Hovedreglen om, at udskiftning af en leverandør udgør en ændring af grundlæggende elementer, skal ses som et udslag af idéen med udbudsproceduren. Der skal altså udvælges en leverandør til en offentlig kontrakt gennem en fastlagt procedure. Hvis det var muligt at foretage en udskiftning af leverandøren efterfølgende uden begrænsninger, ville dette omgå hele udbudsprocessen.

Om undtagelserne til hovedreglen, henvises der til afsnit 3.5.3 om udbudslovens § 182.

3.4.5 Sammenfattende om grundlæggende elementer

Udbudsloven opstiller i § 178, stk. 2, nr. 1-4 en række situationer, som udgør ændringer af grundlæggende elementer. De oplistede situationer er dog ikke udtømmende.

⁸³ Kendelsen vedrører muligheden for at opnå opsættende virkning. Dette kræver kun at klagen ikke må synes udsigtsløs.

⁸⁴ Det skal indgå i vurderingen af om en udvidelse er betydelig, hvorvidt de øvrige bestemmelser i udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4 er opfyldt, jf. lovforslagets bemærkninger til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

⁸⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 16

Om en ændring udgør en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, beror på en konkret vurdering. I vurderingen indgår det som et afgørende element, om ændringen er afgørende forskellig fra de oprindelige betingelser i kontrakten.

Analysen af udbudslovens § 178, har vist, at det afgørende for vurderingen er, om ændringen er konkurrenceforvridende. Hvis ordregiver ønsker at foretage en ændring af kontrakten i løbet af kontraktens løbetid, skal ordregiver derfor vurdere, om konkurrencen herved forvrides. Ordregiver skal både påse, om andre økonomiske aktører havde ønske om, eller vilje til at byde på kontrakten, samt om resultatet af tildelingen havde været anderledes, hvis ændringen var en del af det oprindelige udbudsmateriale. Dette stemmer overens med formålet med udbudsreglerne, hvorefter det indre marked skal sikres gennem effektiv konkurrence.

Ordregiver står således over for den vanskelige opgave at skulle vurdere om en ændring er konkurrenceforvridende. Vurderingen efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1 bygger på det hypotetiske tilfælde, at ændringen var en del af det oprindelige udbudsmateriale og ikke først er blevet tilføjet senere. Udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2-4 fremstår imidlertid mere håndgribelige til brug for at vurdere, om ændringen forvrider konkurrencen til skade for potentielt interesserede økonomiske aktører, samt de økonomiske aktører, der rent faktisk deltog i udbuddet.

3.5 Tilladte ændringer af kontrakten

Udbudslovens §§ 179-183 oplister en række situationer, hvor det er tilladeligt at foretage ændringer. Bestemmelserne er udtryk for undtagelser til udbudslovens § 178, stk. 2. Hvis en ændring kan henføres til en af undtagelserne, vil ændringen ikke være en ændring af grundlæggende elementer, og derfor vil ændringen ikke medføre en fornyet udbudspligt af kontrakten.

I det følgende vil bestemmelserne i udbudslovens §§ 180-183 om bagatelgrænsen, muligheden for supplerende indkøb, muligheden for udskiftning af leverandører og muligheden for at foretage ændringer ved uforudsete behov, blive analyseret. Udbudslovens § 179 om ændringer i medfør af kontrakten, vil blive underlagt en selvstændig analyse nedenfor i afsnit 4.

3.5.1 Bagatelgrænsen

Allerede forud for implementeringen af udbudsdirektivet antog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der måtte gælde en bagatelgrænse, med henvisning til praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet.⁸⁶

Udvalget om dansk udbudslovgivning antog imidlertid, at der ikke umiddelbart kunne fastsættes en håndfast bagatelgrænse med henvisning til praksis. Udvalget mente derimod, at hvis værdien af ændringen holdt sig under tærskelværdierne, ville dette være en indikation for, at ændringen ikke vedrørte grundlæggende elementer.⁸⁷

⁸⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 9

⁸⁷ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 781

Med implementeringen af udbudsdirektivet fulgte bagatelreglen i udbudslovens § 180. Bestemmelsen fastsætter, hvornår en ændring ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer, grundet ændringens ringe værdi. Ændringen må i sagens natur kunne opgøres til en økonomisk værdi. De fleste ændringer vil kunne opgøres til en økonomisk værdi, men eksempelvis udskiftning af en leverandør eller ændring i en tidsplan, vil næppe kunne opgøres til en økonomisk værdi, hvorfor sådanne ændringer ikke kan foretages efter bagatelreglen i udbudslovens § 180.⁸⁸

Bestemmelsen indeholder både en absolut og en relativ økonomisk grænse for ændringerne, som foretages i kontrakten.

Økonomiske grænser

Bestemmelsen indeholder to forskellige økonomiske grænser, der begge skal være overholdt for, at bestemmelsen finder anvendelse. Bestemmelsens stk. 1, nr. 1 indeholder en absolut begrænsning med henvisning til tærskelværdierne, der fremgår af udbudslovens § 6.⁸⁹

I stk. 1, nr. 2 gælder samtidig en relativ begrænsning, hvorefter ændringerne ikke må overstige 10 % eller 15 % af kontraktsummen, afhængigt af, om der er tale om en kontrakt angående henholdsvis vare- og tjenesteydelser eller bygge- og anlægsydelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen antager, at det afgørende er, hvilken type ydelse den oprindelige aftale vedrører, og dermed ikke, hvilken type ydelse ændringen vedrører.⁹⁰

Stk. 2 fastsætter, at værdien af aftalens ændringer skal vurderes kumulativt, såfremt der foretages flere ændringer. Ifølge bemærkningerne til bestemmelsen, gælder der i denne henseende et nettoprincip. Ændringer, der nedsætter værdien af kontrakten, skal dermed modregnes i de ændringer, der forøger kontraktens værdi.⁹¹ Hvis der spekuleres i en prisnedsættelse på udvalgte produkter for dermed at kunne foretage en prisstigning på andre produkter, som måske aftages i større omfang efter en rammeaftale, må det formentligt bero på en konkret vurdering, om de foretagne ændringer kan trækkes fra hinanden i værdi.⁹² Formentlig vil dette kunne betragtes som omgåelse af udbudsreglerne, og dermed være i strid med udbudslovens § 2, stk. 2.

Overordnet karakter

I henhold til bestemmelsens stk. 3 må ændringen ikke medføre, at kontraktens overordnede karakter ændres. Dette er nærmere behandlet i afsnit 4.1.3.

⁸⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 10

⁸⁹ Dermed gælder bagatelreglen i følge den danske implementering ikke for ændringer under light-regimet i udbudslovens afsnit III, eftersom tærskelværdien til denne findes i udbudslovens § 7. Dette er modsat udbudsdirektivet, hvor artikel 72, stk. 2 henviser til hele artikel 4. I artikel 4(d) findes tærskelværdierne for light-regimet. Hvorvidt implementeringen beror på en fejl eller ej, kan ikke læses ud af lovforslaget til bestemmelsen, der slet ikke nævner en eventuel begrænsning i implementeringen i denne henseende.

⁹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 10

⁹¹ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 180, s. 200

⁹² Risvig (2016), s. 737

3.5.2 Supplerende indkøb

Udbudslovens § 181 giver ordregiver mulighed for at foretage supplerende indkøb hos leverandøren. Dette omfatter supplerende køb af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer. Fire betingelser skal dog være opfyldt for at bestemmelsen kan finde anvendelse.

Ændringen er nødvendig

For det første kræver anvendelsen af bestemmelsen, at ændringen er nødvendig for gennemførslen af kontrakten, jf. udbudslovens § 181, stk. 1, 1. led. Bestemmelsen omfatter eksempelvis ikke tilfælde, hvor ordregiver har ombestemt sig vedrørende den tekniske løsning, der er valgt for ydelsen. Bestemmelsen gælder derimod kun, hvis hovedydelsen vil fremstå ufærdig, såfremt ændringen ikke foretages.⁹³ I denne henseende omfatter begrebet *nødvendighed* dermed tilfælde, hvor det oprindelige udbud indeholdte fejl, der nødvendiggør ændringen, samt tilfælde, hvor behovet skyldes udefrakommende forhold.⁹⁴

Væsentlig økonomisk eller teknisk ulempe

For det andet skal det ikke kunne lade sig gøre at benytte en anden leverandør, uden væsentlig økonomisk eller teknisk ulempe, jf. udbudslovens § 181, stk. 1, nr. 1. Dette kan være tilfælde, hvor udstyret fra det oprindelige udbud ikke kan samarbejde eller fungere med udstyr, der kan leveres af andre leverandører. Bestemmelsen kan derfor finde anvendelse, hvis brugen af en ny leverandør medfører uforholdsmæssigt store omkostninger.⁹⁵ I udbudsdirektivets betragtning 108 bekræftes det, at supplerende indkøb kan tillades, hvis indkøb hos andre leverandører vil være teknisk uforenelige med de oprindelige produkter, eller vil medføre uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder, under drift og vedligeholdelse.

Betydelige problemer eller væsentlig forøgelse af omkostninger

For det tredje skal det ikke være muligt at benytte en anden leverandør uden dette "*vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger*", jf. udbudslovens § 181, stk. 1, nr. 2. Hvordan denne del af bestemmelsen adskiller sig fra den førnævnte betingelse i udbudslovens § 181, stk. 1, nr. 1 er ikke uddybet i lovforslagets bemærkninger. I lovforslagets bemærkninger henvises der blot til udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2.⁹⁶ Det er dog heller ikke nærmere uddybet, hvordan bestemmelsen skulle adskille sig fra betingelsen i udbudslovens § 181, stk. 1, nr. 1.⁹⁷

I EU-Domstolens afgørelse af 14. september 2004 i sagen C-385/02, Kommissionen mod Italien, blev der foretaget en vurdering af, om ændringen kunne begrundes ud fra Italiens påstand om, at arbejdet skulle udføres af samme leverandør. Italien påstod, at der kunne ske tildeling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, eftersom arbejderne af tekniske årsager ikke kunne overdrages til andre leverandører. EU-Domstolen bemærkede, at Italien kun

⁹³ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 181, s. 201

⁹⁴ Karnovs noter, note 788 til udbudslovens § 181 kommenteret af Ellehaug m.fl.

⁹⁵ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 181, s. 201

⁹⁶ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 181, s. 201

⁹⁷ Ibid., bemærkninger til § 81, s. 117f

havde redegjort for nødvendigheden i at benytte en enkelt leverandør i generelle vendinger. Det fandtes derfor ikke bevist, at dette var nødvendigt.

EU-Domstolen kræver altså, at der kan fremvises konkrete beviser for, at opgaven skal udføres af én og samme leverandør. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der blot er tale om komplekse og vanskelige arbejder.

Ikke forøger kontraktens værdi med mere end 50 %

Den fjerde betingelse er, at ændringen ikke må medføre en forøgelse på over 50 % af den oprindelige kontrakts værdi, i henhold til udbudslovens § 181, stk. 2.

Hvis der foretages successive ændringer, gælder begrænsningen for hver enkel ændring, der foretages af kontrakten, jf. udbudslovens § 181, stk. 3. Selvom denne kvantitative grænse gælder for hver ændring og ikke opgøres samlet, må reglen ikke benyttes til omgåelse af grænsen.⁹⁸ Dette følger også direkte af udbudslovens § 2, stk. 2, hvorefter udbuddet ikke må udformes så det omgår anvendelsesområdet for udbudsreglerne.

3.5.3 Udskiftning af leverandører

Udskiftning af den leverandør, kontrakten oprindeligt var tildelt, udgør som hovedregel en ændring af grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4. Derved kan der ikke ske udskiftning, uden afholdelse af en ny udbudsprocedure. Udbudslovens § 182 oplister imidlertid en række undtagelser til hovedreglen, og må dermed fortolkes indskrænkende.⁹⁹ Bestemmelsen indeholder en udtømmende opstilling af tilfælde, hvor leverandørskifte er tilladt.

Udbudslovens § 182 har følgende ordlyd:

"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."

Udskiftning af leverandøren kan ske, hvor udskiftningen sker i medfør af kontrakten. Det kræver en klausul i udbudsmaterialet, som lever op til betingelserne i udbudslovens § 179.¹⁰⁰ Klausulen skal indeholde en beskrivelse af de tilfælde, hvor der kan ske udskiftning, samt måden, hvorpå den nye leverandør vælges. Udskiftningen må ikke kræve leverandørens accept.¹⁰¹

⁹⁸ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 788 og Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 181, s. 201

⁹⁹ Liljenbøl og Balle (2016), s. 397

¹⁰⁰ Se nærmere om ændringsklausuler i afsnit 4.

¹⁰¹ Liljenbøl og Balle (2016), s. 413

Ligeledes kan udskiftning af leverandøren ske i tilfælde af den oprindelige leverandørs omstrukturering. Værd at bemærke er, at udskiftningen ikke må medføre, at leverandøren ikke længere lever op til de kvalitative kriterier, der var opstillet, i forbindelse med udvælgelsen af leverandøren. Leverandøren skal derfor leve op til egnethedsvurderingen, som oprindeligt var opstillet efter udbudslovens § 140.¹⁰²

Bestemmelsens anvendelse kræver, at tre betingelser er opfyldt. For det første skal udskiftningen ske ved en omstrukturering. For det andet må udskiftningen ikke medføre andre grundlæggende ændringer af kontrakten. For det tredje må udskiftningen ikke have til formål at omgå udbudsloven.

For det første skal der være tale om et af følgende omstruktureringstilfælde:

Selskabsretlige omstruktureringer

Omstruktureringer omfatter blandt andet over selskabsretlige omstruktureringer. Dette er blandt andet illustreret i Pressetext. I sagen blev OTS-tjenesteydelsen udskilt fra APA til et datterselskab, APA-OTS. Datterselskabet var 100 % ejet af APA, der også havde indflydelse i datterselskabet, og hæftede solidarisk for selskabets forpligtelser. EU-Domstolen udtalte i præmis 54, at overførsel af en kontrakt til "... *et kapitalselskab, hvori den tidligere tjenesteyder er eneste selskabsdeltager og kontrollerer den nye tjenesteyder gennem instrukser, for så vidt som den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktmæssige forpligtelser.*" Rene selskabsretlige omstruktureringer udgør derfor ikke en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.¹⁰³

Hvilke præcise krav, der stilles til den interne omstrukturering er dog ikke afklaret. Det er ikke afklaret, om det er tilstrækkeligt, at moderselskabet, der har overdraget en kontrakt til et datterselskab, stiller en garanti om solidarisk hæftelse for kontraktens opfyldelse. Det antages dog flere steder, at det er tilstrækkeligt, hvis der sikres solidarisk hæftelse mellem selskaberne. Derfor er et krav om 100 % ejerskab over datterselskabet eksempelvis ikke nødvendigt.¹⁰⁴

Fusion og spaltning

Omstruktureringer kan også ske ved en fusion eller en spaltning, jf. selskabslovens regler herom.¹⁰⁵ Når selskabslovens regler om fusioner og spaltninger er iagttaget, må det i henhold til § 182, nr. 2, 1. led, være muligt at foretage en udskiftning af leverandøren uden, at dette udgør en ændring af grundlæggende elementer.¹⁰⁶

Den nye leverandør skal, som nævnt ovenfor, fortsat opfylde de oprindelige krav til egnethed, som fastsat i udbudsmaterialet, der var gældende forud for fusionen eller spaltningen. Dette volder ikke umiddelbart problemer i forhold til fusioner, da en fusion er en sammenlægning af selskaber. Derimod kan det volde problemer ved en delvis spaltning. Ved en delvis

¹⁰² Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 182, s. 201

¹⁰³ Dette er også gentaget i betragtning 110 til udbudsdirektivet.

¹⁰⁴ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 783 samt Risvig (2016), s. 744

¹⁰⁵ Ved fusion forstås virksomhedssammenlægning i henhold til §§ 236-252 og ved spaltning forstås hel eller delvis overdragelse af aktiver og forpligtelser til et andet kapitalselskab i henhold til §§ 254-270.

¹⁰⁶ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 783

spaltning er det ikke hele virksomheden, der udskilles. Ved foretagelse af en delvis spaltning, må det derfor godtgøres, at de dele af det tidligere selskab, som kvalificerede selskabet til at byde på kontrakten, fortsat er til stede efter spaltningen. Kontrakten skal desuden kunne anses for at høre til den del af selskabet, der overdrages ved spaltningen for, at udskiftningen kan finde sted.¹⁰⁷

Virksomhedsoverdragelser

En problemstilling, der også var relevant i Pressetext, er spørgsmålet om, hvorvidt en overdragelse af kapitalandele i et kapitalselskab udgør en ændring af et grundlæggende element. Når ordregiver har tildelt en offentlig kontrakt til en juridisk person, i form af et kapitalselskab, er det væsentligt at være opmærksom på, at kapitalselskabet er et selvstændigt juridisk subjekt, adskilt fra ejerne af kapitalandelene.¹⁰⁸ Derfor kan der ikke sættes lighedstegn mellem ejerne af kapitalandelene i selskabet, og kapitalselskabet selv. Situationen er derfor som udgangspunkt uproblematisk.

Hvis virksomhedsoverdragelsen derimod sker ved en overdragelse af virksomhedens aktiver, synes retstilstanden at være mere usikker. Der findes dog vægtige argumenter både for og imod, at en sådan overdragelse udgør en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten. For at dette udgør en ændring af grundlæggende elementer taler, at ordregiver ikke er forpligtet til at acceptere overdragelsen af kontrakten, og derfor må være udtryk for genforhandling af kontrakten.¹⁰⁹ Genforhandling af kontrakten er netop et af de kriterier, der anvendes til at vurdere, om der er tale om en ændring af grundlæggende elementer. Modsat kan der argumenteres for, at en overdragelse af virksomhedens aktiver, når dette sker med samtlige aktiver og passiver, minder om en fusion eller spaltning. Den nye kontraktpart, der overtager aktiver og passiver, kommer de facto til at svare til den tidligere kontraktpart.¹¹⁰ På nuværende tidspunkt må retstillingen anses for uafklaret.¹¹¹

Konkurs og insolvens

Udskiftning af leverandøren som følge af en konkurs er i udgangspunktet tilladt efter udbudslovens § 182, nr. 2, 1. led. I forbindelse med en konkurs skal konkursboet vælge, hvorvidt boet vil indtræde i kontrakten. Alternativt skal kontrakten udbydes på ny, eller videreoverdrages til tredjemand.

Konkursboet vil kun i sjældne tilfælde vælge at indtræde i kontrakten, hvis der eksempelvis er tale om længerevarende eller risikable kontrakter. I tilfælde af, at boet indtræder, skal boet fortsat leve op til de oprindelige krav til egnethed, som fremgik af udbudsmaterialet.

Et alternativ til boets indtræden er afholdelse af en ny udbudsprocedure. Afholdelse af en ny udbudsprocedure kan dog være tidskrævende og kan samtidig være problematisk, hvis den oprindelige leverandør skal fortsætte arbejdet i perioden indtil den nye kontrakt tildeles. Hvis

¹⁰⁷ Liljenbøl og Balle (2016), s. 403

¹⁰⁸ Werlauff (2016), s. 23ff

¹⁰⁹ Dette følger af hovedreglen om, at debitorskifte ikke kan ske uden kreditors samtykke.

¹¹⁰ Hartlev og Liljenbøl (2011), s. 236

¹¹¹ Udvalgt om dansk udbudslovgivning (2014), s. 783

den oprindelige leverandør fortsætter arbejdet, vil ordregiver have svært ved at beskrive kontraktens omfang tilstrækkeligt tydeligt i udbudsmaterialet. Fordelen ved et fornyet udbud er på den anden side, at der udarbejdes en ny kontrakt. Derfor vil det være muligt for den nye leverandør at fortsætte arbejdet på ændrede vilkår, hvilket kan medvirke til, at en anden leverandør er interesseret i at fortsætte arbejdet.¹¹²

En anden mulighed er, at boet vælger at indtræde i kontrakten efter konkurslovens regler herom, for derefter at videreoverdrage kontrakten til tredjemand.¹¹³ Når boet vælger at indtræde, med henblik på at videreoverdrage kontrakten, kan der stilles spørgsmålstejn ved, hvilken leverandør kontrakten kan overdrages til. Vil dette kun være den leverandør, der var placeret næstbedst i udbuddet, eller kan kontrakten tildeles vilkårligt til alle, der opfylder de øvrige kriterier? Der synes ikke at være noget entydigt svar herpå.¹¹⁴ Steen Treumer mener dog, at en overdragelse af kontrakten, som følger den oprindelige evaluering, er en fornuftig løsning herpå.¹¹⁵

Som et sidste alternativ kan ordregiver vælge at overdrage kontrakten til tredjemand helt uden om boet. Ifølge Morten Wahl Liljenbøl fører en ordlydsfortolkning af udbudslovens § 182, nr. 2 til, at en overdragelse uden om boet ikke kan ske, da overdragelsen i så fald ikke sker som led i en omstrukturering hos den oprindelige leverandør.¹¹⁶ Samme forfatter angiver dog også, at der kan være vægtige grunde for, at det ikke bør være nødvendigt at inddrage boet i overdragelsen. Retstilstanden er dog uafklaret.

Leverandørens konkurs rejser en lang række af problemstillinger. En stor del af disse synes fortsat uafklarede. Problemstillingerne er behandlet flere steder i litteraturen.¹¹⁷ Af hensyn til specialets problemformulering, vil dette dog ikke blive nærmere analyseret.

For det andet må der ikke foretages andre grundlæggende ændringer, i forbindelse med udskiftningen af leverandøren. Lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen anfører, at der *"Med ændringer af grundlæggende elementer menes der ændringer, der lever op til betingelserne i § 178, og som ikke kan henføres til §§ 179-183. Bestemmelsen skal således forstås i sammenhæng med de øvrige undtagelsesmuligheder i §§ 179-183."*¹¹⁸

Ifølge lovforslaget til udbudsloven er det dermed muligt at anvende bestemmelserne i udbudslovens §§ 179-183 kumulativt. Modsat antages det i litteraturen, at en kumulativ anvendelse af udbudslovens §§ 179-183 ikke har hjemmel i udbudsdirektivet, der kun nævner muligheden for at foretage ændringer, som ikke udgør ændringer af grundlæggende

¹¹² Liljenbøl og Balle (2016), s. 406f

¹¹³ Det følger af konkurslovens §§ 55-56, at konkursboet som udgangspunkt har ret til at indtræde i det konkursramte selskabs aftaler.

¹¹⁴ Liljenbøl og Balle (2016), s. 408

¹¹⁵ Treumer, P.P.L.R. 2012, 5, 153-166, s. 156ff

¹¹⁶ Liljenbøl og Balle (2016), s. 409. Forfatterne finder yderligere støtte i dette synspunkt i Poulsen, P.P.L.R. 2012, 5, 167-187, s. 184

¹¹⁷ For en nærmere gennemgang heraf se Liljenbøl og Balle (2016), s. 408f Treumer, U.2013B.409

¹¹⁸ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 182, s. 201

elementer.¹¹⁹ Spørgsmålet er altså, om lovforslagets forståelse er direktivkonform. En kumulativ benyttelse af bestemmelserne er da heller ikke angivet i rapporten, udarbejdet af udvalg for dansk udbudslovgivning.¹²⁰ Hvordan bestemmelsen skal fortolkes, fremstår uafklaret. Det er derfor heller ikke sikkert, at Klagenævnet vil benytte fortolkningen, der er lagt til grund i lovforslagets bemærkninger. Klagenævnet har tidligere undladt at anvende en fortolkning, der ikke havde hjemmel i de bagvedliggende direktiver.¹²¹

Før det tredje må udskiftningen af en leverandør ikke være foretaget med henblik på omgåelse af udbudsreglerne i henhold til udbudslovens § 2, stk. 2.

3.5.4 Uforudsete behov

Udbudslovens § 183 giver ordregiver mulighed for at foretage ændringer af en kontrakt, som ordregiver ikke har kunnet forudse behovet for, på tidspunktet for udbuddet. Dele af bestemmelsen er inspireret af artikel 31, stk. 4, litra a, fra det tidligere udbudsdirektiv.¹²² Denne bestemmelse indeholdt mulighed for at foretage udbud med forhandling ved supplerende indkøb af arbejder eller tjenesteydelser i bygge- og anlægskontrakter. I modsætning til bestemmelsen i det tidligere udbudsdirektiv, begrænser udbudslovens § 183 sig ikke til udvalgte supplerende indkøb. Udbudslovens § 183 gælder for alle typer af kontrakter.

Tre betingelser skal være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse. Det skal være et forhold, som en påpasselig ordregiver ikke har kunnet forudse, kontraktens overordnede karakter må ikke ændres som følge af ændringen, og værdien af ændringen må ikke overstige 50 % af den oprindelige kontrakt.

Ikke forudset af en påpasselig ordregiver

I henhold til udbudslovens § 183, nr. 1, må ændringen ikke kunne være forudset af en påpasselig ordregiver. De efterfølgende begivenheder, der har nødvendiggjort ændringen, må altså ikke have været forudsigelige for ordregiver, på tidspunktet for den oprindelige udbudsprocedure. Hvis ordregiver derimod ombestemmer sig under gennemførelsen af kontrakten medfører dette ikke, at bestemmelsen kan finde anvendelse.¹²³

Lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen bidrager til fortolkningen med følgende bemærkninger:

"Ved vurdering heraf [om ændringen ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver] skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende

¹¹⁹ Christensen og Cesar (2016), s. 428

¹²⁰ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 789

¹²¹ Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland, her fandt Klagenævnet at en lovbemærkning i lovforslaget ikke dannede grundlag for at fravige ordlyden af loven samt direktivets præambelbetragtning.

¹²² Direktiv nr. 2004/18/EF

¹²³ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 183, s. 202

*branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud."*¹²⁴

Den netop citerede del af lovforslagets bemærkning til bestemmelsen, antyder umiddelbart en fleksibel og konkret bedømmelse. Standarden, der benyttes i vurderingen, må anses for at være den rimeligt påpasselige ordregiver. Dette støttes også i litteraturen, hvor det angives at: *"If it can be established that a contracting authority could not have foreseen the need to amend the public contract by exercising a normal standard of care, this suggests there is a reasonable need for an amendment and to continue with the same contractual partner."* (vores fremhævelse)¹²⁵ Denne standard efterlader ikke ordregiver et ubegrænset råderum til at foretage ændringer. Ændringsmuligheden vil derfor ofte være anvendelig i eksempelvis længerevarende og komplekse kontraktforhold, hvor behovet ofte vil være vanskeligt at forudsige.¹²⁶

Den teknologiske udvikling er på samme vis et forhold, som ofte vil være uforudsigeligt for ordregiver. I EU-Domstolens afgørelse af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, Kommissionen mod den Franske Republik, tillod EU-Domstolen da også en opdatering af teknologien benyttet vedrørende letbanen i Rennes (herefter Letbanen i Rennes).

Spørgsmålet i sagen var, hvorvidt direktiv 93/38 fandt anvendelse på kontrakten. Direktivet blev først offentliggjort den 9. august 1993 i De Europæiske Fællesskabers Tidende og var først sat til at være implementeret senest den 1. juli 1994. Frankrig havde den 26. oktober 1989 truffet beslutning om hvilket teknologisk system, der skulle benyttes til opførslen af bybanen. Herefter blev der allerede den 19. juli 1990 truffet beslutning om, at kontrakten ville blive tildelt til Matra, når de kunne bekræfte et bestemt prismål. Matras garanterede den 9. juli 1991 en pris på 953,2 mio. FRF. Den 30. marts 1993 blev den endelige beslutning om tildeling af kontrakten til Matra taget af distriktsrådet. Beslutningen om tildeling blev dog tilbagekaldt den 22. september 1995. Samtidig med beslutningen om at tilbagekalde tildelingen blev det dog besluttet at fortsætte forhandlingerne med Matra. Herefter blev den endelige aftale tildelt den 22. november 1996. I vurderingen af, om ændringen af teknologien kunne foretages, var spørgsmålet, om forhandlingerne var udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, og derved måtte anses for at være afgørende forskellig fra den tidligere tildeling. Buddene fra henholdsvis 1993 og 1996 adskilte sig på to fronter. For det første var der tale om to forskellige versioner af VAL-teknologien. Det var således VAL 208-systemet, der var med i budet fra 1996 i stedet for det oprindelige VAL 206-system. For det andet adskilte prisen sig med ca. 90 mio. FRF, hvilket udgør en stigning på omkring 10 % i forhold til 1993 budet.

EU-Domstolen kom i præmis 51 frem til, at: *"... det [bør] ikke udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet..."* Herefter konkluderede EU-Domstolen, at opdateringen af teknologien ikke i denne henseende kunne anses for en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. I litteraturen er det antaget, at afgørelsen indikerer, at der er rum for, at parterne kan tage hensyn til den teknologiske udvikling.¹²⁷ Det bør dog

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Poulsen, P.P.L.R. 2012, 5, 167-187, s. 174

¹²⁶ Liljenbøl og Balle (2016), s. 395

¹²⁷ Christensen og Cesar (2016), s. 439

haves in mente, at den teknologiske ændring i sagen kun bestod i at skinnerne blev gjort 2 cm smallere.

Det rent tidsmæssige forhold kan også indgå i vurderingen af, hvorvidt det har været muligt for ordregiver at forudse behovet for ændringen. Hvis ændringen foretages umiddelbart efter kontraktindgåelsen, taler dette for en omgåelse af udbudslovens regler.¹²⁸ I *Succhi di Frutta* blev Kommissionens beslutning om at ændre betalingen, i henhold til en kontrakt fra at være i æbler til ferskner annulleret. Kommissionen begrundede ændringen med mangel på æbler. Beslutningen blev annulleret af EU-Domstolen, da denne fraveg en vigtig betingelse i kontrakten. Konklusionen kan begrundes med, at ændringen allerede skete et halvt år efter indgåelsen af kontrakten, hvorfor manglen på æbler burde have været forudset af Kommissionen.¹²⁹

Vurderingen af, hvorvidt der er tale om uforudsete omstændigheder, beror også på, hvilke oplysninger ordregiver har modtaget under udbudsproceduren. I Klagenævnets kendelse af 16. februar 2015, *Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S*, fandt Klagenævnet at klagers påstand om at tillægge klagen opsættende virkning, ikke kunne tages til følge.

Kombit A/S ville indgå kontrakt med Dantek A/S uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i henhold til det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, stk. 4, litra a. Denne kontrakt skulle angå dataoverførsel og datakonvertering til brug for offentlige bibliotekssystemer. Tidligere havde Kombit A/S indgået kontrakt med Dantek A/S efter udbud vedrørende udvikling af en komponent til dataimport. De oprindelige leverandører, herunder Axiell Danmark A/S og DBC, var forudsat til at skulle have delt den nye kontrakt mellem sig. Imidlertid var dette ikke muligt af ressourcemæssige grunde, hvilket ikke var oplyst under dialogen forud for tildelingen.

Det ville ikke være muligt for tredjemand at varetage opgaven, da det ville medføre indførsel i forretningshemmeligheder, og ville formodningsvist ikke være økonomisk ansvarligt. Det var forudsat, at de eksisterende leverandører skulle have leveret datakonvertering. De eksisterende leverandører havde ikke givet udtryk for, at de ikke havde ressourcer til dette. Derfor kunne Kombit A/S i dette tilfælde ikke have forudset de manglende ressourcer hos leverandørerne. Afgørelsen viser derfor, at vurderingen af, hvorvidt et forhold har været uforudsigeligt for ordregiver, blandt andet afhænger af de konkrete oplysninger, der er opnået under forberedelsen og selve udbudsproceduren.

Ovenfor er det illustreret, at ordregiver ikke må have kunnet forudse omstændighederne, som nødvendiggør ændringen. Omstændighederne, der leder til ændringen, kan dermed siges at skulle være eksterne, hvilket da også følger af udbudsdirektivets betragtning 109.

Et eksempel på eksterne omstændigheder, der kunne begrunde en ændringsadgang, var til stede i *Pressetext*. I sagen overgik Østrig fra at benytte østrigske schilling til euro som valuta. Dette skyldtes ændringer i den østrigske lovgivning. Ændringen af lovgivningen var ifølge

¹²⁸ Treumer (2000), s. 150

¹²⁹ Christensen og Cesar (2016), side 442

EU-Domstolen en ekstern omstændighed, som derfor ikke udgjorde en ændring af grundlæggende elementer.

Der kan samtidig stilles spørgsmålstegn ved, om uforudsete omstændigheder omfatter tilfælde, hvor kontrakten bliver nødlidende. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der foreligger misligholdelse af kontrakten. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tidligere henvist til, at nødlidende kontrakter generelt har været tillagt en lempeligere vurdering ved Klagenævnet.¹³⁰ EU-Domstolen har dog i sagen C-549/14 af 7. september 2016, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (herefter Frogne) afvist, at en misligholdelse af en kontrakt, og den efterfølgende forligsmæssige løsning, kan begrunde en adgang til at foretage ændringer af grundlæggende elementer.

I den forbindelse anfører EU-Domstolen i præmis 30, at:

”En væsentlig ændring af en offentlig kontrakt efter tildelingen heraf kan principielt ikke foretages efter fælles overenskomst mellem den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver, men skal give anledning til en ny udbudsprocedure vedrørende den således ændrede kontrakt...”

Det forhold, at en kontrakt bliver nødlidende, giver således ikke videre adgang til at foretage ændringer af grundlæggende elementer.

Overordnet karakter

I henhold til udbudslovens § 183, nr. 2 må den overordnede karakter af kontrakten ikke ændres som følge af ændringen. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis ændringen medfører, at der skal indkøbes noget andet end oprindeligt planlagt.¹³¹ Betingelsen er nærmere behandlet nedenfor i afsnit 4.1.3 om udbudslovens § 179.

Ikke forøger kontraktværdien med over 50 %

I henhold til udbudslovens § 183, nr. 3 må ændringen ikke medføre en forøgelse på over 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Begrænsningen gælder for hver successiv ændring, der foretages. De successive ændringer må ikke have til formål at omgå direktivet.¹³² Bestemmelsen medfører derved også, at ændringer samlet set kan udgøre mere end 50 % af den oprindelige kontrakt, uden dette nødvendigvis udgør en ændring af grundlæggende elementer.

3.5.5 Beregning af ændringernes værdi

De kvantitativt målbare ændringer, der kan foretages i medfør af udbudslovens §§ 180-181 og § 183, skal opgøres på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen. Dette vil altså sige, at eksempelvis en prisindekseringsklausul vil kunne være medvirkende til, at det ikke er den oprindelige kontraktsum, der skal lægges til grund, ved vurderingen af ændringens størrelse.¹³³

¹³⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 22, note 28

¹³¹ Udbudsdirektivets betragtning 109

¹³² Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 788

¹³³ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til §184, s. 202

Bestemmelsens stk. 2 angiver desuden, at ordregiver skal offentliggøre en bekendtgørelse om ændringen i Den Europæiske Unions Tidende. Dette gælder i det tilfælde, hvor ændringen er foretaget efter enten udbudslovens §§ 181 eller 183. Ændringen kan dog allerede foretages inden offentliggørelsen har fundet sted.¹³⁴

3.6 Momenter i vurderingen

Ovenstående analyse har behandlet de tilfælde, der henholdsvis udgør en ændring af grundlæggende elementer efter udbudslovens § 178, stk. 2, og udgør en tilladelig ændring efter udbudslovens §§ 180–183. Som beskrevet i analysen, er udbudslovens § 178, stk. 2, om grundlæggende elementer, ikke udtryk for en udtømmende opstilling. Som en naturlig konsekvens heraf, fremhæver analysen en række momenter, som ordregiver kan anvende i vurderingen af, om ændringen er tilladelig.

Om en ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer er op til en konkret vurdering i hvert enkelt kontraktforhold. I vurderingen kan der imidlertid inddrages en række forskellige momenter. I det følgende vil en række af disse momenter blive fremhævet.

Kontraktens *kompleksitet* indgår i vurderingen af, om en ændring af en kontrakt er tilladelig. Dette viser sig eksempelvis ved adgangen til at foretage supplerende indkøb efter udbudslovens § 181, hvor der stilles krav om, at det supplerende indkøb er nødvendigt for færdiggørelsen af kontrakten samt, at brugen af en anden leverandør, ikke lader sig gøre uden væsentlig ulempe for ordregiver. Kompleksiteten spiller også en rolle i henhold til udbudslovens § 183 om muligheden for at foretage ændringer, grundet uforudsete omstændigheder. Her vil kontraktens kompleksitet kunne have en betydning i relation til, hvilke forhold en påpasselig ordregiver burde have forudset, ved indgåelsen af kontrakten. Hvis kontrakten er kompleks, vil ordregiver derfor oftere med rette kunne argumentere for, at forholdet der begrundede ændringen, ikke var forudsigeligt.

Den *tidsmæssige faktor* spiller også en rolle, idet ændringer, der foretages kort tid efter kontraktindgåelsen, synes at have mindre spillerum efter udbudslovens § 183 om uforudsete forhold. Ændringer, der foretages kort tid efter kontraktindgåelsen, er mindre tilbøjelige til at være uforudsigelige for en påpasselig ordregiver på tidspunktet for kontraktindgåelsen. Situationen forelå i *Succhi de Frutta*, hvor udskiftningen af betalingen med æbler skete omkring 6 måneder efter kontraktindgåelsen. EU-Domstolen fandt ikke, at dette var en uforudset omstændighed, da manglen på æbler 6 måneder efter indgåelsen, burde have været forudset. Den tidsmæssige faktors betydning synes velbegrundet, set i forhold til forbuddet mod at omgå udbudsreglerne efter udbudslovens § 2, stk. 2.

Ændringens omfang kan også have betydning i vurderingen. Ved ændringens omfang indgår både ændringens kvantitative og kvalitative omfang. Ændringens omfang indgår blandt andet i vurderingen af, om den aktuelle og potentielle konkurrence kunne have været anderledes, hvis ændringen var en del af udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1. Momentet spiller også en rolle i forhold til, om ændringen medfører en betydelig udvidelse af

¹³⁴ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til §184, s. 202

kontraktens anvendelsesområde efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3. En kvalitativ udvidelse af kontraktens omfang vil kunne føre til, at den potentielle konkurrence kunne have været anderledes. Derfor vil en kvalitativ ændring også ofte medføre en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde, og således udgøre en ændring af grundlæggende elementer efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3. Desuden er en række af de tilladelige ændringer også begrænset i forhold til ændringens omfang. Således indeholder bagatelreglen i udbudslovens § 180 både en relativ og en absolut grænse for, at ændringen kan anses for at være tilladelig. Bestemmelserne om supplerende indkøb og uforudsete omstændigheder, henholdsvis efter udbudslovens §§ 181 og 183, indeholder også en relativ begrænsning på 50 % af den oprindelige kontrakts værdi. Omfanget af ændringen, både relativt og absolut, har derfor generelt indflydelse på, hvorvidt ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer.

I vurderingen af om en kontraktændring kræver fornyet udbud, kan *ydre omstændigheder* også indgå. Det afgørende må være om omstændighederne, der giver anledning til en kontraktændring, var kendelige på tidspunktet for kontraktindgåelsen. I Pressetext var det eksempelvis tilladt at ændre valuta i kontrakten, da ændringen skete på baggrund af en senere lovændring. Ligeledes var en ændring på baggrund af en manglede myndighedsgodkendelse tilladelig i Femern, da ændringen var kendelig idet myndighedsgodkendelsen fremgik af udbudsmaterialet. I Letbanen i Rennes blev en udskiftning af teknologi tilladt. Heri indgik den teknologiske udvikling som et moment, der var medvirkende til, at ændringen kunne foretages. De ydre omstændigheders indflydelse på ændringsadgangen er da også udtrykt i udbudslovens § 183. Efter denne bestemmelse kan de ydre omstændigheder indgå i vurderingen af, hvilke forhold en påpasselig ordregiver burde forudse for kontraktperioden.

Kontraktens varighed er tilsvarende et element, som indgår i vurderingen.¹³⁵ Ofte vil dette have sammenhæng med momentet om ændrede ydre omstændigheder på den måde, at des længere varighed en kontrakt har, des sværere vil det være for ordregiver at forudse ændringer i de ydre omstændigheder, som nødvendiggør en ændring af kontrakten.

¹³⁵ Poulsen, P.P.L.R. 2012, 5, 167-187, s. 170ff

4. Ændringer i medfør af kontrakten

Inden vedtagelsen af udbudsdirektivet og udbudsloven, var det muligt at foretage ændringer i medfør af kontrakten. Denne ændringsmulighed var fastslået gennem praksis.¹³⁶ Ifølge denne praksis er en ændring af kontrakten ikke en ændring af grundlæggende elementer, hvis ændringsmuligheden fremgik af det oprindelige udbudsmateriale.

Det er af central betydning at sondre mellem ændringer af kontrakten og ændringer i medfør af kontrakten. Førstnævnte betyder, at ændringen ikke har været beskrevet i kontrakten. Sidstnævnte er derimod en ændring, som foretages i medfør af klausuler, der er en del af kontrakten. Udbudsloven sætter grænser for ordregivers ændringsadgang i begge tilfælde. Udbudslovens § 179 giver mulighed for at foretage ændringer i medfør af kontrakten ved brug af ændringsklausuler. Bestemmelsen implementerer udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra a.

Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra a anvender begrebet revisionsklausuler som samlebetegnelse for de klausuler, der kan danne grundlag for en ændring i medfør af kontrakten. Revisionsklausuler fremtræder ikke som begreb i den danske implementering af reglen i udbudslovens § 179. Begrebet har da heller ikke tidligere været anvendt i dansk ret i udbudsretlig sammenhæng. Det har dog ikke herved været meningen at ændre ved indholdet af bestemmelsen. Ændringen er udelukkende foretaget af hensyn til, at sprogbugen skulle stemme overens med dansk lovtradition.¹³⁷

Begrebet revisionsklausuler dækker over *optioner* og *ændringsklausuler*.¹³⁸

Optioner

Ved en option forstås en ret for ordregiver til eksempelvis at købe mere af den aftalte ydelse eller at forlænge kontrakten. Når en option er medtaget i udbudsmaterialet skal optionen være beskrevet så tydeligt, at der kan fastsættes en pris for de medtagne optioner. Der stilles derfor store krav til udformningen af optionerne for, at disse kan medtages i udbudsmaterialet.¹³⁹ Kravene kan begrundes med, at optionerne, modsat ændringsklausulerne, er en ensidig ret til at foretage en udvidelse af kontraktgenstanden. Ændringer, der foretages på baggrund af en ændringsklausul, sker modsat, når de beskrevne objektive omstændigheder, er indtrådt. For at undgå en genforhandling af kontrakten, er det således nødvendigt med disse krav til udformningen af optioner. Forhandling af teknikaliteter er dog tilladt, eksempelvis i forhold til leveringstidspunkt.¹⁴⁰ Ordregiver kan dog frit vælge, om en option benyttes eller ej.¹⁴¹

¹³⁶ Presstext, præmis 35-37

¹³⁷ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, almindelige bemærkninger, pkt. 4.7

¹³⁸ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 786f

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 33

¹⁴¹ Jakobsen m.fl. (2016), s. 592

Ændringsklausuler

Ved ændringsklausuler forstås derimod en ændringsmulighed, der foretages på baggrund af objektive kriterier.¹⁴² Ændringsklausuler kan eksempelvis bestå i en mulighed for at foretage ændringer af ydelsen eller vilkårene for levering af ydelsen. Ved brug af ændringsklausuler har ordregiver altså mulighed for både at foretage ændringer i omfanget af leveringen i henhold til kontrakten, men også at ændre i selve det leverede eller i prisen for det leverede.¹⁴³

Specialets analyse tager i det følgende udgangspunkt i den terminologi, der anvendes i dansk ret. Derfor benyttes ændringsklausuler som samlebetegnelse for ændringer i medfør af kontrakten. Blot i de tilfælde, hvor der udelukkende refereres til optioner, anvendes begrebet *optioner*.

Ændringsklausuler skal være medtaget i udbudsmaterialet for at kunne anses for at være en ændring i medfør af kontrakten. Brugen af en klausul i kontrakten kan altså være undtaget fra de begrænsninger, der ellers følger, når ordregiver vil foretage ændringer af kontrakten. Denne undtagelse kan begrundes med, at beskyttelseshensynene bag reglerne om begrænsninger i ændringsadgangen ikke længere vil være relevante, hvis betingelserne i udbudslovens § 179 er opfyldt. Hensynene er således allerede iagttaget, da klausulerne har været konkurrenceudsat, når disse har været medtaget i udbudsmaterialet. Ordregiver vil derfor have levet op til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Alle potentielle ansøgere og tilbudsgivere vil, som en konsekvens heraf, have haft lige mulighed for at vurdere kontraktens fulde grundlag.¹⁴⁴

4.1 Krav til ændringsklausuler

Udbudslovens § 179 stiller krav om, at ændringsklausuler skal være udtrykt i *klare, præcise og entydige klausuler*. Klausulerne skal også angive *omfang og art for ændringerne samt betingelserne*. Desuden må den *overordnede karakter* af kontrakten ikke ændres som følge af ændringsklausulerne i udbudsmaterialet. Der stilles dog ikke specifikke krav hverken til værdien, det kvalitative eller kvantitative indhold af ændringen.¹⁴⁵

Hvis ændringsklausulerne lever op til betingelserne i udbudslovens § 179 anses ændringerne i medfør af klausuler ikke at være ændringer af grundlæggende elementer. Derfor vil disse ændringer ikke kunne rammes af den udbudsretlige sanktion uden virkning og kræve en ny udbudsprocedure.

4.1.1 Klare, præcise og entydige klausuler

For at forstå kravene til ændringsklausuler i udbudslovens § 179 må det først undersøges, hvad der forstås ved *klare, præcise og entydige klausuler*. Denne del af bestemmelsen er med til at sætte grænser for, hvor åben en formulering ordregiver kan indsætte i udbudsmaterialet.

¹⁴² Liljenbøl og Balle (2016), s. 421f og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 30f

¹⁴³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 30f

¹⁴⁴ Se blandt andet Succhi di Frutta, præmis 118-120 og udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 785f

¹⁴⁵ Liljenbøl og Balle (2016), s. 391

I udbudsdirektivets betragtning 111 angives det, at klausulerne skal være *tilstrækkeligt tydelige*. Herefter gives der en række eksempler på, at en sådan klausul kan vedrøre prisindeksering eller udskiftning af kommunikationsudstyr for at sikre, at dette fortsat vil være egnet under kontraktperioden, hvis der sker ændringer af kommunikationsprotokoller eller i teknologien. Dette giver dog ikke i sig selv nogen nærmere vejledning i forhold til, hvornår ændringsklausulerne er tilstrækkeligt tydelige, men angiver blot hvilke indholdsmæssige ændringer, der eksempelvis kan foretages.

Kriteriet om klarhed i ændringsklausuler har dog allerede forud for vedtagelsen af udbudsdirektivet været behandlet i praksis fra EU-Domstolen. Der er flere eksempler i praksis på, at der stilles krav om, at forståelsen af ændringsklausulen skal være så klart formuleret, at alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere vil forstå rækkevidden og fortolkningen af ændringsklausulerne på samme måde. Eksempelvis angives det i præmis 111 i *Succhi di Frutta*, at "*... alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i licitationsbekendtgørelsen eller i kontraktmaterialet, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde...*" I forlængelse heraf kræves det også, at ordregiver skal kunne efterprøve, om buddene efterlever de kriterier der er opstillet.

Kriterierne fra denne praksis blev også fremhævet som værende væsentlige i rapporten udarbejdet af udvalg om dansk udbudslovgivning.¹⁴⁶ Det er udvalgets opfattelse, at bestemmelsen i udbudsdirektivet er en videreførelse af de kriterier, der var opstillet af EU-Domstolens praksis forud for direktivet.¹⁴⁷

Kriteriet om tilstrækkeligt klare, præcise og entydige ændringsklausuler blev også diskuteret i forbindelse med selve implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret. I lovforslagets bemærkning udbudslovens § 179 følger det, at "*... en klausul ikke må medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. En ændringsklausul vil være klar, præcis og entydig, hvis leverandørerne kan støtte ret på klausulen ved en domstol, voldgift eller lignende.*"¹⁴⁸ For det første må der altså ikke være tvivl om de situationer, hvor ændringsklausulen kan finde anvendelse, samt hvor langtrækkende ændringerne er. For det andet skal ændringsklausulen være så klar, at der kan støttes ret på denne ved domstole og domstolslignende organer.

Formuleringen i lovforslaget er ikke helt enstemmig med den formulering, der blev benyttet forud for lovforslaget i udvalget om dansk udbudslovgivnings rapport. Formuleringerne, der er anvendt i udvalgets rapport og lovforslaget, giver dog en vis vejledning i forhold til, hvilke krav, der stilles til ændringsklausulernes klarhed. Selvom formuleringen i lovforslaget altså ikke er helt enslydende med praksis fra EU-Domstolen og udvalgsrapporten, må det antages, at der lægges vægt på de samme kriterier. Om kravet formuleres som en rimeligt oplyst og

¹⁴⁶ Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 786

¹⁴⁷ Ibid., s. 787

¹⁴⁸ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 179, s. 200

påpasselig leverandørs forståelse af ændringsklausulen, eller leverandørs mulighed for at håndhæve ændringsklausulen ved domstolene, må lede til samme resultat.

For at kunne forstå rækkevidden af de mulige ændringer, samt hvorvidt alle rimeligt oplyste og påpasselige leverandører vil forstå bestemmelserne på samme måde, er det nødvendigt at benytte almindelige fortolkningsprincipper.¹⁴⁹ Fortolkningsprincipper, der baserer sig på hvad den almindeligt, rimeligt oplyste og påpasselige leverandør forstår ved en ændringsklausul, kendes fra flere forskellige regelsæt, herunder blandt andet dansk rets almindelige aftaleretlige fortolkningsregel om løftemodtagerens berettigede forventninger¹⁵⁰ samt reasonable person-testen, som kendes i dansk ret ved internationale køb underlagt CISG.¹⁵¹ Eftersom det er sådanne generelle fortolkningsprincipper, der skal læses ud af kravet om klare, tydelige og entydige ændringsklausuler, adskiller udbudsreglerne sig altså ikke på dette punkt fra de almindelige aftaleretlige regler.

Kravene der stilles til klarheden i ændringsklausulerne i udbudsmaterialet er med til at understøtte de underlæggende principper om gennemsigtighed i proceduren og ligebehandling af økonomiske aktører. Dette bekræftes også af EU-Domstolen i *Succhi di Frutta* præmis 118, hvor det angives, at hvis ordregiver har levet op til dennes forpligtelser vedrørende udformningen af ændringsklausulen, hvis "*... alle virksomheder, der er interesserede i at deltage i licitationen, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillet, når de udformer deres bud.*"

Vurderingen af om ændringsklausulen er tilstrækkelig tydelig i henhold til udbudsloven bygger altså på almindelige fortolkningsprincipper, hvilket svarer til den prøvelse som en domstol og en voldgiftsret vil foretage af klausulen.

4.1.2 Omfang, art samt betingelserne for anvendelsen

En ændringsklausul skal endvidere angive omfang, art samt betingelser for anvendelsen. Dette led af bestemmelsen må anses for at være en hjælp for ordregiver til at sætte grænserne for, hvornår en klausul er klar, præcis og entydig som er beskrevet i afsnit 4.1.1.¹⁵²

Når dette led af bestemmelsen læses i sammenhæng med kravet om klare, præcise og entydige klausuler, medfører bestemmelsen samlet, at der også gælder et forbud mod forhandling af ændringer. Hvis det er nødvendigt med forhandlinger af de påtænkte ændringer vil ændringsklausulerne ikke leve op til de indholdsmæssige krav.¹⁵³ Derfor vil generelt formulerede ændringsklausuler ikke være tilstrækkelige til at leve op til dette krav.

Et eksempel herpå findes i AB 92 § 14, stk. 1, 1. pkt., en bestemmelse, hvorefter: "*Bygherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser.*" I dette tilfælde vil bygherren være ordregiver, som vil foretage ændringer i medfør af kontrakten. Såfremt en sådan klausul er medtaget i udbudsmaterialet og blot angiver, at der kan foretages ændringer som har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser, vil

¹⁴⁹ Offersen og Hansen (2016), s. 169

¹⁵⁰ Gomard m.fl. (2015), s. 233

¹⁵¹ Schwenzer (2016), s. 153f

¹⁵² Udvalg om dansk udbudslovgivning (2014), s. 787

¹⁵³ Liljenbøl og Balle (2016), s. 424 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 34

klausulen ikke være tilstrækkelig klar og tydelig. Derfor synes en så generelt formuleret klausul ikke at leve op til kravene i udbudslovens § 179.¹⁵⁴

I Klagenævnets kendelse af 20. juni 2013, Bombardier mod Aarhus Letbane I/S, kom Klagenævnet også frem til, at en klausul, der gav mulighed for yderligere arbejder, var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Klausulen bestod i en ret til at forhandle yderligere tilkøb til kontrakten og derfor var denne formuleret i generelle vendinger. Klagenævnet fandt derfor, at klausulen stred i mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Bombardier nedlagde påstand om, at Aarhus Letbane I/S havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet eftersom omfanget og indholdet af optionerne der var medtaget i udbuddet ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Klausulen angav at: *"Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderers. Wireless running at the Harbour section using on-board energy will most likely be included as an option ..."*

Første led af klausulen var for generelt formuleret og var dermed i strid med gennemsigtighedsprincippet. Derimod fandtes andet led af klausulen angående *"Wireless running at the Harbour section..."* ikke at stride mod gennemsigtighedsprincippet, eftersom denne var tilstrækkeligt oplyst.

Samlet sikrer kriterierne om, at ændringsklausulerne skal være *klare, præcise og entydige*, samt at *omfang, art og betingelserne for deres anvendelse* skal være angivet, at der ikke åbnes for omgåelse af udbudsreglerne ved at medtage en generelt formuleret ændringsklausul i udbudsmaterialet.

4.1.3 Kontraktens overordnede karakter

Sidste led af udbudslovens § 179 om ændringsklausuler fastsætter, at klausulen ikke må *"ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter."* Samme terminologi anvendes i udbudslovens § 180, stk. 3, som er en del af bagatelreglen i relation til ændringer af kontrakten, samt i udbudslovens § 183, der giver mulighed for at foretage ændringer vedrørende uforudsete behov.

Ifølge forarbejderne til udbudsdirektivet ændres kontraktens overordnede karakter, når det kan konstateres, at kontrakten kommer til at vedrøre *noget andet* end den oprindelige kontrakt.¹⁵⁵ Det uddybes herefter, at der i disse tilfælde er tale om situationer, hvor andre økonomiske aktører kunne have været interesseret i at afgive tilbud. Ændringerne af kontrakten må altså ikke medføre, at udbuddet ville have henvendt sig til et helt andet marked af økonomiske aktører end hvad der oprindeligt var forudsat i udbuddet. Dette blev også gentaget i forslaget til udbudsloven.¹⁵⁶

Kravet gælder både i forhold til de kvalitative krav til økonomiske aktører, altså typen af produkter eller tjenesteydelser der efterspørges i udbuddet, men også i forhold til kvantiteten af det efterspurgte, altså omfanget produkter eller tjenesteydelser.

¹⁵⁴ Claus (2012), s. 828

¹⁵⁵ Cluster 8, *Sound procedures*, Rådets dokument nr. 11266/12, s. 20

¹⁵⁶ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 179, s. 200

Forarbejderne til udbudsdirektivet giver eksempler på, hvornår typen af produkter ændres så meget, at disse er *noget andet* end forudsat i udbudsmaterialet. Dette kunne eksempelvis være, at ordregiver vælger at købe biler i stedet for at lease biler, eller, at der ikke længere stilles krav om, at maden i offentlige kantiner skal være økologisk.¹⁵⁷ Sådanne ændringer af kontrakten vil medføre, at ansøgerfeltet vil ændre sig. Det kan også være tilfældet, hvis kontrakten indeholdt en option på at kunne tilkøbe yderligere ydelser, der ikke normalt udbydes af samme felt af økonomiske aktører, som den oprindelige ydelse.

For at ændringsklausulen medfører, at kontrakten vedrører *noget andet* i relation til kvantitet, må klausulen indeholde mulighed for betydelige ændringer i mængden. Dette kunne eksempelvis være, at udbuddet omhandler køb af 10 busser med option på køb af yderligere 100 busser.¹⁵⁸ I dette tilfælde vil størrelsen på optionen altså ændre kontraktens kvantitet så betydeligt, at denne pludselig ville have henvendt sig til et andet marked end det oprindelige. En kontrakt på 10 busser havde muligvis ikke være interessant for en større økonomisk aktør, der gerne vil udnytte sin kapacitet anderledes. På den anden side kunne den samme økonomiske aktør have været interesseret i at give et tilbud på indkøbet af 110 busser.

Et andet tilfælde, hvor ændringsklausuler kan medføre at kontrakten ændres til *noget andet* er ændringer af særligt byrdefulde vilkår. Dette kan eksempelvis være en ændring fra et ubegrænset ansvar i en risikopræget kontrakt til et begrænset ansvar i stedet.¹⁵⁹

Ovennævnte eksempler giver ikke ordregiver megen vejledning i forhold til grænsen for brug af ændringsklausuler. Det er altså vanskeligt at fastsætte de nærmere grænser for, hvornår de medtagne ændringsklausuler medfører, at kontrakten vedrører *noget andet*. Dette må være op til en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde.

Det må antages, at der skal foretages en samlet vurdering af de ændringer, der foretages i medfør af kontrakten. Udbudslovens § 179 angiver, at: "Klausulerne ... *må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.*" (vores fremhævelse). Det synes derfor at være det samlede omfang af klausulerne, der er afgørende for om kontraktens overordnede karakter ændres. Denne begrænsning skal ses i lyset af udbudslovens § 2, stk. 2, hvorefter et offentligt udbud ikke må udformes med det formål at omgå reglerne i udbudsloven eller kunstigt begrænse konkurrencen.

¹⁵⁷ Cluster 8, *Sound procedures*, Rådets dokument nr. 11266/12, s. 18

¹⁵⁸ Ibid., s. 20

¹⁵⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013), s. 13

5. Ændringsklausuler som en del af udbudsmaterialet?

De krav og begrænsninger, der gælder for ændringsklausuler i medfør udbudslovens § 179, har en klar sammenhæng med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Hvis ordregiver har efterlevet de krav, der stilles efter udbudslovens § 179, kan principperne om gennemsigtighed og ligebehandling anses for at være iagttaget.

En ændringsklausul, der ikke er klart afgrænset i omfang, art, beskriver betingelserne for dens anvendelse eller ændrer kontraktens overordnede karakter, vil ikke leve op til kravene i udbudslovens § 179. I dette tilfælde vil principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke være iagttaget. Konsekvensen heraf er, at muligheden for at foretage ændringer vil følge reglerne for ændringer af kontrakten.¹⁶⁰

Spørgsmålet er derfor, hvorvidt der efterlades ordregiver et større råderum til at foretage ændringer i medfør af kontrakten end ændringer af kontrakten.

5.1 Overordnet karakter og grundlæggende elementer

Efter udbudslovens § 178, stk. 2 må der ikke foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Når der foretages ændringer i medfør af kontrakten, må ændringerne derimod ikke ændre kontraktens overordnede karakter. Idet der altså anvendes forskellige begreber, synes det nærliggende at undersøge, om der herved er tiltænkt en forskel i rækkevidden af ændringsadgangen.

Udvalget om dansk udbudslovgivning angiver, at begrebet *overordnede karakter* ikke kan sidestilles med begrebet *grundlæggende elementer*.¹⁶¹ Hvis begreberne har samme betydning, vil brugen af ændringsklausuler ikke give videre adgang til at foretage kontraktændringer. Udvalget angiver da også, at "*Der må med andre ord skulle mere til, for at kontraktens overordnede karakter ændres, end for at kontraktens grundlæggende elementer ændres.*"¹⁶²

Modsat denne differentierede forståelse af rækkevidden for ændringsmulighederne af kontrakten og i medfør af kontrakten er Klagenævnets kendelse Multi Trans.

Københavns Kommune og Post Danmark A/S indgik en aftale vedrørende madudbringning. Ændringsklausulen der var indeholdt i kontraktens punkt 8 gav mulighed for, at Københavns Kommune kunne kræve ændringer i henhold til klausulen der lød: "*Køber kan inden for den aftalte kontraktperiode forlange ændringer i den aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse, herunder som følge af omorganisering på området for madudbringning.*" Konkret skete der en ændring i leveringsruterne, for at sikre en mere stabil tidsmæssig levering af maden til borgerne. Denne ændring medførte desuden en forøgelse af prisen på 16,8 %, for at dække de øgede udgifter, som ændringen medførte. Konkret indeholdt klausulen dog ikke nogen mulighed for at foretage ændringer af prisen på disse ydelser.

I Klagenævnets afgørelse angives det, at "*... det som anført ikke [er] afgørende, om ændringen med hensyn til ydelsesomfanget er omfattet af punkt 8 i kontrakten, men om ændringen kan anses for væsentlig.*" Ordlyden af afgørelsen efterlader ikke yderligere plads til at foretage ændringer i medfør af

¹⁶⁰ Udvalget om dansk udbudslovgivning (2014), s. 786

¹⁶¹ Ibid., s. 787

¹⁶² Ibid.

kontrakten. Herefter kom Klagenævnet frem til, at ændringen måtte anses for at være væsentlig, hvorfor kontrakten skulle have været udbudt på ny.

Den citerede del af afgørelsen giver anledning til at tro, at ændringsmulighederne er de samme, uanset om kontrakten indeholder en ændringsklausul eller ej. Klagenævnet kunne, for at undgå unødigt tvivl, have begrundet afgørelsen med, at ændringsklausulen ikke var formuleret klart, præcist og entydigt og nævnte ikke mulighed for prisændringer. Klagenævnets begrundelse synes ikke at stemme overens med udvalgets opfattelse af, at der skal sondres mellem ændringer i medfør af og ændringer af kontrakten.

Praksis fra EU-Domstolen synes da også klar i forhold til, at ordregiver har et videre råderum til at foretage ændringer i medfør af kontrakten. I Pressetext udtalte EU-Domstolen i forhold til ændring af prisen "*At ændre en sådan betingelse inden for den periode, i hvilken aftalen er gyldig, når der ikke foreligger nogen udtrykkelig bemyndigelse hertil i de oprindelige udbudsbetingelser, risikerer at medføre en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere...*"¹⁶³ Prisen er et af de tildelingskriterier, som ordregiver kan vælge at tildele på baggrund af, jf. udbudslovens § 162, stk. 1. Prisen er et afgørende moment i en kontrakt, og er dermed et grundlæggende element i en kontrakt. Præmissen i Pressetext må tages til indtægt for en adgang til at ændre i prisen ved brug af en ændringsklausul herom, hvorfor der er videre adgang til at foretage kontraktændringer i medfør af en ændringsklausul. I overensstemmelse med præmissen i Pressetext udtalte EU-Domstolens præmis 36 i Frogne, at "... *den ordregivende myndighed kan forbeholde sig muligheden for at foretage visse ændringer, endog væsentlige, i kontrakten efter tildelingen heraf, ved at fastsætte dette i det udbudsmateriale, der ligger til grund for tildelingsproceduren.*"

Denne videre adgang kan da også læses ud fra udbudslovens bestemmelser om udskiftning af kontraktens leverandør. Udgangspunktet for udskiftning af leverandøren er, at dette udgør en ændring af grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4. Undtagelsen hertil findes i udbudslovens § 182, hvorefter det blandt andet er tilladt at udskifte leverandøren, hvis dette sker i medfør af en klar, præcis og entydig ændringsklausul. Dermed gives der altså mulighed for at foretage en udskiftning af leverandøren som en ændring i medfør af kontrakten. Modsat er dette kun muligt som en ændring af kontrakten i tilfælde af interne omstruktureringer, jf. udbudslovens § 182, nr. 2.

Det synes derfor også velbegrundet, at der i et vist omfang må være et større råderum for ordregiver til at foretage ændringer i medfør af kontrakten, da ændringsklausulerne har været konkurrenceudsat.

Det er herefter interessant at undersøge, hvor meget videre adgangen til at undgå et fornyet udbud er ved brug af ændringsklausuler. Det er nogle af de samme momenter, som spiller ind i vurderingen af, om der er tale om en ændring af grundlæggende elementer eller kontraktens overordnede karakter.

Med hensyn til bedømmelsen af, om en ændring udgør en ændring af et grundlæggende element, indgår konkurrenceforvridningen med stor vægt. Dette angår både forvridninger i

¹⁶³ Pressetext, præmis 60

den aktuelle og den potentielle konkurrence. På samme vis bliver det ved brug af ændringsklausuler påsat, om den potentielle konkurrence forvrides.

Reglerne kan altså siges at overlappe hinanden. Nedenfor følger imidlertid en række eksempler på, hvilke typer af ændringsklausuler en ordregiver kan indarbejde i udbudsmaterialet, som ellers i udgangspunktet ville udgøre en ændring af grundlæggende elementer.

5.1.1 Pris

Prisen er et af de kriterier, der kan være afgørende i tildelingen af kontrakten jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1. Kontrakten kan være af længerevarende karakter, hvorfor det kan være nødvendigt at foretage ændringer i enten opad- eller nedadgående retning for, at kontrakten fortsat er tilpasset markedsvilkårene. En løbende regulering af prisen kan derfor være væsentlig for ordregiver.

Prisen kan reguleres ved brug af ændringsklausuler. Ændringsklausulen skal være fastsat på objektive kriterier. Derfor kan ordregiver ikke benytte sig af genforhandlingsklausuler eller hardship-klausuler.¹⁶⁴ Begge typer af klausuler medfører, at der sker en direkte genforhandling af prisen, hvilket strider imod princippet om, at klausulen skal være fastsat på objektive kriterier samt forbuddet mod genforhandling.¹⁶⁵

Et eksempel på en gyldig ændringsklausul angående pris kan eksempelvis være prisindekseringsklausuler, hvorefter prisen for den leverede ydelse følger et prisindeks. Prisudviklingen vil her være fastsat på baggrund af objektive kriterier. Dette fremgår af EU-Domstolens praksis. I Pressetext var der medtaget et prisindeks i udbudsmaterialet. Gyldigheden af prisindekseringsklausulen blev ikke anfægtet i afgørelsen.¹⁶⁶ Derimod blev opdateringen fra et prisindeks til et nyere prisindeks anfægtet. Den oprindelige kontrakt forudsatte dog allerede en opdatering af prisindekset, hvorfor ajourføringen af dette, ikke blev anset for at være indgåelse af en ny udbudspligtig aftale. Ligeledes godkendte EU-Domstolen i sagen om Letbanen i Rennes, at der var sket en regulering af kontraktsummen på omkring 10 %, eftersom denne var sket i medfør af en prisreguleringsmekanisme, der var indeholdt i den oprindelige kontrakt.¹⁶⁷

Brugen af prisindekseringsklausuler kan være et særdeles anvendeligt værktøj for ordregiver for at sikre, at eventuelle prisstigninger følger markedet. Dermed vil der konstant kunne opnås en konkurrencedygtig pris på kontraktgenstanden.

5.1.2 Art og omfang

Ændringsklausuler

Der kan desuden foretages ændringer i relation til art og omfang. Dette kan både vedrøre omfanget af selve kontraktens indhold eller i relation til den tidsmæssige udstrækning af

¹⁶⁴ En hardship-klausul giver mulighed for genforhandling i tilfælde, hvor aftalen er blevet væsentligt mere byrdefuld at overholde for en af kontraktparterne.

¹⁶⁵ Liljenbøl og Balle (2016), s. 428

¹⁶⁶ Pressetext, præmis 19 og 64-69

¹⁶⁷ Letbanen i Rennes, præmis 52-53

kontrakten. Et generelt problem, der opstår i relation til brug af ændringsklausuler er, at få formuleret klausulen så klart, præcist og entydigt, at ændringen kan siges at ske i medfør af kontrakten. Det er eksempelvis ikke tilstrækkeligt at angive måden for implementering af ændringen. Ligeledes kræves det, at det fremgår, hvilke ydelser der kan ændres samt omfanget af disse ydelser.

Et eksempel fra praksis på en ændringsklausul, der ikke var tilstrækkeligt specificeret, er Klagenævnets kendelse af den 4. maj 2016, CGI Danmark A/S (CGI) mod Moderniseringsstyrelsen. CGI havde nedlagt påstand om, at der forelå en direkte tildeling af kontrakten, eftersom der ikke blev foretaget offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse inden kontrakten vedrørende "Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem" blev indgået.

Ifølge tillægskontrakten skulle CSC, der var tilbudsgiver, også overtage driften af systemet HR-Løn. Tvisten gik på, hvorvidt denne tillægskontrakt kunne rummes indenfor den vedtagne ændringsklausul. Det oprindelige udbud vedrørende Statens Lønssystem indeholdt flere referencer til CSC's pligt til at foretage løbende udviklingsopgaver, udvikling af funktionalitet og modning. Der var i udbudsmaterialet åbnet mulighed for at foretage løbende udviklingsopgaver og implementering af nye versioner af programmet. Yderligere var der også åbnet for, at det valgte løsningsforslag skulle medvirke til en bredere forretningsmæssig sammenhæng. Dette kunne umiddelbart stemme overens med, at det var muligt at benytte andre systemer så som HR-Løn.

Klagenævnet fandt, at der i denne situation ikke forelå en ændring i medfør af kontrakten, eftersom ændringsklausulen ikke havde været klar, præcis og entydig. På trods af henvisninger til udviklingsopgaver henviste disse kun til Statens Lønssystem og ikke HR-Løn. Der er ikke angivet, at det skulle være muligt at overtage driften af selve HR-Løn og det oprindelige tilbud kan ikke anses for at omfatte dette.

Af kendelsen kan det udledes, at en ændringsklausul, der ikke klart beskriver omfang og art af ændringen, ikke vil leve op til de krav der stilles til en ændringsklausul.

Optioner

Optioner kan ligeledes benyttes til at ændre i art og omfang af kontrakten. Det vil eksempelvis være muligt at fastsætte en option, hvorefter ordregiver kan tilkøbe mere af den aftale ydelse for derved at sikre fleksibilitet i kontraktperioden.

Det gælder dog generelt for optioner, at disse skal medregnes i værdien når der foretages en vurdering af kontrakten, jf. udbudslovens § 30, stk. 1. Optionerne har derfor været konkurrenceudsat ved at være en del af udbudsmaterialet og er samtidig blevet inddraget ved tildelingen af kontrakten.¹⁶⁸ Dermed sikres gennemsigtighed og ligebehandling af alle tilbudsgivere.

Ulempen ved at anvende optioner i relation til art og omfang er dog, at dette kan skævvride hovedformålet med udbuddet. Hvis udbuddet indeholder en stor del optioner, og disse ikke

¹⁶⁸ Pris indgår som et kriterium ved tildelingen af kontrakten, jf. udbudslovens § 162, stk. 1.

senere bliver anvendt, kunne ordregiver muligvis have opnået en bedre løsning samlet set ved ikke at have medtaget de uudnyttede optioner i udbudsmaterialet.

I Klagenævnets kendelse af 19. december 2005, Kirkebjerg A/S mod Hovedstadens Sygehusfællesskab, blev en option, der ikke specificerede de ønskede arbejder, anset for at være i strid med EU-udbudsreglerne.

Et af spørgsmålene i sagen gik på om en option i kontrakten indgået mellem Kirkebjerg A/S selv og Hovedstadens Sygehusfællesskab var i strid med EU-udbudsreglerne. Kirkebjerg, der var den vindende tilbudsgiver, ønskede at tildelingen af kontrakten blev annulleret eftersom Kirkebjerg A/S ikke havde medtaget alle poster i deres tilbudsliste. Kirkebjerg A/S spurgte i denne forbindelse Klagenævnet, hvorvidt Hovedstadens Sygehusfællesskabs havde overtrådt EU-udbudsreglerne ved, at der i udbudsbekendtgørelsen var angivet en option, hvorefter *"Udbyder forbeholder sig ret til at vælge samme hovedentreprenør til at udføre de efterfølgende etaper."*

Klagenævnet fandt, at optionen var i strid med EU-udbudsreglerne. Optionen på de senere etaper var ikke nærmere beskrevet i udbudsmaterialet. Indklagede har selv erkendt, at disse ville være blevet nærmere beskrevet, såfremt det havde været meningen, at disse skulle indgå i udbuddet. Det blev dog erkendt som en fejl af indklagede, at optionen var medtaget i de endelige udbudsbetingelser. Kendelsen statuerer imidlertid, at generelt formulerede optioner strider imod udbudsreglerne.

5.1.3 Løbetid

Et andet eksempel på en option er en forlængelsesoption, som giver mulighed for at forlænge kontraktens løbetid. Ordregiver kan være interesseret i at have mulighed for at forlænge kontrakten, hvis der fortsat er behov for ydelsen kontrakten omhandler. Hvis ordregiver benytter sig af en forlængelsesoption, så kan ordregiver med fordel kombinere denne med en prisindekseringsklausul. Et alternativ kan være at benytte sig af en tidsubegrænset kontrakt med mulighed for opsigelse af parterne. For en ordregiver kan forlængelsesoptionen og muligheden for opsigelse synes at give samme resultat.

Det kan være svært for ordregiver at opnå en optimal udnyttelse af en forlængelsesoption, idet det fortsat kræves, at ordregiver allerede ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet forholder sig til det fulde tidsmæssige behov. Modsat er dette ikke nødvendigt ved en tidsubegrænset kontrakt med mulighed for opsigelse.¹⁶⁹

Det er væsentligt at have in mente, at optionen skal være en ensidig ret. Således vil det ikke være tilstrækkeligt præcist, hvis der blot er henvist til, at kontrakten kan forlænges efter nærmere aftale. En sådan option vil udgøre en forhandling af kontrakten. Derfor vil der ikke længere foreligge en ensidig ret og dermed ikke en ændring i medfør af kontrakten. Dette fremgår også af Klagenævnets praksis, hvor Skovbo Kommune skulle have sendt en kontrakt i EU-udbud eftersom: *"Det er uden betydning, at kontrakten af 1993 åbnede mulighed for, at en forlængelse kunne aftales."*¹⁷⁰ I dette tilfælde var det underordnet, hvorvidt der i kontrakten var

¹⁶⁹ Liljenbøl og Balle (2016), s. 430. I denne forbindelse skal det dog gøres opmærksom på, at ikke alle typer af kontrakter må være tidsubegrænsede. Eksempelvis kan rammeaftaler som udgangspunkt kun have en løbetid på fire år i henhold til udbudslovens § 95, stk. 2.

¹⁷⁰ Klagenævnets kendelse af 8. juni 1998, L.R. Service ApS mod Skovbo Kommune, s. 4

fastsat en mulighed for at forlænge denne, eftersom det var overladt til parterne at genforhandle en sådan aftale. Klagenævnet kom til det modsatte resultat i Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden. Her godkendte Klagenævnet muligheden for at benytte optioner til forlængelse af kontrakten. Her var der fastsat specifikke perioder og betingelser for kontraktforlængelsen. Forlængelser, der gik ud over den fastsatte periode, udgjorde dog en væsentlig ændring af kontrakten.

5.1.4 Udskiftning af leverandør

Udskiftning af en leverandør er endnu et af de tilfælde, som i praksis kan være relevant at regulere ved en ændringsklausul. En klausul herom i udbudsmaterialet, skal dog fortsat leve op til de krav, der stilles til udformningen af ændringsklausuler i udbudslovens § 179.

Et generelt formuleret standardvilkår om, at kontrakten forudsætter ordregiverens godkendelse kan dermed ikke tillægges virkning i relation til de udbudsretlige regler.¹⁷¹ Ordregiver må således ikke have fri adgang til at fastsætte hvem og i hvilke situationer, der kan ske en udskiftning af leverandøren i medfør af kontrakten.¹⁷² Dette betyder også, at muligheden for udskiftning ikke blot må være udtryk for dansk rets udgangspunkt om debitorskifte ved samtykke.¹⁷³

Udformningen af en ændringsklausul til udskiftning af en leverandør, synes dog at være særlig problematisk. For at kunne leve op til kravene til ændringsklausuler i udbudslovens § 179, skal klausulen således beskrive i hvilke tilfælde, klausulen finder anvendelse. Dette skal fastsættes på baggrund af objektive kriterier og samtidig beskrive, hvordan der udvælges en ny leverandør. De relevante kriterier og måden, hvorpå en ny leverandør skal udvælges, vil skabe problemer i praksis. Et alternativ kunne at være, at anvende en option, hvorefter ordregiver har ret til at udskifte leverandøren. Dette ville de færreste leverandører imidlertid være interesserede i, hvorfor dette ikke synes at være en hensigtsmæssig løsning. En ændringsklausul, der åbner muligheden for at foretage udskiftning af leverandøren, kan således volde vanskeligheder at udforme, men giver samtidig adgang til ændringer af kontrakten, der ellers er begrænsede efter udbudslovens §§ 178, stk. 2, nr. 4 og 182, nr. 2.

5.3 Sammenfattende

Ordregiver sikres overordnet en større fleksibilitet ved at benytte ændringsklausuler i udbudsmaterialet. Dette ses blandt andet på baggrund af, at ændringsklausulerne blot begrænses af den potentielle konkurrence. Ordregiver bør derfor ikke udvise tilbageholdenhed med at lade ændringsklausuler være en del af udbudsmaterialet.

Den øgede fleksibilitet modsvares imidlertid af den skævvridning, der kan følge med ved at medtage optioner i kontrakten. Det følger af udbudslovens § 30, at alle optioner skal medtages ved beregningen af kontraktens værdi. Dette gælder uanset, om det er usandsynligt,

¹⁷¹ Treumer, Juristen 2016, nr. 2, 66-74, s. 72

¹⁷² Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 179, s. 200 samt betragtning 111 til udbudsdirektivet

¹⁷³ Liljenbøl og Balle (2016), s. 413

at optionerne bliver udnyttet.¹⁷⁴ Dette kan i princippet medføre, at det ikke er den tilbudsgiver, der tilbyder den billigste hovedydelse, der vinder udbuddet, men derimod den tilbudsgiver, der tilbyder den billigste option. Hvis optionen ikke senere udnyttes, vil ordregiver potentielt kun have opnået den næstbedste pris for udbuddet. Dermed kan en option altså være med til at skævvride grundlaget for udbuddet, såfremt disse benyttes som helgardering uden nærmere eftertanke.

Ændringsklausuler skal derimod ikke medtages ved beregningen af kontraktens værdi, eftersom prisen ikke kan fastsættes på forhånd. På den anden side sikrer en ændringsklausul ikke samme grad af fleksibilitet for ordregiver. Denne udløses på baggrund af objektive kriterier, og er dermed ikke en ensidig ret for ordregiver til at ændre i kontrakten. En ændringsklausul vil forventeligt også være sværere at udforme tilstrækkeligt præcist til at dække alle tænkelige situationer, hvor ordregiver kan få brug for at ændre i kontrakten.

¹⁷⁴ Karnovs noter, note 164 til udbudslovens § 30 kommenteret af Ellehauge m.fl.

6. Konklusion

Specialets formål er at foretage en dybdegående analyse af udbudslovens bestemmelser om ændringer af kontrakter. Herigennem skal det belyses, i hvilke tilfælde ordregivere kan foretage ændringer af en igangværende kontrakt uden dette fører til fornyet udbudspligt, og hvilke momenter der indgår i denne vurdering.

Udbudsreglerne har til formål at sikre det indre marked for offentlige kontrakter i EU. For at sikre dette gælder der principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne rækker ind i kontraktforholdet og sætter grænser for, hvilke kontraktændringer ordregiver kan foretage af en igangværende kontrakt. Et selvstændigt mål med udbudsdirektivet og udbudsloven var at skabe klarhed for ordregiver i forhold til mulighederne for at foretage kontraktændringer. En sådan klarhed er afgørende for ordregiver, da ændringer af grundlæggende elementer kræver en ny udbudsprocedure.

Specialet har analyseret udbudslovens §§ 178-184, som er den danske implementering af udbudsdirektivets artikel 72 om ændringer af kontrakter.

I fastlæggelsen af, hvilke kontraktændringer ordregiver kan foretage, er det først og fremmest afgørende, om ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, jf. udbudslovens § 178, stk. 2. Bestemmelsen oplister fire situationer, som altid anses for at ændre kontraktens grundlæggende elementer. Oplistningen er dog ikke udtømmende. Analysen har vist, at det afgørende i vurderingen af, om der er tale om grundlæggende elementer er, om ændringen kan siges at være konkurrenceforvridende.

Udbudslovens § 178, stk. 1, nr. 1 udgør det mest grundlæggende princip af de oplistede tilfælde. Denne vedrører ændringens påvirkning af den potentielle eller aktuelle konkurrence. Således berører dette tilfælde kernen af, hvorvidt en ændring udgør en ændring af grundlæggende elementer, nemlig, om konkurrencesituationen havde været anderledes, hvis ændringen havde fremgået af det oprindelige udbudsmateriale.

Gennem analysen af de tilladte ændringer i udbudslovens §§ 179-183 kan der fremhæves en række momenter, som generelt spiller en rolle i vurderingen af, om ordregiver kan foretage en påtænkt kontraktændring, uden at dette kræver en ny udbudsprocedure. Disse momenter udgør kontraktens kompleksitet, tidspunktet for ændringen, ændringens omfang, om ændringen skyldes ydre omstændigheder, samt kontraktens varighed. Hvis der opstår et ændringsbehov i kontraktperioden, kan ordregiver have disse elementer in mente ved vurderingen af, om ændringen må foretages uden at dette fører til fornyet udbudspligt.

Til brug for at skabe mest mulig fleksibilitet for ordregiver, kan ordregiver lade ændringsklausuler være en del af udbudsmaterialet. Herved udvides ordregivers ændringsadgang. Der stilles dog strenge krav til udformningen af ændringsklausuler, hvorfor ordregiver bør være påpasselig i udarbejdelsen af ændringsklausuler og samtidig sikre, at klausulerne ikke er standardklausuler. Standardiserede klausuler sikrer ikke en udvidet adgang til at foretage ændringer af kontrakten. Det synes dog uafklaret, i hvor høj grad ændringsklausuler udvider adgangen til at foretage kontraktændringer set i forhold til

ændringer, der ikke har været beskrevet i kontrakten. I en række tilfælde kan det dog være relevant for ordregiver at lade ændringsklausuler indgå i udbudsmaterialet.

Reglerne om muligheden for at foretage ændringer i kontraktens løbetid var ment som et pragmatisk redskab for ordregivere. Reglerne skal dog balancere hensynet til en effektiv udnyttelse af offentlige midler, hvor ordregiver får sit fulde behov indfriet, over for hensynet til sikring af det indre marked for offentlige kontrakter i EU.

På nuværende tidspunkt rummer reglerne fortsat en række usikkerheder for ordregivere, hvorfor ændringsmulighederne fortsat volder problemer i praksis. Reglerne om ændringer af kontrakter i udbudsloven er dog et skridt på vejen mod en større grad af klarhed for ordregivere.

Fremtidig praksis fra Klagenævnet og EU-Domstolen kan forhåbentlig være med til at bringe yderligere klarhed over den konkrete grænse for ændringer af igangværende kontrakter. Det kan på denne baggrund konstateres, at ordregiver altid bør udvise forsigtighed ved foretagelsen af kontraktændringer. Særligt med tanke på de mulige udbudsretlige sanktioner.

7. Abstract

Public contracts are often of huge value, complexity and length. This means that the contracting authorities typically cannot predict their exact needs before the contract has been concluded.

If a contract needs to be amended after it has been drafted, it seems appropriate to allow the contracting authorities to make amendments. As a main rule contracting parties have the option to make contractual amendments according to the principle freedom of contract. However, the public procurement regulation imposes certain limits to this access.

The aim of this paper was to examine the possibilities for contracting authorities to amend concluded contracts. To highlight these possibilities from the viewpoint of the Danish contracting authorities, the analysis was based on the rules in the Public Procurement Directive as well as the Danish implementation in the Public Procurement Act. These rules provide the legal basis which the Danish contracting authorities must comply with.

The regulation of public procurement in the Public Procurement Directive was meant to be a flexible tool for the contracting authorities. It leaves room for amendments, as long as the amendments are considered non-material. Thus, material changes to the contract lead to a retender, as this is considered a new contract. Material changes to a contract also leave the contracting authority with the risk of the new contract being declared without effect by the Danish Complaints Board.

The reason for the limitations on the possibility to amend public contracts is the underlying principles of equal treatment and transparency.

From our analysis it can be concluded that the regulation leaves room for the contracting authorities to make amendments. However, even with the new codification there is legal uncertainty regarding the possible extent of these amendments. The paper concludes that certain elements can be highlighted as decisive in the assessment of whether an amendment of a contract is material or not. These elements are the *complexity* of the contract, the *extent* of the amendment, the *type* of the amendment, the *duration* of the contract, whether *external circumstances* caused the amendment, and the *timeframe* between the conclusion of the contract to the time of the amendment. However, this list of elements is not necessarily exhaustive.

Furthermore, the analysis concludes that a contract with a review clause included leaves more possibilities for making amendments. In order to live up to the requirements set out by the Public Procurement Act, the contracting authorities must take due care during the contract preparations.

The Public Procurement Act does leave the contracting authorities with possibilities to make amendments to concluded contracts. These possibilities come with the price of some legal uncertainty regarding the possible extent of these amendments, as the regulation is kept in general terms. Because of the possibly extensive consequences of a material change to the contract, the contracting authorities should carry out a careful due diligence before making amendments to concluded contracts.

8. Litteraturliste

Lovgrundlag:

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Boligministeriet den 10. december af 1992 (AB 92)

Cluster 8, Sound procedures, Rådets dokument nr. 11266/12

Danske Lov af 1683

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsesktrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (direktiv 2004/18/EF)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (direktiv 2007/66/EF)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig

Kommissionens Grønbog KOM (2011) - Grønbog om modernisering af udbudsreglerne

Lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014 som ændret ved lov nr. 84 af 28. januar 2014, lov nr. 737 af 25. juni 2015, lov nr. 573 af 5. april 2015 og lov nr. 550 af 30. maj 2017 (konkursloven)

Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015

Lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015 om aktie- og anpartsselskaber som ændret ved lov nr. 262 af 17. marts 2016, lov nr. 631 af 8. juni 2016, lov nr. 1547 af 13. december 2016 og lov nr. 665 af 8. juli 2017 (selskabsloven)

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007

Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19

Lov nr. 1564 af 15. december 2015

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

Rådets Direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om offentlige bygge- og anlægskontrakter, OJ L 185/5

Traktaten om den Europæiske Funktionsmåde

Praksis:

EU-Domstolen:

CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen af 29. april 2004 i sag C-496/99 P

eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos af 12. marts 2015 i sag C-538/13

Flaminio Costa mod ENEL af 16. januar 1964 i sagen 6/64

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Kokott af 13. marts 2008 i sagen C-454/06

Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien af 18. juni 2002 i sagen C-92/00

Kommissionen mod Frankrig af 5. oktober 2000 i sagen C-337/98

Kommissionen mod Frankrig af 1. februar 2001 i sagen C-237/99

Kommissionen mod Italien af 14. september 2004 i sagen C-385/02

Kommissionen mod Tyskland af 29. april 2010 i sagen C-160/08

Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikratias af 16. december 2008 i sag C-213/07

Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig af 19. juni 2008 i sagen C-454/06

Universale Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH af 12. december 2002 i sagen C-470/99

Von Colson mod Land Nordrhein-Westfalen af 10. april 1984 i sagen C-14/83

Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main af 13. april 2010 i sagen C-91/08

Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation af 7. september 2016 i sagen C-549/14

Klagenævnet for Udbud:

Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark af 14. december 2015

Axiell Danmark A/S mod Kombi A/S af 16. februar 2015

Bombardier mod Aarhus Letbane I/S af 20. juni 2013

CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen af den 4. maj 2016

Ecolab ApS mod Region Sjælland af 22. juni 2011

Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S af 14. marts 2016

Kirkbjerg A/S mod Hovedstadens Sygehusfællesskab af 19. december 2005

Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S af 5. december 2011

Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden af 16. oktober 2009

L.R. Service ApS mod Skovbo Kommune af 8. juni 1998

Multi Trans A/S mod Københavns Kommune af 18. juni 2013

Vejledninger:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, status for offentlig konkurrence, december 2017

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013

Litteratur:

Bøger:

Berg, Claus, Udbudsret i byggeriet, 1. udgave, 2012, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Christensen, Andreas og Cesar, Daniel Batistoti, ændring af kontrakt, bidrag til Treumer, Steen, Udbudsloven, 1. udgave, 2016, Ex Tuto Publishing

Evald, Jens, Juridisk teori, metode og videnskab, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, 2017, Karnov Group

Gomard, Bernhard, Pedersen, Hans Viggo Godsk og Ørgaard, Anders, Almindelig kontraktsret, 5. udgave, 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hartlev, Kristian og Liljenbøl, Morten Wahl, Ændringer af udbudte kontrakter, bidrag til Hagel-Sørensen, Karsten, red. Aktuel udbudsret, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, EU Udbudsretten, 3. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers. *EU Public Procurement Law*, 2. udgave, 2012, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Liljenbøl, Morten Wahl og Balle, Jens: Ændringer af udbudte kontrakter II, bidrag til Hagel-Sørensen, Karsten, red. Aktuel udbudsret II, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Offersen, René og Hansen, Kim Lundgaard, Udbudsprocessen, 2. udgave, 2016, Karnov Group

Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan, Skriftlig jura - den juridiske fremstilling, 1. udgave, 2013, Ex Tuto Publishing

Risvig, Carina Hamer, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Risvig, Carina Hamer, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne, 1. udgave, 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Schwenzer, Ingeborg, Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the international sale of goods, 4. udgave, 2016, Oxford University Press

Treumer, Steen, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 1. udgave, 2000, Djøf Forlag

Werlauff, Erik, Selskabsret, 2016, 10. udgave, Karnov Group

Artikler:

Fenger, Niels, *Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*, UfR 2014B.293

Harlev, Kristian og Liljenbøl, Morten Wahl, Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender, Public Procurement Law Review, 2013, 2, 51-73

Liljenbøl, Morten Wahl, Ændringer i bestående kontraktforhold - udbudsretlige udfordringer i Offentlig- Private Partnerskaber (OPP), TBB 2010.15

Poulsen, Sune Troels, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, Public Procurement Law Review, 2012, 5, 167-187

Treumer, Steen, Overdragelse af kontrakter omfattet af EU's udbudsregler efter konkurs, UfR 2013B.409

Treumer, Steen, Overdragelse af kontrakter om omsorgsydelser omfattet af EU's udbudsregler efter konkurs, Juristen, 2016, nr. 2, 66-74

Treumer, Steen, Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive, Public Procurement Law Review, 2012, 5, 153-166

Øvrige:

Karnovs noter, note 164 til udbudslovens § 30 kommenteret af Michael Ellehauge, Torkil Høg og Claus Berg

Karnovs noter, note 788 til udbudslovens § 181 kommenteret af Michael Ellehauge, Torkil Høg og Claus Berg