



VÆSENTLIGE ÆNDRINGER I KONTRAKT KRÆVER NYT UDBUD

OGSÅ SELVOM ÆNDRINGEN SKER SOM LED I FORLIGSAFTALE

Det er ganske almindeligt, at der i løbet af en kontraktperiode opstår behov for at ændre i en kontrakt. Men hvilke ændringer kan der foretages i en kontrakt, der har været i udbud, uden at ændringerne medfører en pligt til fornyet udbud? Og hvad gælder, hvis kontrakten er nødlidende? I denne artikel ser vi nærmere på udbudslovens regler om ændring af kontrakter og på EU-Domstolens dom fra september om mulighederne for at foretage væsentlige ændringer i nødlidende kontrakter.

Når en udbudsproces er afsluttet, og kontrakten indgået, er udgangspunktet, at udbudsreglerne ikke længere finder anvendelse – kontrakten tager over i forholdet mellem parterne. Men hvis der foretages væsentlige ændringer i kontrakten, kan udbudspligten (gen-)opstå.

ÆNDRINGER I MEDFØR AF KONTRAKTEN

Ændringer af kontrakter kan skyldes en lang række forhold, der kan henregnes til ordregiver, leverandør eller udefrakommende omstændigheder, som f.eks. ændret behov eller teknologisk udvikling. Hvis ændringen sker i medfør af en ændringsklausul i kontrakten, kan ændringen foretages uden fornyet udbud. Det er dog et krav, at klausulen er klar, præcis og entydig, ligesom klausulen skal fastsætte omfanget og arten af de ændringer, som kan foretages i medfør af klausulen.

Ofte anvendte – lovlige – ændringsklausuler er en option på forlængelse af kontraktperioden, supplerende indkøb og klausuler, der indebærer prisindeksering.

ÆNDRINGER AF KONTRAKTEN

Findes der ikke en klar, præcis og entydig ændringsklausul i kontrakten, er det afgørende, om den pågældende

ændring udgør en ændring af "grundlæggende elementer". Det følger således af udbudslovens § 178, stk. 1, at en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt eller rammeaftale medfører, at der skal gennemføres en ny udbudsprocedure. En ændring anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den indebærer, at kontraktens karakter efter ændringen er "væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt".

Overordnet set vil følgende altid blive anset for en ændring af grundlæggende elementer:

- Ordregiver foretager ændringer, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det valgte eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Som eksempel kan nævnes et tilfælde, hvor ordregiver har udbudt en kontrakt som en kombineret vinduespolering og rengøringskontrakt. Senere ændres kontraktens omfang til kun at omfatte rengøring. I denne situation vil det formentlig have været et andet felt af tilbudsgivere, som kunne have budt ind.
- Kontraktens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en

måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for. Det typiske eksempel er, at parterne undervejs aftaler, at leverandørens enhedspriser reguleres på en måde, som ikke var forudsat i kontrakten – eller at leverandørens betaling forfalder på en måde, som er mere fordelagtig for denne end oprindeligt forudsat.

- Ændringen indebærer en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde.
- En ny leverandør erstatter den oprindeligt tildelte kontrakt.

Udbudslovens §§ 180-183 indeholder dog en række undtagelser til hovedreglen om grundlæggende ændringer. Bestemmelserne betyder, at ordregiver uden fornyet udbud kan foretage en ændring, hvis ændringen omfattes i en eller flere af nedenstående kategorier:

Ændringer, der kan gennemføres uden fornyet udbud (ikke grundlæggende elementer)

- § 180: Ændringer under visse tærskelværdier ("bagatelgrænsen")
- § 181: Ændringer af supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer ("supplerende leverancer")
- § 182: Udskiftning af den oprindelige leverandør som følge af hel eller delvis indtrædelse af den oprindelige leverandørs rettigheder
- § 183: Ændringer, hvor behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver ("uforudsete ændringer")

VÆSENTLIGE ÆNDRINGER I NØDLIDENDE KONTRAKTER – FINN FROGNE-SAGEN

Et spørgsmål, der har været særligt omtalt de seneste år, er, om kontraktparter uden fornyet udbud kan aftale væsentlige ændringer af en kontrakt, når kontrakten er "nødlidende". Begrebet "nødlidende" er ikke et udbudsretligt begreb, men anvendes (i hvert fald i udbudsretten) om den situation, hvor en indgået kontrakt ikke kan opfyldes, f.eks. på baggrund af påstået misligholdelse fra leverandørens side, og hvor parterne derfor ønsker at begrænse omfanget af kontrakten eller helt afvikle den.

Spørgsmålet har været behandlet af Klagenævnet for Udbud og Østre Landsret, og det behandles nu af Højesteret i den såkaldte "Finn-Frogne-sag".

Sagen startede i 2011, hvor virksomheden Finn Frogne A/S indbragte en klage for Klagenævnet for Udbud.

Økonomistyrelsen havde i 2007 udbudt en kontrakt om levering og drift af software mv. til et landsdækkende beredskab gennem et radiobaseret kommunikationsnet. Økonomistyrelsen overdrog samme år kontrakten til Rigspolitiet.

Efter en længere periode, hvor leverandøren havde haft problemer med at opfylde kontrakten, gjorde Rigspolitiet gældende, at der forelå hævebegrundende misligholdelse fra leverandørens side. Leverandøren bestred dette. Efter forhandlinger mellem parterne blev der indgået en forligsaftale. Ifølge forligsaftalen skulle leverandøren alene levere en meget begrænset andel af de leverancer, der var omfattet af den oprindelige kontrakt, ligesom leverandøren skulle overdrage to serverfarme til Rigspolitiet (serverfarmene skulle ifølge den oprindelige kontrakt være ejet af leverandøren). Forligsaftalens værdi var således på ca. 85 mio. kr. (hvor de 50 mio. kr. var vederlag for overdragelse af serverfarmene) i forhold til den oprindelige værdi på ca. 527 mio. kr. Rigspolitiet offentliggjorde forud for forligsaftalens indgåelse en såkaldt profylaksebekendtgørelse, hvor forligsaftalens indhold var beskrevet.

Finn Frogne klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og påstod, at Rigspolitiet havde foretaget så væsentlige ændringer af kontrakten, at Rigspolitiet havde været forpligtet til at iværksætte et nyt udbud.

Klagenævnet fandt i kendelse af 3. november 2017, at "en ordregivende myndighed kan - når en kontrakt er nødlidende og muligvis væsentligt misligholdt - forligsmæssigt og med henblik på at bringe kontrakten til ophør aftale, at ydelserne i kontrakten skal leveres i mindre omfang og over en kortere periode end oprindeligt aftalt, og at det oprindelige vederlag følgelig også reduceres".

Klagenævnet fandt dog, at overdragelsen af serverfarmene var udtryk for et køb af nye ydelser, som forudsatte et nyt udbud.

Klagenævnet var altså af den opfattelse, at en forligsmæssig aftale om at "beskære" ydelser og vederlag ikke udløste en pligt til at gennemføre et nyt udbud. Klagenævnet synes derved i nogen grad at forudsætte, at det forhold, at kontrakten er nødlidende, giver parterne et større rum til at foretage (nødvendige) ændringer.

Finn Frogne indbragte efterfølgende sagen for Østre Landsret, der i hovedsagen stadfæstede Klagenævnets afgørelse. Finn Frogne ankede Østre Landsrets dom til Højesteret. Højesteret har under behandlingen af sagen stillet et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen, der afsagde dom i sagen den 7. september 2016.

Domstolens præmisser er ganske klare: Der er *ikke* videre adgang til at foretage væsentlige ændringer i en kontrakt, bare fordi kontrakten er "nødlidende".

Domstolen udtalte, at der ikke kan aftales en væsentlig ændring af en offentlig kontrakt uden indledning af en ny udbudsprocedure, selv når denne ændring "objektivt set udgør en forligsmæssig løsning, der indebærer gensidige afkald på krav fra begge parter side med henblik på at bringe en tvist til ophør, hvis udfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende".

Det forhold, at ændringerne sker for at nå en forligsmæssig løsning ved en nødlidende kontrakt, er således uden betydning for vurderingen af, om ændringerne medfører en pligt til fornyet udbud.

Domstolen udtaler samtidig, at det ville have været muligt at foretage væsentlige ændringer i kontrakten, hvis de pågældende ændringer var beskrevet i en ændringsklausul. Denne præmis er vanskelig at forene med virkeligheden; det er trods alt de færreste kontrakter,

der tager højde for de potentielle scenarier, som kan blive udløst, hvis kontrakten bliver nødlidende.

HVORDAN SKAL MAN SOM ORDREGIVER FOREHOLDE SIG VED NØDLIDENDE KONTRAKTER?

EU-Domstolens dom gør op med den pragmatiske tilgang, som Klagenævnet for Udbud og Østre Landsret har anlagt. Vi venter nu på Højesterets dom, der dog må forventes at afspejle EU-Domstolens dom med det resultat, at ændringer, der væsentligt reducerer omfanget af en nødlidende kontrakt, medfører pligt til fornyet udbud. Det eneste udestående spørgsmål for Højesteret er reelt, om den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse kan skærme forligsaftalen mod sanktionen "uden virkning".

Vi anbefaler, at ordregiver indsætter en ændringsklausul i kontrakten, der – så vidt det er muligt – beskriver de forskellige muligheder for reduktion af kontraktens ydelser, som ordregiver må forvente at ville gøre brug af, hvis kontrakten bliver nødlidende. Praktisk set må det dog forventes, at ordregiver i de fleste tilfælde vil være nødsaget til at benytte sine misligholdelsesbeføjelser til at håndtere en nødlidende kontrakt (frem for at indgå forlig). Af samme årsag bør ordregiver søge at sikre, at leverandørens erstatningsansvar omfatter alle omkostninger, som ordregiver risikerer at pådrage sig som følge af en kontrakts ophævelse ■



Annelouise Dalgaard Pedersen
Advokat
adp@horten.dk



Anne-Sophie Kämpf Svane
Advokat
ans@horten.dk