

UDBUDSLOVEN



Steen Treumer (red.)

UDBUDSLOVEN

Claus Berg, Erik Bertelsen, Tina Braad, Jens Bødtscher-Hansen, Daniel Batistoti Cesar, Andreas Christensen, Jesper Fabricius, Morten Qvist Fog, Agnete Gersing, Carina Risvig Hamer, Rasmus Holm Hansen, Lotte Hummelshøj, Torkil Hog, Andreas Estrup Ippolito, Peter Dann Jørgensen, Morten Kroon, Thomas Larsen, Anders Birkelund Nielsen, Rasmus Horskjær Nielsen, Ruth Nielsen, René Offeresen, Jeppe Lefevre Olsen, Anja Piening, Jens Munk Plum, Sune Troels Poulsen, Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, H.P. Rosenmeier, Signe Schmidt, Michael Steinicke, Martin Stæhr, Kirsten Thorup, Steen Treumer, Christina D. Tværnø og Grith Skovgaard Ølykke



ExTuto

Steen Treumer (red.)

Udbudsloven

Claus Berg
Erik Bertelsen
Tina Braad
Jens Bødtcher-Hansen
Daniel Batistoti Cesar
Andreas Christensen
Jesper Fabricius
Morten Qvist Fog
Agnete Gersing
Carina Risvig Hamer
Rasmus Holm Hansen
Lotte Hummelshøj
Torkil Høg
Andreas Estrup Ippolito
Peter Dann Jørgensen
Morten Kroon
Thomas Larsen
Anders Birkelund Nielsen
Rasmus Horskjær Nielsen
Ruth Nielsen
René Offersen
Jeppe Lefevre Olsen
Anja Piening
Jens Munk Plum
Sune Troels Poulsen
Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel
H.P. Rosenmeier
Signe Schmidt
Michael Steinicke
Martin Stæhr
Kirsten Thorup
Steen Treumer
Christina D. Tvarnø
Grith Skovgaard Ølykke

Ex Tuto
Publishing
www.extuto.com

Steen Treumer (red.), Claus Berg, Erik Bertelsen, Tina Braad, Jens Bødtcher-Hansen, Daniel Batistoti Cesar, Andreas Christensen, Jesper Fabricius, Morten Qvist Fog, Agnete Gersing, Carina Risvig Hamer, Rasmus Holm Hansen, Lotte Hummelshøj, Torkil Høg, Andreas Estrup Ippolito, Peter Dann Jørgensen, Morten Kroon, Thomas Larsen, Anders Birkelund Nielsen, Rasmus Horskjær Nielsen, Ruth Nielsen, René Offersen, Jeppe Lefevre Olsen, Anja Piening, Jens Munk Plum, Sune Troels Poulsen, Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, H.P. Rosenmeier, Signe Schmidt, Michael Steinicke, Martin Stæhr, Kirsten Thorup, Christina D. Tvarnø og Grith Skovgaard Ølykke

Udbudsloven

1. udgave, 1. oplag

Ex Tuto Publishing A/S, København, januar 2016

Layout og sats: MERE.INFO A/S, København

Tryk: Narayana Press, Gylling

Printed in Denmark 2016

ISBN 978-87-92598-41-7

© 2016 forfatterne og redaktøren

Indholdsoversigt

Indholdsfortegnelse	9
Forord	21
DEL I – INDLEDENDE KAPITLER	23
1. Udbudsloven – ud af boksen og ind i gråzonen?	25
<i>Professor, ph.d. Steen Treumer, Københavns Universitet</i>	
2. Bedre rammer for offentlig konkurrence	47
<i>Departementschef Agnete Gersing, Uddannelses- og Forskningsministeriet & kontorchef Signe Schmidt, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen</i>	
3. Udbudslovsudvalgets arbejde	59
<i>Partner, advokat Jesper Fabricius, Accura Advokatpartnerselskab</i>	
DEL II – UDVALGTE EMNER	93
4. In-house og samarbejdsaftaler	95
<i>Specialkonsulent Rasmus Horskjær Nielsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen</i>	
5. Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter	121
<i>Partner, advokat Andreas Christensen, Horten & cand.jur. Martin Stæhr, Udbudsjura.dk</i>	
6. Innovationspartnerskaber	143
<i>Professor, ph.d. Christina D. Tvarnø, Copenhagen Business School</i>	
7. Udbud med forhandling efter udbudsloven	173
<i>Partner, cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen & partner, advokat Thomas Larsen, Bird & Bird</i>	

8. Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	201
<i>Partner, advokat Jens Bødtcher-Hansen & partner, advokat Rasmus Holm Hansen, Kammeradvokaten</i>	
9. Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning	247
<i>Lektor, ph.d. Grith Skovgaard Ølykke, Copenhagen Business School & chefkonsulent Morten Qvist Fog, Dansk Industri</i>	
10. Udvalgelse	303
<i>Professor, dr. jur. Ruth Nielsen, Copenhagen Business School</i>	
11. Livscyklusomkostninger	331
<i>Partner, advokat Morten Kroon & juniorpartner, advokat Andreas Estrup Ippolito, Kammeradvokaten</i>	
12. Pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden – hvad nu?	369
<i>Partner, advokat Tina Braad & partner, advokat Anders Birkelund Nielsen, Bech-Bruun</i>	
13. Rammaftaler under den nye udbudslov	397
<i>Partner, cand.jur. Anja Piening, Nørgaard Piening advokater</i>	
14. Ændring af kontrakt	421
<i>Partner, advokat Andreas Christensen & advokatfuldmægtig Daniel Batistoti Cesar, Horten</i>	
15. Miljø- og sociale hensyn ved offentlige anskaffelser	449
<i>Partner, advokat, ph.d. Sune Troels Poulsen, Andersen Partners</i>	
16. Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-regimet)	481
<i>Lektor, ph.d. Carina Risvig Hamer, Syddansk Universitet</i>	
DEL III – TVÆRGÅENDE TEMAER	519
17. Udbudsloven og udbudsdirektivet	521
<i>Professor, ph.d. Michael Steinicke, Aarhus Universitet</i>	
18. EU-Domstolens betydning for udbudsloven	551
<i>H.P. Rosenmeier</i>	

19. Udbudsloven og forholdet til praksis – nogle refleksioner	573
<i>Partner, advokat Jens Munk Plum, partner, advokat Jeppe Lefevre Olsen & partner, advokat Erik Bertelsen, Kromann Reumert</i>	
20. Udbudsloven og byggeriet	607
<i>Partner, advokat Claus Berg, Bech-Bruun</i>	
21. Udbudsretlige overvejelser på it-området	641
<i>Partner, advokat René Offersen, LETT</i>	
DEL IV – HÅNDHÆVELSE	667
22. Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud	669
<i>Landsdommer Kirsten Thorup, næstformand i Klagenævnet for Udbud</i>	
23. Ordregivers opsigelse af kontrakt	691
<i>Partner, advokat Lotte Hummelshøj, Nielsen Nørager</i>	
24. Udbudsloven og håndhævelsessystemet	711
<i>Partner, advokat Torkil Høg & advokatfuldmægtig Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, LETT</i>	
Stikordsregister	733

Kapitel 14

Ændring af kontrakt

Partner, advokat Andreas Christensen & advokatfuldmægtig Daniel Batistoti Cesar, Horten

14.1. Indledning

Retningslinjerne for, hvornår og under hvilke vilkår en udbudt kontrakt kan ændres i løbet af dens løbetid, har hidtil ikke været reguleret direkte i udbudsreglerne,¹ men er blevet fastlagt gennem retspraksis.²

Med artikel 72 i udbudsdirektivet³ introduceres en udtrykkelig regulering af kontraktændringer. Det har været ønsket med udbudsdirektivet at præcisere vilkårene for, hvornår ændringer af en kontrakt medfører fornyet udbudspligt under hensyntagen til EU-Domstolens relevante praksis.⁴ Fra dansk side har man også anset implementeringen af udbudsdirektivet som

1 Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter: det tidligere udbudsdirektiv). Det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 2, litra b, og nr. 4, litra a, indeholder imidlertid regler om adgangen til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i forbindelse med køb af supplerende varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, som ikke var omfattet af den oprindelige kontrakt.

2 Særligt Domstolens domme i sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, (herefter: Presstext) og C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main m.fl., har været vigtige.

3 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter: udbudsdirektivet).

4 Betragtning 107 i udbudsdirektivet.

en oplagt anledning til at skabe øget klarhed om muligheden for at ændre en udbudt kontrakt.⁵

Bestemmelserne om kontraktændringer i udbudsloven⁶ er omformuleret i forhold til udbudsdirektivets artikel 72. Formålet hermed har – i henhold til lovbemærkningerne – været at tilpasse bestemmelserne til dansk lovtradition – ikke at ændre artikel 72's indhold.⁷ Som nærmere uddybet i afsnit 14.3 er det vores vurdering, at udbudslovens bestemmelser om ændring af kontrakt ikke fuldt ud er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 72.

Denne artikel vil indledningsvist beskrive de nye bestemmelser om kontraktændringer i henholdsvis udbudsdirektivet og udbudsloven (afsnit 14.2). Med udgangspunkt i disse bestemmelser er der udvalgt to – tilsyneladende uafklarede – problemstillinger: ændringer i kølvandet på en leverandørs konkurs (afsnit 14.3) samt ændringer på baggrund af uforudsete behov (afsnit 14.4).

Det skal dog understreges, at de problemstillinger, der behandles i denne artikel, langt fra er de eneste uafklarede udfordringer, som leverandører og ordregivere må forventes at blive mødt af i relation til udbudslovens og udbudsdirektivets bestemmelser om kontraktændringer. Eksempelvis er det tvivlsomt, i hvilket omfang der kan gennemføres ændringer i forlængelse af misligholdelse, i hvilken udstrækning ændringsreglerne gælder for rammeaftaler, rækkevidden af bagatelgrænsens nettoværdiprincip samt betydningen af, at et konkursbo indtræder, når der sker overdragelse i forbindelse med konkurs.

5 Bemærkningerne til udbudslovforslaget (almindelige bemærkninger), kapitel 1 (Indledning). Her fremhæves reglerne om kontraktændringer som et af de områder, hvor den nye danske udbudslov skaber øget klarhed.

6 Udbudslovens §§ 178-184.

7 Bemærkningerne til udbudslovforslaget (almindelige bemærkninger), kapitel 4.7 (Ændring af kontrakter i deres løbetid).

14.2. Reguleringen af kontraktændringer

14.2.1. Udbudsdirektivet

14.2.1.1. Artikel 72's opbygning

Udbudsdirektivets artikel 72 om kontraktændringer er bygget op således, at hovedreglen fremgår af bestemmelsens stk. 5. I medfør af denne hovedregel kan ændringer, der ikke fremgår af artikel 72, stk. 1 og 2, kun gennemføres efter et nyt udbud, idet sådanne ændringer anses som indgåelse af en ny udbudspligtig kontrakt.

I medfør af artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a-e, er det muligt at foretage ændringer i en række konkrete situationer. Det vil være muligt at foretage ændringer, i) der følger af en ændringsklausul, ii) ved køb af supplerende ydelser, iii) der er affødt af uforudsete omstændigheder, iv) ved særlige former for leverandørskifte, og v) der er uvæsentlige.

Udbudsdirektivets tilgang til kontraktændringer adskiller sig fra, hvordan kontraktændringer hidtil har været behandlet. Før udbudsdirektivet har man set på, hvorvidt en ændring var væsentlig ved vurderingen af, om der skulle afholdes et fornyet udbud. Nu vil den afgørende sondring være, om ændringen er tilladelig eller ej. Omfattes en ændring af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1 eller 2, er den tilladelig og kan gennemføres uden fornyet udbud. Andre ændringer er ikke tilladelige og kan i medfør af direktivets ordlyd kun gennemføres gennem afholdelsen af et fornyet udbud.

For en god ordens skyld bemærkes det, at selvom tilgangen til kontraktændringer i udbudsdirektivet er anderledes end den, der følger Domstolens praksis, har ønsket med udbudsdirektivet været at præcisere – og ikke ændre – vilkårene for ændringer af kontrakt under hensyntagen til EU-Domstolens relevante praksis.⁸

14.2.1.2. Tilladelige ændringer

I det følgende gennemgås de ændringer, der i medfør af udbudsdirektivets artikel 72 er tilladelige uden genudbud. Disse ændringer er alle nævnt i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1 og 2.

8 Betragtning 107 i udbudsdirektivet.

Det er muligt at foretage ændringer, der følger af en *ændringsklausul*, såfremt de ønskede ændringerne er beskrevet klart, præcist og entydigt i ændringsklausulen.⁹ Ændringer i medfør af en ændringsklausul må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.¹⁰

Ændringer af en kontrakt i form af *supplerende anskaffelser* fra den oprindelige leverandør kan foretages, hvis anskaffelserne er blevet nødvendige, og en ændring af den oprindelige leverandør i) ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager, og ii) et leverandørskifte forårsager betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger.¹¹

Herudover vil det også være tilladt at foretage ændringer af en kontrakt, hvis de har baggrund i omstændigheder, der er *uforudsigelige* for en påpasselig ordregiver.¹²

Hverken ændringer affødt af et uforudsigeligt behov eller supplerende anskaffelser må overstige 50 % af den oprindelige kontrakts værdi eller berøre kontraktens overordnede karakter.¹³ Foretages flere af de nævnte ændringer successivt, gælder beløbsgrænsen for hver enkelt ændring, forudsat at de successive ændringer ikke har til formål at omgå udbudsreglerne.¹⁴ Herudover vil der være krav om, at de omtalte ændringer offentliggøres i en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.¹⁵

Endvidere tillader udbudsdirektivet *leverandørskifte* i særlige tilfælde. En leverandør kan udskiftes i medfør af en ændringsklausul, i tilfælde af en universel eller delvis efterfølgelse af en anden leverandør efter en omstrukturering, eller hvis ordregiveren selv påtager sig leverandørens forpligtelser.¹⁶ En ændringsklausul, der giver adgang til leverandørskifte, skal leve op til de generelle krav, der gælder for ændringsklausuler, som er beskrevet ovenfor. Udskiftes leverandøren som led i en universel eller delvis efterfølgelse af en anden leverandør efter en omstrukturering, herunder i form af overtager, fusioner, erhvervelser eller insolvens, skal den nye leverandør opfylde de

9 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a.

10 Ibid.

11 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra b.

12 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c.

13 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra b og c.

14 Ibid.

15 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 2. afsnit.

16 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra d.

oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse, leverandørskiftet må ikke medføre andre væsentlige ændringer af den oprindelige kontrakt, og leverandørskiftet må ikke have til formål at omgå udbudsreglerne.

Endvidere er *uvæsentlige* ændringer tilladt.¹⁷ Hvad der forstås ved *uvæsentlige* ændringer, følger modsætningsvist af artikel 72, stk. 4, hvor væsentlige ændringer er defineret.

Udbudsdirektivs artikel 72, stk. 4, både kodificerer og præciserer det hidtidige væsentlighedsbegreb, som det oprindeligt blev fastlagt i den ledende dom om kontraktændringer, *Pressetext-sagen*.¹⁸ Det følger af bestemmelsen, at en ændring er væsentlig, hvis den bevirker, at "kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt". Det svarer stort set til den formulering, som Domstolen brugte i *Pressetext-sagen*, hvor Domstolen udtalte:

"[...] ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, [udgør] indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale [...]"¹⁹

Det er en præcisering af retstilstanden, at der konkret angives fire tilfælde, der alle er at betragte som en væsentlig ændring af kontrakt.

Der er tale om tilfælde, hvor:

- a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
- c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde

17 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra e.

18 Pressetext.

19 Pressetext, præmis 34.

- d) en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1, litra d.

De tre første svarer til de situationer, der var beskrevet i Pressetext,²⁰ bortset fra en tilføjelse i forhold til den første situation. Det angives her, at en ændring, der ville have tiltrukket yderligere deltagere, ligeledes er at betragte som væsentlig. Det sidste tilfælde, hvor ændringen automatisk anses som væsentlig, omhandler leverandørskifte.

Udbudsdirektivet introducerer også en bagatelgrænse for ændringer af eksisterende kontrakter. Er værdien af en ændring under a) tærskelværdierne og b) 10 % af den oprindelige kontrakts værdi for tjenesteydelses- samt vareindkøbskontrakter og 15 % for bygge- og anlægskontrakter, vil ændringen være tilladelig, uden hensyn til om ændringen ellers er at betragte som væsentlig. Imidlertid kan en ændring under bagatelgrænsen ikke tillades uden genudbud, hvis ændringen betyder, at kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter ændres ved ændringen.²¹ Ved successive ændringer beregnes værdien for ændringerne samlet.²²

Samlet set bidrager udbudsdirektivets artikel 72 til at skabe en øget klarhed over retstilstanden omkring ændringer. Det er særligt beslutningen om konkret at angive en række situationer, hvor ændringer kan tillades uden fornyet udbud, og tilfælde, hvor ændringer kun kan gennemføres i forbindelse med et nyt udbud. Svagheden ved udbudsdirektivets artikel 72 er, at bestemmelsen udtømmende angiver, hvilke væsentlige ændringer der er tilladelige. Herved synes muligheden for at gennemføre væsentlige ændringer i tilknytning til misligholdelse udelukket.²³ En sådan kategorisk afvisning af muligheden for at foretage væsentlige ændringer i tilknytning til mislig-

20 Se Pressetext, præmis 35-37. Det drejer sig om 1) ændringer, som, hvis de var fremgået af den oprindelige udbudsprocedure, havde muliggjort i) deltagelse i udbuddet fra andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne eller ii) accept af et andet bud end det ellers antagne, 2) ændringer der i betydeligt omfang udvider kontrakten til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat i kontrakten, og 3) ændringer der ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for den valgte tilbudsgiver.

21 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, 2. afsnit, 1. pkt.

22 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt.

holdelse samt øvrige væsentlige ændringer, der ikke er nævnt i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1 og 2, syntes uheldig²⁴ og ikke i tråd med formålet om at skabe en klar retstilstand på området.

14.2.2. Udbudsloven

Udbudsdirektivets artikel 72 om kontraktændringer er blevet omformuleret i udbudsloven, så den stemmer bedre overens med dansk lovtradition, men bestemmelsens indhold er ikke tiltænkt ændret.²⁵ Udbudslovsudvalget overvejede, hvorvidt mulighederne for at foretage kontraktændringer skulle begrænses i forhold til udbudsdirektivet. Det blev dog besluttet at implementere udbudsdirektivets fulde fleksibilitet i relation til kontraktændringer.²⁶ Herudover skal der gøres opmærksom på, at udbudslovens regler om ændringer i kontrakter gælder for kontrakter, der er indgået i henhold til tidligere udbudsregler.²⁷

Det er værd at bemærke, at udbudsloven ikke opererer med begrebet “væsentlig ændring”, som anvendes i udbudsdirektivet. I stedet bruges

23 I Østre Landsrets dom af 20. december 2013 i sag nr. B-2587-12, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet v/Center for Beredskabskommunikation tidl. SINE-Sekretariatet) udtalte Østre Landsret, at der kunne foretages selv væsentlige ændringer i forlængelse af misligholdelse, hvis dette skete som et alternativ til ophævelse. Dette under forudsætning af, at ændringerne ikke skete med henblik på omgåelse af udbudsreglerne, og at der var nær sammenhæng mellem den oprindelige kontrakt og den fortsættende kontrakt. Sagen verserer aktuelt ved Højesteret. Højesteret besluttede ved sin kendelse af 27. november 2014 at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen i sagen. EU-Domstolen behandler p.t. sagen under sagsnummer C-549/14.

24 S. Treumer, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive*, P.P.L.R., 2014, side 148-149 og S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3. udgave, 2014, side 602 anfører, at artikel 72, stk. 5, hvorefter kun ændringer, der følger af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1 og 2, kan gennemføres uden fornyet udbud, ikke skal forstås bogstaveligt. Treumer anfører, at der er tale om “a statement of principle”, og at bestemmelsen på trods af ordlyden må indeholde undtagelser, f.eks. i relation til ændringer, der har til formål at udbedre misligholdelse.

25 Bemærkningerne til udbudslovforslaget (almindelige bemærkninger), kapitel 4.7 (Ændring af kontrakter i deres løbetid).

26 Ibid.

27 Udbudslovens § 196, stk. 3.

begrebet “ændring af grundlæggende elementer”. Dette bunder i et ønske om at ensarte terminologien omkring ændringer af henholdsvis kontrakter og udbudsmateriale.²⁸ Der er imidlertid ikke tiltænkt nogen realitetsændring i forståelsen af begrebet “væsentlig ændring”. For at undgå forvirring anvendes begrebet “væsentlig ændring” om de steder, hvor udbudsloven anvender “ændring af grundlæggende elementer”, da det er det begreb, der anvendes i retspraksis og i udbudsdirektivet.

Beslutningen om at omformulere udbudsdirektivets artikel 72 om kontraktændringer i udbudsloven betyder, at udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer er centreret om en anden hovedregel. Hovedreglen i udbudsloven er, at en væsentlig ændring anses som indgåelse af en ny udbudspligtig kontrakt, som skal gennemføres ved afholdelse af en ny udbudsprocedure.²⁹

I beskrivelsen af, hvad der forstås ved en væsentlig ændring, gentages udbudsdirektivets ordlyd stort set. Således angives de fire samme situationer som i udbudsdirektivet, der betragtes som væsentlige ændringer. Der er kort beskrevet tale om situationer, hvor a) der indføres betingelser, som ville have givet i) adgang for andre ansøgere, ii) mulighed for at acceptere et andet tilbud og iii) tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, b) den økonomiske balance ændres til leverandørens fordel, c) der sker en betydelig udvidelse af kontrakten eller rammeaftalen, eller d) der gennemføres et leverandørskifte. Endvidere vil der som i udbudsdirektivet være tale om en væsentlig ændring, hvis ændringen bevirker, at “kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt”.³⁰

En markant afvigelse fra udbudsdirektivet er imidlertid, at det efterfølgende hedder, at “Medmindre andet følger af §§ 179-183 anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer [væsentligt ændring]”.³¹ Herved må forstås, at ændringer, der følger af §§ 179-183, ikke betragtes som væsentlige, hvilket da også bekræftes i lovbemærkningerne, hvoraf følger: “Ændring af en kontrakt vil dog under alle omstændigheder

28 Se note 25.

29 Udbudslovens § 178, stk. 1.

30 Udbudslovens § 178, stk. 2.

31 Ibid.

ikke være at anse som en ændring af grundlæggende elementer, hvis den kan henføres til en af undtagelsesbestemmelserne i §§ 179-183”.³²

Efter §§ 179-183 kan der foretages ændringer, i) der følger af en ændringsklausul, ii) der er bagatelmæssige, iii) ved køb af supplerende ydelser, iv) ved særlige former for leverandørskifte og v) der er affødt af uforudsete omstændigheder. Der er således tale om ændringer, der i medfør af *udbudsdirektivet* er tilladelige uden genudbud, hvis de opfylder nogle nærmere betingelser. Imidlertid følger det ikke af udbudsdirektivet, at disse ændringer nødvendigvis er uvæsentlige. Om en ændring betragtes som væsentlig, afhænger efter udbudsdirektivet alene af, om ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt.

Et relevant spørgsmål er, om det betyder noget, at ændringer efter udbudslovens §§ 179-183 betragtes som uvæsentlige i udbudsloven, men ikke i udbudsdirektivet. Konsekvensen af denne begrebsforskel vil blive behandlet mere dybdegående i afsnit 14.3.

Bortset fra ovennævnte bemærkninger følger udbudslovens bestemmelser om ændring af kontrakter udbudsdirektivets bestemmelser herom.

14.3. Ændringer i kølvandet på en leverandørs konkurs

14.3.1. Problemer med direktivkonformiteten

Når en leverandør, der har vundet en kontrakt ved EU-udbud, går konkurs, opstår spørgsmålet, hvorvidt pågældende kontrakt kan overdrages til en ny leverandør, og hvilke vilkår overdragelsen skal ske på.

Der har hidtil været gjort mange argumenter gældende til støtte for, at leverandørskifte ved en eksisterende leverandørs konkurs var muligt efter gældende ret.³³ Der synes dog at have været enighed i litteraturen³⁴ om at følge den linje, der har været lagt til grund ved de administrative tjeneste-

32 Se lovbemærkningerne til udbudslovens § 178.

33 Se S. Treumer, *Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency*, P.P.L.R., 2014, side 22-27, hvor forfatteren gennemgår argumenter for og imod at tillade overdragelse af en kontrakt i tilfælde af en leverandørs konkurs.

grene i Europa-Kommissionen. Den praksis tillod, at en konkursramt leverandør kunne udskiftes med en ny leverandør, såfremt i) de oprindelige kontraktvilkår forblev uændrede eller i det væsentlige uændrede, og vilkårene ikke blev genforhandlet, ii) den nye leverandør levede op til de oprindelige kvalifikationskrav, og iii) der ikke var tegn på omgåelse af udbudsreglerne.³⁵

Udbudsdirektivet har tilsyneladende kodificeret den myndighedspraksis, der har været anvendt ved de administrative tjenestegrene i Europa-Kommissionen.³⁶ Det følger nu eksplicit af udbudsdirektivet³⁷ og udbudsloven,³⁸ at der kan ske leverandørskifte i forbindelse med en eksisterende leverandørs konkurs, såfremt de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og leverandørskiftet ikke medfører andre væsentlige ændringer og ikke har til formål at omgå udbudsloven.

Der kan ikke herske tvivl om, at en klar regulering af muligheden for at gennemføre leverandørskifte ved en leverandørs konkurs uden fornyet udbud har været efterspurgt. Alle problemerne er dog ikke løst ved, at der indføres en eksplicit regulering af muligheden for at overdrage en kontrakt ved en eksisterende leverandørs konkurs. Det skyldes, at det i det praktiske liv også vil være afgørende, hvilke vilkår en kontrakt bliver overdraget på. Det følger af ordlyden i udbudsloven og udbudsdirektivet, at leverandørskiftet ikke må medføre “andre væsentlige ændringer af kontrakten”, hvilket

34 Se S. Treumer, *Overdragelse af kontrakter omfattet af EU's udbudsregler efter konkurs*, Ugeskrift for Retsvæsen.B., Vol. 147, nr. 46, 2013, side 413. Ligeledes S.T. Poulsen, S. Kalsmose-Hjelmberg og P. S. Jakobsen, *EU-Udbudsretten*, 2. udgave, 2011, side 234, C. Berg, *Udbudsret i byggeriet*, 2012, side 848, K. Hartlev og M.W. Liljenbøl, *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, P.P.L.R., 2013, side 65-66, der dog alle anfører, at der foreligger usikkerhed omkring retstilstanden.

35 Se S. Treumer, *Overdragelse af kontrakter omfattet af EU's udbudsregler efter konkurs*, Ugeskrift for Retsvæsen.B., Vol. 147, nr. 46, 2013, side 411, hvor Europa-Kommissionens myndighedspraksis er beskrevet.

36 S. Treumer, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive*, P.P.L.R., 2014, side 153.

37 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra d.

38 Udbudslovens § 182.

ikke umiddelbart giver parterne meget råderum til at gennemføre justeringer af den oprindelige kontrakt.

En sådan retstilstand ville da ej heller være noget problem, hvis man i kølvandet på en leverandørs konkurs kunne erstatte denne af en anden leverandør, der videreførte kontrakten på eksisterende vilkår. Problemet er imidlertid, at virkeligheden ser anderledes ud, særligt når det drejer sig om langvarige og/eller komplicerede kontrakter.

Det er let at forestille sig mange tilfælde, hvor det ikke vil kunne lade sig gøre at finde en virksomhed, der vil acceptere at indtræde i den konkursramte leverandørs sted, hvis der kun er mulighed for at foretage uvæsentlige ændringer i den oprindeligt indgåede kontrakt. Det vil simpelthen ikke kunne betale sig rent kommercielt.

Eksempelvis vil parterne ofte have et ønske om en forlængelse af den oprindelige tidsfrist, hvilket som klart udgangspunkt er en væsentlig ændring³⁹ og derfor ikke kan tillades uden fornyet udbud.⁴⁰

Ud over tidsfristen er der andre forhold, der i mange tilfælde som en naturlig forudsætning for en overdragelse skal genforhandles, hvis ønsket om at overdrage en kontrakt i kølvandet på en leverandørs konkurs ikke skal være illusorisk.

Disse praktiske problemstillinger lader den danske lovgiver imidlertid til at have taget hånd om gennem sin opfattelse af, hvad der udgør væsentlige ændringer. Som tidligere beskrevet er den danske lovgiver af den opfattelse, at ændringer foretaget i medfør af udbudslovens § 180 (bagatelmæssige ændringer), § 181 (supplerende leverancer), § 182 (særlige former for leverandørskifte) og § 183 (uforudsigelige ændringer) altid er uvæsentlige. Det må således være muligt i forbindelse med udskiftning af en konkursramt leverandør at foretage andre ændringer, hvis de kan henføres til udbudslovens §§ 180, 181 eller 183. Der kan således argumenteres for, at en fristforlængelse kan tillades i medfør af § 183 om uforudsigelige omstændigheder. Dette fordi konkursen er en uforudsigelig omstændighed, der nødvendiggør en ændring i form af fristforlængelse.

39 Se Klagensævnets kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden og S. Treumer, *Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency*, P.P.L.R., 2014, side 30.

40 Se mere uddybende herom nedenfor i afsnit 14.3.2.

Spørgsmålet er, hvorvidt den danske lovgivers opfattelse af mulighederne for samtidig med et leverandørskifte af en konkursramt leverandør at gennemføre andre ændringer stemmer overens med, hvad der følger af udbudsdirektivet.

I udbudsdirektivet er ændringer, der følger af udbudslovens §§ 179-183, tilladelige, men ikke nødvendigvis uvæsentlige. Således vil der ikke være mulighed for sideløbende med et leverandørskifte af en konkursramt leverandør at foretage ændringer i medfør af udbudslovens §§ 179-183, såfremt de er væsentlige som defineret i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 4.

For et modsatrettet synspunkt kan det anføres, at en ændring foretaget samtidigt med udskiftning af en konkursramt leverandør isoleret set godt kan omfattes og tillades efter en anden bestemmelse i udbudsdirektivet. Der kan således argumenteres for, at en fristforlængelse kan tillades i medfør af undtagelsen om uforudsigelige omstændigheder i udbudsdirektivet.⁴¹ Dette fordi konkursen er en uforudsigelig omstændighed, der nødvendiggør en ændring i form af fristforlængelse. Problemet ved et sådan synspunkt er, at man ignorerer, at konkurssituationen er særskilt reguleret i en anden bestemmelse. En *lex specialis*-betragtning medfører derfor, at ændringer foretaget samtidig med udskiftning af en konkursramt leverandør kun kan tillades, hvis de er uvæsentlige. Dette vil de ikke nødvendigvis være, selvom de er tilladelige efter udbudsdirektivets § 72, stk. 1 og 2.

Et andet argument imod den danske lovgivers fortolkning er, at artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra e, der tillader uvæsentlige ændringer, ville være ulogisk. Hvis ændringerne i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a-d, der implementeres ved udbudslovens § 179-183, altid skulle betragtes som uvæsentlige, burde bestemmelsen have været formuleret på anden vis. Det havde givet bedre mening at nævne, at uvæsentlige ændringer er tilladt, og herefter angive de ændringer, der er tilladt i medfør af artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a-d, som eksempler herpå. En sådan systematik ville også have fulgt den lovteknik, der er anvendt i artikel 72, stk. 4. Her defineres en væsentlig ændring først, hvorefter der gives eksempler på væsentlige ændringer.

Yderligere et argument imod den danske lovgivers fortolkning er, at den ville stride imod den foreliggende myndighedspraksis fra de administrative tje-

41 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c.

nestegrene i Europa-Kommissionen, som er søgt gennemført i udbudsdirektivet.⁴² Her er én af betingelserne for, at en konkursramt leverandør kan udskiftes med en ny leverandør, at de oprindelige kontraktvilkår er uændrede eller i det væsentlige uændrede, og at vilkårene ikke bliver genforhandlet.

Det vurderes under hensyn til ovenstående, at den danske lovgivers fortolkning om, at der samtidig med et leverandørskifte i medfør af udbudslovens § 182 altid kan gennemføres ændringer, der følger af udbudslovens §§ 179, 180, 181 og 183, er i strid med udbudsdirektivet.

14.3.2. Tilladelig fristforlængelse

I tilfælde af en leverandørs konkurs er det ud over muligheden for at gennemføre et leverandørskifte ikke muligt at gennemføre andre væsentlige ændringer.

Ordregiver og en ny leverandør vil som beskrevet ovenfor have behov for at justere den oprindelige kontrakt. Spørgsmålet er, hvilke ændringer der konkret kan tillades, før pligten til fornyet udbud indtræder. En tilbunds-gående analyse heraf falder uden for rammerne af denne artikel. I stedet fokuseres alene på forlængelse af den oprindelige tidsfrist, da det vil være en nærmest uundgåelig følge af, at en konkursramt leverandør erstattes med en ny leverandør.

Da forlængelse af tidsfristen sædvanligvis betragtes som en væsentlig ændring, undersøges det, om der i konkurssituationen foreligger sådanne særlige omstændigheder, at en forlængelse af den oprindelige tidsfrist alligevel kan tillades.

Der kan af noget praksis og litteratur udledes en vis støtte for, at fristforlængelse i forbindelse med konkurs kan betragtes som en uvæsentlig ændring – i udbudsdirektivets forstand – og derved tillades uden pligt til genudbud.

Eksempelvis argumenterer Berg⁴³ for, at en tidsfristforlængelse muligvis ikke medfører pligt til genudbud *i en byggesag*, hvis ordregivers afslag på en tidsfristforlængelse fører til leverandørens økonomiske sammenbrud som

42 S. Treumer, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive*, P.P.L.R., 2014, side 153.

43 C. Berg, *Udbudsret i byggeriet*, 2012, side 844.

følge af de økonomiske belastninger i form af dagbøder og erstatningskrav, den manglende overholdelse af tidsfristen påfører leverandøren.

Bergs rationale synes at være, at man kan betragte en fristforlængelse som uvæsentlig, hvis en ordregivers afvisning af fristforlængelsen fører til leverandørens økonomiske sammenbrud. Essensen i argumentet er derfor, at værdispildsbetragtninger kan føre til en lempet væsentlighedsbedømmelse i relation til ændringer af tidsplanen.

Hvis en virksomhed overvejer at indtræde i en konkursramt leverandørs sted, vil virksomheden ønske at ændre tidsplanen, idet konkursen betyder, at kontrakten står stille, indtil en ny leverandør indtræder. Får virksomheden ikke lov til at ændre tidsplanen, er konsekvensen, at virksomheden enten må opfylde kontraktens forpligtelser på kortere tid end den oprindelige leverandør eller afvise at indtræde i projektet. Skulle virksomheden vælge at fuldføre kontrakten i henhold til den oprindelige tidsplan og dermed have mindre tid end den oprindelige leverandør til at fuldføre det samme arbejde, vil virksomheden kræve at blive yderligere kompenseret for den bedre service.⁴⁴ Hvis virksomheden afviser at indtræde på grund af den manglende mulighed for at ændre tidsplanen, vil ordregiver være nødsaget til at genudbyde kontrakten med et betydeligt værdispild til følge i nogle former for kontrakter. Her tænkes eksempelvis på kontrakter inden for bygge- og anlægsområdet eller it-området. Her vil et genudbud forsinke processen betragteligt samt medføre risiko for, at viden opnået i forbindelse med den hidtidige kontrakt går tabt.⁴⁵ Omvendt vil et genudbud formentlig ikke resultere i et stort værdispild i kontrakter, hvor mere generiske ydelser eller genstande leveres. Bergs argument må derfor kunne anvendes på kontrakter på bygge- og anlægsområdet samt it-området, da en lempelig væsentlighedsbetragtning i relation til ændring af tidsplanen her vil betyde et undgået værdispild.

44 Det antages, at en ny leverandør vil kræve at blive kompenseret for en hurtigere (relativt set) service, idet den nye leverandør ikke må kunne forventes at levere det, som den konkursramte leverandør lovede, hurtigere uden yderligere kompensation herfor. Kunne den nye leverandør det, er det svært at se, hvorfor leverandøren ikke vandt det oprindelige bud. Omend denne antagelse ikke altid vil holde vand, må det dog tænkes at gøre det i langt hovedparten af tilfældene.

45 S.T. Poulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law*, P.P.L.R., 2012, side 171.

Mod anvendelsen af Bergs argument må det nævnes, at værdispildsbetragtninger ikke har afgørende betydning i udbudsretten⁴⁶ på samme måde som principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, der er vigtige udbudsretlige principper. Dette skyldes, at udbudsreglerne kendetegnes ved at bygge på en antagelse om, at overholdelse af reglerne generelt sikrer ordregiveren den ønskede ydelse til den bedste pris og kvalitet.⁴⁷ At man undgår værdispild, kan være en afledet konsekvens af udbudsreglerne, men er ikke et forhold, der tillægges afgørende betydning ved fortolkning af EU's udbudsregler.⁴⁸ Det er derfor svært at se, at Domstolen vil prioritere hensynet til værdispild højere end enten ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet i spørgsmålet om genudbud ved kontraktændringer, når en ændring strider mod enten ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet.⁴⁹

Et andet argument til støtte for at betragte en ændring af tidsplanen som uvæsentlig er, at ændringen ikke indeholder en forbedring af leverandørens position. Forudsætningen for dette argument er, at den nye leverandør ikke opnår en faktisk bedre position end den oprindelige leverandør. Dette vil være tilfældet, hvis fristforlængelsen kun svarer til den forsinkelse, som udskiftning af den oprindelige leverandør medfører.⁵⁰ Dette vil være tidspunktet fra konkursdekretets afsigelse til udskiftningen af den konkursramte leverandør. I sådan et tilfælde må kontrakten stadig antages at være den

46 Se for en modsat holdning Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Kontraktændringer*, 2014, side 23, hvor styrelsen anfører, at der ved vurderingen af muligheden for at foretage ændringer i en kontrakt overdraget ved den oprindelige leverandørs konkurs kan tages hensyn til overvejelser om samfundsmæssigt spild ved genudbud.

47 S. Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 2000, side 25.

48 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3. udgave, 2014, side 171-173.

49 S. Treumer, *Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency*, P.P.L.R. 2014, side 26, der anfører, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er langt vigtigere end værdispildsbetragtninger i udbudsretten, hvorfor hensynet til værdispildsbetragtninger typisk ikke kan begrunde en indskrænkende fortolkning af de grundlæggende udbudsretlige principper.

50 Se S. Treumer, *Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency*, P.P.L.R., 2014, side 30, for et lignende synspunkt.

bedste, da den ydelse, som den nye leverandør leverer, er lige så god som den ydelse, som den konkursramte leverandør var forpligtet til at levere. Herved er hensynene bag pligten til genudbud ved ændring af kontrakt sikret.

Hensynet til ligebehandling af andre virksomheder, der kunne have været interesserede i kontrakten, er iagttaget. Dette skyldes, at der stadig leveres en ydelse til den standard, der var tilstrækkelig til at vinde det oprindelige udbud. Antagelsen er derfor, at andre virksomheder ikke kan levere samme standard, ellers havde de vundet det oprindelige udbud. Derudover kan ændringen ikke opfattes som udtryk for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.⁵¹ Dette binder i, at ændringen knytter sig til et objektivi, konstaterbart forhold: tidspunktet fra konkursdekretets afsigelse til overdragelsen af kontrakten. Der sker derfor ingen genforhandling, der kan underminere ligebehandlingen.

Ændringens omfang kan på forhånd konstateres klart og objektivi, hvorfor princippet om gennemsigtigheds er iagttaget.

Herved er begge de principper, som Pressetext-doktrinen søger at varetage – ligebehandling og gennemsigtigheds – sikret.

Det vurderes således, at værdispildsbetragtninger alene næppe kan føre til, at fristforlængelse i forbindelse med konkurs kan betragtes som en uvæsentlig ændring. Derimod ses der at være overbevisende grunde til at betragte en fristforlængelse som en uvæsentlig ændring og derfor en tilladelig ændring, i det tilfælde ændringen ikke indeholder en forbedring af leverandørens position i forhold til den oprindelige leverandør.

14.4. Ændringer på baggrund af uforudsete behov

14.4.1. Indledning

Udbudslovens § 183 tillader ændringer, der er affødt af – for en påpasselig ordregiver – uforudsigelige omstændigheder, når kontraktens overordnede

51 Det fremgår af Pressetext, præmis 34, at ændringer er væsentlige, såfremt: “[...] de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer” (vores fremhævning). Denne praksis er som beskrevet ovenfor blevet kodificeret i udbudsdirektivet og udbudsloven.

karakter ikke ændres, og værdien af ændringen ikke overstiger 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Foretages flere af de nævnte ændringer successivt, gælder beløbsgrænsen for hver enkelt ændring, forudsat at de successive ændringer ikke har til formål at omgå udbudsreglerne.⁵² Herudover vil der være krav om, at de omtalte ændringer offentliggøres i en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.⁵³

Udbudslovens § 183 implementerer udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c. Bestemmelsen i udbudsdirektivet er inspireret af det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 4, litra a, om adgangen til udbud med forhandling i forbindelse med supplerende køb af arbejder eller tjenesteydelser i bygge- og anlægskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter.⁵⁴ En af betingelserne for at anvende artikel 31, nr. 4, litra a, er, at det supplerende køb er en nødvendig følge af uforudsete forhold. Udbudsdirektivets bestemmelse har til forskel fra det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 4, litra a, et langt større anvendelsesområde. Dette ses ved, at det ikke kun gælder ved supplerende anskaffelser i særlige kontrakter, men ved alle ændringer som følge af uforudsete forhold, såfremt bestemmelsens øvrige betingelser er opfyldt. Herudover vil ændringer i medfør af de nye udbudsregler kunne foretages efter lempeligere vilkår.⁵⁵

Udbudslovens § 183 er således en nyskabelse og åbner op for, at der kan gennemføres en række ganske betydelige ændringer under vilkår, der synes lempeligere end tidligere.⁵⁶ Det må forventes, at bestemmelsen vil få stor praktisk betydning.⁵⁷

Afgørende for udbudslovens § 183's anvendelighed vil dog i høj grad afhænge af, hvordan kravet om uforudsigelighed tolkes.

52 Dette følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 183.

53 Udbudslovens § 184, stk. 2.

54 Se S. Treumer, "Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive" i F. Lichère, R. Caranta og S. Treumer (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, 2014, side 293, samt Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning af december 2014, side 788.

55 Det nuværende krav om, at de supplerende køb må være teknisk eller økonomisk uadskillelige eller absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse af kontrakten, erstattes af et krav om, at ændringen ikke berører kontraktens overordnede karakter.

56 Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning af december 2014, side 788.

57 Ibid.

14.4.2. Uforudsigelighed efter de tidligere regler

Det er oplagt at se på, hvordan begrebet uforudsigelighed hidtil har været fortolket i relation til det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 4, litra a, og kontraktændringer mere generelt. Dette skyldes, at udbudslovens § 183's bagvedliggende bestemmelse i udbudsdirektivet er inspireret af det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 4, litra a, og at udbudsdirektivets bestemmelser om ændringer af kontrakt blev indført med det formål at kodificere og præcisere EU-Domstolens retspraksis i relation til kontraktændringer.⁵⁸

Tilsvarende er praksis omkring det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 1, litra c, relevant for fortolkningen, da bestemmelsen på samme vis som det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 4, litra a, er en undtagelsesbestemmelse, som er knyttet op på et krav om uforudsigelighed.

14.4.2.1. Lovgivning

I Pressetext-sagen blev der foretaget prisændringer i forhold til den oprindelige aftale som følge af overgangen fra schilling til euro i Østrig. De foretagne omregninger betød henholdsvis ingen ændring af prisernes reelle værdi eller en nedsættelse af prisernes reelle værdi.⁵⁹

I forhold til omregningen noterede Domstolen, at ændringer som de omhandlede ikke var væsentlige, “[...] men blot [...] en tilpasning af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder [...]”⁶⁰ forudsat at der skete en op- eller nedrunding af euro-beløbene i overensstemmelse med gældende retsforskrifter. Skete op- eller nedrundingen ikke efter gældende retsforskrifter, var omregningen stadig en uvæsentlig ændring, hvis tilpasningen af den reelle pris var ubetydelig og kunne forklares objektivt.⁶¹

De foretagne prisændringer i Pressetext-sagen var begrundet i lovgivning. Domstolen accepterede lovgivning som en uforudsigelig og rimelig anledning til at foretage ændringer af en eksisterende kontrakt. Kontrakten kunne således indrettes under hensyn til de ændrede ydre omstændigheder.

58 Betragtning 107 i udbudsdirektivets præambel.

59 Pressetext, præmis 56.

60 Pressetext, præmis 57.

61 Se Pressetext, præmis 61, hvor Domstolen anførte følgende: “omregningen til euro af priserne i en aftale i dennes løbetid kan imidlertid ledsages af en tilpasning af deres reelle værdi [...] på betingelse af, at en sådan tilpasning er *ubetydelig og kan forklares på en objektiv måde [...]*” (vores fremhævning).

14.4.2.2. Teknologi

Der ses en tendens i retspraksis til ikke at kræve fornyet udbud i forbindelse med ændringer, der skyldes den teknologiske udvikling, og som kun indebærer en opdatering af den ydelse, der er omfattet af kontrakten.

Sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig,⁶² er et eksempel på, at Domstolen afviste, at en hensyntagen til teknologiske udviklinger udgjorde genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der medførte pligt til fornyet udbud. Parterne i sagen havde indledt forhandlinger før udbudsreglernes ikrafttræden. Imidlertid strakte disse forhandlinger sig til lang tid efter udbudsreglernes ikrafttrædelse. Kommissionen, der havde indbragt sagen, gjorde gældende, at der undervejs i forhandlingerne var sket en genforhandling af grundlæggende kontraktbestemmelser, hvorfor der var indgået en ny aftale, som forudsatte et fornyet udbud. Kommissionen begrundede bl.a. dette med, at det oprindelige bud anvendte bybaneteknologien "VAL 206-system", hvorimod det endelige bud anvendte bybaneteknologien "VAL 208-system".

Domstolen afviste ganske udtrykkeligt Kommissionens påstand, idet den konstaterede, at "[...] det ikke [bør] udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, *tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger*, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, *uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten*, der begrundes, at nye retsregler finder anvendelse".⁶³ (Vores fremhævnings).

Domstolens bemærkninger er klare og ikke til at misforstå; der er rum for, at parterne i en aftale kan tage hensyn til den teknologiske udvikling.

Klagenævnets kendelse i GlaxoSmithKline Pharma-sagen⁶⁴ kan også læses som en tilkendegivelse af, at parterne til en aftale i et vist omfang kan tage hensyn til den teknologiske udvikling. I denne sag blev den omhandlede kontrakt ændret, idet leverandøren et par år efter kontraktens indgåelse tilbød at levere en vaccine, der var bedre og nyere end den hidtil leverede vaccine. Kontrakten var oprindeligt indgået uden forudgående udbudsbekend-

62 Domstolens dom i sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig.

63 Domstolens dom i sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 51.

64 Klagenævnets kendelse af 7. december 2010, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut.

gørelse efter det tidligere udbudsdirektivs undtagelsesbestemmelse i artikel 31, da der på daværende tidspunkt kun var en leverandør på markedet. På tidspunktet for ændringen var der dog kommet flere aktører på markedet. Ikke desto mindre accepterede Klagenævnet ændringen, selvom leverandøren bragte sig i en bedre position til et fremtidigt udbud. Klagenævnet bemærkede: “Efter som indklagede ikke havde været forpligtet til at afholde udbud, da kontrakten [...] blev indgået, er der ikke handlet i strid med mulige andre økonomiske aktørers rettigheder ved, at indklagede under den løbende, gyldige kontrakt accepterede at modtage en bedre ydelse, end [leverandøren] var forpligtet til at yde.”

Ny teknologi kan således være en uforudsigelig omstændighed, der giver en rimelig anledning til at foretage kontraktændringer, uden at der skal ske fornyet udbud.

14.4.2.3. Uforudsigelighed ved komplekse eller langvarige kontrakter

I særligt komplekse eller langvarige kontrakter vil der ofte opstå ændringsbehov. Sådanne ændringsbehov kan skyldes ringe forberedelse fra ordregiver, hvilket kan have ført til en utilstrækkelig specifikation af ydelsen. I sådanne tilfælde er der intet særligt hensyn at tage til ordregiver, og meget taler således for, at der i disse tilfælde ikke kan tillades andet end ubetydelige kontraktændringer.⁶⁵

Omvendt kan ændringsbehovet skyldes, at ydelsen har været vanskelig at fastlægge på forhånd på grund af kontraktens komplekse eller langvarige karakter. Før udbudslovens ikrafttræden var holdningen til ændringer i sådanne kontrakter, at væsentlighedsbedømmelsen lempes, hvis ordregiver var påpasselig med sine forberedelser.⁶⁶ Dog blev det betragtet som en forudsæt-

65 Se Klagenævnets kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd mod Kystdirektoratet, hvor ordregiver efter tildelingen revurderede opgaven og ændrede kravene til opgaven og leverandøren. Ændringerne blev vurderet som væsentlige. Se også S.T. Poulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law*, P.P.L.R., 2012, side 173.

66 Se S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3. udgave, 2014, side 590, Kommissionens Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og

ning for den lempeligere væsentlighedsbedømmelse, at ændringerne ikke gennemførtes kort efter kontraktindgåelse eller op til kontraktens afslutning,⁶⁷ da særligt en ændring kort efter kontraktindgåelse indikerer omgåelse af udbudsreglerne.⁶⁸

Ændringer i komplekse eller langvarige kontrakter kan karakteriseres som uforudsigelige – men forventelige – idet det ikke har været muligt for den påpasselige ordregiver at forudse sit præcise behov grundet kontraktens særlige karakter. Dog kommer ændringsbehovet ikke som nogen overraskelse for ordregiver, da det er en helt naturlig følge af kontraktens karakter, at der undervejs kan opstå ændringsbehov. I erkendelse af det nærmest uundgåelige behov for ændringer ved bygge- og anlægsarbejder har bygherren – modsat hvad der gælder i andre kontrakter og særligt i udbudsretten – i medfør af AB 92 en ensidig ændringsret, såfremt ændringerne har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser.⁶⁹

Ser man på retspraksis, argumenterede ordregiver i CAS Succhi di Fruttasagen⁷⁰ for, at en ændring burde være tilladt uden fornyet tilbud, idet ændringen var opstået som følge af uforudsigelige omstændigheder.⁷¹

Kommissionen udbød levering af frugtsaft og marmelade til Armenien og Aserbajdsjan, hvor betalingen skete i form af frugt. Der skulle bl.a. bydes ind på retten til at levere 500 tons æblesaft mod at tilbagetrække den lavest mulige mængde æbler. Den vindende tilbudsgiver tilbød at levere den ønskede mængde æblesaft mod at tilbagetrække 8.000 tons æbler eller ferskner. Omdrejningspunktet i sagen var, hvorvidt Kommissionens beslutning – efter tildeling af kontrakten – om at gennemføre betalingen med ferskner i stedet for æbler var i strid med udbudsreglerne. Kommissionen begrundede

koncessioner, KOM (2004), 327 endelig, pkt. 47 og S.T. Poulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law*, P.P.L.R., 2012, side 170-172.

67 S.T. Poulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law*, P.P.L.R., 2012, side 174. Se også K. Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel Udbudsret*, 2011, side 221, der kun betoner, at ændringen ikke må gennemføres kort efter kontraktindgåelsen.

68 S. Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 2000, side 150.

69 AB 92 § 14, stk. 1.

70 Domstolens dom i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA (herefter: CAS Succhi di Frutta).

71 CAS Succhi di Frutta, præmis 92.

ændringen med, at det var umuligt at gennemføre betalingen med æbler, da der ikke var den tilstrækkelige mængde af æbler til rådighed. Domstolen vurderede, at den omtvistede ændring ikke gyldigt kunne vedtages uden et fornyet udbud, idet ændringen indebar en fravigelse af “en vigtig betingelse for licitationen”⁷² og i øvrigt ikke fulgte af den oprindelige kontrakt.⁷³

Domstolens konklusion kan forklares ved flere forhold. En af årsagerne til konklusionen må være, at der kun gik ca. et halvt år, fra Kommissionen havde tildelt kontrakten, til Kommissionen accepterede ændringerne. Tidsintervallet fra tildelingen til ændringen vurderes derfor at have haft betydning for, hvorvidt ændringen kunne siges at skyldes en uforudsigelig begivenhed eller en begivenhed, ordregiver burde have forudset. Det er svært at argumentere for, at ordregiver i en situation som den foreliggende ikke burde have forudset problemstillingen. Kommissionen kunne på simpel vis have forhindret behovet for at foretage en ændring ved i kontraktbetingelserne at have angivet, at betalingerne kunne ske med andre frugter, og hvordan dette skulle foregå. CAS *Succhi di Frutta* tages til indtægt for, at der ikke er tale om uforudsigelige omstændigheder, hvis ordregiver ved en tilstrækkelig forberedelse kan undgå at stå i en situation, hvor der er behov for at ændre kontraktgrundlaget.

Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden⁷⁴ behandler, hvornår der er tale om uforudsigelighed efter det tidligere udbudsdirektivs artikel 31.

Sagen angik bl.a. en rammeaftale om engangsbeklædning indgået af Storstrøms Amt den 17. januar 2002. Aftaleperioden var 1. januar 2002 til 31. december 2003 med mulighed for forlængelse til den 31. december 2005. Det fulgte yderligere af rammeaftalen, at hvis Storstrøms Amt ikke senest ved aftalens udløb havde afsluttet et nyt EU-udbud, var leverandøren forpligtet til fortsat at levere i en periode på maksimalt 6 måneder efter kontraktens udløb, dvs. indtil 1. juli 2006. Et nyt udbud om engangsbeklædning blev imidlertid først afsluttet den 1. september 2007, hvorfor Storstrøms

72 CAS *Succhi di Frutta*, præmis 117.

73 CAS *Succhi di Frutta*, præmis 122.

74 Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden.

Amt valgte at forlænge den oprindelige rammeaftale til dette tidspunkt, hvilket var 14 måneder længere end forudsat i rammeaftalen.

Storstrøms Amt gjorde gældende, at ændringen skyldtes forhold, som amtet ikke kunne forudse eller bebrejdes. Baggrunden for ændringen var forsinkelsen af det nye udbud. Det nye udbud blev først forsinket, da "brugergruppen for gennemgang af tilbud" ved et møde den 20. juni 2006 besluttede at indhente vareprøver fra udvalgte tilbudsgivere. Disse vareprøver, der havde en produktionstid på 4-6 uger, blev gennemgået den 23. august 2006. Her blev det besluttet, at man ønskede yderligere vareprøver, der normalt havde en produktionstid på 16 uger. Prøverne ville derfor først være til rådighed ultimo december 2006/primus januar 2007. Imidlertid blev disse prøver forsinket, hvilket resulterede i, at prøverne først var klar den 22. juni 2007. Efter afholdelse af nogle yderligere møder blev der indgået aftaler gældende fra 1. september 2007.

Angående det forhold, at Storstrøms Amt ikke kunne forudse ændringen, udtalte Klagenævnet følgende: "[...] *der foreligger ikke omstændigheder*, som indklagede 1 *ikke kunne forudse*, og som kunne begrunde, at udbud ikke kunne gennemføres så betids, at en ny aftale kunne indgås samtidig med, at aftalen fra 2002 ophørte. Udbudsdirektivets artikel 31 finder derfor ikke anvendelse på en situation som den foreliggende."⁷⁵

Klagenævnet er ganske kortfattet i sin afvisning af, at der skulle være tale om uforudsigelige omstændigheder, idet nævnet alene nøjedes med at konstatere, at der ikke foreligger uforudsigelige omstændigheder. Ser man nærmere på sagen, så giver den kortfattede afvisning god mening, idet ændringen ganske åbenlyst ikke skyldtes uforudsigelige omstændigheder, men derimod ringe planlægning fra ordregiver. Storstrøms Amt valgte at gennemgå de indkomne tilbud den 20. juni 2006 og havde derved meget kort tid til at indgå kontrakt før den 1. juli 2006. Når Storstrøms Amt herefter valgte at indhente yderligere vareprøver ad to omgange, var en forsinkelse uundgåelig. Amtet burde have indkalkuleret muligheden for at indhente sådanne prøver. At der opstod en betragtelig forsinkelse, skyldtes forhold, som Storstrøms Amt burde have forudset.

75 Klagenævnets kendelse af 16 oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovestaden, side 16.

En anden kendelse fra Klagenævnet, der også berører, hvad der skal forstås ved uforudsigelighed, er Dojo Software-sagen.⁷⁶ I denne sag indgik ordregiver i 2004 en aftale om levering af service, support og udvikling af et it-system til medicin håndtering. I november 2011 gik leverandøren konkurs. Vedligeholdelsen af medicin håndteringssystemet blev efterfølgende varetaget af et selskab, KS, der var koncernforbundet med leverandøren. I december 2011 meddelte KS imidlertid regionen, at det ikke var lykkedes for KS at overtage nøglemedarbejdere fra den oprindelige leverandør, hvorfor KS ikke ville yde support og service på systemet efter 22. december 2011. Ordregiver indgik den 22. december 2011 en aftale med nogle medarbejdere fra den tidligere leverandør om vedligeholdelse af medicin håndteringssystemet. Den 9. januar 2012 indgik ordregiver ikke desto mindre en kontrakt med en tredje virksomhed, C, om denne virksomheds levering af et andet medicin håndteringssystem end det system, som den oprindelige leverandør havde leveret. Tvisten i sagen gik på, hvorvidt ordregiver var berettiget til at anvende undtagelsesproceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i det dagældende udbudsdirektivs artikel 31, nr. 1, litra c, til at indgå kontrakten af 9. januar 2012. For at anvende undtagelsesproceduren er det bl.a. et krav, at der er tale om uforudsigelige omstændigheder. I sagen var det dog ganske klart, hvilket både klageren og indklagede tilsluttede sig, at konkursen var en uforudsigelig omstændighed. Kendelsen er klar og ikke overraskende i forhold til spørgsmålet om uforudsigelighed. Kendelsen berører således ikke, hvad der skal forstås ved uforudsigelige omstændigheder, andet end at en konkurs i den konkrete situation udgjorde en uforudsigelig omstændighed.

Mulighederne for at ændre en kontrakt, hvor ydelsen er en generisk vare, vil oftest være begrænsede, idet der sjældent vil opstå forhold af betydning for leveringen, som ordregiver ikke burde have forudset. Hvis der til produktionen af denne vare eksempelvis sker en prisstigning på en af komponenterne til varen, og produktionsprisen derved stiger, vil dette ikke være at betragte som et uforudsigeligt ændringsbehov. En sådan situation kan forudses og håndteres rent kontraktuelt på tidspunktet for tildelingen. Kan en nødvendig komponent til varen ikke leveres på grund af f.eks. en islandsk

76 Klagenævnets kendelse af 8. april 2013, Dojo Software ApS mod Region Nordjylland.

vulkansky, vil dette omvendt være en omstændighed, som en rimelig påpasselig ordregiver ikke bør forventes at kunne forudse, hvorfor der må være tale om et uforudsigeligt ændringsbehov. I mindre komplekse kontrakter vil uforudsigelige ændringsbehov således nærmest kun opstå på baggrund af en ekstern omstændighed, der påvirker kontraktens ydelse. I komplekse kontrakter vil uforudsigelige ændringsbehov oftest være knyttet til forhold omkring kontrakten, eftersom disse kontrakter på tidspunktet, hvor de udbydes, hviler på mange usikre forudsætninger. Man kan her argumentere for, at ordregiver burde afklare alle usikre forudsætninger og i øvrigt undersøge alle forhold til bunds. Hertil må konstateres, at dette ikke kan lade sig gøre, hvilket skyldes økonomiske forhold og/eller tekniske årsager. Det skyldes ikke sjusk, at der i stort set alle bygge- og anlægsarbejder foretages omfattende kontraktændringer i forhold til de oprindelige kontraktvilkår.⁷⁷

14.4.2.4. Konklusion

Et ændringsbehov kan være uforudsigeligt som følge af kontraktens særlige karakter eller en ekstern omstændighed, der påvirker kontraktens ydelse.

Ny teknologi, konkurs eller lovgivning er, som beskrevet, ydre omstændigheder uden for ordregivers kontrol, der kan fordre et behov for, at en eksisterende kontrakt ændres.

Det er kun fantasien, der sætter grænser for, hvilke ydre omstændigheder der kan tænkes at have indflydelse på en udbudt kontrakt. Af relevante eksempler kan nævnes terrorangreb, naturkatastrofer eller strejke. Der foreligger efter vores kendskab ikke retspraksis, der klart beskriver, hvilke uforudsigelige omstændigheder der kan begrunde en ændring. Retspraksis synes at indikere, at det ikke er afgørende, hvilken omstændighed der begrunder et ændringsbehov, men om ordregiver med rimelig påpasselighed har kunnet forudse omstændigheden, navnlig med den konkrete kontrakts karakter in mente.

Hvorvidt der er tale om et uforudsigeligt ændringsbehov, vil afhænge af en konkret bedømmelse. Kunne ændringsbehovet have været afklaret gennem omhyggelige forberedelser fra ordregiver, vil der ikke være tale om et uforudsigeligt ændringsbehov.

77 C. Berg, *Udbudsret i byggeriet*, 2012, side 811.

14.4.3. Uforudsigelighed efter udbudslovens § 183

I betragtning 109 i præambelen til udbudsdirektivet anføres følgende om uforudsigelige omstændigheder:⁷⁸

“Begrebet uforudsigelige omstændigheder henviser til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods *rimeligt omhyggelige forberedelser* ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling *under hensyntagen til de tilgængelige midler, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi.*” (Vores fremhævning).

Lovbemærkningerne til udbudslovens § 183's betragtninger om uforudsigelige omstændigheder er omformuleret i forhold til betragtning 109 i udbudsdirektivets præambel, men det er de samme forhold, der nævnes.

Det er nærliggende at antage, at retstilstanden omkring uforudsigelige omstændigheder i høj grad vil være inspireret af udbudsdirektivets præambel. Dette skyldes primært, at det kun sjældent er blevet behandlet i retspraksis, hvad der skal forstås ved uforudsigelige omstændigheder i forbindelse med det tidligere udbudsdirektivs artikel 31, nr. 1, litra c, og nr. 4, litra a, og aldrig er blevet behandlet *direkte*, hvad der skal forstås ved uforudsigelige omstændigheder i forbindelse med kontraktændringer.

Det må så meget desto mere gælde, eftersom bemærkningerne om uforudsigelige omstændigheder i udbudsdirektivets præambel præciserer, at der må tages udgangspunkt i, hvad en påpasselig ordregiver kunne forudse, hvilket er i tråd med litteraturen,⁷⁹ og hvad der kan udledes af retspraksis.

Kontraktparter til en udbudt kontrakt bør holde sig for øje, at der ikke er givet et *carte blanche* til at foretage ændringer med udbudslovens § 183, da der skal foreligge overbevisende argumenter for, at der kan siges at foreligge

78 I lovbemærkningerne til udbudslovens § 183, der gennemfører den omtalte direktivbestemmelse om kontraktændringer affødt af uforudsigelige omstændigheder, er betragtning 109 i udbudsdirektivet omformuleret uden tilføjelse af yderligere forhold, der kan lægges vægt på ved fastlæggelsen af begrebet uforudsigelige omstændigheder.

79 S.T. Poulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law*, P.P.L.R., 2012, side 174.

uforudsigelighed. Dog giver bestemmelsen særligt kontraktparter i it-sektoren og bygge- og anlægsbranchen bedre kort på hånden, når der skal gennemføres ændringer.

14.5. Konklusion

Udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer bidrager til at skabe en øget klarhed over retstilstanden omkring ændringer af kontrakter. Det er særligt beslutningen om konkret at angive en række situationer, hvor ændringer kan tillades uden fornyet udbud og tilfælde, hvor ændringer kun kan gennemføres i forbindelse med et nyt udbud.

Dog indeholder bestemmelserne om kontraktændringer en række uklarheder. Som påvist i nærværende artikel hersker der i Danmark usikkerhed omkring, hvilke ændringer der kan gennemføres, når en kontrakt overdrages som følge af en eksisterende leverandørs konkurs. De danske regler herom synes at være i strid med udbudsdirektivets tilsvarende regler. Hvordan domstolene vil behandle denne problemstilling, skal vise sig. Indtil en afklaring ved domstolene foreligger, bør man holde sig inden for udbudsdirektivets regler og kun vedtage ændringer, der ikke er væsentlige i udbudsdirektivets forstand, i tilknytning til et leverandørskifte i forbindelse med konkurs, hvis man ønsker at holde sig på den sikre side.

Herudover åbner udbudslovens regler om ændringer på baggrund af uforudsete behov særligt op for, at kontraktparter i it-sektoren og bygge- og anlægsbranchen kan gennemføre ændringer, der kan tilskrives uforudsete forhold.