

Prisregulering i offentlige kontrakter

Forsyningskæderne er udfordret, og en række råvarer er genstand for stigende priser. Den udvikling påvirker samhandlen mellem offentlige udbydere og private leverandører – især hvis der i en eksisterende kontrakt er fastsat låste priser, som ikke afspejler de aktuelle forhold. De nuværende usikkerheder giver anledning til en række kommercielle overvejelser, men derudover også udbuds- og statsstøtteretlige udfordringer for både offentlige udbydere og private leverandører i relation til eksisterende og fremtidige offentlige kontrakter.

Mange offentlige kontrakter indeholder enten slet ikke en prisreguleringsmekanisme, eller i stedet en mekanisme, som ikke er egnet til at afspejle de aktuelle markedsforhold. Derfor opstår spørgsmålet, om en offentlig ordregiver inden for udbudsreglerne må ændre en sådan kontrakt, det vil sige tilføje en prisreguleringsklausul eller ændre en uegnet klausul.

Eksisterende offentlige kontrakter – i et udbudsretligt perspektiv

Det udbudsretlige udgangspunkt er, at en udbudt kontrakt efter kontraktindgåelsen ikke må ændres grundlæggende. Indføres der grundlæggende udbudsretlige ændringer, skal kontrakten genudbydes.

I nogle tilfælde kan ændringer af igangværende kontrakter være tilladte. Efter den såkaldte bagatelregel i udbudslovens § 180 kan ordregiver formentlig aftale mindre prisreguleringer med den private leverandør uden at skulle foretage genudbud. Herudover er det efter udbudslovens § 183 muligt at gennemføre ændringer som følge af uforudsete forhold under visse betingelser. Særligt er reglen relevant, da den bl.a. omfatter ændringer i markedet, hvis de skyldes uforudsete forhold som fx en pandemi eller krig. En ordregiver vil derfor formentlig kunne anvende udbudslovens § 183 med henblik på at gennemføre ændringer af et igangværende kontraktforhold, der påvirkes af de aktuelle markedsændringer.

Det er vigtigt at huske på, at retten til at ændre en kontrakt alene er en ret, ikke en forpligtelse. En privat kontrakt-part kan altså ikke gennemtvinge en kontraktændring, hvis ordregiver ikke er indstillet på at fravige de oprindeligt aftalte kontraktvilkår. Samtidig er udbudsreglerne alene ét retligt aspekt af vurderingen; En offentlig ordregiver skal således altid overveje, om en (ny) prisreguleringsmekanisme er økonomisk forsvarlig, ligesom en offentlig ordregiver skal iagttage statsstøttereglerne, se herunder.

Eksisterende offentlige kontrakter – i et statsstøtteretligt perspektiv

Genforhandling af en igangværende kontrakt, herunder aftale om (anden) prisregulering, udgør ikke statsstøtte, forudsat at ændringerne sker på markedsvilkår.

Ifølge EU-Domstolens 'markedsøkonomiske aktortest' afhænger vurderingen kort sagt af, om en sammenlignelig privat aktør ville have foretaget den pågældende disposition under de samme omstændigheder.

Altså: Ville en privat kontraktpart have accepteret at ændre kontrakten på samme måde som den offentlige ordregiver. Hvis dette kan besvares bekræftende, er der ikke tale om statsstøtte.

Står man overfor en prisregulering på baggrund af uforudsete forhold, kan en offentlig ordregiver udføre en række tiltag for at sikre, at prisregulering sker på markedsvilkår:

- Få dokumentation for, at der er forhold, som væsentligt ændrer de økonomiske forudsætninger i kontrakten. Det kan fx vedrøre prisstigninger, omkostningsstigninger, leverandørsvigt hos leverandøren, omkostninger til at finde nye leverandører eller nye produkter, behov for at udvikle nye recepter baseret på andre ingredienser, leveringsumulighed mv.
- Afsøge, om private kunder i samme marked foretager tilsvarende justeringer af deres leverandørkontrakter
- Sikre sig, at der er en reel forhandling om fordelingen af eventuelle yderligere omkostninger, så de fordeles rimeligt mellem aftalparterne og ikke alene bæres af den offentlige ordregiver
- Sørge for, at en prisreguleringsmekanisme går begge veje – både når det er til leverandørens fordel og ulempe

Håndtering af prisstigninger i fremtidige offentlige kontrakter

Ordregivere og private leverandører kan med fordel indføre en række kontraktuelle mekanismer til brug for den praktiske håndtering af prisstigninger, fx:

- Prisindeksering, som relaterer sig specifikt til kontraktens genstand – fx producent- og importindekset for varer eller på grundlag af de faktisk konstaterede prisstigninger
- Ændringsklausul som muliggør løbende tilpasninger til bl.a. aktuelle og fremtidige prisstigninger
- Detaljeret prisregulering i kontrakten, hvorefter der fx kan aftales prisindeksering i hyppigere intervaller afhængigt af kontraktens genstand.

I lyset af de aktuelle markedsforhold bør ordregivere således skærpe deres opmærksomhed på håndtering af prisreguleringer allerede på tidspunktet for udbuddet. På den måde kan ordregiver sikre, at der ikke opstår uforudsete forhold, som vil kræve ændringer i et igangværende kontraktforhold og derfor vil udløse pligten til genudbud. Alt sammen skal desuden ske i overensstemmelse med statsstøttereglerne.



Annelouise Dalgaard Pedersen
Partner, advokat
adp@horten.dk



Rikke Munk Rye Andersen
Director, advokat
rra@horten.dk



Marie Løvbjerg
Director, advokat
mal@horten.dk



Trine Louise Balleby Dahl
Advokatfuldmægtig
tid@horten.dk