



ÆNDRINGER AF IGANGVÆRENDE KONTRAKTER IFØLGE UDBUDSLOVEN

Modification of contracts during their term in the
Danish procurement act

Kandidatspeciale af Karen Taylor-Holm

Juridisk Institut, Aalborg Universitet
Forårssemesteret 2024

Vejleder: Dorthe Kristensen Balshøj

Layout Referencer Forsendelser **Gennemse** Vis Hjælp

Højtlæsning Kontroller tilgængelighed Sprog Ny kommentar Næste Slet Vis kommentarer Registrerer ændringer Acceptér Samme

Tale Tilgængelighed Kommentarer

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16

1. Indledning

Udbudsreglerne regulerer aftaleindgåelsen. Som udg kontrakt er tildelt en tilbud parter reguleret af vilkårene

Med det nuværende Udbud art. 72 og §§ 178 - 183, d elementer i en igangværende udbudsretten har bevæget

Udgangspunktet var dog alle bestemmelser i Udbudsdirektivet fastlagt i denne retspraksis.

Det faktum, at udbudsretten rækker ind i kontraktforholdet, har dog også ført til usikkerhed om det nærmere forhold mellem udbudsretten og kontraktretten. Hvornår er et forhold et udbudsretligt spørgsmål og ikke et kontraktretligt spørgsmål?⁹ Hvor stort er det obligationsretlige råderum i håndteringen af en indgået kontrakt?⁹

Udbudsrettens indtrængen på kontraktrettens område er også en udvidelse af EU-regulering inden for et område, som er underlagt nationale regler. Spørgsmålet om udbudsrettens rækkevidde angår derfor også forholdet mellem EU-ret og national ret.¹⁰

Endelig har forholdet mellem de to retsområder også processuelle virkninger. Kompetenceområdet for Klagenævnet for Udbud er fastlagt i Klagenævnslovens § 1 stk. 2 og 3, jf. §10 stk. 1.¹¹ Bestemmelserne giver ikke Klagenævnet kompetence til at behandle klager angående overholdelse af kontrakter eller andre kontraktmæssige forhold mellem kontraktens parter.¹² Disse er forhold, der skal afgøres af domstolene. Klagenævnet har dog kompetence til at vurdere kontraktmæssige forhold, hvis dette er en forudsætning for at kunne foretage en udbudsretlig vurdering, som fx er tilfældet med Udbudslovens

kontrakter frem til selve anvendelse, når først en forholdet mellem kontraktens parter.⁷

bestemmelser i henholdsvis ændringer af grundlæggende punktet derfor fraveget, og

Unions Domstol⁸, og de nye ring af de principper, som var le større retssikkerhed.⁷

Ordoptælling

Statistik:

Sider	55
Ord	20.563
Tegn (uden mellemrum)	122.739
Tegn (med mellemrum)	143.299
Afsnit	457
Linjer	1.725

☐ Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk

stfuldførelser: Til Tilgængelighed: Undersøg Fokus

Indhold

1. Indledning.....	3
2. Problemformulering og afgrænsning.....	4
3. Metode	4
4. Baggrund	6
4.1 Pressetext C-454/06.....	6
4.2 Wall C-91/08.....	7
4.3 Finn Frogne C-549/14.....	7
5. Udbudsdirektivet 2014/24/ EU	9
6. Udbudsloven.....	11
6.1 Ændring af kontrakter iht. Udbudslovens § 178.....	11
6.1.1 Udbudslovens § 178 stk. 1	12
6.1.2 Udbudslovens § 178 stk. 2	14
6.2 Praksis fra Klagenævnet for Udbud	15
7. Udbudslovens § 178 i nyere praksis	18
7.1 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik	18
7.2 PDC A/S mod Region Hovedstaden	23
7.3 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune.....	28
7.4 Atea A/S mod Udenrigsministeriet	30
7.5 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S	33
7.6 Opsamling.....	35
7.6.1 Ændring.....	35
7.6.2 Grundlæggende elementer	38
8. Diskussion: Det obligationsretlige råderum	41
9. Konklusion	48
10. Abstract	50
Litteraturliste	52

1. Indledning

Udbudsreglerne regulerer ordregiveres muligheder for at tildele kontrakter frem til selve aftaleindgåelsen. Som udgangspunkt ophører udbudsreglerne med at finde anvendelse, når først en kontrakt er tildelt en tilbudsgiver.¹ Efter tildelingen af kontrakten bliver forholdet mellem kontraktens parter reguleret af vilkårene i kontrakten selv og dansk rets almindelige regler.²

Med det nuværende Udbudsdirektiv³ og Udbudsloven⁴ er der dog indført bestemmelser i henholdsvis art. 72 og §§ 178 - 183, der regulerer mulighederne for at foretage ændringer af grundlæggende elementer i en igangværende kontrakt. På dette område er udgangspunktet derfor fraveget, og udbudsretten har bevæget sig ind på kontraktrettens område.

Udgangspunktet var dog allerede fraveget i retspraksis fra den Europæiske Unions Domstol⁵, og de nye bestemmelser i Udbudsdirektivet og Udbudsloven er i høj grad en kodificering af de principper, som var fastlagt i denne retspraksis.⁶ Formålet med kodificeringen var bl.a. at skabe større retssikkerhed.⁷

Det faktum, at udbudsretten rækker ind i kontraktforholdet, har dog også ført til usikkerhed om det nærmere forhold mellem udbudsretten og kontraktretten. Hvornår er et forhold et udbudsretligt spørgsmål og ikke et kontraktretligt spørgsmål?⁸ Hvor stort er det obligationsretlige råderum i håndteringen af en indgået kontrakt?⁹

Udbudsrettens indtrængen på kontraktrettens område er også en udvidelse af EU-regulering inden for et område, som er underlagt nationale regler. Spørgsmålet om udbudsrettens rækkevidde angår derfor også forholdet mellem EU-ret og national ret.¹⁰

Endelig har forholdet mellem de to retsområder også processuelle virkninger. Kompetenceområdet for Klagenævnet for Udbud er fastlagt i Klagenævnslovens § 1 stk. 2 og 3, jf. §10 stk. 1.¹¹ Bestemmelserne giver ikke Klagenævnet kompetence til at behandle klager angående overholdelse af kontrakter eller andre kontraktmæssige forhold mellem kontraktens parter.¹² Disse er forhold, der skal afgøres af domstolene. Klagenævnet har dog kompetence til at vurdere kontraktmæssige forhold, hvis dette er en forudsætning for at kunne foretage en udbudsretlig vurdering, som fx er tilfældet med Udbudslovens

¹ Hamer, Udbudsret, s. 697. Jf. også Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s.753. Fabricius henviser bl.a. til KfU kendelse af 16. marts 2017 Holbech Lys mod DSB.

² Poulsen, *EU Udbudsretten*, s.34

³ EU Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/ EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud. Herefter "*Udbudsdirektivet*".

⁴ Lov 2015-12-15 nr. 1564. Senest ændret ved lov nr. 884 af 21. juni 2022. Herefter "*Udbudsloven*".

⁵ Herefter "*EU-Domstolen*".

⁶ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.9

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15 og Hamer, *Udbudsret*, s. 700

⁸ Jf. udtalelse fra AffaldPlus I/S i Klagenævn for Udbud kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S s. 12

⁹ Jf. Udenrigsministeriets udtalelse i Klagenævn for Udbud kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17

¹⁰ Jf. ordregivers udtalelse i Para. 23, C-549/14 Finn Frogne

¹¹ Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud. Senest ændret ved lov nr. 736 af 13. juni 2023. Herefter "*Klagenævnsloven*." Klagenævnet for Udbud vil også blive omtalt som "*Klagenævnet*".

¹² Jf. også Klagenævnets udtalelse i KfU 16. april 2020 Tunstall A/S og Tunstall Health mod Fælles Udbud m.fl, s.

regler om ændringer af kontrakter.¹³ På dette område er Klagenævnet for Udbuds kompetenceområde derfor udvidet til også gælde kontraktretlige forhold, i det omfang disse også angår et udbudsretligt spørgsmål.

Spørgsmålet om, hvad der udgør ”grundlæggende elementer” og ændringer heraf, er derfor af central betydning ikke blot for forståelsen af Udbudslovens § 178, men også for en lang række andre problemstillinger.

2. Problemformulering og afgrænsning

Emnet for specialet er Udbudslovens bestemmelser om ændringer af grundlæggende elementer i igangværende kontrakter i Udbudslovens § 178 stk. 1 og 2. Specialet vil undersøge, hvordan disse bestemmelser er anvendt i nyere praksis i en dansk kontekst ved at analysere udvalgte kendelser fra Klagenævnet for Udbud.

Specialet vil derimod ikke redegøre for mulighederne for at gennemføre ændringer i medfør af Udbudslovens §§ 179 - 183, da dette emne er for omfattende at behandle inden for specialets fastsatte rammer. Retspraksis fra EU-domstolen vil kun blive inddraget i et begrænset omfang for at belyse baggrunden for Udbudslovens regler, da fokus vil være på en dansk kontekst og derfor dansk praksis.

Problemformuleringen er derfor som følger:

Med udgangspunkt i udvalgte kendelser fra de senere år vil det undersøges, hvilke forhold Klagenævnet for Udbud tillægger vægt i vurderingen af, hvorvidt et forhold strider mod Udbudslovens § 178 stk. 1 og 2. Viser den udvalgte klagenævnspraksis nye tendenser i anvendelsen af bestemmelserne, og hvordan håndteres forholdet mellem udbudsretten og kontraktretten i denne klagenævnspraksis?

3. Metode

Specialet anvender den retsdogmatiske metode til at beskrive, analysere og systematisere gældende ret ved at anvende retskilderne på området.¹⁴ Analysen er objektiv og transparent, og analysens resultater vil blive begrundet rationelt.¹⁵ Gældende ret vil blive beskrevet på analytisk-deskriptiv vis, og beskrivelsen vil redegøre for eventuel usikkerhed i retstilstanden.¹⁶

Genstanden for den retsdogmatiske metode er som nævnt retskilderne på området. Den vigtigste retskilde er Udbudsdirektivet. I dansk ret er Udbudsdirektivet blevet implementeret ved Udbudsloven, som skal fortolkes direktivkonformt, da EU-retten har forrang i det danske retshierarki.¹⁷ Specialets

¹³ Hamer, *Udbudsret*, s.777.

¹⁴ Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 204 - 205

¹⁵ Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 210

¹⁶ Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 213 - 216

¹⁷ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 50 og Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 282

fokus er dansk ret, og specialet vil derfor tage udgangspunkt i Udbudsloven, men eftersom loven skal fortolkes direktivkonformt, vil Udbudsdirektivet blive inddraget, hvor dette er nødvendigt.¹⁸

Forsyningsvirksomhedsdirektivet vil også blive inddraget i begrænset omfang.¹⁹ Dette direktiv er implementeret direkte i dansk ret ved bekendtgørelse 2022 nr. 1078. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 stk. 4 svarer indholdsmæssigt til Udbudslovens § 178. Praksis angående Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 stk. 4 vil derfor også være relevant for forståelsen af Udbudslovens § 178.

Udover de primære retskilder vil retspraksis også blive inddraget. EU-domstolen har afgørende betydning for fortolkning af EU-lovgivning.²⁰ Specialet vil derfor inddrage domme fra EU-domstolen i det omfang, disse er centrale for at belyse specialets emne. Enkelte danske domme vil også blive inddraget, hvor dette er relevant for at belyse dansk retspraksis.

Specialets primære fokus er dog kendelser fra Klagenævnet for Udbud i Danmark. Klagenævnet er ikke en domstol men en uafhængig administrativ klageinstans.²¹ I Danmark afgøres langt de fleste udbudsretlige sager af Klagenævnet, og kendelser fra Klagenævnet har derfor stor betydning i fastlæggelse af gældende ret inden for udbudsretten, selvom kendelserne ikke har samme vægt som domme set ud fra et traditionelt retskildehierarkisk syn.

Endelig vil juridisk litteratur og lovforberedende materiale også blive inddraget som fortolkningsbidrag. Inddragelsen af juridisk litteratur og lovforberedende materiale sker dog med respekt for, at dette ikke udgør en retskilde.

Specialets opbygning

Specialet giver indledningsvist et kortfattet overblik over baggrunden for Udbudslovens § 178. Afsnit 4 indeholder således en kort gennemgang af den retspraksis fra EU-domstolen, som danner baggrund for Udbudsdirektivets artikel 72 og Udbudslovens § 178. I afsnit 5 gennemgås Udbudsdirektivets bestemmelser, og i afsnit 6 redegøres der dels for implementering heraf i den danske Udbudslov og dels for ældre praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Specialet vil dernæst i afsnit 7 analysere og systematisere udvalgte nyere kendelser angående Udbudslovens § 178 og de tilsvarende bestemmelser i Forsyningsvirksomhedsdirektivet fra Klagenævnet for Udbud. I afsnit 8 diskuteres forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten med udgangspunkt i kendelserne gennemgået i afsnit 7, og endelig foretages der en samlet konklusion i afsnit 9.

¹⁸ Forpligtelsen til at fortolke national ret direktivkonformt er fastslået af EU-domstolen i Colson C -14/83. jf. også Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 24.

¹⁹ Forsyningsvirksomhedsdirektivet er direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014

²⁰ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 50 note 71.

²¹ Fabricius, *Offentlige Indkøb i praksis*, s. 776.

4. Baggrund

Siden det første udbudsdirektiv blev vedtaget af EF i 1977, er EU udbudsretten blevet revideret løbende. De tidligere udbudsdirektiver indeholdt ikke regulering af ændringer af kontrakter efter tildeling. Bestemmelserne i det nuværende Udbudsdirektivs artikel 72 er derfor et nyt område for udbudsretlig regulering.

Allerede under det tidligere udbudsdirektiv (Direktiv 2004/18/EF) havde EU-domstolen dog i en række domme fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed også rakte ind i selve kontraktforholdet.²²

De væsentligste af disse domme er Pressetext C-454/06, Wall C-91/08 og Finn Frogne C-549/14. Dommens konklusioner danner baggrund for det nuværende Udbudsdirektivs bestemmelser i artikel 72, og de vil derfor blive kort gennemgået i dette afsnit.

4.1 Pressetext C-454/06

I Pressetext C-454/06 tog EU-domstolen stilling til muligheden for at foretage ændringer i en igangværende kontrakt. Dommen er fra 2008 og afsagt før det nuværende Udbudsdirektiv blev vedtaget. Det tidligere udbudsdirektiv, Direktiv 2004/18/EF, indeholdt ikke regler for ændringer af kontrakter, men i Pressetext C-454/06 slog EU-domstolen fast, at udbudsretten og dennes principper fortsat gælder i et vist omfang efter tildelingen af kontrakt efter udbudsprocedurens afslutning.²³

Dommens konklusioner og rationale blev i vidt omfang kodificeret i det nuværende Udbudsdirektivs artikel 72 og Udbudslovens § 178, og dommen er derfor fortsat et vigtigt fortolkningsbidrag.²⁴

I sin afgørelse fremhævede EU-domstolen indledningsvist, at regler om ændringer i løbet af kontraktperioden er nødvendige for at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af leverandørerne for dermed at undgå omgåelse af udbudsreglerne.²⁵

EU-domstolen fastslog derefter, at der er tale om en indgåelse af en ny aftale, når ændringer ”er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer...”.²⁶ I Pressetext dommen fremhæver EU-domstolen således, at ændringerne er et udtryk for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.

EU-domstolen fortsatte med at udtale, at en ”ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, 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.”²⁷

²² Jf. også Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 779

²³ Hamer, *Udbudsret*, s. 700

²⁴ Hamer, *Udbudsret*, s. 699 - 703

²⁵ Para. 34, Pressetext C-454/06

²⁶ Para. 34, Pressetext C-454/06

²⁷ Para. 35, Pressetext C-454/06

I de efterfølgende paragraffer udtalte EU-domstolen også, at en ændring kan betragtes som væsentlig, hvis den i betydeligt omfang udvider aftalen *"til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri..."*, og hvis ændringen ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilbudsgiveren på en måde, som ikke var fastlagt i de oprindelige udbudsbetingelser.²⁸

Ændringerne i den konkrete sag angik dels leverandørens overdragelse af kontrakten til et helejet datterselskab, dels ændring af prisens valuta til euro, og at kontrakten blev ændret, så denne forblev uopsigelig i en forlænget periode mod, at ordregiver fik rabatter. EU-domstolen fandt ikke, at de pågældende ændringer udgjorde ændringer af grundlæggende elementer. Der var derfor ikke tale om en ny kontrakt, som skulle udbydes igen.

Med Pressetext C-454/06 fastlagde EU-domstolen således retningslinjer for vurderinger af ændringer i kontraktforholdet. Disse retningslinjer blev udviklet og præciseret i de følgende EU-domme.

4.2 Wall C-91/08

Dommen C-91/08 Wall fra 2009 angik ændringer i en koncessionskontrakt. EU-domstolen udtalte indledningsvist med henvisning til bl.a. C-454/06 Pressetext, at hvis der var tale om væsentlige ændringer i *"de vigtigste bestemmelser"* vil det i *"visse tilfælde"* nødvendiggøre, at der tildes en ny kontrakt, når ændringerne udgør *"afgørende forskelle"* og dermed viser, *"at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer..."*.²⁹

EU-domstolen fremhævede således igen, at afgørende forskelle var tegn på, at parterne var villige til at genforhandle grundlæggende elementer. EU-domstolen gentog også fra C-454/06 Pressetext, at en ændring kan betragtes som væsentlig, hvis den indfører betingelser, der ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere at deltage i tilbudsprocessen eller ville have resulteret i en accept af et andet bud end det, der oprindeligt blev antaget.³⁰

Sagen angik udskiftning af en underleverandør, og EU-domstolen fastslog, at dette kan udgøre en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, selv når muligheden for udskiftning af underleverandør er forudsat i kontrakten, hvis anvendelsen af én bestemt underleverandør har været afgørende for indgåelse af kontrakten.³¹

Det kan derfor udledes af C-91/08 Wall, at udskiftning af en underleverandør kan udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvis brugen af en specifik underleverandør var afgørende for udfaldet af udbudsprocessen.

4.3 Finn Frogne C-549/14

Dommen i C-549/14 Finn Frogne blev afsagt under det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF. Dette direktiv indeholdt som nævnt ikke bestemmelser om ændringer i igangværende kontrakter, og

²⁸ Para.36 og 37, Pressetext C-454/06

²⁹ Para. 37, C-91/08 Wall

³⁰ Para. 38, C-91/08 Wall

³¹ Para. 39, C-91/08 Wall

spørgsmålet for EU-domstolen var derfor, om ændringerne var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.³² Dommen blev afsagt den 7. september 2016.

Sagen drejede sig om et dansk udbud, hvor selskabet Terma A/S havde fået tildelt en kontrakt på levering af et fælles kommunikationssystem til det danske beredskab til en værdi af mellem 300 mio. kr. og 527 mio. kr. Efter tildelingen af kontrakten opstod der vanskeligheder med leveringerne, og parterne indgik derfor et udenretligt forlig, hvor værdien af kontrakten blev drastisk reduceret, og parterne samtidig gav et gensidigt afkald på misligholdelsesbeføjelser knyttet til den oprindelige kontrakt. Det var desuden en del af forliget, at ordregiveren Center for Beredskabskommunikation (herefter "CFB") skulle overtage to serverfarme fra Terma A/S.³³

Selskabet Finn Frogne A/S klagede til Klagenævnet for Udbud og anlagde efterfølgende sag ved Østre Landsret.³⁴ Østre Landsret fandt i lighed med Klagenævnet, at redueringen af leverancen som led i et forlig ikke stred mod udbudsretten. Østre Landsret henviste til, at ændringen – som blev anerkendt som værende væsentlig – ikke var resultatet af parternes vilje til at genforhandle den oprindelige kontrakt. Ændringen skyldtes derimod, at kontrakten var nødlidende, og der var intet grundlag for at antage, at parterne havde søgt at omgå udbudsreglerne.³⁵

Østre Landsret udtalte, at forliget under disse omstændigheder ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, hvis forliget havde nær sammenhæng med den oprindelige kontrakt. Østre Landsret fandt dog i lighed med Klagenævnet, at overtagelsen af de to serverfarme ikke havde den nødvendige sammenhæng med den oprindelige kontrakt, og at denne del af forliget derfor stred imod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.³⁶

Finn Frogne A/S ankede til Højesteret. For Højesteret argumenterede ordregiveren CFB bl.a. for, at ordregivende myndigheder skal indrømmes en bred skønsmargen ved nødlidende kontrakter for at undgå tab. CFB argumenterede også for, at en *"fortolkning af direktiv 2004/18, hvorefter det skulle kræve afholdelse af en ny udbudsprocedure i et sådant tilfælde, ville i praksis forhindre indgåelse af forlig, hvilket ville udgøre et indgreb i obligationsretten, som ikke er tilladt i henhold til traktaterne."*³⁷ CFB gjorde også gældende, at der ville være tale om en indirekte regulering af myndighedernes aftale- og obligationsretlige rettigheder og resultere i et betydeligt værdispild.³⁸

Sagen blev forelagt EU-domstolen, som fastslog, at parternes bevidste vilje til at genforhandle kontrakten ikke er en afgørende faktor, og at spørgsmålet om, hvorvidt en ændring er væsentlig, skal afgøres objektivt på grundlag af kriterierne fastlagt i Pressetext C-454/06.³⁹

EU-domstolen udtalte også at en reduktion af kontraktens omfang kan udgøre en væsentlig ændring, da en sådan ændring kunne medføre, at et større antal erhvervsdrivende ville have været i stand til at

³² Skovgaard Ølykke, *EU's Udbudsregler*, s.455

³³ Para. 9 -11, C-549/14 Finn Frogne.

³⁴ Østre Landsrets dom af 20. december 2013, B-2587-12

³⁵ Para. 18, C-549/14 Finn Frogne.

³⁶ Para 19, C-549/14 Finn Frogne.

³⁷ Para. 23, C-549/14 Finn Frogne.

³⁸ Højesterets kendelse afsagt den 27. november 2014 (sag 2/2014), s. 12

³⁹ Para. 33, C-459/14 Finn Frogne.

fremstille tilbud eller blive prækvalificeret, da egnedetskriterierne ville blive nedsat i takt hermed i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.⁴⁰

Endelig fremhævede EU-domstolen også ordregivers forpligtelse til at definere kontraktens genstand med omhu og forbeholde sig muligheden for at foretage visse ændringer i udbudsmaterialet.⁴¹

Med EU-domstolens afgørelse i Finn Frogne C-549/14 blev det således fastslået, at årsagen til ændringen af kontrakten er underordnet ved vurderingen heraf.⁴² EU-domstolen fastslog, at der skal foretages en objektiv vurdering af ændringer af kontrakter, og at parternes vilje og hensigt ikke skal tillægges afgørende betydning.

Denne objektive vurdering er et delvist brud med EU-domstolens afgørelser i Wall C-91/08 og Presstext C-454/06. I disse domme fremhævede EU-domstolen som nævnt ovenfor, at en ændring, der udgjorde en afgørende forskel i forhold til den oprindelige kontrakt, viste, at parterne var villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer.

Dommen i Finn Frogne C-549/14 er også et eksempel på, at et forlig også kan udgøre en ulovlig ændring af en kontrakt. Fabricius påpeger dog, at sagen angik et forlig, der videreførte et kontraktforhold, og at både denne dom og Presstext C-454/06 ikke kan tages til indtægt for, at der ikke kan indgås et forlig, der afslutter en nødlidende kontrakt.⁴³

5. Udbudsdirektivet 2014/24/ EU

Det nuværende Udbudsdirektiv blev vedtaget af EU's ministerråd i 2014. Det skulle implementeres i medlemslandene senest i april 2016, da det tidligere udbudsdirektiv (Direktiv 2004/18/EF) blev ophævet med effekt fra 18. april 2016.⁴⁴ Udbudsdirektivet er et minimumsdirektiv og er udstedt med hjemmel i artikel 53 stk. 2, artikel 62 og artikel 114 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter "*EUF-traktaten*").⁴⁵

Med Udbudsdirektivet blev der som nævnt introduceret nye regler for ændringer af igangværende kontrakter i Udbudsdirektivets artikel 72.

I Udbudsdirektivets betragtning 107 redegøres der for formålet med de nye regler i artikel 72. Der henvises til EU-domstolens retspraksis, men også til behovet for "*at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure...*"⁴⁶ Præciseringen blev anset for nødvendig for at skabe større retssikkerhed.⁴⁷

Relevant for specialets problemstilling er bestemmelserne i Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 4 og 5, som er implementeret i Udbudslovens § 178. Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 4 fastslår, at en ændring

⁴⁰ Para. 29, C-459/14 Finn Frogne.

⁴¹ Para. 36, C-459/14 Finn Frogne.

⁴² Hamer, *Udbudsret*, s. 699

⁴³ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 771

⁴⁴ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.1

⁴⁵ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 53

⁴⁶ Direktiv 2014/24/ EU, Betragtning 107

⁴⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15 jf. også Hamer, *Udbudsret*, s. 700

anses for at være væsentlig, ”hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt.” Bestemmelsen fortsætter med at fastslå at ”med forbehold af stk. 1 og 2 anses en ændring under alle omstændigheder for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt” og herefter følger en liste af betingelser i Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 4 litra a- d, som er identisk med § 178 stk. 2 nr. 1-4. Disse bliver gennemgået nedenfor i afsnittet om Udbudslovens § 178.

Udbudsdirektivets Artikel 72 stk. 4 er en kodificering af EU-domstolens retspraksis og især af EU-Domstolens konklusioner i C-454/06 Presstext. Udbudsdirektivets Artikel 72, stk. 4 litra a – c er således baseret på denne EU-dom. Udbudsdirektivets Artikel 72 stk. 4 litra d er derimod bl.a. baseret på EU-Domstolens afgørelse i C-91/08 Wall.⁴⁸

EU-Domstolens afgørelser i C-454/06 Presstext og C-549/Wall er derfor fortsat relevante fortolkningsbidrag. Forarbejderne til Udbudsdirektivet udgør også fortolkningsbidrag. I en kommentar til den nye bestemmelse blev - i lighed med EU-domstolens betragtninger i C-454/06 Presstext - hensynet til ligebehandlingsprincippet fremhævet som ”the guiding principle”.⁴⁹ Det var dog også hensigten med bestemmelsen, at ”minor” eller ”daily-life” ændringer af kontrakter ikke skulle være omfattet af bestemmelsernes anvendelsesområde ”to give operational certainty to contracting authorities and economic operators”.⁵⁰

Udbudsdirektivets betragtning 107 bidrager også til forståelsen af bestemmelsen. Betragtning 107 fastslår som overordnede udgangspunkt, at en ny udbudsprocedure er nødvendig, hvis der foretages ”væsentlige ændringer” i den oprindelige kontrakt især mht. anvendelsesområde og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter, og betragtningen fremhæver i forbindelse hermed fordelingen af intellektuelle ejendomsrettigheder i kontraktforholdet.⁵¹

Betragtning 107 fremhæver også det forhold, at denne type ændringer viser ”... parternes hensigt om at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt.”⁵² Iflg. betragtning 107 er dette især tilfældet, hvis ændringen ville have haft betydning for udfaldet af den oprindelige udbudsproces, såfremt ændringerne havde været del af den oprindelige udbudsprocedure.

Betragtning 107 i Udbudsdirektivet fremhæver således ”parternes hensigt” til at genforhandle. Som redegjort for ovenfor har EU-Domstolen i C-549/14 Finn Frogne dog slået fast, at vurderingen af ændringer af kontrakter skal ske på et objektivt grundlag og parternes subjektive hensigter ikke er af afgørende betydning.⁵³ Med EU-domstolens afgørelse i C-549/14 Finn Frogne skal der derfor ikke lægges afgørende vægt på parternes hensigt med ændringen til trods for ordlyden i Udbudsdirektivets

⁴⁸ Hamer, *Udbudsret*, s. 702

⁴⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15

⁵⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15

⁵¹ Direktiv 2014/24/ EU, Betragtning 107. Dette blev også fremhævet i Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15.

⁵² Direktiv 2014/24/ EU, Betragtning 107. Dette er også fremhævet i Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15

⁵³ Jf. også Hamer, *Udbudsretten*, s. 699 og Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 757.

Betragtning 107. Udbudsdirektivets artikel 72 henviser da heller ikke til parternes vilje til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer.

Udbudsdirektivets Betragtning 107 tager ikke stilling til forholdet mellem udbudsretten og kontraktretten i forbindelse med ændringer af igangværende kontrakter.

6. Udbudsloven

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016. Udbudslovens §§ 178 – 184 implementerer Udbudsdirektivets artikel 72. Opbygningen af Udbudslovens bestemmelser afviger fra Udbudsdirektivets artikel 72, idet § 178 implementerer Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 4 og 5, og undtagelserne i Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 1 – 3 implementeres i de efterfølgende paragraffer §§ 179 – 184.⁵⁴

Udbudslovens §§ 178 - 185 er placeret i Udbudslovens afsnit II og angår kontrakter og rammeaftaler omfattet af dette afsnit i Udbudsloven. Principperne bag bestemmelserne finder derudover også anvendelse på kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit III angående Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser.⁵⁵ Det følger bl.a. af Klagenævnets kendelse af 27. juni 2017 CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed, hvor Klagenævnet udtalte, at principperne bag bestemmelserne i §§ 178 – 183 er udtryk for kodifikation af EU-Domstolens praksis, og at disse derfor også gælder for afsnit III-ydelser.⁵⁶

Iflg. Udbudslovsudvalget så var det overvejet, om den danske implementering af Udbudsdirektivet skulle begrænse mulighederne for at foretage ændringer i offentlige kontrakter yderligere. Dette blev dog afvist ud fra et ønske om at sikre størst mulig fleksibilitet.⁵⁷

Det følger af Udbudslovens §196 stk. 3, at lovens §§ 178 – 184 finder anvendelse på alle kontrakter efter lovens ikrafttræden, også selvom kontrakten blev indgået iht. til tidligere udbudsregler. Dette vil sige, at Udbudslovens §§ 178 – 184 også finder anvendelse på kontrakter og rammeaftaler indgået før den nuværende Udbudslovs ikrafttræden.

6.1 Ændring af kontrakter iht. Udbudslovens § 178

Udbudslovens § 178 bestemmer, at der er udbudspligt, hvis en ændring af en igangværende kontrakt eller rammeaftale udgør en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten eller rammeaftalen. Ændringer af kontrakter eller rammeaftaler, der ikke angår grundlæggende elementer, kan gennemføres

⁵⁴ Udbudsloven følger den opbygning, som var valgt i Kommissionens oprindelige forslag til et nyt udbudsdirektiv: *European Commission: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement, 2011/0438 (COD), 20 December 2011.*

⁵⁵ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 637 og Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 773. Fabricius argumenterer for, at de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling også finder anvendelse på ændringer af kontrakter udbudt efter lovens afsnit III og IV og Tilbudsloven, men at ændringer af sådanne kontrakter formentligt er underlagt større fleksibilitet.

⁵⁶ KfU kendelse 27. juni 2017 CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed, s. 28.

⁵⁷ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792

uden fornyet udbud. Hvis ændringen er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i §§ 179 – 183 anses den heller ikke som en ændring af grundlæggende elementer.^{58 59}

6.1.1 Udbudslovens § 178 stk. 1

Iflg. Udbudslovens § 178 stk. 1 skal der gennemføres en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med Udbudsloven ved ændring af ”grundlæggende elementer” i en kontrakt eller rammeaftale.

I den danske bestemmelse henvises der til ændring af grundlæggende elementer, hvorimod Udbudsdirektivet henviser til ændringer, der er ”væsentlige” i artikel 72 stk. 4. Iflg. forarbejderne skyldtes ændringen et ønske om at ensarte terminologien i Udbudsloven, så begreberne anvendes ensartet i bestemmelserne om ændringer af kontrakter og udbudsmateriale.⁶⁰

Udover bestemmelserne om ændringer af igangværende kontrakter, er der i Udbudsloven også et forbud mod ”ændringer i de grundlæggende elementer” i udbudsmaterialet i § 66, stk. 2 og 5, § 70, stk. 2 og 5, §72 stk. 3, § 77 stk. 2 og 6, §80 stk. 2 og §134, stk. 1.⁶¹ Dertil kommer at ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens §2 iflg. lovbemærkningerne betyder, at ”ordregiveren ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces.”⁶² Dermed er forbuddet mod ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udstrakt til alle former for udbudsprocedurer.⁶³

Iflg. udbudslovsudvalget er § 178 også omformuleret, så indholdet stemmer bedre overens med dansk lovtradition og dermed skaber klarhed, uden at indholdet ændres.⁶⁴

I Udbudslovens § 24 nr. 37 defineres en ændring af grundlæggende elementer som ”En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”

Som nævnt ovenfor så henviser Udbudsdirektivet til ”væsentlige” ændringer og ikke ”grundlæggende elementer”. Definitionen i Udbudslovens § 24 nr. 37 er da heller ikke en implementering af en tilsvarende bestemmelse i Udbudsdirektivet, som heller ikke har en definition af ”væsentlige ændringer”.

⁵⁸ Jf. Bemærkninger til §178 stk. 2 i lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19. Se også rapporten fra Udbudslovsudvalget som fremhæver, at det er centralt at sondre mellem ændringer af en kontrakt og ændringer i medfør af en kontrakt, hvor det kun er den første type af ændringer, der kan anses for resultatet af nye forhandlinger, der medfører udbudspligt, Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.779.

⁵⁹ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636

⁶⁰ Afsnit 4.7.2. i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792. Jf. også Skovgaard Ølykke, *EU's Udbudsregler*, s.445. Forfatterne mener at der kan argumenteres for begge formuleringer ud fra EU-domstolens praksis med henvisning til C-454/06 Presstext præmis 35- 37 og C-91/08 Wall præmis 38- 39.

⁶¹ Udbudsloven pålægger desuden et forbud mod mundtlig kommunikation om grundlæggende elementer jf. Udbudslovens § 5 stk. 3

⁶² Bemærkninger til § 2 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁶³ Jf. fx KfU kendelsen 10. januar 2024 Powercare A/S mod Region Hovedstaden, s. 12- 13. Der var i denne sag tale om et offentligt udbud efter Udbudslovens afsnit III.

⁶⁴ Afsnit 4.7.2 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792.

Den forskellige terminologi dækker som sagt ikke over juridiske forskelle, og Udbudsloven og definitionen af ”grundlæggende elementer” skal under alle omstændigheder fortolkes direktivkonformt.⁶⁵ Det er også fremhævet i lovforslagets bemærkninger til § 178 stk. 1, at bestemmelsen er en kodificering og præcisering af retspraksis fra EU-Domstolen.⁶⁶ Definitionen i Udbudslovens § 24 nr. 37 svarer således til EU-domstolens formulering i para. 35 i Pressetext C-454/06.

Det fremgår ligeledes af lovforslaget, at der med ændringer af grundlæggende elementer menes ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsprocessen eller fordrejet konkurrencen mellem dem. I lovforslaget nævnes i bemærkningerne til § 2 som eksempel bl.a., at ændringer af minimumskrav og ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kan udgøre ændringer af grundlæggende elementer.⁶⁷ I bemærkningerne til § 178 i lovforslaget henvises der til en ”afgørende” forskellighed: hvis *”ændringen i kontraktens bestemmelser er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, vil ændringen være at anse som en ændring af grundlæggende elementer.”*⁶⁸

Det fremgår også af lovforslaget, at et mindstekrav i udbudsmaterialet som udgangspunkt vil blive anset som et grundlæggende element. I bemærkningerne til § 2 i lovforslaget til Udbudsloven, konkluderes der således, at en *”... ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer...”*⁶⁹

Mindstekrav defineres i lovforslaget til Udbudsloven som *”... centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have.”*⁷⁰

Dette svarer til Udbudslovsudvalgets definition og vurdering. Udvalget anså også mindstekrav for at udgøre grundlæggende elementer.⁷¹ Dette klare udgangspunkt modificeres dog i både Udbudslovsudvalgets rapport og i lovforslaget, idet det tilføjes begge steder, at ligebehandlingsprincippet ikke udelukker ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke påvirker konkurrencen mellem - eller deltagelsen af - potentielle ansøgere og tilbudsgivere.⁷²

Disse kommentarer om mindstekrav er fra bemærkningerne til ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2. Det må dog antages, at bemærkningerne også har relevans ved forståelsen af ændringer af mindstekrav iht. Udbudslovens § 178, eftersom lovbemærkningerne anførte, at begrebet ”grundlæggende elementer” anvendes ensartet i Udbudsloven.

⁶⁵ Jf. også Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19, s. 4

⁶⁶ Bemærkninger til § 178 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s. 250.

⁶⁷ Bemærkninger til § 2 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁶⁸ Bemærkninger til § 178 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁶⁹ Bemærkninger til Udbudslovens § 2, i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁷⁰ Bemærkninger til Udbudslovens § 2, i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁷¹ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s. 77 ang. ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2

⁷² Bemærkninger til Udbudslovens § 2, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s. 77

6.1.2 Udbudslovens § 178 stk. 2

Udbudslovens § 178 stk. 2, der implementerer Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 4, oplister fire forhold, som medfører, at en ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer medmindre andet følger af §§ 179 - 183. Fælles for de fire betingelser er, at der er tale om ændringer, der ville have haft indflydelse på udbudsprocedurens udfald, hvis det havde været en del af den oprindelige procedure.⁷³ De fire forhold er ikke kumulative og udgør ikke en udtømmende liste over de elementer, der kan medføre, at en ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer.⁷⁴

Fabricius argumenterer dog for, at Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 -4 må anses for at være *"retningsgivende for fortolkningen af, hvad der anses for væsentlige ændringer."*⁷⁵ Fabricius mener således, at det må have formodningen imod sig, at der er tale om en væsentlig ændring, hvis det drejer sig om en ændring, der ikke falder ind under en af de fire typer i § 178 stk. 2 nr. 1 -4.⁷⁶

Det første forhold i Udbudslovens §178 stk. 2 nr. 1 sætter den overordnede ramme for, hvornår der er tale om ændring af grundlæggende elementer. Denne overordnede bestemmelse svarer til definitionen på "ændring af grundlæggende elementer" i Udbudslovens § 24 nr. 37 som gennemgået i forrige afsnit.

Hvorvidt der er tale om en ændring, som ville have givet adgang til andre ansøgere eller mulighed for at acceptere et andet tilbud eller tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren jf. Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1, skal vurderes ikke blot ud fra de faktiske konkurrenceforhold på tidspunktet for udbuddet men også ud fra den konkurrence, som ændringen potentielt kunne have foranlediget, hvis ændringen havde været del af den oprindelige udbudsproces.⁷⁷

Det er en konkret og objektiv vurdering baseret både på typen af ændringen, tidspunktet for ændringens gennemførelse og karakteren af selve kontrakten, men også ud fra konkurrencevilkårene inden for det pågældende marked på tidspunktet for udbuddet.⁷⁸

I modsætning til § 178 stk. 2 nr. 1, som fastsætter det generelle princip, så er der i Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 2 fokus på de ændringer, der medfører forskydninger i kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel.⁷⁹ Dette omfatter også ændringer, som gennemføres som reaktion på ændrede forhold i markedet, da disse er tilbudsgivers egen risiko og skal derfor ikke bæres af ordregiver. Merbetaling uden tilsvarende modydelse vil derfor kunne udgøre en ændring af et grundlæggende element og dertil også være i risiko for at blive anset for at være ulovlig statsstøtte.⁸⁰

I lovbemærkningerne til bestemmelsen gives som eksempler ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der reducerer leverandørens omkostninger uden at dette medfører en tilsvarende reduktion

⁷³ Bemærkningerne til § 178 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s. 250.

⁷⁴ Bemærkningerne til § 178 i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.250

⁷⁵ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 758.

⁷⁶ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 758

⁷⁷ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 634

⁷⁸ Jf. Bemærkninger til Udbudslovens §178, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 634 og 635 og Hamer, *Udbudsret*, s. 701

⁷⁹ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 635

⁸⁰ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 635

i kontraktens pris. Derimod er ændringer til fordel for ordregiver ikke nævnt, men det er ikke udelukket i lovbemærkningerne, at sådanne ændringer vil kunne udgøre en ændring af grundlæggende elementer.⁸¹

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 3 angår ændringer, der udvider kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde betydeligt. Iflg. lovbemærkningerne menes der både udvidelser i kontraktens omfang eller art. Iflg. lovbemærkningerne er disse ændringer ”betydelige”, når ændringen er større end værdien angivet i § 180 og *”tilstrækkelig stor til, at ændringen efter en konkret vurdering anses for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.”*⁸² Det er i lovbemærkningerne angivet, at de øvrige betingelser i § 178 stk. 2 også skal inddrages i denne vurdering, og at det ikke kan udelukkes, at en ændring kan tillades selv uden en ny udbudsprocedure, selvom værdierne i § 180 er overskredet.⁸³

Lovbemærkningerne henviser til parternes vilje, men som redegjort for i afsnittet om C-549/14 Finn Frogne skal vurderingen af ændringens karakter foretages på et objektivt grundlag.⁸⁴

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 4 angår ændring af en leverandør i kontraktforholdet. Iflg. lovbemærkningerne skal denne bestemmelse ses i sammenhæng med Udbudslovens § 182, der angiver mulighederne for at udskifte en leverandør. Konsekvensen af de to bestemmelser er således, at det ikke er tilladt at udskifte en leverandør uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis forholdet ikke er omfattet af Udbudslovens § 182.⁸⁵

6.2 Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud har i sine kendelser bidraget til forståelsen af, hvad der udgør en ”ændring af grundlæggende elementer.” Dette gælder både Klagenavnets praksis ang. bestemmelserne i Udbudsloven og de tilsvarende bestemmelser i Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Som nævnt i forrige afsnit så fremgik det af lovforslaget til Udbudsloven, at begrebet ”grundlæggende elementer” skulle anvendes ensartet i Udbudslovens bestemmelser. Klagenavnets generelle praksis angående ændringer af grundlæggende elementer må derfor antages også at have relevans for forståelsen af Udbudslovens § 178.

Klagenævnet har fx fastslået i kendelsen *1. februar 2018 ABB A/S mod Trafikselskabet Movia*, at der som udgangspunkt ikke kan være tale om et grundlæggende element, hvis det angår et forhold, som iflg. udbudsmaterialet kan være genstand for forhandling.⁸⁶ Sagen angik Forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvorvidt gennemførelsen af udbudsprocessen havde været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, men Klagenavnets konklusion er også relevant for forståelsen af Udbudslovens § 178. For at et krav i udbudsmaterialet kan anses for at udgøre et grundlæggende

⁸¹ Bemærkninger til Udbudslovens §178, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.250

⁸² Bemærkninger til Udbudslovens §178, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19

⁸³ Bemærkninger til Udbudslovens §178, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s.250

⁸⁴ Hamer, *Udbudsret*, s. 699 og Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 757

⁸⁵ Bemærkninger til Udbudslovens §178, Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s.250

⁸⁶ KfU kendelse af 1. februar 2018 ABB A/S mod Trafikselskabet Movia, s. 23 -24. Sagen angik ændring af et krav i udbudsmaterialet inden tildeling i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

element, skal det derfor som udgangspunkt ikke være beskrevet som et forhold, hvorom der kan forhandles.

Klagenævnets praksis har også bidraget til forståelse af, hvornår de forskellige bestemmelser ang. ændringer af grundlæggende elementer finder anvendelse.

I kendelsen af 4. oktober 2019 *VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S* [herefter "Vitronic-kendelsen"] fastslog Klagenævnet, at Udbudslovens bestemmelser i §178 – 184 først finder anvendelse efter indgåelsen af kontrakten. I denne sag var tildelingen af kontrakten blev annonceret, men den omstridte kontrakt var endnu ikke underskrevet, da klagen blev indgivet i standstillperioden.⁸⁷ Inden underskrivelse af kontrakten er det iflg. Klagenævnet reglerne angående ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som finder anvendelse, hvilket i den konkrete sag var ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2.⁸⁸

Som nævnt ovenfor så udgør Udbudslovens § 178 stk. 2 ikke en udtømmende liste af kriterier, som vil medføre, at en ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer. Klagenævnet for Udbud har i sine kendelser lagt vægt på forhold, som konkretiserer og supplerer de kriterier, som er nævnt i Udbudslovens § 178 stk. 2.

Poulsen kategoriserer klagenævnets praksis i fem forskellige kategorier: Mindstekrav, prisnedsættelse, ordregivers manglende anvendelse af misligholdelsesbeføjelser, tidsmæssig udskydelse af leverancer og forlængelse af en kontrakts varighed.⁸⁹ I den følgende redegørelse vil der blive taget udgangspunkt i disse kategorier.

Mht. tidsmæssig udskydelse af leverancer så påpeger Poulsen, at en sådan tidsmæssig udskydelse kunne fx have medført, at flere tilbudsgivere kunne have budt på kontrakten eller tilbudt en bedre pris, jf. Udbudslovens § 178 stk. 2, nr. 1.⁹⁰ Poulsen henviser til Vitronic-kendelsen, som angik Udbudslovens § 2, og kendelsen 23. juni 2020 *PDC mod Region Hovedstaden*. Den sidste kendelse angik Udbudslovens § 178 og bliver gennemgået nærmere i specialets afsnit 7.2. Det skal dog allerede påpeges her, at Klagenævnet i denne kendelse fandt, at der *ikke* var tale om en ændring af grundlæggende elementer.

En forlængelse af kontraktens varighed kan ligeledes have betydning for resultatet af udbuddet. En forlængelse af en kontrakt betyder dels, at værdien af kontrakten øges, og dels at denne del af markedet fastlåses i længere tid. Begge faktorer kan have betydning for de tilbud, som leverandørerne vælger at afgive under udbudsproceduren.⁹¹

Poulsen henviser også til ordregivers manglende anvendelse af misligholdelsesbeføjelser. Manglende anvendelse af misligholdelsesbeføjelser kan sidestilles med ordregivers stiltiende accept af en ændring. Når misligholdelse samtidig angår et grundlæggende element, er dette i strid med Udbudslovens § 178.⁹² Den manglende anvendelse af misligholdelsesbeføjelser kan fx angå

⁸⁷ KfU kendelse 4. oktober 2019 *VITRONIC mod Sund & Bælt Holding A/S* s. 15

⁸⁸ KfU kendelse 4. oktober 2019 *VITRONIC mod Sund & Bælt Holding A/S* s. 15. Jf. også Skovgaard Ølykke, *EU's Udbudsregler*, s.447.

⁸⁹ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s.636 -637

⁹⁰ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636

⁹¹ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s.636 -637

⁹² Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636.

misligholdelse af tidsfrister og overholdelse af kontraktens mindstekrav og vil i de tilfælde ikke udgøre en separat kategori i Poulsens inddeling.

Poulsen nævner også prisnedsættelse som en kategori. Nedsættelse af prisen er normalt til ordregiverens fordel og forrykker dermed ikke balancen til leverandørens fordel, jf. Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 2, men undtagelsesvist kan en prisnedsættelse af en kontrakt udgøre en ændring, der strider imod Udbudslovens § 178.

Dette var tilfældet i kendelsen *19. august 2020 EG mod Egedal Kommune*.⁹³ Sagen angik en aftale indgået ved direkte tildeling iht. en SKI rammeaftale, hvor Egedal Kommune fik prisen reduceret med over 27 millioner kr. efter tildelingen af kontrakten, selvom individuel forhandling af de enkelte kontrakter ikke var tilladt iht. rammeaftalen. Klagenævnet fandt, at ændringen var til både ordregivers og leverandørens fordel, og der var derfor tale om en ændring af grundlæggende elementer i rammeaftalen, jf. Udbudslovens § 178 stk. 2, nr. 2.⁹⁴

Endelig nævner Poulsen også "mindstekrav" som en separat kategori. Spørgsmålet om, hvorvidt ændringer af "mindstekrav" udgør ændringer af grundlæggende elementer, blev som nævnt ovenfor i afsnit 6.1.1 også behandlet i lovforslaget til Udbudsloven.⁹⁵

Klagenævnet har afsagt en række sager om mindstekrav. En af de første og centrale sager angående dette spørgsmål er kendelsen *20. august 2015 Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schrøter A/S mod Billund Kommune* [herefter "Jensen-kendelsen"]. Her sondrede Klagenævnet mellem en "delvis fravigelse" af et mindstekrav og en "generel fravigelse af mindstekrav".

Sagen angik Billunds Kommunes indkøb af biler. Rammeaftalen lød på 34 biler, og det var et af minimumskraverne, at bilernes farve skulle være "mørkeblå, metallak." I forbindelse med udbudsproceduren blev Billund Kommune spurgt, om farven var et ufravigeligt krav, og Billund Kommune bekræftede, at der ikke måtte tilbydes alternative farver.⁹⁶ Efter tildeling af kontrakten accepterede Billund Kommune dog levering af 9 biler af farven "gråmetal" fra leverandøren.

Klagenævnet afgjorde sagen, efter Direktiv 2014/24/EU var vedtaget, men før dette direktiv var implementeret i Udbudsloven. Klagenævnet henviste til det nye direktivs artikel 72 i sin konklusion og konkluderede, at der ikke var tale om en ændring, der ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Klagenævnet begrundede dette med, at der var tale om en *delvis* fravigelse, da mindstekravet som sådan blev fastholdt.⁹⁷

Klagenævnet fandt det heller ikke godtgjort, at klagerne ville kunne have afgivet et mere fordelagtigt tilbud, hvis der havde været krav om en anden farve på bilerne, så resultatet af udbuddet var blevet et andet. Klagenævnets konklusion var derfor, at ændringen ikke betød, at rammeaftalens karakter var væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt.⁹⁸

⁹³ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636.

⁹⁴ KfU kendelse 19. august 2020 EG A/S mod Egedal Kommune, s. 31.

⁹⁵ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636 -637

⁹⁶ KfU kendelse 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S m.fl. mod Billund Kommune, s. 3 og 4.

⁹⁷ KfU kendelse 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S m.fl. mod Billund Kommune, s. 6 og 7

⁹⁸ KfU kendelse 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S m.fl. mod Billund Kommune, s. 6 og 7. Jf. også Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 772: Fabricius mener, at klagenævnets afgørelse er i grænseområdet.

Kendelsen viser, at betegnelsen "mindstekrav" ikke automatisk betyder, at der er tale om et grundlæggende element, da det stadig er en forudsætning, at ændringen skal have haft betydning for resultatet af udbudsprocessen.

Derudover er kendelsen også et eksempel på, at det ikke altid er klart, hvornår et mindstekrav kan anses for frafaldet eller ændret, og hvornår der dermed kan konkluderes, at der er foretaget en ændring af kontrakten.

Dette er også en problemstilling, der er relevant, når ordregiver præciserer forståelsen af mindstekrav i udbudsmaterialet under udbudsproceduren. Klagenævnet har bl.a. fastslået, at en ordregiver kan *uddybe* et mindstekrav, uden at dette dermed udgør en ændring af et grundlæggende element. I kendelsen af *13. marts 2020 B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland* angående Udbudslovens § 2 lagde Klagenævnet vægt på, at regionens svar kunne rummes inden for forståelsen af mindstekravene, som disse skulle forstås efter ordlyden og sammenhængen i udbudsmaterialet.⁹⁹

Som det vil blive set i redegørelsen i næste afsnit, så er spørgsmålet om, hvornår et forhold udgør en "ændring" også en problemstilling, som har været relevant i nyere praksis.

7. Udbudslovens § 178 i nyere praksis

I en række nyere kendelser fra Klagenævnet for Udbud samt en byretsdom har Udbudslovens § 178 været et omdrejningspunkt. Disse afgørelser vil blive gennemgået i dette afsnit.

Ud over afgørelser angående Udbudslovens § 178 stk. 1 og 2 inddrages der også afgørelser efter den tilsvarende bestemmelse i Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Afsnittet inddrager afgørelser fra perioden 2020 og fremefter. Afgørelserne er udvalgt ud fra en vurdering af afgørelsernes bidrag til forståelsen af, hvordan Udbudslovens § 178 skal anvendes. Der er derfor ikke tale om en udtømmende redegørelse for afgørelser angående Udbudslovens § 178 fra denne periode. Afsnittets konklusioner skal derfor læses med det forbehold, at der er tale om et begrænset antal afgørelser.

7.1 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik

- **19.maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik** [herefter "Alsvogn-kendelsen"]
- **27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik** [herefter "Øens Taxa-kendelsen"] **og**
- **Sag BS-14560/2021-SVE afsagt af Svendborg Byret 12. maj 2022** [herefter "Svendborg byretsdom"].

Disse sager blev afgjort efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 stk. 1 om overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 89 stk. 4 og 5 om ændring af grundlæggende elementer i igangværende kontrakter. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 stk.

⁹⁹ KfU kendelse 13. marts 2020 B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland s. 15.

4 svarer indholdsmæssigt til Udbudsdirektivets artikel 72 stk. 4, og kendelsen er derfor også relevant for forståelsen af Udbudslovens § 178, der som nævnt implementerer artikel 72 stk. 4.

Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen angik to parallelle rammeaftaler, der havde store ligheder bl.a. med ensartede krav til indretningen af vognene.¹⁰⁰ Det omstridte mindstekrav angående vogntyperne 5 og 6 var derfor identisk i begge sager, og spørgsmålet om fortolkning heraf var også ens i begge sager. Begge kendelser blev indbragt for domstolene af de ordregivende trafikskaber, og Svendborg Byret afsagde dom den 12. maj 2022.

Alsvogn-kendelsen

Sagen angik en rammeaftale for befordring bestilt løbende inden for rammeaftalens gyldighedsperiode som fx handicapkørsel og flexture. I udbudsmaterialet havde de ordregivende trafikskaber stillet krav til størrelse og indretning af de forskellige typer af køretøjer. Af udbudsmaterialet fremgik det, at disse krav var minimumskrav, og at disse *”minimumskrav skal opfyldes af alle vogne af de pågældende typer i hele aftaleperioden...”*¹⁰¹

De krav, som blev genstand for sagen, angik vogntyperne 5 og 6. Om disse stod der i udbudsmaterialet: *”Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til de øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen.”*¹⁰²

Efterfølgende tildelte de ordregivende trafikskaber kontrakter under rammeaftalen til selskaber, som ikke levede op til disse krav, da selskabernes køretøjer af vogntyperne 5 og 6 ikke havde plads til to kørestole af maximal størrelse.

Da Alsvognen I/S henvendte sig om dette, svarede en ansat hos de ordregivende trafikskaber, at kravet om, at der skulle være plads til to store kørestole, var frafaldet.¹⁰³ I sagen for Klagenævnet afviste ordregiverne dog, at der var tale om et frafald af kravet. Ordregiverne gjorde gældende, at der i det pågældende svar alene var tale om en *præcisering* af, at der med henvisningen til *”to kørestole”* i udbudsmaterialet mentes to *almindelige* kørestole.¹⁰⁴

De ordregivende trafikskaber havde således en anden fortolkning af det omstridte mindstekrav. Da de havde tildelt kontrakterne under rammeaftalen i overensstemmelse med denne fortolkning af mindstekravet, gjorde ordregiverne gældende, at deres tildelingspraksis ikke udgjorde en ændring af rammeaftalen.¹⁰⁵

De ordregivende trafikskaber var også af den opfattelse, at hvis Klagenævnet fandt, at der var tale om et frafald, så var dette ikke at sidestille med en ændring af et grundlæggende element med henvisning til Jensen-kendelsen gennemgået ovenfor i afsnit 6.2.¹⁰⁶

¹⁰⁰ KfU kendelse af 27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik, s. 1

¹⁰¹ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 5

¹⁰² KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 5

¹⁰³ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 9

¹⁰⁴ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 16

¹⁰⁵ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 16

¹⁰⁶ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 17

Endelig gjorde ordregiverne også gældende, at der ikke kunne være tale om en ændring af rammeaftalen, da dette aftaleretligt krævede, at parterne til aftalen var enige herom. Parterne til rammeaftalen var ikke nået til enighed om en ændring, og da de ordregivende trafikselskaber ikke kunne ændre aftalen ensidigt, var der således ikke foretaget nogen ændring.¹⁰⁷

Klagenævnet afviste argumentationen fra de ordregivende trafikselskaber. Klagenævnet henviste til, at rammeaftalens krav til vogntyper var mindstekrav. Klagenævnet henviste dernæst til, at ordregiverne selv havde tilkendegivet over for klager, at det pågældende krav var frafaldet, og at ordregiverne gennem tildelingspraksis ikke havde taget hensyn til det pågældende krav.¹⁰⁸ Klagenævnet kommenterede i sin afgørelse slet ikke ordregivernes argumentation, at kravet skulle opfattes som en henvisning til to almindelige kørestole.

Klagenævnets fokus var således ikke på, hvorvidt der er tale om en ændring, men derimod hvorvidt ændringen angik grundlæggende elementer.

I vurderingen heraf påpegede Klagenævnet, at overholdelse af mindstekravet ville have medført meromkostninger både i drift og anskaffelse, og at tilbud på vogne, der overholdt mindstekravet, derfor måtte antages at have været mindre konkurrencedygtige. Klagenævnet henviste til oplysningerne fra klagerne som støtte for denne konklusion. Klagenævnet fortsatte med at konkludere, at mindstekravet også måtte anses for at være egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og at *"der ikke er grundlag for at fastslå, at dette på trods her af ikke var tilfældet."*¹⁰⁹

Klagenævnet konkluderede herefter, at der var tale om "en væsentlig ændring" som beskrevet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 stk. 4 litra a og b, som svarer til Udbudslovens §178 stk. 2 nr. 1 og 2.¹¹⁰

Øens Taxa-kendelsen

I Alsvogn-kendelsen gjorde de ordregivende trafikselskaber som nævnt det aftaleretlige argument gældende, at der ikke kunne være tale om en ændring, da aftalen ikke kunne ændres ensidigt af kun den ene aftalepart. Den aftaleretlige argumentation blev fremhævet igen af de ordregivende trafikselskaber i Øens Taxa-kendelsen. I Øens Taxa-kendelsen afviste Klagenævnet for Udbud specifikt denne aftaleretlige argumentation. Klagenævnet udtalte, at de ordregivende trafikselskabers aftaleretlige betragtninger ikke finder anvendelse, hvor en ordregiver har afholdt et EU-udbud.¹¹¹

Klagenævnet henviste i Øens Taxa-kendelsen til Alsvogn-kendelsen herunder også vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer. I Øens Taxa-kendelsen forholdt Klagenævnet sig dog til de ordregivende trafikselskabers argumentation om, at mindstekravet ikke var frafaldet. Ordregiverne havde i Øens Taxa-kendelsen fremhævet, at der ikke havde været en dialog med

¹⁰⁷ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 17 - 18

¹⁰⁸ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 20

¹⁰⁹ KfU kendelse af 19. maj 2020 Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik s. 20

¹¹⁰ Klagenævnet afviser også ordregivernes argumentation om, at ændringen kan rummes inden Forsyningsvirksomhedens artikel 89 stk. 2 og artikel 89 stk. 1 litra c, men denne del af kendelsen er ikke relevant for specialets problemstilling og bliver derfor ikke gennemgået her.

¹¹¹ KfU kendelse af 27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik, s. 31

vognmændene om lempelse af dimensionskravene til vogntypen 5 og 6. Ordregiverne afviste derfor, at der kravet var frafaldet, og at der var sket en ændring af rammeaftalen.¹¹²

Klagenævnet afslog dette argument med henvisning til, at der var en nær sammenhæng mellem udbuddet i Alsvogn-kendelsen og i Øens Taxa-kendelsen, og at det identiske mindstekrav *udtrykkeligt* var blevet frafaldet i udbuddet i Alsvogn-kendelsen. Klagenævnet henviste også til, at ordregiverne ”konsekvent” havde accepteret modtagelse af ydelser, som ikke levede op til mindstekravet, og at mindstekravet dermed ikke var blevet håndhævet.¹¹³

Klagenævnet afviste også, at ordregivernes efterfølgende skridt til at lovliggøre forholdet kunne ophæve de tidligere overtrædelser af Forsyningsvirksomhedsdirektivet.¹¹⁴

Svendborg byretsdom

Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen blev efterfølgende indbragt for domstolene, og retten i Svendborg afsagde dom den 12. maj 2022.

For domstolen var kernen i de ordregivende trafikselskabers argumentation, at det omstridte mindstekrav var blevet misfortolket af Klagenævnet for Udbud. Ordregivernes håndhævelse af mindstekravet var i overensstemmelse med den korrekte fortolkning af mindstekravet. Mindstekravet var derfor ikke frafaldet, og der var således ikke foretaget en ændring af rammeaftalen.

Iflg. de ordregivende trafikselskaber var den rigtige fortolkning af mindstekravet, at det indeholdt to krav: Dels et krav om, at der skulle være plads til *en* stor kørestol, og dels et krav om at der skulle være plads til mindst to kørestole og fem siddepladser. Iflg. de ordregivende trafikselskaber fulgte det dog ikke af ordlyden i kravet, at de to kørestole i det sidste krav skulle være af maksimalstørrelse. Der var derfor hverken tale om, at mindstekravet var frafaldet eller ændret.¹¹⁵ De ordregivende trafikselskaber henviste også til, at rammeaftalerne havde været udbudt i flere omgange, og at deres fortolkning af mindstekravet stemte overens med formulering og håndhævelse af mindstekravet under de tidligere udbud.¹¹⁶

De ordregivende trafikselskaber gjorde også subsidiært gældende, at hvis retten fandt, at der var tale om en ændring, så var denne ændring ikke væsentlig, da konkurrencen ikke var blevet påvirket hverken konkret eller potentielt. Ordregiver henviste til, at Alsvognen I/S og Øens Taxa ikke havde investeret i nye vogne i forbindelse med udbuddet.¹¹⁷

Alsvognen I/S og Øens Taxa afviste, at ordlyden af mindstekravet kunne fortolkes som anført af de ordregivende trafikselskaber. De gjorde også gældende, at det fulgte af ”*fast udbudsretlig praksis*”, at der skulle ”*anlægges en restriktiv tilgang*” til ordregiveres frafald af mindstekrav, ”*idet frafald af*

¹¹² KfU kendelse af 27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik, s. 26

¹¹³ KfU kendelse af 27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik, s. 31 -32

¹¹⁴ KfU kendelse af 27. oktober 2020 Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik, s. 32- 33

¹¹⁵ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s. 35 -37

¹¹⁶ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s. 35

¹¹⁷ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s. 36 og 39

*mindstekrav som altovervejende hovedregel skal anses som en ændring af et grundlæggende element.*¹¹⁸

Byretten afviste ordregivernes fortolkning af mindstekravet. Retten fandt, at en naturlig sproglig forståelse måtte være, at der skulle være plads til to kørestole af maksimal størrelse, da kravene i sammenhængen blev naturligt læst i forlængelse af hinanden.¹¹⁹

Konsekvensen af byrettens afvisning af ordregivernes fortolkning af mindstekravet var, at den manglende håndhævelse af mindstekravet, som det iflg. byretten korrekt skulle fortolkes, udgjorde en de facto ændring af rammeaftalen. Byretten henviste i lighed med Klagenævnet til de ordregivende trafikselskabers korrespondance med Alsvognen I/S om bl.a. umuligheden af at lukke samtlige vogne, som var for små til at køre med 2 store kørestole samtidig.¹²⁰ Byretten konkluderede derfor, at de ordregivende trafikselskaber havde frafaldet mindstekravet og dermed foretaget en ændring af rammeaftalen.

Ændringen af rammeaftalen blev dernæst vurderet ud fra de udbudsretlige regler.

Byretten konkluderede kortfattet, at dette var en væsentlig ændring af aftalens økonomiske balance til fordel for nogle potentielle tilbudsgivere på en måde ikke fastsat i de oprindelige tilbudsbeholdninger.¹²¹ Byretten redegjorde ikke nærmere for, hvorfor retten anså ændringen for at udgøre en ændring af den økonomiske balance. Byretten forholdt sig ikke specifikt til parternes anbringender herom.

Ud fra de to kendelser og byretsdommen kan der drages de følgende konklusioner.

For det første var det et fokus i sagerne, hvorvidt der var foretaget en ændring af de to rammeaftaler. Dette var især fremtrædende i Svendborg byretsdom. Fortolkningen af rammeaftalen blev dermed afgørende for, om der var sket en overtrædelse af udbudsretten. De ordregivende trafikselskabers egen fortolkning af mindstekravet blev afvist, selvom denne fortolkning var i overensstemmelse med tidligere udbud, og andre tilbudsgivere tilsyneladende ikke havde opfattet mindstekravet som en skærpelse af pladskravene i forhold til tidligere udbud.

I Alsvogn-kendelsen kommenterede Klagenævnet slet ikke på trafikselskabernes forståelse af mindstekravet. Det er ikke klart, hvorvidt dette skyldtes, at Klagenævnet var den opfattelse, at ordregivernes "præcisering" ikke kunne rummes inden for forståelsen af mindstekravene, som disse skulle forstås efter ordlyden og sammenhængen jf. kendelsen af *13 marts 2020 B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland*. Alsvogn-kendelsen viser, at der er grænser for ordregiveres mulighed for at "præcisere" mindstekrav.

Konklusionen, at der var foretaget en ændring af rammeaftalen, var i høj grad baseret på ordregivernes egne udtalelser. Både Klagenævnet og Svendborg byret henviste til, at ordregiverne havde informeret Alsvognen I/S og Øens Taxa om, at kravet var "frafaldet", og at det i øvrigt ville være praktisk umuligt at håndhæve kravet. Ordregivernes argument om, at mindstekravet skulle forstås anderledes ville have haft større vægt, hvis de ikke selv havde tilkendegivet, at Alsvognen I/S og Øens Taxa var korrekte i deres fortolkning af mindstekravet.

¹¹⁸ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s. 47. Der henvises til Lovbemærkningerne til Udbudslovens §2 og til KfU kendelse af 12. juli 2019 Semi-Stål A/S mod Region Hovedstad.

¹¹⁹ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE.

¹²⁰ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s.64

¹²¹ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE.

De to kendelser og byretsdommen er således eksempler på, at ordregiver skal være omhyggelig både ved formuleringen af mindstekrav og i efterfølgende korrespondance med tilbudsgivere. Hvis en ordregiver har en anden forståelse af et krav end Klagenævnet og tilbudsgiver, så kan ordregiver blive anset for at have foretaget en ændring af et grundlæggende element uden at have haft hensigt hertil. I de to kendelser og i Svendborg byretsdom blev ordregivernes tildelingspraksis således anset for at udgøre en ændring af rammeaftalen, fordi den stred imod den - iflg. Klagenævnet og domstol - korrekte fortolkning af mindstekravet.

Dette er en udbudsretlig konklusion set igennem et kontraktretligt prisme. Det er ikke åbenlyst, at kravet ville være blevet fortolket på samme måde uden for en udbudsretlig kontekst, hvor fx både parternes forventninger ud fra branche kutyme og tidligere praksis samt rimelighedsvurderinger ville være tillagt betydning, hvor ordlyden i kontrakten er uklar.

For det andet bidrager sagerne også til en forståelse af, hvad Klagenævnet lægger vægt på i vurderingen af, hvorvidt der er tale om grundlæggende elementer. Klagenævnet fandt i Alsvogn-kendelsen, at der var tale om ændring af grundlæggende elementer, fordi klagerne havde sandsynliggjort, at det omstridte krav havde ført til meromkostninger for dem. Klagernes argument, at større biler var dyrere i anskaffelse og drift, var tilstrækkeligt til, at Klagenævnet vurderede, at det havde haft konkurrencemæssige konsekvenser. Ud fra dette vurderede Klagenævnet, at effekten havde været den beskrevet i Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 og 2.

Klagenævnets ræsonnement viser, at hvis et krav i udbudsmaterialet har ført til meromkostninger for visse tilbudsgivere i modsætning til andre, vil dette sandsynligvis medføre, at manglende overholdelse heraf vil blive anset for være en ændring af et grundlæggende element.

Derimod blev det tilsyneladende ikke tillagt særlig betydning, at der var tale om en ændring af et mindstekrav. For Svendborg byret henviste Alsvognen I/S og Øens Taxa til lovbemærkningerne til Udbudslovens § 2 om, at en ændring af mindstekrav som det klare udgangspunkt er en ændring af grundlæggende elementer - og til en fast praksis om restriktiv tilgang ved frafald af mindstekrav.¹²²

Dette var dog ikke forhold, som blev fremhævet specifikt af domstolen eller af Klagenævnet. Klagenævnet og Svendborg byret omtaler vilkåret som et "mindstekrav", men begge instanser henviser udelukkende til de økonomiske forhold i vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer.

Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen er væsentlige afgørelser angående Udbudslovens § 178. I de to Atea-kendelser og DKK Plastics-kendelsen gennemgået nedenfor henviste klagerne til Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen til støtte for deres påstand om, at ordregiver havde foretaget en ændring af grundlæggende elementer.

7.2 PDC A/S mod Region Hovedstaden

- **23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden** [herefter "PDC-kendelsen"]

¹²² Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s. 46

Denne kendelse blev kort omtalt i specialets afsnit 6.2, da den er blevet fremhævet som et eksempel på, at en tidsmæssig udskydelse af en kontrakts leverancer kan udgøre en ændring af grundlæggende elementer.¹²³

Sagen angik en anskaffelse af et digitalt system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring. Udbudsproceduren var udbud med forhandling efter Udbudsloven. Efter tildeling af kontrakten og under udviklingen af det nye system blev det klart, at leveringen af det nye system ville blive forsinket. Leverandøren af det nye system, Silkeborg Data A/S, var også leverandør af det gamle system. Ordregiveren, Region Hovedstaden, og leverandøren Silkeborg Data A/S indgik derfor et kontrakttillæg, der gav Region Hovedstaden ret til at bruge det gamle system indtil udgangen af februar 2021, dvs. 13 måneder længere end det der var oprindeligt aftalt.¹²⁴ Oprindeligt var ibrugtagningsdagen for det nye system sat til 1. januar 2020 i kontrakten.

Det fremgår ikke af kendelsen, hvornår ordregiver forventede, at det nye system ville være klar eller, hvorvidt leverandøren blev pålagt en bod for den forsinkede ibrugtagningsdag. Det blev kun oplyst, at ordregiveren i forbindelse med indgåelse af kontrakttillægget fastholdt sine rettigheder til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende senere.¹²⁵

PDC A/S var underleverandør til Silkeborg Data A/S på det gamle system. PDC A/S havde afgivet et selvstændigt tilbud på det nye system, men selskabet havde ikke vundet udbuddet. Da PDC A/S blev klar over, at leveringen af det nye system var udskudt, klagede selskabet til Klagenævnet. PDC A/S påstod, at ændringen af deadline for levering af det nye system og kontrakttillægget om fortsat brug af det gamle system udgjorde ændringer af grundlæggende elementer i strid med udbudslovens § 178 og med principperne i § 2. Af udbudsmaterialet fremgik det, at kontrakten i sin helhed skulle anses som et mindstekrav, og at disse udgjorde grundlæggende elementer.¹²⁶

PDC A/S gjorde gældende, at ordregiverens accept af, at ibrugtagningsdagen blev udskudt, udgjorde en ændring af et grundlæggende element, dels fordi ordregiver havde bestemt, at datoen for ibrugtagning var et mindstekrav og hermed et grundlæggende element, og dels fordi tidsplanen havde haft betydning for prissætningen i PDC A/S' tilbud. PDC A/S fremhævede, at selskabet kunne have reduceret omkostninger til udvikling af systemet, hvis en længere udviklingsperiode havde været angivet i udbudsmaterialet. PDC A/S påpegede også, at det ikke kunne udelukkes, at en længere udviklingsperiode ville kunne have tiltrukket flere ansøgere.¹²⁷

PDC A/S gjorde herudover også bl.a. gældende, at ordregivers accept af, at ibrugtagningsprøven var blevet udskudt med mere end 30 arbejdsdage i strid med fristerne i udbudsmaterialet, udgjorde en ændring af grundlæggende elementer, da dette også var et mindstekrav.¹²⁸ Endelig gjorde PDC A/S også gældende, at kontrakttillægget om fortsat brug af det gamle system var en ændring af et grundlæggende element, da det gamle system ikke levede op til kravene i udbudsmaterialet og baserede sig på en anden underleverandør, hvilket også var i strid med Udbudslovens § 144 stk. 3.

Ordregiver afviste disse påstande med henvisning til, at det fremgik af kontraktbilaget, at det kun var *som udgangspunkt* ibrugtagningsdagen var 1. januar 2020. Ordregiver gjorde også gældende, at det fulgte af kontraktens definition af ibrugtagningsdag, at denne kunne potentielt rykkes, da

¹²³ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 636 - 637

¹²⁴ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s. 12

¹²⁵ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s. 21

¹²⁶ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s. 5

¹²⁷ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s. 14-15

¹²⁸ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.15

ibrugtagningen forudsatte, at ibrugtagningsprøven var bestået. På grund af dette var ordregiver af den opfattelse, at datoen for ibrugtagningen (1. januar 2020) ikke var et mindstekrav i udbudsmaterialet eller et grundlæggende element. Det fremgik desuden også af udbudsmaterialet, at datoen for ibrugtagning var et konkurrenceparameter, og overholdelse af ibrugtagningsdatoen var iflg. ordregiver derfor ikke en forudsætning for at afgive et konditionsmæssigt tilbud.¹²⁹

Ordregiver gjorde også gældende, at bestemmelsen i kontrakten om muligheden for at udskyde tidsplanen i op til 30 dage kun angik ordregivers ret til at ophæve aftalen. Bestemmelsen skulle derimod ikke anses for at være en udtømmende regulering af mulighederne for justere tidsplanen, da kontraktens ændringshåndteringsmekanisme også kunne anvendes til at ændre tidsplanen efter behov. Ordregiver fremhævede, at der ikke var nogen pligt til at ophæve kontrakten ved en forsinkelse på over 30 dage, og en ordregiver typisk gerne ville undgå ophævelse, når der var tale om kontrakt af så kritisk og kompleks natur som denne.¹³⁰

Ordregiver forklarede, at forsinkelse skyldtes uforudsete tekniske vanskeligheder, der bl.a. bundede i, at leverandøren havde vurderet systemets brugbarhed forkert, og at der blev indført en ny ferielov. Ordregiver afviste også, at tilbudsgiverne under udbudsprocessen havde givet udtryk for, at tidsplanen ville udgøre en udfordring. Ordregiver mente heller ikke, at en ændret tidsplan ville have tiltrukket yderligere ansøgere, da der i tidsplanen var afsat *"tilstrækkelig tid"* til at implementere systemet, og der var ganske få aktører på markedet.¹³¹

Klagenævnet behandlede først klagen angående den udskudte ibrugtagningsdag. Klagenævnet accepterede ordregivers argumentation, at ibrugtagningsdagen ikke var et mindstekrav i kontrakten.¹³² Klagenævnet henviste til, at datoen for ibrugtagningsdagen ikke lå fast i kontrakten. Klagenævnet henviste ikke til tidligere praksis, men denne tilgang er i overensstemmelse med kendelsen *1. februar 2018 ABB A/S mod Trafikselskabet Movia* nævnt i afsnit 6.2, hvori Klagenævnet fandt, at der som udgangspunkt ikke er tale om et grundlæggende element, hvis det angår et forhold, der er genstand for forhandling.¹³³

Først efter Klagenævnet havde konkluderet, at ibrugtagningsdagen ikke var et mindstekrav i kontrakten, undersøgte Klagenævnet, hvorvidt udskydelsen af ibrugtagningen ellers udgjorde en ændring af et grundlæggende element med direkte henvisning til Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 – 4. Klagenævnet fremhævede, at ordregiveren havde prækvalificeret fire virksomheder, men modtog kun tilbud fra to af virksomhederne, og at det var uoplyst, hvorfor de øvrige virksomheder valgte ikke at afgive tilbud.¹³⁴

Klagenævnet fortsatte med at konkludere: *"Herefter, da der var ca. 1 ½ år fra kontraktindgåelsen til den fastsatte ibrugtagningsdag, og da tidsplanen med bl.a. ibrugtagningsdagen var et konkurrenceparameter ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterieret "Metode og proces" udgjorde udskydelsen af ibrugtagningsdagen til efter den 1. januar 2020 ikke en ændring af et grundlæggende element i kontrakten."*¹³⁵

¹²⁹ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.17 og 18

¹³⁰ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.19

¹³¹ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.20

¹³² KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.26 – 27.

¹³³ KfU kendelse af 1. februar 2018 ABB A/S mod Trafikselskabet Movia, s. 23 -24.

¹³⁴ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.26 -28

¹³⁵ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.28

Det er ikke klart i kendelsen, hvorfor det faktisk at der var 1 ½ år til den fastsatte ibrugtagningsdag, og det faktisk at tidsplanen var et konkurrenceparameter betød, at udskydelsen af ibrugtagningsdagen ikke udgjorde en ændring af et grundlæggende element. Tværtimod må det antages, at en forlængelse af en leveringsfrist med op til 2/3 af den oprindeligt aftalte leveringsperiode, er en type ændring, som ville have givet adgang for andre ansøgere eller mulighed for at acceptere et andet tilbud.¹³⁶

Klagenævnet forholdt sig således ikke til PDC A/S' argument, at en udskudt ibrugtagningsdag ville have betydet, at PDC A/S kunne have reduceret omkostninger i tilbuddet.

Klagenævnet forholdt sig heller ikke nærmere til, hvorvidt øvrige virksomheder kunne være blevet prækvalificeret eller de to øvrige prækvalificerede virksomheder kunne have afgivet et succesfuld tilbud, hvis den ændrede ibrugtagningsdag havde været del af den oprindelige kontrakt. Klagenævnet henviste som sagt blot til, at det var uoplyst, hvorfor de ikke afgav et tilbud.

Klagenævnet tog dernæst stilling til udskydelsen af ibrugtagningsprøven og øvrige frister. Klagenævnet fastslog igen, at der ikke var tale om mindstekrav. Det faktisk, at fristen for ibrugtagningsprøven ikke lå fast, blev tillagt afgørende betydning i lighed med Klagenævnets ræsonnement i forbindelse med ibrugtagningsdagen.¹³⁷ Efter Klagenævnet havde konkluderet, at der ikke var tale om et mindstekrav, afviste Klagenævnet, at der ellers var tale om grundlæggende elementer med henvisning til begrundelse ang. ibrugtagningsdagen. Klagenævnet foretog ikke særskilt vurdering af hvorvidt forholdene i Udbudsloven § 178 stk. 2 nr. 1 – 4 gjorde sig gældende mht. udskydelsen af ibrugtagningsprøven og øvrige frister.

Angående kontrakttillægget set i forhold til Udbudslovens § 144 stk. 3 så fremhævede Klagenævnet, at ordregiver ikke "*i videre omfang*" havde accepteret, at de konkrete dele af tjenesteydelserne ikke fortsat skulle leveres af den underleverandør, som var del af det vindende tilbud.¹³⁸ Klagenævnet fandt heller ikke – "*ud fra de foreliggende oplysninger*" – grundlag for at anse kontrakttillægget som en ændring, der kunne have ført til, at yderligere ansøgere var prækvalificeret. Klagenævnet kommenterede ikke på, om kontrakttillægget kunne have ført til, at et andet tilbud var accepteret. Da Klagenævnet heller ikke fandt, at kontrakttillægget forrykkede den økonomiske balance til leverandørens fordel eller at tillægget havde ændret på kontraktens omfang og anvendelsesområde, fandt Klagenævnet, at kontrakttillægget ikke udgjorde en ændring af et grundlæggende element.¹³⁹ Klagenævnets konklusion er ikke nærmere begrundet.

Som nævnt ovenfor i afsnit 6.2 så nævner Poulsen tidsmæssig udskydelse af leverancer som en selvstændig kategori af forhold, som kan udgøre en ændring af grundlæggende elementer og henviser til Vitronic-kendelsen samt PDC-kendelsen.¹⁴⁰

Vitronic- kendelsen, som angik ændring i udbudsmaterialet, blev afgjort efter udbudslovens § 2 og viser en anden tilgang til udskydelse af levering end i PDC-kendelsen. I Vitronic-kendelsen var der heller ikke tale om et mindstekrav.

¹³⁶ Jf. også Anders Christensen og Leah Elkan i Treumer, *Udbudsretten*, s.337. Forfatterne anfører at forlængelse af en tidsfrist sædvanligvis betragtes som en væsentlig ændring. Forfatternes kommentar angår forhold ved leverandørskifte, men er også relevant generalt.

¹³⁷ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.28

¹³⁸ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.30

¹³⁹ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.30

¹⁴⁰ Poulsen, *EU Udbudsretten*, s.636 -637.

For det første adskiller de to kendelser sig i tilgangen til bevisbyrden. I Vitronic-kendelsen konstaterede Klagenævnet, at ændringen var egnet til at have haft betydning for potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, og det også måtte antages, at ændringen kunne have haft betydning for udformningen af tilbuddene. Klagenævnet fastslog herefter, at bevisbyrden lå hos ordregiver for, at der på trods af dette ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element. Klagenævnet fandt, at ordregiver ikke havde løftet denne bevisbyrde.¹⁴¹

I PDC-kendelsen pålagde Klagenævnet ikke ordregiver bevisbyrden for, at der ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element, selvom en udskydelse af levering med potentielt op til et helt ekstra år må formodes at være en ændring, der er "egnet" til at have betydning for potentielle tilbudsgivere og udformningen af tilbuddene.

Denne formodning er bestyrket af, at ydelsen i PDC-kendelsen angik en stor udviklingsopgave forbundet med risici, som også angivet af ordregiver selv.¹⁴² Muligheden for at håndtere sådanne risici er større, hvis der er tale om længere tidsfrister. Formodningen for, at ændringen var egnet til at påvirke konkurrencen, bestyrkes også af, at der i PDC-sagen var tale om en udskydelse, som bl.a. skyldtes, at leverandøren havde overvurderet brugbarheden af deres system. Udskydelsen i Vitronic-kendelsen skyldtes derimod et ønske fra ordregiveren. Det er mere nærliggende, at hvis udskydelsen skyldes leverandøren, at det så har haft betydning for leverandørens forhold og dermed potentielt også konkurrencesituationen.

For det andet henviste Klagenævnet i PDC-kendelsen til, at ordregiver og leverandøren havde redegjort for årsagerne til, at det ikke havde været muligt at overholde tidsplanen, hvorimod årsagerne til forsinkelsen ikke blev tillagt betydning i Vitronic-kendelsen. I Vitronic-kendelsen skete udskydelsen af en mindre del af leveringen efter ordregiverens ønske, da ordregiveren ønskede at forholde sig en ny dom fra EU-domstolen, som kunne have konsekvenser for projektet. I denne sag var der derfor også tale om udefrakommende og uforudsete forhold – i lighed med situationen i PDC-kendelsen – men Klagenævnet tillagde det ikke betydning i Vitronic-kendelsen.¹⁴³ Klagenævnets vurdering af årsagerne til forsinkelsen fremstår derfor mindre striks i PDC-kendelsen. Dette er desto mere overraskende set i lyset af, at forsinkelsen delvis skyldtes leverandørens egen overvurdering af systemets brugbarhed i PDC-kendelsen.

Klagenævnets fremhævelse i PDC-kendelsen af leverandørens og ordregiverens redegørelse for årsagerne til forsinkelsen er også overraskende set i lyset af EU-domstolens afgørelse i Finn Frogne C-549/14. I denne dom fastslog EU-domstolen netop, at i vurderingen af en ændring i en tildelt kontrakt er årsagen til ændringen af kontrakten underordnet, da der skal foretages en objektiv vurdering af ændringen. Det faktum, at forsinkelsen delvis skyldtes udefrakommende forhold skulle derfor ikke have nogen betydning i Klagenævnets vurdering.

For det tredje betonedes Klagenævnet i PDC-kendelsen, at kontrakttillægget ikke havde ændret på kontraktens omfang og anvendelsesområde. I Vitronic-kendelsen argumenterede ordregiveren også for at der var tale om en midlertidig udskydelse af en mindre del af ydelsen, og at ændringen derfor ikke

¹⁴¹ KfU kendelse 4. oktober 2019 *VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S*, s. 16

¹⁴² KfU kendelse 23. juni 2020 *PDC A/S mod Region Hovedstaden* s.20

¹⁴³ KfU kendelse 4. oktober 2019 *VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S*, s. 10- 11

havde haft betydning for omfanget af rammeaftalen.¹⁴⁴ Klagenævnet i Vitronic-kendelsen forholdt sig slet ikke til dette, da det var afgørende for Klagenævnet i denne sag, at der var tale om en ændring, som var egnet til at påvirke konkurrencen.

Klagenævnets konklusion i PDC-kendelsen, at kontraktens omfang og anvendelsesområde ikke var blevet ændret med kontrakttillægget, er også overraskende. Ordregiveren argumenterede for, at kontrakttillægget ikke medførte *”en betydelig udvidelse”* af kontraktens anvendelsesområde, fordi leverandøren fortsat skulle levere det nye system. Dette ændrede dog ikke ved, at kontrakttillægget angik et fortsat brug af et eksisterende system, hvorimod den udbudte kontrakt angik udviklingen og levering af et andet og helt nyt system. Klagenævnet forholdt sig ikke til dette i PDC-kendelsen.

Klagenævnets fremhævelse af, at kontrakttillægget ikke var udtryk for, at ordregiver *”i videre omfang”* havde accepteret, at konkrete dele af tjenesteydelsen skulle leveres af en anden underleverandør, er også uklar. Kontrakttillægget dækkede en periode på 13 måneder i forhold til en samlet kontraktperiode på 6 år og kan derfor anses for at være vid i omfanget. Klagenævnets formulering minder om Klagenævnets konklusion i Jensen-kendelsen, hvor Klagenævnet afviste klagen med henvisning til, at der var tale om en *”delvis ændring.”*

Klagenævnets vurdering i PDC-kendelsen forekommer derfor mindre striks end vurderingen i Vitronic-kendelsen. Som nævnt i afsnit 6.1.1 blev terminologien ændret i Udbudsloven, således begreberne anvendes ensartet i bestemmelserne om ændringer af kontrakter og ændringer i udbudsmaterialet.¹⁴⁵ PDC-kendelsen og Vitronic-kendelsen fremstår dog ikke som eksempler på ensartet anvendelse af begreberne.

En mulig forklaring er, at Vitronic-kendelsen angår en ændring af et kontraktvilkår *inden* kontrakten er underskrevet i modsætning til PDC-kendelsen: De praktiske konsekvenser af Klagenævnets vurdering er radikalt anderledes, når problemstillingen angår en kontrakt for et IT-system, som allerede har været under udvikling i næsten 2 år, sådan som det var tilfældet i PDC-kendelsen.

De praktiske konsekvenser af at erklære en kontrakt for uden virkning er dog ikke et hensyn, som tillægges vægt i vurderingen af ændringer af kontrakter eller rammeaftaler.¹⁴⁶ Teorien har heller ikke støtte i Klagenævnets udtalelser eller faglitteraturen på området.

7.3 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune

- **20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune** [herefter *”Geelmuyden Kiese-kendelsen”*]

Denne kendelse drejede sig om et udbud efter Udbudslovens afsnit III *”Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien* (herefter *”light-regimet”*). Udbuddet angik en kontrakt

¹⁴⁴ KfU kendelse 4. oktober 2019 *VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S*, s. 11

¹⁴⁵ Afsnit 4.7.2. i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792. Poulsen henviser også til kendelser angående ændringer af udbudsmateriale afgjort efter Udbudslovens § 2 i redegørelsen af, hvornår et vilkår angår et grundlæggende element iht. Udbudslovens § 178. Poulsen, EU Udbudsretten, s. 636 – 637.

¹⁴⁶ Anders Christensen og Leah Elkan i Treumer, *Udbudsretten*, s.338 – 339. Forfatterne påpeger at et ønske om at undgå værdispild ikke er et forhold, der tillægges afgørende betydning ved fortolkning af EU’s udbudsregler.

for opgaven som operatør af en festival i Aarhus kaldet "Internet Week Denmark" (herefter "IWDK") i perioden 2021 -2024.¹⁴⁷

Sagen angik flere forhold, men relevant for specialets problemstilling var påstand nr. to om, at ordregiver havde handlet i strid med Udbudslovens § 2 og principperne i § 178 ved at frafalde et krav om, at den vindende tilbudsgiver skulle have et selvstændigt CVR-nummer.¹⁴⁸

I det oprindelige kontraktudkast stod der i punkt 6.1, at "*Konsulenten sørger for, at IWDK får sit eget CVR-nummer.*" På forespørgsel fra den vindende tilbudsgiver blev dette ændret til "*6.1 Konsulenten sørger for, at IWDK får sit eget CVR-nummer, hvis det skønnes nødvendigt.*"¹⁴⁹ Under udbudsprocessen i et svar på et spørgsmål havde ordregiver bekræftet, at denne ikke havde nogen præferencer angående selskabsform.¹⁵⁰

Angående påstand nr. to gjorde Geelmuyden Kiese A/S gældende, at ændringen var sket på den vindende tilbudsgivers forespørgsel. Geelmuyden Kiese A/S konkluderede herudfra, at den vindende tilbudsgiver ikke ville kunne have overholdt kontrakten eller leveret en ydelse i overensstemmelse med kontrakten, hvis den oprindelige formulering af kontraktvilkåret var blevet fastholdt.¹⁵¹

Geelmuyden Kiese A/S gjorde også gældende, at ved at frafalde kravet om et selvstændigt CVR-nummer for IWDK ville den vindende tilbudsgiver kunne udnytte "eksisterende forretningssynergi" ved at udnytte overskudskapacitet og øget likviditet. Geelmuyden Kiese A/S anerkendte, at forholdet ikke ville have haft betydning for evalueringen af de konkrete tilbud, men selskabet påpegede, at forholdet kunne have haft betydning for den potentielle konkurrence.¹⁵²

Ordregiver afviste dette. Iflg. ordregiver følger det af Udbudslovens § 178, at for en ændring kan anses for at være en ændring af et grundlæggende element, så skal kontrakten være væsentlig forskellig og ændringen ville have haft en betydning for udbuddets udfald.¹⁵³

Ordregiver henviste til, at der ikke var tale om en ændring i realforpligtelsen herunder minimumskravene for ydelsen, og forholdet udgjorde derfor ikke væsentlig ændring af kontrakten.¹⁵⁴

Herefter gjorde ordregiver bl.a. også gældende, at ændringen ikke indebar nogen fordel for den vindende tilbudsgiver mht. forretningsmæssige og økonomiske risici, og at der var valgfrihed i kontrakten for operatøren til at organisere sig som ønsket, hvilket var bekræftet af ordregiver under udbudsprocessen. Endelig påpegede ordregiver også, at der ikke var holdepunkter for at fastslå, at konkurrencegrundlaget var blevet fordrejet heller ikke for den potentielle konkurrence.¹⁵⁵

I sin kendelse henviste Klagenævnet til lovforslagets bemærkninger til Udbudslovens § 2 og konkluderede herefter, at eftersom ændringen i kontrakten "*ikke indebar en ændring i forhold til operatørens realforpligtelse i henhold til kontrakten, hvorfor kontraktens karakter ikke er væsentlig*

¹⁴⁷ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s. 2

¹⁴⁸ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.3

¹⁴⁹ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.10 og s. 20

¹⁵⁰ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.10

¹⁵¹ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.27

¹⁵² KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.28

¹⁵³ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.28

¹⁵⁴ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.28 - 29

¹⁵⁵ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.29

forskellig, var der allerede ikke tale om en væsentlig ændring, som krævede, at Aarhus Kommune gennemførte et nyt udbud.”¹⁵⁶

Klagenævnets formulering, der fremhæver, at en ikke-væsentlig ændring per se er en ændring, som ikke krævede gennemførelse af et nyt udbud, er muligvis en kommentar til ordregivers fortolkning af Udbudslovens § 178 stk. 2. Som nævnt ovenfor, så var det ordregivers fortolkning af bestemmelsen, at det var et krav, at kontrakten var væsentlig forskellig, og at ændringen ville have haft en betydning for udbuddets udfald. Klagenævnets konklusionen, at der ikke var krav om gennemførelse af et nyt udbud, inden Klagenævnet vurderede, om forholdene i Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 -4 gjorde sig gældende, er muligvis et forsøg på at præcisere forholdet mellem Udbudslovens § 178 stk. 2, 1. punkt og 2. punkt.

Kendelsen kan anvendes som støtte for, at en ændring ikke medfører, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig, når ændringen ikke angår realforpligtelsen i kontrakten.

Klagenævnet påpeger også efterfølgende, at det var som udgangspunkt muligt at efterleve det oprindelige kontraktvilkår uanset hvilken organisationsform, der blev valgt. Desuden fandt Klagenævnet, at udgifter til regnskabsføring i det ”væsentlige” måtte anses for at være de samme og derfor heller ikke egnede til at påvirke konkurrencen eller den potentielle konkurrence. Klagenævnet afviste også de øvrige argumenter fra Geelmuyden Kiese A/S.

I forståelsen af, hvad der vil blive anset for afgørende i vurderingen af, hvorvidt der er tale om en ændring af grundlæggende elementer, viser kendelsen, at Klagenævnet vil lægge vægt på, om det er en ændring i realforpligtelsen. Klagenævnet vil også se på, om ændringen udvider mulighederne for at opfylde kontrakten, og om ændringen medfører økonomiske forandringer. Ved at afvise de øvrige argumenter fra Geelmuyden Kiese A/S tilkendegav Klagenævnet, at disse forhold ikke har betydning i vurderingen af, hvorvidt der er tale om en ændring af grundlæggende elementer.

7.4 Atea A/S mod Udenrigsministeriet

- **8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet; Intervenient: TPA Solutions ApS** [herefter ”Atea- kendelse nr. 1”]
- **20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet; Intervenient: TPA Solutions ApS** [herefter ”Atea-kendelse nr. 2”]

Klagenævnets kendelse af 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet udsprang af en tidligere kendelse i samme sag dateret 8. februar 2022. Begge sager angik Udenrigsministeriets tildeling af en rammeaftale om kabling og adgangssikring til TPA Solutions ApS i november 2020.

I Atea-kendelse nr. 1 havde Atea A/S nedlagt påstand om, at Udenrigsministeriet som ordregiver havde frafaldet et mindstekrav om, at leverandøren selv skulle være certificeret i en række faglige registre. Iflg. Atea A/S udgjorde mindstekravet et grundlæggende element, da kravet havde begrænset potentielle tilbudsgivers mulighed for at afgive et tilbud. Ordregivers frafald heraf var derfor iflg. Atea A/S i strid med Udbudslovens § 2 og § 178.¹⁵⁷ Udenrigsministeriet fortolkede kravet anderledes, nemlig at kravet om

¹⁵⁶ KfU kendelse 20. maj 2021 Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune s.38

¹⁵⁷ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 13

certificering kunne opfyldes ved brug af underleverandører, der var certificerede. Udenrigsministeriet var derfor af den holdning, at kravet ikke var frafaldet.¹⁵⁸

Sagen for Klagenævnet var derfor, hvordan det omstridte krav i udbudsmaterialet skulle fortolkes. Klagenævnet fandt i lighed med Atea A/S, at kravet skulle tolkes som værende et krav om, at leverandøren skulle være certificeret.

Klagenævnet udtalte herefter, at det ikke var relevant, at Udenrigsministeriet som ordregiver havde haft en anden forståelse.¹⁵⁹ Klagenævnet fastslog, at tilbuddet fra TPA Solutions ApS havde været ukonditionsmæssigt og derfor skulle have været afvist.¹⁶⁰

Udenrigsministeriet havde argumenteret for, at det *"ikke gav mening"* at tale om at mindstekravet var frafaldet, når der havde været uklarhed om forståelsen af kravet, og Udenrigsministeriet som ordregiver kunne ikke have håndhævet mindstekravet, når ordregiver bar risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet.¹⁶¹

Atea A/S henviste Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen som argumentation for at erklære rammeaftalen uden virkning.

Klagenævnet fandt dog ikke, at mindstekravet kunne anses for være ændret eller frafaldet, da der havde været en *"reel"* tvist om forståelsen af mindstekravet. Klagenævnet påpegede derefter, at nu hvor den korrekte forståelse af mindstekravet var fastlagt, skulle Udenrigsministeriet håndhæve dette for at undgå at blive anset for at foretaget en ændring i strid med Udbudslovens § 178.¹⁶²

I kendelsen blev der ikke redegjort for, hvorfor et frafald af det pågældende mindstekrav skulle anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, da fokus var på spørgsmålet om, hvorvidt mindstekravet kunne anses for at være frafaldet. Klagenævnet udtalte blot, at hvis mindstekravet ikke kunne anses for håndhævet, så ville det *"efter omstændighederne kunne indebære, at ministeriet må anses for at have frafaldet kravet og dermed foretaget en ændring omfattet af udbudslovens § 178."*¹⁶³ Klagenævnet antog således, at et frafald af mindstekravet ville kunne udgøre en ændring omfattet af Udbudslovens § 178 uden at redegøre nærmere herfor.

Klagenævnet tilkendegav ikke i sagen, *hvornår* Udenrigsministeriet ville blive anset for at have frafaldet mindstekravet. Dette blev genstand for en ny kendelse dateret 20 juni 2022 mellem de samme parter.

I Atea-kendelse nr. 2 skulle Klagenævnet vurdere om Udenrigsministeriet kunne anses for at have frafaldet mindstekravet i strid med Udbudslovens § 2 stk. 1 og § 178 stk. 1, jf. stk. 2 *"... i tiden efter klagenævnets kendelse af 8. februar 2022..."*.¹⁶⁴ Klagenævnet henviste til at Udenrigsministeriet straks efter Klagenævnets tidligere kendelse af 8. februar 2022 tog skridt til at sikre, at TPA Solutions ApS opnåede de nødvendige certificeringer, og at selskabet havde opnået disse den 20. april 2022.

¹⁵⁸ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 14

¹⁵⁹ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 16- 17

¹⁶⁰ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17. Klagenævnet udtalte, at det ikke kunne annullere tildelingsbeslutningen, da Atea A/S ikke nedlagt påstand herom.

¹⁶¹ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 15

¹⁶² KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17 -18

¹⁶³ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17 -18

¹⁶⁴ KfU kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 19

Klagenævnet konkluderede derfor, at Udenrigsministeriet som ordregiver ikke havde frafaldet mindstekravet, og at tilbudsgiver havde opfyldt mindstekravet inden for rimelig tid. Klagenævnet konkluderede dette efter "en samlet vurdering" af karakteren og omfanget af de nødvendige certificeringer og behovet for ekstern audit.¹⁶⁵

Udenrigsministeriet havde som ordregiver argumenteret for at – i det tilfælde klagenævnet fandt at mindstekravet var frafaldet – at et sådant frafald af mindstekravet ikke udgjorde en ændring af et grundlæggende element iht. Udbudslovens § 178. Klagenævnet tog dog ikke specifikt stilling til dette, da kernen i sagen var, hvornår en ordregiver kan antages for at have frafaldet et kontraktskrav, når tvisten angår fortolkningen af det pågældende krav.

Klagenævnets afgørelse viser, at der kan blive givet ordregiver mulighed for at vise, at denne håndhæver et kontraktvilkår i de tilfælde, hvor der har været tvivl om forståelsen heraf. Hvor lang tid ordregiver får til at vise, at kontraktvilkåret håndhæves, vil afhænge af, hvor omfattende de nødvendige skridt er, og hvorvidt disse er afhængige af 3. parter som i den nærværende sag, hvor gennemførelser af eksterne audit var nødvendige.

Klagenævnets afgørelse Atea-kendelsen nr. 2 kan anses for at give ordregiver større margen end i Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen gennemgået ovenfor. I disse sager argumenterede trafiksselskaberne som nævnt også for en anden forståelse af det omstridte mindstekrav. I perioden mellem Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen tog ordregiverne skridt til at lovliggøre forholdet, men dette blev ikke tillagt betydning. Klagenævnets fortolkning af mindstekravet blev lagt til grund for vurderingen af ordregivernes håndhævelse heraf retrospektivt.

Klagenævnets tilgang fremstår derfor mere striks i Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen. Dette ses også i argumentationen fra Atea A/S, som netop henviste til disse kendelser som argument for, at mindstekravet ikke skulle anses for håndhævet, selvom leverandøren efterfølgende opnåede de krævede certifikater. Iflg. Atea A/S ville tilladelse af frist for at opnå de pågældende certifikater i sig selv udgøre en ændring af et grundlæggende element, da selve muligheden for at opnå certifikaterne undervejs i rammeaftalens løbetid ville have betydet, at kredsen af tilbudsgivere ville have været større.¹⁶⁶

Udenrigsministeriet gjorde på den anden side gældende, at Atea-kendelsen nr. 1 skulle forstås som, at ministeriet var forpligtet til at håndhæve mindstekravet *fremadrettet*, og ministeriet havde netop gjort dette. Udenrigsministeriet havde også gjort gældende, at det ville være i strid med et rimeligt hensyn til leverandøren TPA Solutions ApS, hvis denne ikke fik muligheden for at leve op til mindstekravet, sådan som dette var fortolket af Klagenævnet. Udenrigsministeriet advarede dertil mod store praktiske konsekvenser ved at kræve øjeblikkelig opfyldelse og argumenterede for, at både "*ordregivere og leverandører har behov for et almindeligt obligationsretligt råderum til at konstatere og varsle misligholdelse, før der skal skrides til ophævelse.*"¹⁶⁷

Klagenævnet kommenterede ikke på dette argument i sin afgørelse. Kendelsen giver dog ordregiver det obligationsretlige råderum, som blev efterspurgt af Udenrigsministeriet. Problemstillingen diskuteres i specialets afsnit 8.

¹⁶⁵ KfU kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 20

¹⁶⁶ KfU kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 16

¹⁶⁷ KfU kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17

7.5 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S

- **1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S** [herefter ”DKK Plastics-kendelsen”]

DKK Plastics-kendelsen drejede sig om en 2-årig kontrakt for behandling af husstandsindsamlet plast mellem ordregiveren AffaldPlus I/S og leverandøren Damifo Vojens A/S, som blev indgået den 1. januar 2022. Kontrakten var blevet tildelt Damifo Vojens A/S efter et offentligt udbud, hvor to andre selskaber havde afgivet et tilbud. Et af disse selskaber, DKK Plastics ApS, indgav en klage til Klagenævnet den 12. august 2022 med bl.a. den påstand, at ordregiveren AffaldPlus I/S havde undladt at håndhæve kontrakten og dennes mindstekrav i strid med Udbudslovens § 2 og § 178.

DKK Plastics anførte i sit klageskrift, at Damifo Vojens A/S i de første fem måneder af kontraktens forløb ikke levede op til kravet i kontrakten om, at minimum 60% af det indsamlede plastaffald blev genanvendt.¹⁶⁸ DKK Plastics ApS fremhævede, at dette var i strid ikke blot med kontrakten og udbudsbetingelserne men også lovens krav om, at minimum 60% af indsamlet plastaffald skal genanvendes.¹⁶⁹ DKK Plastics ApS gjorde også gældende, at der var tale om mindstekrav, og at dette udgjorde kernen af kontraktens genstand.

Iflg. DKK Plastics ApS havde Damifo Vojens A/S *”...faktureret for modtagelsen og behandlingen af affaldet, uden at levere andet end transport og opbevaring, hvilket er i strid med kontraktens krav. Den udbudte ydelse, som udgøres af selve sorteringen og genanvendelsen, er derimod ikke leveret.”*¹⁷⁰ Dette gav - iflg. DKK Plastics ApS - Damifo Vojens A/S en økonomisk fordel ikke indeholdt i den oprindelige kontrakt.

DKK Plastics ApS henviste også til Atea-kendelsen nr. 1 og Alsvogn-kendelsen og dommen i Finn Frogne C-549/14.¹⁷¹

Ordregiveren AffaldPlus I/S gjorde derimod gældende, at selskabet ikke havde undladt at håndhæve mindstekravene i kontrakten. AffaldPlus I/S påpegede, at det ikke var usædvanligt, at der var vanskeligheder ved opstart af nye kontrakter.¹⁷² AffaldPlus I/S fremførte også, at det lå uden for klagenævnets kompetence at påse, at behandlingen af det indsamlede plast skete i overensstemmelse med lovens krav.¹⁷³

Ordregiveren AffaldPlus I/S fremhævede desuden, at Damifo Vojens A/S ikke modtog betaling for affald, der endnu ikke var behandlet, og at selskabet *” selvsagt ikke [kan] frafalde krav om, at Damifo leverer*

¹⁶⁸ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 10

¹⁶⁹ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 10

¹⁷⁰ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 11

¹⁷¹ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 11

¹⁷² KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S s. 11 – 12. I andre afgørelser har Klagenævnet fastslået, at der ikke pålægger Ordregivere en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger i de afgivne tilbud. Iflg. Klagenævnet er det alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder kravene, at ordregiveren har en pligt til at kontrollere oplysningerne. KfU kendelse 13. marts 2020 B. Braun Medicals A/S mod Region Nordjylland s.15

¹⁷³ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 11

*kontraktens hovedydelse.*¹⁷⁴ AffaldPlus I/S afviste også, at sagen kunne sammenlignes med Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen, da AffaldPlus I/S ikke havde besluttet at frafalde mindstekrav.¹⁷⁵

AffaldPlus I/S fastholdt, at selskabet var *”som kontraktpart nærmest til at vurdere, hvilke misligholdelsesbeføjelser der skal bringes i anvendelse”*, og at eventuelle tvister mellem kontraktens parter skal afgøres ved voldgift.¹⁷⁶ Iflg. ordregiveren AffaldPlus I/S var klagen et udtryk for, at DKK Plastics ApS ønskede klagenævnets vurdering af, hvorvidt kontrakten var misligholdt, og om AffaldPlus I/S var forpligtet til at ophæve kontrakten, hvilket lå uden for klagenævnets kompetence iflg. AffaldPlus I/S.¹⁷⁷

I sin kendelse fastslog Klagenævnet først, at sagen ikke lå uden for Klagenævnets kompetence, da sagen angik Udbudslovens § 2 og § 178.¹⁷⁸

Dernæst fastslog Klagenævnet dog, at udbudsretten ikke regulerer parternes retsstilling angående kontraktretlige spørgsmål herunder anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser.¹⁷⁹ Klagenævnet understregede, at parternes stilling iht. kontrakten blev reguleret af obligationsretten og kontrakten selv, og at reglerne om ændring af en kontrakt ikke i øvrigt forrykkede balance mellem udbudsretten og disse øvrige retsområder.¹⁸⁰

Klagenævnet lagde derefter vægt på, at AffaldPlus I/S havde holdt møder med Damifo Vojens A/S i marts 2022 angående behandlingen af plastikaffaldet, og at Damifo Vojens A/S kun havde sendt fakturaer på den mængde affald, som var blevet behandlet, og at dette også fortsat ville være tilfældet.¹⁸¹ Klagenævnet konkluderede således, at det ikke kunne lægges til grund, at AffaldPlus I/S havde frafaldet krav eller i øvrigt ændret på grundlæggende vilkår for kontrakten.¹⁸²

Sagen er usædvanlig for det blev ikke benægtet af Klagenævnet eller af sagens parter, at Damifo Vojens A/S leverede en ydelse, som ikke var i overensstemmelse med kontrakten. Klagenævnet vurderede ikke, hvorvidt dette forhold kunne siges at have konsekvenser, der var omfattet af Udbudslovens § 178 stk. 2. Denne vurdering blev ikke relevant, fordi Klagenævnet fandt, at kontrakten ikke var ændret, da kravene til ydelsen ikke var frafaldet.

I lighed med Atea-kendelsen nr. 2 viser denne kendelse, at Klagenævnet anerkender, at kontraktens parter skal gives mulighed for at håndtere indledende vanskeligheder i kontraktforholdet.

Kendelsen kan siges at være delvis i tråd med Jensen-kendelsen. I modsætning til denne kendelse, hvor tilbudsgiver blev betalt for levering af biler i en forkert farve, så blev Damifo Vojens A/S ikke betalt for den service, som ikke levede op til kontraktens krav - og dette var centralt for Klagenævnets konklusion, at kravet til ydelsen ikke var frafaldet.

¹⁷⁴ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 12

¹⁷⁵ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S s. 12

¹⁷⁶ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S s. 12

¹⁷⁷ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 13

¹⁷⁸ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S s. 13

¹⁷⁹ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 14

¹⁸⁰ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 14

¹⁸¹ KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 14

¹⁸² KfU 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s. 14

7.6 Opsamling

Af de fem sager gennemgået i de foregående afsnit er det kun Alsvogn-kendelsen / Øens Taxa-kendelsen, hvor Klagenævnet for Udbud fandt, at der var foretaget en ændring af grundlæggende elementer i rammeaftalen.

Ordregiver vandt i de fire øvrige kendelser. Af disse var det kun i PDC-kendelsen og Geelmuyden Kiese-kendelsen, at det var centralt for resultatet, hvorvidt ændringen angik grundlæggende elementer i kontrakten. De øvrige kendelser angik derimod spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver havde foretaget en ændring af kontrakten.

Konklusionen vil derfor blive delt op i to afsnit: Første afsnit angår spørgsmålet om, hvorvidt der er foretaget en ændring af ordregiver. Andet afsnit angår vurderingen af, hvilke forhold vil blive anset for at udgøre grundlæggende elementer iht. Udbudslovens § 178.

7.6.1 Ændring

Spørgsmålet om, hvornår der kan siges at være foretaget en ændring, kan angå både en indholdsmæssig og en tidsmæssig vurdering. Kendelserne gennemgået i afsnit 7 kan grupperes efter hvilken en af disse vurderinger, der var i fokus i den pågældende sag.

Indholdsmæssige vurdering

Den indholdsmæssige vurdering angår forståelsen af det omstridte vilkår, og vurderingen heraf forudsætter en fortolkning af vilkåret. Det er ikke en udbudsretlig vurdering, men en kontraktretlig fortolkning, der er en forudsætning for den efterfølgende udbudsretlige konklusion.

Dette var tilfældet både i Alsvogn-kendelsen, Øens Taxa-kendelsen, Svendborg Byretsdom og i Atea-kendelsen nr. 1. I disse sager havde parterne forskellige fortolkninger af det omtvistede vilkår, og Klagenævnets vurdering af, hvordan kravet skulle fortolkes, blev afgørende for sagens udfald. I alle sagerne fortolkede Klagenævnet vilkåret anderledes end ordregiver selv, men som påpeget af Klagenævnet i Atea-kendelsen nr. 1, så kunne dette faktum ikke føre til et andet resultat med henvisning til Manova A/S C-336/12. I denne dom fastslog EU-domstolen, at der påhviler en ordregiver en streng pligt til at overholde de kriterier, som den selv har fastsat.¹⁸³

Opfyldelse af denne strenge pligt forudsætter dog, at der er enighed om, hvordan kriterierne skal fortolkes. Hvis det viser sig, at ordregivers praksis baserer sig på en forkert forståelse af kontraktens bestemmelser, så kan ordregivers praksis blive anset som en de facto ændring af kontrakten sådan som det var tilfældet i Alsvogn-kendelsen, Øens Taxa-kendelsen og Svendborg Byretsdom. Det er en kontraktretlig problemstilling med potentielt meget store udbudsretlige konsekvenser.

I Atea-kendelsen nr. 1 angik tvisten kun forståelsen af kravet, som det var formuleret i rammeaftalen. I Alsvogn-kendelsen, Øens Taxa-kendelsen og Svendborg Byretsdom angik tvisten også forståelsen af kravet som formuleret i rammeaftalen, men her blev ordregivers efterfølgende svar på spørgsmål om kravet afgørende i sagerne. Ordregiver havde nemlig i svaret til klager tilkendegivet, at kravet var frafaldet.

¹⁸³ C-336/12 Manova A/S præmis 40

Klagenævnet henviste således til, at ordregiverne *udtrykkeligt* havde frafaldet kravet. Ordregiverne gjorde som nævnt gældende, at der kun var tale om ”præcisering,” da ordregiverne ikke havde ændret sin egen forståelse af det pågældende krav, men dette blev ikke tillagt betydning af Klagenævnet. Klagenævnet lagde så stor vægt på ordregivernes udtrykkelige ”frafald” af mindstekravet, at denne ikke fandt det nødvendigt af forholde sig til ordregivers egen fortolkning af mindstekravet.¹⁸⁴

I Svendborg byretsdom forholdt domstolen sig til fortolkningen af det omstridte mindstekrav. Domstolen fandt dog, at kravene i det omstridte mindstekrav naturligt sprogligt måtte forstås i forlængelse af hinanden. Det følger heraf, at de ordregivende trafikselskabers forståelse og præcisering af kravet lå uden for den sproglige forståelse.

Som nævnt i afsnit 6.2 så lagde Klagenævnet også vægt på ordlydsforståelsen i kendelsen af *13. marts 2020 B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland*. Klagenævnet fastslog heri, at en ordregiver kan uddybe et mindstekrav, uden det dermed udgør en ændring, så længe ordregivers uddybning kunne rummes inden for forståelsen af kravet ud fra ordlyden og sammenhængen i udbudsmaterialet.¹⁸⁵

Klagenævnets standpunkt må antages at være, at hvis forholdet kan rummes inden for ordlydsforståelsen af kravet, så er kravet reelt ikke blev ændret. Dette giver en indikation af, hvor stor margen en ordregiver har i fortolkning og anvendelse af kontraktens bestemmelser.

I Atea-kendelsen nr. 1 henviste Klagenævnet til, at der havde været en ”reel tvist” om forståelsen og anvendelsen af mindstekravet.¹⁸⁶ Denne reelle tvist om den indholdsmæssige vurdering blev lagt til grund for Klagenævnets vurdering, at ordregiver ikke havde frafaldet kravet og ledte til den tidsmæssige vurdering redegjort for nedenfor. Henvisningen til, at der var en *reel* tvist, kan være for at undgå, at mere søgte påstande angående forståelsen af kontraktbestemmelser bliver en måde, hvorpå ordregiver kan få en frist til at overholde Udbudslovens § 178. Dette kunne resultere i omgåelse af Udbudslovens bestemmelser.

Tidsmæssig vurdering

Den tidsmæssige vurdering angår spørgsmålet om, *hvornår* et krav kan anses som værende frafaldet. Svaret på dette spørgsmål er knyttet til spørgsmålet om, hvor lang tid en ordregiver kan give kontraktparten til at sikre, at ydelsen er i overensstemmelse med kontrakten, uden at dette strider mod udbudsretten.

Hvis ordregiver modtager en ydelse, som ikke kontraktmæssig, og ikke gøre brug af misligholdelsesbeføjelser, så kan dette på et tidspunkt blive anset for en accept af en ændring af kontrakten. Ved den tidsmæssige vurdering ser Klagenævnet på, hvornår det punkt i kontraktforholdet er nået, og dermed hvornår ordregiver bør gøre brug af misligholdelsesbeføjelser for at undgå at overtræde Udbudslovens bestemmelser. Dette var kernen i både Atea-kendelsen nr. 2 og i DKK Plastics-kendelsen.

¹⁸⁴ I Karnovs noter til Udbudslovens §178 stk. 1 henvises der til Alsvogns-kendelsen med den kommentar, at der var sket en ændring af et grundlæggende element, ”i hvert fald fra det tidspunkt, hvor det blev meddelt, at mindstekravet var frafaldet.” Kommentaren viser hvor stor vægt, der lægges på ordregiverens meddelelse.

¹⁸⁵ KfU 13. marts 2020 B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland, s.15

¹⁸⁶ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s.17

De to Atea-kendelser illustrerer de to vurderinger, da den indholdsmæssige og den tidsmæssige vurdering blev adskilt. I den første kendelse konkluderede Klagenævnet, at *indholdet* i det omtvistede vilkår skulle forstås anderledes end den forståelse, som ordregiver havde gjort gældende. I Atea-kendelsen nr. 2 vurderede Klagenævnet, om den manglende overholdelse af det pågældende krav, som det skulle korrekt forstået, udgjorde en ændring af et grundlæggende element ud fra en tidsmæssig vurdering.

I DKK Plastics-kendelsen angik tvisten også, hvorvidt den manglende overholdelse af kontraktens vilkår tidsmæssigt havde nået et punkt, hvor der reelt var tale om en ændring af kontrakten i strid med udbudsrettens regler. Det var således ikke bestridt, at ydelsen ikke var kontraktmæssig. Tvisten angik, hvorvidt leveringen af en ikke-kontraktmæssig ydelse udgjorde en ændring af kontrakten, eller om der endnu ikke var indtrådt en ændring, da kontraktens parter stadig arbejdede på at sikre, at kontrakten blev overholdt.

Fra disse kendelser kan en række pejlepunkter for Klagenævnets vurdering udledes.

For det første vil det blive tillagt vægt, om realdebitor bliver betalt for en ydelse, som ikke er kontraktmæssig. Dette blev tillagt afgørende vægt i DKK Plastics- kendelsen, hvor Klagenævnet netop påpegede, at realdebitor ikke blev betalt for den tilvejebragte ydelse, som ikke var kontraktmæssig.

For det andet vil det også blive tillagt vægt, hvor hurtigt og proaktivt parterne reagerer for at sikre, at ydelsen bliver kontraktmæssig, når det bliver klart, at ydelsen ikke er i overensstemmelsen med det pågældende krav. I Atea-kendelsen nr. 2 påpegede Klagenævnet, at ordregiver havde kontaktet realdebitor umiddelbart efter afsigelsen af Atea-kendelsen nr. 1 og efterfølgende havde fulgt op på indsatsen for at opnå de krævede certificeringer. I DKK Plastics-kendelsen fremlagde ordregiver også materiale, der viste, at parterne aktivt søgte at løse problemerne i kontraktens implementeringsperiode.

For det tredje blev det i Atea-kendelsen nr. 2 også tillagt vægt, at tidsmæssigt var den kontraktmæssige opfyldelse afhængig af eksterne forhold – i det pågældende tilfælde audits foretaget af eksterne parter – og parterne selv havde foretaget de skridt, der var nødvendige, så hurtigt som muligt.

Det er dog tilsyneladende ikke altid, at dette forhold vil blive tillagt afgørende vægt. I DKK Plastics-kendelsen skyldtes den manglende overholdelse af kontraktens vilkår ikke eksterne forhold, men på trods heraf foretog Klagenævnet ikke en strengere vurdering af sagen. Dette kan dog skyldes det faktum, at realdebitor ikke blev betalt for levering af ydelse, som ikke var kontraktmæssig.

Klagenævnets praksis i disse sager viser, at der kan tilkendes kontraktens parter en periode til at sørge for, at ydelsen er i overensstemmelse med kontrakten. En sådan "implementeringsperiode" kan dog i sig selv udgøre et problem ud fra en udbudsretlig vinkel. Ordregivers efterfølgende accept af, at realdebitor har brug for en implementeringsperiode til at sikre, at ydelsen er kontraktmæssig, kan nemlig i sig selv anses for at være en ændring af kontraktvilkårene.

En sådan ændring af tidsplanen i form af en accept af ikke-aftalt implementeringsperiode kan også udgøre en ændring af grundlæggende elementer. En længere implementeringsperiode kan fx i nogle situationer siges at indføre betingelser, som ville have givet adgang til andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte jf. Udbudslovens § 178 skt. 2 nr. 1. Dette kan fx være tilfældet, hvor potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra at ansøge eller afgive et tilbud, da disse vidste, at de ikke ville kunne overholde

tidsplanen specificeret i udbudsmaterialet. Atea A/S gjorde også dette gældende i Atea-kendelsen nr. 2.¹⁸⁷

Klagenævnets accept af en ikke-aftalt implementeringsperiode strider imod Klagenævnets påpegning i Alsvogn-kendelsen af, at det påhviler ordregiver en streng pligt til at overholde de kriterier, som den selv har fastsat jf. Manova A/S C-336/12.

På den anden side kan en strengere tilgang til den tidsmæssige vurdering også medføre, at det obligationsretlige råderum i for høj grad bliver begrænset ved, at udbudsretten rækker for langt ind i kontraktforholdet. Denne problemstilling bliver behandlet nærmere i afsnit 8.

7.6.2 Grundlæggende elementer

Hvis konklusionen er, at ordregiver ud fra en indholdsmæssig og/ eller tidsmæssig vurdering har foretaget en ændring, så er det nødvendigt at vurdere om, der er tale om en ændring af grundlæggende elementer, der bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig, jf. Udbudslovens § 178 stk. 2, 1. pkt.

Problemstillingen behandlet i foregående afsnit, om en forklaring eller en anden fortolkning og praksis udgør en "præcisering" eller en "ændring", er også relevant i denne sammenhæng. Det ligger i betydningen af "præcisering", at det ikke er et forhold, der bevirker, at kontraktens karakter er "væsentlig forskellig" jf. Udbudslovens § 178 stk. 2. Dette forudsætter dog som nævnt, at præciseringen/ uddybningen/ eksemplificeringen ikke reelt er mere end en præcisering.

Ændringens omfang og årsag

I vurderingen af hvorvidt der er tale om en ændring, der bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, viser praksis, at ændringens omfang kan tillægges vægt.

Ændringens omfang angår, hvorvidt ændringen kan antages at være et helt frafald eller delvis frafald af det pågældende vilkår. I Jensen-kendelsen gennemgået i afsnit 6.2 fandt Klagenævnet som nævnt, at der kun var tale om en delændring. Dette blev afgørende for konklusionen, at ændringen ikke havde bevirket, at rammeaftalens karakter var væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt.

Omfanget af ændringen spillede muligvis også en rolle i PDC-kendelsen. I forhold til kontrakttilægget lagde Klagenævnet som nævnt vægt på, at ordregiver ikke "i videre omfang" havde accepteret en anden underleverandør. Klagenævnets udtalelse angår klagerens påstand, at kontrakttilægget stred imod Udbudslovens § 144 stk. 3. Klagenævnet konkluderer efterfølgende, at kontrakttilægget ikke er en ændring af grundlæggende elementer med henvisning til, at den ikke har ført til de forhold nævnt i Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 – 3. Konklusionen er ikke nærmere begrundet. Det er derfor ikke klart, om det faktum, at en ny leverandør ikke var accepteret i "videre omfang", også blev tillagt betydning for konklusionen, at der ikke var tale om ændring af grundlæggende elementer. Det er dog nærliggende, at

¹⁸⁷ KfU kendelse 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 16

der var en sammenhæng, ligesom det var tilfældet i Jensen-kendelsen, hvor ændringen blev accepteret, da den var af begrænset omfang.

I PDC-kendelsen henviste Klagenævnet som nævnt til, at ordregiver og leverandøren havde redegjort for årsagerne til, at det ikke havde været muligt at overholde tidsplanen i umiddelbar forbindelse med konklusionen, at der ikke var tale om en ændring af grundlæggende elementer. Ud fra opbygningen af kendelsen må det antages, at Klagenævnet har tillagt årsagen til forsinkelsen betydning i vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer.

Dette er en afvigelse fra den objektive tilgang fastlagt af EU-domstolen i Finn Frogne C-549/14. Klagenævnet har dog også i andre sager tillagt det betydning, hvorvidt parterne har udvist vilje til at genforhandle. Det var fx tilfældet i kendelsen 19. august 2020 EG A/S mod Egedal Kommune, hvor Klagenævnet henviste til C-454/06 Pressetext.¹⁸⁸

Det har også betydning, hvor centralt det omstridte forhold er i kontraktforholdet.

Geelmuyden Kiese-kendelsen angik dette spørgsmål. I denne kendelse var parterne enige om fortolkningen af det omstridte krav, og at kravet var ændret. Uenigheden drejede sig netop om, hvorvidt ændringen angik et så centralt forhold i kontrakten, at dette medførte, at kontraktens karakter var væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Klagenævnet afviste dette, fordi ændringen ikke indebar en ændring i realforpligtelsen i kontrakten, og derfor var der ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Ændringens økonomiske konsekvenser for klager og for ordregiver

I Geelmuyden Kiese-Kendelsen havde klager bl.a. gjort gældende, at frafaldet af kravet om et selvstændigt CVR-nummer havde økonomisk betydning, hvilket blev afvist af Klagenævnet. Afgørelserne gennemgået i afsnit 7 viser dog, at Klagenævnet tillægger det vægt, når klager gør gældende, at det omstridte krav havde økonomiske konsekvenser. Dette er ikke overraskende, da pris ofte er det vigtigste konkurrenceparameter. I forhold til hvor stor vægt, der lægges på klagers oplysninger, fremstår Klagenævnets tilgang dog ikke konsekvent.

I Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen lagde Klagenævnet klagerens oplysninger til grund for konklusionen, at mindstekravet havde ført til meromkostninger i drift og anskaffelse. Klagenævnet konkluderede herefter, at den manglende håndhævelse måtte antages at have påvirket konkurrencen og være egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive et tilbud.

I PDC-kendelsen gjorde klager ligeledes gældende, at selskabet ville have kunnet reducere omkostninger og dermed have givet et bedre tilbud, hvis ibrugtagningsdagen havde været udskudt i den oprindelige tidsplan. PDC A/S påpegede også, at det ikke kunne udelukkes, at en længere udviklingsperiode ville kunne have tiltrukket flere ansøgere.

I PDC-kendelsen lagde Klagenævnet dog ikke klagers oplysninger til grund for vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer. Ændringens egnethed til at afholde ansøgere

¹⁸⁸ KfU kendelse 19. august 2020 EG A/S mod Egedal Kommune, s.31

fra at afgive et tilbud blev heller ikke vurderet, da Klagenævnet blot nævnte, at det var uoplyst, hvorfor de øvrige virksomheder valgte ikke at afgive tilbud.¹⁸⁹

Ændringerne i PDC-kendelsen måtte umiddelbart være lige så egnede til at påvirke konkurrencen som i Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen. Det er ikke klart, hvorfor Klagenævnets tilgang er så forskellig i kendelserne, som blev afsagt inden for den samme periode. En teori kunne være, at forskellen skyldes, at der i Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen var tale om løbende tildeling af kontrakter iht. en rammeaftale. Påvirkningen af konkurrencen i disse to sager var derfor igangværende mellem en række tilbudsgivere. I PDC-kendelsen angik klagen derimod påvirkning af konkurrencen i forbindelse med et udbud afsluttet over et år i forvejen.¹⁹⁰

Sammenligningen mellem PDC-kendelsen og Vitronic-kendelsen viste også en forskellig tilgang i vurderingen af, om leveranceudskydelser udgør en ændring af grundlæggende elementer. I afsnit 7.2 blev der spekuleret i, om dette kunne skyldes, at de praktiske og økonomiske konsekvenser af vurderingen er langt mere omfattende, når problemstillingen angår en igangværende kontrakt. Hvis Klagenævnet inddrager et sådant hensyn, vil begrebet ”grundlæggende elementer” dog ikke længere kunne anvendes ensartet inden for Udbudsloven, som det var tiltænkt i lovbemærkningerne.¹⁹¹ Konsekvenserne er nemlig vidt forskellige afhængigt af, om der er tale om en ændring af grundlæggende elementer i en igangværende kontrakt jf. Udbudslovens § 178 eller en ændring af grundlæggende elementer under udbudsproceduren.

Ændring af et mindstekrav

Endelig kan det også få betydning, hvorvidt ændringen angår et mindstekrav i kontrakten. Som redegjort for i afsnit 6.2 så er mindstekrav en af de fem kategorier, som Poulsen opstiller for afgørelser angående Udbudslovens § 178.¹⁹² Af de fem sager gennemgået i dette afsnit, er det i fire af disse, hvor tvisten angår et mindstekrav eller et muligt mindstekrav. Kun Geelmuyden Kiese-kendelsen angik ikke et mindstekrav.

Mindstekrav vil i kraft af deres status som mindstekrav ofte angå grundlæggende elementer, men dette er ikke altid tilfældet. For eksempel var rammeaftalen *i sin helhed* betegnet mindstekrav i Atea-kendelserne. Konsekvensen heraf var, at enhver uenighed om forståelsen af vilkårene i rammeaftalen udgjorde en potentiel konflikt angående et mindstekrav, også selvom vilkåret ikke angik fx realforpligtelsen.

I PDC-kendelsen var kontrakten i sin helhed også betegnet mindstekrav og grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.¹⁹³ I denne kendelse blev det derfor centralt, hvorvidt ændringerne angik mindstekrav eller ej. Klagenævnet dedikerede størstedelen af sin kendelse til dette spørgsmål og fandt som nævnt, at der ikke var tale om mindstekrav. Den efterfølgende vurdering af, hvorvidt ændringerne angik grundlæggende elementer, fremstod derimod kortfattet. Den vægt Klagenævnet tillagde spørgsmålet

¹⁸⁹ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s.26 -28

¹⁹⁰ Denne teori har dog hverken støtte i Klagenævnets udtalelser eller i Udbudslovens bestemmelser og er ren spekulativ.

¹⁹¹ Afsnit 4.7.2. i Lovforslaget til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19 og Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792.

¹⁹² Poulsen, *EU Udbudsretten*, s.636 -637

¹⁹³ KfU kendelse 23. juni 2020 PDC A/S mod Region Hovedstaden s. 5

om, hvorvidt der var tale om et mindstekrav, giver indtryk af, at det har stor betydning, om et vilkår er betegnet mindstekrav i kontrakten.

Det faktum, at tvisten angik et mindstekrav i kontrakten, blev dog ikke fremhævet eller nærmere behandlet i de resterende afgørelser.

I DKK Plastics-kendelsen og i Atea-kendelsen nr. 1 og 2 blev det ikke tillagt særlige konsekvenser, at sagerne angik et mindstekrav. Disse sager drejede sig dog hovedsageligt om, hvorvidt der var foretaget en ændring - og ikke hvorvidt der var tale om grundlæggende elementer.

I Svendborg byretsdom, Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen blev vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer, foretaget ud fra klagers økonomiske oplysninger uden særlig henvisning til kravets status som mindstekrav.

I Svendborg byretsdom havde Alsvognen I/S og Øens Taxa ellers gjort gældende, at det fulgte af ”fast udbudsretlig praksis”, at der skal anlægges en restriktiv tilgang til ordregives frafald af mindstekrav, med henvisning til lovbemærkningerne til Udbudslovens § 2 og Klagenævnets kendelse af 12. juli 2019 *Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden*.¹⁹⁴ Denne kendelse angik dog en ændring af udbudsmateriale i strid med § 2, og der findes tilsyneladende ikke nogen fast udbudsretlig praksis med en restriktiv tilgang til ændringer af mindstekrav i *igangværende* kontrakter.¹⁹⁵

Ud fra kendelserne i afsnit 7 kan Klagenævnets vurdering af ændringer af mindstekrav i igangværende kontrakter heller ikke beskrives som restriktiv sammenlignet med Klagenævnets vurdering af ændringer af mindstekrav i strid med Udbudslovens § 2.¹⁹⁶

Spørgsmålet er derfor, om det samme forhold gør sig gældende her som påpeget ovenfor i sammenligningen mellem PDC-kendelsen og Vitronic-kendelsen: Klagenævnets vurdering af ændringer af mindstekrav fremstår mindre streng, når den angår Udbudslovens § 178 i modsætning til Udbudslovens øvrige bestemmelser. I lighed med konklusionen ovenfor må det også her konstateres, at dette ikke er klart fra praksis på nuværende tidspunkt.

8. Diskussion: Det obligationsretlige råderum

Udbudslovens bestemmelser om ændringer i igangværende kontrakter trækker som nævnt udbudsretten ind i kontraktforholdet mellem kontraktens parter. Bestemmelserne begrænser parternes råden over kontrakten i det omfang, at der er tale om et forhold, som er at anse for at være et grundlæggende element. Det er derfor vigtigt for at kunne fastlægge udbudsrettens rækkevidde i

¹⁹⁴ Svendborg Byret, dom 12. maj 2022, Sag BS-14560/2021-SVE, s.47 – 48.

¹⁹⁵ Ang. ændring mindstekrav henvises der i Poulsen, EU Udbudsretten, s. 636 note 13 således ikke til kendelser afgjort efter Udbudslovens § 178 bortset fra Alsvogn-kendelsen.

¹⁹⁶ Ved ændringer af mindstekrav i strid med Udbudslovens §2 pålægges ordregiver fx bevisbyrden for, at mindstekravet trods det klare udgangspunkt i forarbejderne ikke udgør et grundlæggende element. Dette ses fx i KfU kendelse 12. juli 2019 *Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden* og KfU kendelse af 30. november 2023 *Assemble A/S mod Hørsholm Kommune* og KfU kendelse af 10. januar 2024 *Powercare A/S mod Region Hovedstaden*.

kontraktsfæren at kunne vurdere, hvornår et forhold angår et "grundlæggende element", og hvornår der er tale om en "ændring".

Disse spørgsmål angår både en fortolkning af kontrakten og anvendelse af udbudsretten. Den udbudsretlige konklusion forudsætter således en kontraktretlig kvalificering. Dette ses fx i spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver har accepteret en ændring af kontrakten ved ikke at håndhæve misligholdelsesbeføjelser ved levering af en ikke-kontraktmæssig ydelse. I et sådant tilfælde er Klagenævnet for Udbud nødt til at foretage en kontraktretlig vurdering af, hvorvidt kontrakten er misligholdt, før den kan drage udbudsretlige konklusioner. På samme vis er Klagenævnet nødt til at foretage en kontraktretlig vurdering, før det kan konkludere, hvorvidt kontrakten er blevet ændret, når fx tvisten angår fortolkningen af et vilkår.

Forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten resulterer dog i en snitflade, der ikke altid er helt klar.

Dette sås allerede i Klagenævnets kendelse *16. marts 2017 Holbech Lys mod DSB*, hvor klagen angik manglende overholdelse af en kontrakt tildelt to år tidligere. Klagenævnet afviste at behandle klagen, da Klagenævnets kompetence kun omfattede "*udbudsretlige spørgsmål og ikke kontraktretlige spørgsmål, herunder om der er sket misligholdelse af en indgået kontrakt.*"¹⁹⁷

Klagenævnets begrundelse for afvisningen af klagen virker bagvendt, da den kontraktretlige vurdering netop er nødvendig for at vurdere, om levering af ydelserne under kontrakten er sket i strid med de udbudsretlige regler.¹⁹⁸

Klagenævnet henviste i kendelsen til dets kompetence. Som nævnt i indledningen til specialet så har Klagenævnet for Udbud som udgangspunkt ikke kompetence til at afgøre kontraktretlige spørgsmål, jf. Klagenævnslovens § 1 stk. 2 og 3, jf. §10 stk. 1. Dette udgangspunkt fraviges dog som nævnt i indledningen i det omfang, at en vurdering af kontraktretlige spørgsmål er en forudsætning for at kunne foretage en udbudsretlig vurdering.

I kendelsen af *16. marts 2017 Holbech Lys mod DSB* angik sagen spørgsmålet om, hvorvidt de leverede produkterne levede op til specifikationerne i kontrakten. Denne kontraktretlige vurdering var netop en forudsætning for at kunne afgøre den udbudsretlige problemstilling. Det kontraktretlige spørgsmål var derfor omfattet af Klagenævnets kompetence. Det er ikke klart i kendelsen, hvorfor Klagenævnet mente, at det ikke havde kompetence til at afgøre sagen.¹⁹⁹

Klagenævnets begrænsede kompetence angående kontraktretlige spørgsmål bruges ofte som et argument for, at et forhold ikke er omfattet af udbudsretten. I kendelsen *19. august 2020 EG mod Egedal Kommune* søgte ordregiver at argumentere for, at spørgsmålet om prisændringer efter kontraktindgåelsen alene var et spørgsmål om overholdelse af kontrakter indgået mellem en myndighed og en virksomhed – og at dette lå uden for Klagenævnets kompetence.²⁰⁰ Klagenævnet kommenterede ikke på dette i sin kendelse.

¹⁹⁷ KfU kendelse af 16. marts 2017, *Holbech Lys mod DSB* s. 2. Fabricius er kritisk af kendelsen, jf. Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s.772.

¹⁹⁸ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 772: Fabricius skriver, at kendelsen forekommer forkert, men resultatet kan skyldes klagerens formulering af påstandene.

¹⁹⁹ Jf. også kritikken i Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 772 nævnt i forudgående note.

²⁰⁰ KfU kendelse 19. august 2020 EG mod Egedal Kommune, s.27. Ordregiver henviser til Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, nr. 1, og KfU kendelse 16. april 2020, Tunstall A/S mod FUT.

I DKK Plastics-kendelsen gjorde ordregiver også gældende, at forholdet lå uden for Klagenævnets kompetence. Klagenævnet forholdt sig ikke specifikt til spørgsmålet om kompetence, men redegjorde for forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten.

Dette sammenspil mellem udbudsret og kontraktret ses i afgørelserne gennemgået i afsnit 7, hvor dette især var centralt i Atea-kendelserne nr. 1 og nr. 2 og i DKK Plastics-kendelsen.

Disse afgørelser viste også, at sammenspillet fører til spørgsmål om, hvordan forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten skal håndteres, når udbudsretten rækker ind i det "obligationsretlige råderum".²⁰¹ Dette råderum indskrænkes jo netop af udbudsrettens regler om ændring af igangværende kontrakter, da disse regler begrænser kontraktens parterers mulighed for at gøre brug af de beføjelser, som følger af enten kontrakten selv eller obligationsretten, hvis der er tale om misligholdelse.

Udbudsrettens indtrængen på kontraktrettens område risikerer dermed at resultere i større usikkerhed, fordi udbudsrettens ufleksible bestemmelser tilsidesætter det retsforhold, der er fastlagt i kontrakten mellem parterne og i kontraktrettens regler og principper.²⁰² En af hensigterne med de nye regler var ellers at skabe større retssikkerhed.²⁰³

I Atea-kendelsen nr. 1, hvor tvisten angik den korrekte forståelse af omstridte mindstekrav, fremhævede ordregiver også, at en ordregiver ikke kan håndhæve et mindstekrav, der er uklart formuleret. Ordregiver påpegede, at det er ordregiver, der bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet og henviste til Klagenævnets egen kendelse af *15. februar 2018 Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune*.²⁰⁴ Det samme følger dog også af contra proferentem-princippet uden for en udbudsretlig kontekst.

Udtalelsen fra ordregiveren i Atea-kendelsen nr. 1 peger på den potentielle konflikt mellem udbudsret og kontraktret, hvor en ordregiver ikke kan håndhæve en uklar kontraktbestemmelse over for leverandøren, men hvor den manglende håndhævelse kan blive anset udbudsretligt for at være en accept af en ændring af kontrakten. I Atea-kendelsen nr. 1 blev denne situation løst ved, at Klagenævnet fandt, at ordregiver ikke havde frafaldet mindstekravet.

Forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten var også centralt i den efterfølgende Atea-kendelse nr. 2. I denne sag gjorde ordregiver gældende, at det ville være i strid med et rimeligt hensyn til leverandøren, hvis Atea A/S påstand om at manglende overholdelse af et kontraktkrav straks medfører, at en ordregiver anses for at have frafaldet kravet.²⁰⁵ Det rimelige hensyn, som en kontraktpart skal udvise over for den anden part, udspringer af den almindelige loyalitetsgrundsætning.

I Atea-kendelsen nr. 2 argumenterede ordregiver også for at både "*ordregivere og leverandører har behov for et almindeligt obligationsretligt råderum til at konstatere og varsle misligholdelse, før der skal skrides til ophævelse*."²⁰⁶ Dette argument er netop udtryk for, at hvis udbudsretten rækker for langt ind i kontraktretten og dikterer parternes beføjelser, så bliver konsekvensen, at kontraktens egne bestemmelser og/eller obligationsretlige principper bliver tilsidesat. Ordregiver ønskede derimod at

²⁰¹ Jf. Region Hovedstaden i Klagenævnets kendelse af 20. juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 17.

²⁰² Jf. også Maria Edith Gausdal i Hamer, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, s.546

²⁰³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15

²⁰⁴ KfU kendelse 8. februar 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet s. 15

²⁰⁵ KfU kendelse 20.juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet, s. 17

²⁰⁶ KfU kendelse 20.juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet, s. 17

den manglende overholdelse skulle vurderes i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler – og altså ikke efter Udbudsloven. Klagenævnet forholdt sig ikke til denne problemstilling i kendelsen.

Forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten var også centralt i DKK Plastics-kendelsen. I denne kendelse påpegede ordregiveren, at det ikke er usædvanligt, at der opstår problemer ved opstart af nye kontrakter, men ordregiver som kontraktpart var nærmest til at vurdere hvilke misligholdelsesbeføjelser, der skulle anvendes.²⁰⁷

Ordregiver fortsatte derefter: *”Såfremt klagenævnet havde kompetence til at forholde sig til kontraktlige spørgsmål, herunder spørgsmål om, hvorvidt en kontrakt var misligholdt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser ordregiver skal gøre gældende som følge af sådan misligholdelse, ville dette indebære, at klagenævnet de facto skulle forholde sig til spørgsmål, som mellem kontraktens parter er henlagt til afgørelse ved voldgift. Klagenævnet skulle i så fald også forholde sig til sådanne spørgsmål uden at inddrage den ene af kontraktens parter, i dette tilfælde Damifo.”*²⁰⁸

Ordregiver gjorde derfor gældende, at det forhold, at en kontrakt i en midlertidig periode ikke opfyldes, er et kontraktretligt spørgsmål og ikke et udbudsretligt spørgsmål. Iflg. ordregiver lå det uden for Klagenævnets kompetence at vurdere, hvorvidt kontrakten var misligholdt, og om ordregiver derfor var forpligtet til at ophæve kontrakten.²⁰⁹

I DKK Plastics-kendelsen søgte Klagenævnet at redegøre nærmere for forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten. Klagenævnet bekræftede, at udbudsretten ikke regulerer parternes retsstilling angående kontraktlige spørgsmål herunder spørgsmål om misligholdelsesbeføjelser. Klagenævnet fastslog, at disse spørgsmål reguleres dels af de almindelige obligationsretlige regler og dels af kontrakten selv.²¹⁰ Klagenævnets standpunkt og formulering svarer til det, som Klagenævnet udtalte i dennes behandling af Finn Frogne sagen.²¹¹

Klagenævnet fortsatte med at redegøre for, hvornår de udbudsretlige regler om, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning finder anvendelse, hvilket bl.a. omfatter regler om kontrakter ændret i strid med udbudsreglerne. Klagenævnet konkluderede herefter: *”Reglerne ændrer ikke i øvrigt på balancen mellem udbudsretten og de øvrige retsområder, som regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål.”*²¹²

Klagenævnets redegørelse for forholdet mellem de to retsområder synes at forudsætte, at de to retsområder kan eksistere uafhængigt af hinanden i klart afgrænsede juridiske kasser. Redegørelsen tager ikke højde for, at en vurdering af, hvorvidt en kontrakt er ændret i strid Udbudslovens § 178, forudsætter en stillingtagen til kontraktlige spørgsmål.

Som Klagenævnet udtaler i sin kendelse, så er formålet ikke at regulere parternes retsstilling angående kontraktretlige spørgsmål. Formålet med denne stillingtagen er derimod at vurdere, om parterne har handlet i strid med Udbudslovens § 178. Formålet er derfor regulering af parternes retsstilling angående udbudsretlige regler, men indbygget i denne regulering er en kontraktlig vurdering.

²⁰⁷ KfU kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s.12

²⁰⁸ KfU kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s.12

²⁰⁹ KfU kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s.12 -13

²¹⁰ KfU kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s.14

²¹¹ KfU kendelse 3. november 2011 Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, s. 19

²¹² KfU kendelse 1. februar 2023 DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S, s.14

Klagenævnets sondring mellem på den ene side regulering af udbudsretlige forhold og på den anden side regulering af parternes kontraktretlige forhold har også en teoretisk tone. For kontraktens parter er der næppe den store praktiske forskel på en ophævelse af kontrakten, og at kontrakten bliver erklæret uden virkning af Klagenævnet bortset fra tilføjelsen af en eventuel økonomisk sanktion.²¹³

Klagenævnets afgrænsning adresserer derfor ikke de problemstillinger, som ordregiver fremhævede i DKK Plastics-kendelsen. Da spørgsmålet for Klagenævnet netop var, hvorvidt kontrakten var blevet ændret i strid med udbudsreglerne ved, at ordregiver accepterede en ikke kontraktmæssig ydelse, krævede det netop, at Klagenævnet skulle forholde sig til, hvorvidt kontrakten var misligholdt. Som påpeget af ordregiver så ville resultatet blive, at misligholdelsesvurderingen ville blive foretaget uden, at kontraktens modpart blev inddraget.

Klagenævnets afgrænsning i DKK Plastics-kendelsen adresserer heller ikke ordregivers argument, at kontraktparten er nærmest til at vurdere hvilke misligholdelsesbeføjelser, der skal anvendes. Dette var også ordregivers argument i Atea-kendelsen nr. 2 om størrelsen på det obligationsretlige råderum. Hvis Klagenævnet havde fundet, at der var tale om en ændring i DKK Plastics-kendelsen og Atea-kendelsen nr. 2, ville afgrænsningen og balancen mellem de to retsområder, som fastslået af Klagenævnet i DKK Plastics-kendelsen, ikke have forhindret Klagenævnet i at erklære kontrakten uden virkning. Som nævnt ovenfor så ville effekten heraf mellem kontraktens parter have været meget lig en misligholdelsesbeføjelse som ophævelse.

Udbudsretten har hermed bevæget sig langt ind på kontraktrettens område. Som påpeget af ordregiver i Atea-kendelsen nr. 2 så har både ordregiver og leverandør behov for et obligationsretligt råderum til at konstatere og varsle misligholdelse, før der skrides til ophævelse.²¹⁴

Disse obligationsretlige skridt findes ikke i de udbudsretlige regler. I disse obligationsretlige skridt ligger det også, at ophævelse er en ret, som tilkommer en kontraktpart, men en kontraktpart er ikke i en obligationsretlig kontekst forpligtet til at ophæve en kontrakt.

De obligationsretlige skridt, at konstatere misligholdelse og varsle ophævelse, udspringer af den almindelige loyalitetspligt.²¹⁵ Ordregiveren i Atea-kendelsen nr. 2 gjorde som nævnt også dette gældende ved at påpege, at det ville være i strid med et rimeligt hensyn til leverandøren, hvis manglende overholdelse af et kontraktkrav straks medførte, at kravet skulle anses for frafaldet. Den udbudsretlige indtrængen på kontraktrettens område risikerer at sætte loyalitetsgrundsætningen ud af kraft, fordi de udbudsretlige bestemmelser varetager hensynet til den part eller parter, som ikke vandt tilbuddet eller ikke får muligheden for at byde på en ny kontrakt.²¹⁶ Hensynet i udbudsretten er derfor vendt mod en anden part end i kontraktretten.

Snitfladen mellem udbudsretten og kontraktretten er derfor spændingsfyldt, fordi de to retsområder varetager forskellige hensyn. Dertil kommer også, at kontraktretten – herunder aftaleret og obligationsret – kun i meget begrænset omfang er harmoniseret i EU. Når udbudsretten rækker ind i et retsområde, der ikke er harmoniseret, så risikerer man, at udfaldet bliver forskelligt i EU's medlemslande.²¹⁷ Denne risiko bliver ikke mindre af, at det ikke-harmoniserede retsområde er

²¹³ Jf. også Maria Edith Gausdal i Hamer, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, s.554 og Andersen, *Aftaler og Mellemmænd*, s. 270

²¹⁴ KfU kendelse 20.juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet, s. 17

²¹⁵ Munk-Hansen, *Fast Ejendom I – Overdragelsen*, s. 337

²¹⁶ Jf. også Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 36 – 41 og s. 634

²¹⁷ Jf. også Maria Edith Gausdal i Hamer, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, s.550.

kontraktretten, hvor der ofte er tale om regler, der er skabt i retspraksis og derfor i højere grad forankrede i nationale retstraditioner, sådan som det er tilfældet inden for dansk ret.²¹⁸

I Finn Frogne C-549/14 argumenterede ordregiver også for EU-domstolen, at hvis udbudsretten fandtes at kunne forhindre et forlig mellem parterne, så ville dette udgøre et indgreb i obligationsretten i strid med traktaterne.²¹⁹ Dette synspunkt blev dog ikke specifikt adresseret af EU-domstolen.

EU-domstolens fokus er derimod at sikre fri og effektiv konkurrence for alle potentielle leverandører. Dette formål varetages i Udbudslovens § 178 ved at begrænse mulighederne for kontraktens parter at foretage vidtgående ændringer, som reelt udgør en ny kontrakt, og derved omgå udbudsrettens regler.²²⁰ Dette var EU-domstolens pointe i Pressetext C-454/06.²²¹

Dette formål, at forhindre omgåelse af udbudsretten, blev også fremhævet af Østre Landsret i Finn Frogne sagen, hvor Østre Landsret konkluderede, at der var intet grundlag for at antage, at parterne havde søgt at omgå udbudsreglerne.²²²

Formålet med Udbudslovens § 178 stk. 1 og 2 skal dog balancere med nødvendigheden af at give kontraktens parter et obligationsretligt råderum. Spørgsmålet er, om den gældende retsstilling er udtryk for den rette balance.

Med dommen i Finn Frogne C-549/14 slog EU-domstolen som nævnt fast, at der skal foretages en objektiv vurdering af ændringer af kontrakter, og at parternes hensigt og vilje ikke skal tillægges afgørende betydning.²²³ Dette betød også, at spørgsmålet om hvorvidt parterne havde søgt at omgå Udbudslovens bestemmelser ikke skulle tillægges betydning. EU-domstolen valgte dermed en anden tilgang end den fastlagt af Østre Landsret i samme sag, og det var en tilgang, som betød, at balancen blev forskubbet til fordel for udbudsretten.

Inden EU-domstolens dom i Finn Frogne C-549/14 havde Rigspolitiet i et notat dateret 16. februar 2015 informeret Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg om afgivelse af indlæg i sagen. Heri skrev Rigspolitiet, at danske ordregivende myndigheder har en væsentlig interesse i at kunne indgå forligsaftaler, uden at dette udløser en ny udbudspligt navnlig i forbindelse *”med store og meget komplekse it-anskaffelser, hvor risikoen for hævebegrundende misligholdelse erfaringsmæssigt er betydelig.”*²²⁴

PDC-kendelsen gennemgik i afsnit 7 angik netop en stort og kompleks IT-anskaffelse, hvor ordregiver tilkendegav, at denne gerne ville undgå at skulle ophæve aftalen. PDC-kendelsen er derfor et godt eksempel på de udbudsretlige og obligationsretlige problemstillinger, der opstår, når en sådan anskaffelse løber ind i alvorlige problemer.

I PDC-kendelsen fremstod ændringerne i kontrakten ud fra sagens oplysninger som egnede til at have kunnet påvirke konkurrence og dermed udgøre ændringer af grundlæggende elementer. Klagenævnet

²¹⁸ Jf. også Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 316

²¹⁹ Para. 23, C-549/14 Finn Frogne.

²²⁰ Jf. også Hamer, *Udbudsret*, s. 698 og s. 700

²²¹ Para. 34, Pressetext C-454/06

²²² Para. 18, C-549/14 Finn Frogne.

²²³ Hamer, *Udbudsret*, s. 699

²²⁴ Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg, s.3. Jf. også Anders Christensen og Leah Elkan i Treumer, *Udbudsretten*, s. 332.

havde i Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen afsagt umiddelbart før PDC-kendelsen lagt klagers oplysninger til grund for konklusionen, at ændringen var egnet til at påvirke konkurrencen.

I PDC-kendelsen havde kontraktens parter og samfundet dog et fælles ønske om, at en IT-udviklingsopgave ikke skulle opgives efter et langt og dyrt forløb, hvilket ville blive resultatet, hvis ændringer fandtes at være i strid med udbudsretten. Klagenævnet tog et tolerant syn på ændringerne af kontrakten i PDC-kendelsen ved ikke at lægge klagers økonomiske oplysninger til grund for vurderingen af, hvorvidt der var tale om en ændring af grundlæggende elementer - i modsætning til Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen som redegjort for i afsnit 7.

Klagenævnets tolerante syn på ændringen i PDC-kendelsen kan muligvis være motiveret af et ønske om at undgå at skulle erklære kontrakten for uden virkning og i stedet lade parterne håndtere forholdet i en obligationsretlig kontekst. Klagenævnets tilbageholdenhed med at konstatere, at et kontraktvilkår er blevet ændret ved fx at acceptere en implementeringsperiode som set i DKK Plastics-kendelsen og Atea-kendelsen nr. 2 kan ligeledes anses for en måde, hvorpå et obligationsretligt råderum kan fastholdes for kontraktens parter.

Endelig kan det faktum, at Klagenævnet lægger vægt på årsagen til den foretagne ændring, også være en måde, hvorpå udbudsretten ikke indskrænker det obligationsretlige råderum i for høj grad. Som nævnt i afsnit 7 så henviste Klagenævnet i PDC-kendelsen til, at ordregiver og leverandør havde redegjort for årsagerne til, at projektet var blevet forsinket.

Ved at inddrage årsagen og parternes hensigt i vurderingen af ændringen kan Udbudslovens bestemmelser i § 178 i højere grad begrænses til at finde anvendelse, når ændringen er udtryk for et forsøg på at omgå udbudsretten. Dette ville være i overensstemmelse med det egentlige formål med indførelsen af udbudslovens bestemmelser om ændring af igangværende kontrakter, og samtidig ville en sådan fremgangsmåde ikke påvirke parternes obligatoriske råderum på en uhensigtsmæssig måde.

Afgørelserne gennemgået i afsnit 7 – med undtagelse af Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen – kan derfor siges at vise et øjebliksbillede af en tendens til tilbageholdenhed i Klagenævnets håndtering af Udbudsrettens § 178. Klagenævnets tilbageholdenhed er mest fremtrædende i Atea-kendelsen nr. 2 og DKK Plastics-kendelsen, hvor der blev givet ordregiver og leverandør en tidsperiode til at sikre, at kontraktens vilkår blev opfyldt.

Muligheden for en sådan implementeringsperiode kan ikke udledes af Udbudsloven eller Udbudsdirektivet. Klagenævnet henviser heller ikke til praksis fra EU-domstolen som begrundelse for, at det er muligt at give kontraktens parter en periode til at sikre, at ydelsen er i overensstemmelse med kontraktens vilkår.

Den daværende professor Steen Treumer skrev i 2019 om et paradigmeskifte i Klagenævnets praksis, hvorved ordregivere blev indrømmet et større skøn og øget fleksibilitet. Treumer stillede dengang spørgsmålstegn ved, om paradigmeskiftet var gået for vidt, og om diverse fortolkninger var blevet så fleksible, at de stred imod EU's udbudsregler.²²⁵ Det spørgsmål er fortsat relevant.

Klagenævnets tilbageholdenhed skaber dog et større obligationsretligt råderum, hvilket er hensigtsmæssigt for kontraktens parter. I de gennemgåede kendelser formår Klagenævnet dog ikke klart at redegøre for, hvor stort dette obligationsretlige råderum er, selvom dette er en problemstilling, der

²²⁵ Treumer, Udbudsretten, s 26 – 27. Kommentaren angik Klagenævnets praksis generelt og ikke kun kendelser angående Udbudslovens §178.

betones af ordregiverne. En sådan usikkerhed skaber ikke den retssikkerhed, som var en af hensigterne med indførelsen af de nye regler i Udbudsdirektivet.²²⁶

Ud fra den praksis gennemgået i specialet er denne problemstilling – forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten - derfor ikke på nuværende tidspunkt tilstrækkeligt afklaret.

9. Konklusion

Som redegjort for i specialet blev bestemmelserne om ændringer af igangværende kontrakter indført med artikel 72 i det nuværende Udbudsdirektiv 2014/24/EU. Med indførelsen af bestemmelserne kom kontraktretten og udbudsretten på kollisionskurs.

Kursen var dog allerede fastlagt af EU-domstolen. Som redegjort for i specialets afsnit 4 så havde EU-domstolen inden vedtagelsen af Udbudsdirektivet 2014/24/EU afsagt en række domme, som begrænsede mulighederne for at ændre i igangværende kontrakter med hjemmel i udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

I afsnit 5 redegjorde specialet for, hvorledes denne retspraksis fra EU-domstolen blev kodificeret med Udbudsdirektivet 2014/24/EU, og hvad hensigten med kodificeringen var. I betragtning 109 i Udbudsdirektivet blev det således fremhævet, at ordregiver kan komme ud for eksterne uforudsigelige omstændigheder, og at i dette tilfælde er det nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet.²²⁷ I forarbejderne blev ønsket om øget retssikkerhed også fremhævet.²²⁸

Specialets afsnit 6 gennemgik implementering af Udbudsdirektivets artikel 72 i Udbudsloven med inddragelse af forarbejderne hertil og praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Specialets afsnit 7 analyserede udvalgte kendelser fra Klagenævnet fra perioden 2020 til 2023. Analysens formål var at identificere, hvilke forhold Klagenævnet tillagde vægt i vurderingen af, hvorvidt en ændring af en kontrakt stred imod Udbudslovens § 178. Opsamlingen i afsnit 7.6 viste, at Klagenævnets fremgangsmåde er todelt med først en vurdering af, hvorvidt et forhold udgør en ændring, og dernæst en vurdering af, hvorvidt der er tale om en ændring af et grundlæggende element.

Analysen konkluderede, at Klagenævnet både vil foretage en indholdsmæssig og en tidsmæssig vurdering, når den skal afgøre, om der er foretaget en ændring. Atea-kendelsen nr. 2 og DKK Plastics-kendelsen viste, at Klagenævnet under visse omstændigheder vil tillade, at et kontraktvilkår ikke opfyldes i en periode, uden at dette udgør en ændring. En sådan ikke-aftalt implementeringsperiode er en ny udvikling.

Specialet redegjorde også for, hvilke faktorer vil være udslagsgivende for, om Klagenævnet konkluderer, at der er tale om en ændring af grundlæggende elementer. Specialet fremhævede, at Klagenævnet i PDC-kendelsen havde henvist til, at ordregiver havde redegjort for årsagerne til den forsinkelse, der

²²⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15 og Hamer, *Udbudsret*, s. 700

²²⁷ Betragtning 109, Udbudsdirektivet

²²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, s. 15

havde nødvendiggjort ændringen. Inddragelsen af årsagerne til ændringen i vurderingen heraf er ikke i overensstemmelse med den objektive vurdering, som EU-domstolen anvendte i Finn Frogne C-549/14.

Ikke overraskende var konklusionen dog, at eventuelle økonomiske konsekvenser af ændringen for tilbudsgivere bliver tillagt afgørende betydning. Klagenævnets praksis i vurderingen heraf viste sig ikke at være konsekvent. Klagenævnets fremgangsmåde i henholdsvis PDC-kendelsen og Alsvogn-kendelsen/ Øens Taxa-kendelsen viste forskel i vurderingen af økonomiske oplysninger ift., hvornår et forhold kan siges at udgøre et grundlæggende element.

Specialets afsnit 8 redegjorde for de problemstillinger, der opstår, når udbudsretten og kontraktretten mødes, og hvordan Klagenævnet for Udbud har håndteret disse problemstillinger.

Med henvisning til praksis gennemgået i specialets afsnit 7 blev der argumenteret for, at Klagenævnet i disse kendelser havde vist en tilbageholdenhed i anvendelsen af Udbudslovens § 178 med undtagelse af Alsvogn-kendelsen og Øens Taxa-kendelsen. Specialet argumenterede for, at denne tilbageholdenhed kunne ses som et forsøg på at lade balancen mellem udbudsretten og kontraktretten i højere grad falde ud til kontraktrettens fordel. Afsnittet konkluderede dog, at denne problemstilling ikke på nuværende tidspunkt er tilstrækkeligt afklaret.

Afsnittets gennemgang viste, at ordregivers fleksibilitet blev begrænset, hvis udbudsretten i for høj grad regulerer det kontraktretlige forhold. Konsekvensen heraf er, at det "obligationsretlige råderum" bliver for snævert for kontraktens parter. Den fleksibilitet og pragmatiske tilgang, der kendetegner obligationsretten, erstattes i stedet af udbudsrettens detaljestyret og normative procedurer.²²⁹ Indførelsen af bestemmelserne har derfor ikke ført til øget fleksibilitet for ordregiver i det omfang, at ændringerne ikke er omfattet af undtagelserne i §§ 179 - 184.

Dette resultat strider mod hensigten med indførelsen af bestemmelserne. Udbudslovsudvalget fremhævede i dets rapport behovet for fleksibilitet.²³⁰

En anden hensigt med de nye bestemmelser var som nævnt at skabe større retssikkerhed. Som påpeget i specialets afsnit 8 så betyder den manglende klarhed i forholdet mellem udbudsret og kontraktret, at de nye bestemmelser i et vist omfang har skabt større usikkerhed. Set i forhold til denne problemstilling har bestemmelserne derfor endnu ikke ført til øget retssikkerhed.

Forholdet mellem kontraktretten og udbudsretten bliver ikke mindre interessant af, at problemstillingen er grundlæggende i udbudsretten. Det primære formål med udbudsretten – etablering af et indre marked for offentlige kontrakter baseret på effektiv konkurrence – bliver således opfyldt ved at begrænse aftaleretten og offentlige myndigheders skøn under udbudsprocessen.²³¹

Opfyldelse af dette formål skal dog samtidig afvejes med hensynet til ordregivers fleksibilitet.²³²

Denne afvejning risikerer at mislykkes, hvis udbudsretten begynder at regulere selve kontraktforholdet efter aftaleindgåelsen og dermed ikke blot begrænser aftaleretten men også obligationsretten. Risikoen kan føre til større usikkerhed og samfundsspild, hvis kontrakter og investeringer skal opgives efter

²²⁹ Jf. også Maria Edith Gausdal i Hamer, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, s.546 og Andersen, *Aftaler og Mellemmænd*, s. 428.

²³⁰ Udbudslovsudvalgets rapport s. 792

²³¹ Poulsen, EU Udbudsretten, s. 42 og Maria Edith Gausdal i Hamer, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, s.546

²³² Poulsen, *EU Udbudsretten*, s. 45

længere forløb. Et sådant resultat ville stride mod målsætningen om at opnå den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, jf. Udbudslovens § 1.

10. Abstract

The subject of this thesis is article 72, paragraphs 4 and 5 of *Directive 2014/24/EU on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC* (hereafter “Directive 2014/24/EU”). These paragraphs were introduced by Directive 2014/24/EU as new additions to public procurement rules aiming to limit the scope for contracting authorities to modify a contract substantially during its term. The paragraphs are the result of the codification of principles established by the European Court of Justice in key procurement cases. This caselaw is briefly introduced in part 4 of the thesis and article 72, paragraphs 4 and 5 of Directive 2014/24/EU are outlined in part 5 of the thesis.

The main focus of the thesis is, however, the Danish implementation of article 72, paragraphs 4 and 5 in paragraph 178 of the Danish procurement act known as “Udbudsloven” (hereafter “Udbudsloven”). Part 6 examines the way these provisions have been implemented in Udbudsloven and the way they have been applied in practice by the Danish Complaints Board for Public Procurement (hereafter “the Complaints Board”). The focus of the study is to identify which elements will lead to a modification of a contract being considered substantial within the meaning of paragraph 178 of Udbudsloven.

Part 7 is the main part of the thesis. In this part, five decisions by the Complaints Board are analysed. The decisions are from the period 2020 – 2023 and concern the scope within which contracting authorities may modify a contract during its term. The purpose of the analysis is to establish what elements will lead to a modification being considered substantial in the opinion of the Complaints Board.

The analysis draws a number of conclusions. Firstly, the decisions show that the Complaints Board is cautious in finding that a circumstance is a modification of contractual wording. If the dispute concerns the meaning of the disputed wording, the Complaints Board will not consider the understanding assumed by the contract partners as a modification of the wording if this understanding can be supported by the wording of the contract. In two of the decisions analysed in the thesis, the Complaints Board also allowed the contract partners a period of time to bring the performance of the contract into line with the contract wording.

Regarding the assessment of whether a modification of contract is substantial, the analysis showed that the Complaints Board will consider the character of the term and how central the term is to the contract performance. The most important factor was, not surprisingly, the potential economic consequences of the term. The approach of the Complaints Board when considering information from the parties on this point was, however, not consistent. The analysis also showed that the Complaints Board in one decision referred to the underlying reasons for the modification in question, even though the European Court of Justice has stated that the modification shall be considered from an objective point of view.

Part 8 of the thesis sets out the conflict between procurement law and contract law, when paragraph 178 in Udbudsloven is applied. The thesis discusses the consequences of this conflict and how it is handled in the decisions analysed in part 7. The conclusion is that the approach of the Complaints Board in these cases seems to show a willingness to let the parties to the contract resolve the issues

within the framework of the contract itself. The overall consequence of the insertion of procurement rules into the sphere of contract law is, however, legal uncertainty.

Litteraturliste

Direktiver

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 af 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

Love

Udbudsloven Lov 2015-12-15 nr. 1564. Senest ændret ved lov nr. 884 af 21. juni 2022

Lov om Klagenævnet for Udbud, Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 senest ændret ved lov nr. 736 af 13. juni 2023

Direktiv- og lovforberedende arbejde

LFF 2015-10-07 nr. 19 Forslag til Udbudsloven

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 8: Sound procedures, Dokument nr. 11266/12, 14 June 2012

European Commission: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement, 2011/0438 (COD), 20 December 2011.

Danske domme og kendelser

- Højesterets kendelse afsagt den 27. november 2014 (sag 2/2014) i *A A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*
- Østre Landsrets dom af 20. december 2013, B-2587-12
- Sag BS-14560/2021-SVE afsagt af Svendborg Byret 12. maj 2022

Retspraksis fra EU-domstolen

- C -14/83 Colson
- C-454/06 Presstetext
- C-91/08 Wall
- C-549/14 Finn Frogne

Klagenævn for Udbud kendelser

- **20. august 2015** *Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S mod Billund Kommune*
- **16. marts 2017** *Holbech Lys mod DSB*
- **27. juni 2017** *CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed*
- **februar 2018** *ABB A/S mod Trafikselskabet Movia*
- **15. februar 2018** *Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune*
- **4. oktober 2019** *VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S*
- **13. marts 2020** *B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland*
- **16. april 2020** *Tunstall A/S og Tunstall Health mod Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland, TeleCare Nord og TeleKOL Landsdel Sjælland*
- **19. maj 2020** *Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik*
- **23. juni 2020** *PDC A/S mod Region Hovedstaden*
- **19. august 2020** *EG mod Egedal Kommune*
- **27. oktober 2020** *Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik*
- **20. maj 2021** *Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune*
- **8. februar 2022** *Atea A/S mod Udenrigsministeriet; Intervenient: TPA Solutions ApS*
- **20. juni 2022** *Atea A/S mod Udenrigsministeriet; Intervenient: TPA Solutions ApS*
- **august 2023** *S.A.S. SAF HELICOPTERS mod Region Midtjylland Region Nordjylland Region Syddanmark Region Sjælland Region Hovedstaden*
- **februar 2023** *DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S*
- **30. november 2023** *Assemble A/S mod Hørsholm Kommune.*
- **10. januar 2024** *Powercare A/S mod Region Hovedstaden*

Bøger

Andersen, Lennart Lyng m.fl.: *Aftaler og Mellemmænd*, 7. udgave, 2017, Karnov Group.

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

Hamer, Carina Risvig: *Udbudsret*, 2. udgave, 2021, Djøf Forlag

Hamer, Carina Risvig m.fl.: *Into the Nothern Light – in memory of Steen Treumer*, 2022, Ex Tuto.

Munk-Hansen, Carsten, *Fast Ejendom I – Overdragelsen*, 3. udgave, 2023, Djøf Forlag

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 2018, Djøf Forlag.

Poulsen, Sune Troels m.fl.: *EU Udbudsretten*, 4. udgave, 2022, Djøf Forlag.

Treumer, Steen (red.): *Udbudsretten*, 2019, Ex Tuto Publishing A/S

Ølykke, Grith Skovgaard m.fl.: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 3. udgave, 2022, Djøf Forlag

Diverse

Rigspolitiet, *Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg*, 16. februar 2015, EUU Alm.del Bilag 330.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *Udbudsloven. Vejledning om udbudsreglerne*, 2016