

Kontraktændringer indenfor rammerne af udbudsretten. Med fokus på tilfælde, hvor ændringen består i ordregivers accept af kontrakthavers misligholdelse.

Contract changes within the scope of the procurement rules. Focusing on cases where changes concern the public orderers acceptance of the contract owners breach of the contract.

Udarbejdet af:
Anders Reffstrup Krabbe
[REDACTED]
Studienr. 20096200
Antal anslag: 136.450

Primær vejleder:
Michael Steinicke
Sekundær vejleder:
René Franz Henschel

Executive Summary

1.	INDLEDNING	1
2.	PROBLEMSTILLING	3
3.	PROBLEMFORMULERING	5
4.	METODE	6
4.1	SPECIALETS OPBYGNING	6
4.2	AFGRÆNSNING	7
4.3	BEGREBSDEFINITION	9
4.4	DET TEORETISKE FUNDAMENT	10
4.5	METODEKRITIK	11
5.	UDBUDSRETEN	11
5.1	LOVGIVNINGEN	13
5.2	UDBUDSRETLIGE PRINCIPPER	14
5.2.1	Ligebehandling	14
5.2.2	Gennemsigtighed	15
5.2.3	Proportionalitet	15
5.3	DE UDBUDSRETLIGE RAMMER FOR ÆNDRINGER AF KONTRAKTEN	16
5.3.1	Udbudsretlige muligheder	18
5.3.1.1	Direktivet	18
5.3.1.2	Udbudsloven	22
5.3.1.3	Opsummering af de juridiske rammer for kontraktændringer	25
5.4	VEDLAGTE STANDARDFTALER OG DERES OVERENSSTEMMELSE MED REGLERNE	26
5.5	SANKTIONER VED OVERTRÆDELSE AF UDBUDSRETTENS FORBUD MOD ÆNDRINGER	28
6.	DELKONKLUSION	29
7.	KONTRAKTSRETEN	30
7.1	DEN KONTRAKTSRETLIGE MISLIGHOLDELSE I EN UDBUDSKONTRAKT	34
7.2	HVORNÅR ER KONTRAKTEN MISLIGHOLDT	35
8.	HVORNÅR ER ACCEPT AF MISLIGHOLDELSE EN GRUNDLÆGGENDE ÆNDRING AF KONTRAKTEN	36
8.1	TILBUDSGIVERS VURDERING AF ET UDBUDSMATERIALE OG KAPITALISERING AF DETTE	37
8.1.1	Udbudsmaterialets kravspecifikation	38
8.1.2	Udbudsmaterialets kontraktudkast	40
8.2	ORDREGIVERS SKØN ANGÅENDE HVORVIDT DER SKAL ELLER KAN SANKTIONERES	43
8.2.1	Eksempel fra praksis	49
9.	SAMFUNDSØKONOMISKE HENSYN	51
10.	PERSPEKTIVERING	54
11.	KONKLUSION	56

Litteraturliste

Figuroversigt:

Figur 1: Ordregivers fremgangsmåde ved kontraktændringer

Figur 2: Sammenspil mellem kontraktsretten og udbudsretten i kontraktens levetid

Figur 3: Risici forøger tilbudsgivers pris

Figur 4: Kapitalisering af risici

Figur 5: Ordregivers overvejelser

Figur 6: Fremgangsmåde ved ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse

Executive summery

The directive on public procurement, in Denmark implemented as the Danish Act on Tender Procedures (udbudsloven), regulates the procurement process. The rules of public procurement and principles of equal treatment, transparency and proportionality are derived from the Treaty to protect the inner marked. In this thesis the relevant principles from the Treaty in relation to public procurement are described. Furthermore, the thesis describes the legislation regarding possibilities to conduct changes in public contracts.

In Denmark the contracting parties, with a few exceptions, can agree on whatever they want. One of the benefits from the freedom of contract is the flexibility in the collaboration between the parties. To protect the principles from the Treaty, we have certain limitations in the tender legislation. If changes will change the fundamentals of the contracts or introduce conditions which, had they been part of the initial procurement procedure, would have allowed for the admission of other candidates than those initially selected or for the acceptance of a tender other than that originally accepted or the modification changes the economic balance of the contract in favor of the contractor in a manner which was not provided for in the initial contract, then the changes cannot be allowed. If changes of this degree are made, a new procurement procedure is required.

This thesis considers whether or not an acceptance of a breach is a fundamental change of the contract. Furthermore, the thesis analyses looks at if the public party can include political, social and economic causes in its decision.

The thesis concludes that an acceptance of a breach, under certain circumstances can be a change of the contract, and therefore should lead to a new procurement process.

1. Indledning

Det offentlige udbyder opgaver for mere end 300 milliarder kroner om året i Danmark. Der udbydes store og attraktive kontrakter med stor interesse fra det private erhvervsliv. Dette er med til at skabe tusindvis af private, danske arbejdspladser. Hovedparten af disse opgaver udbydes igennem et EU - udbud i overensstemmelse med EU - direktivet 2014/24/EU (Direktivet). Den 1. januar 2016 er Direktivet implementeret i den gældende danske udbudslov – lov nr. 1564 15/12/2015 (udbudsloven). Danmark har som følge heraf for første gang national implementering af Direktivet i danske regler.¹ Tidligere har Direktivet været anvendt direkte i Danmark.

Det kan have stor betydning om en privat virksomhed taber eller vinder en kontrakt i forbindelse med en udbudsforretning. Eksempelvis medførte Falcks tab af ambulancedriften i Region Syddanmark en nedlæggelse af ca. 300 stillinger samt en samlet tabt omsætning i kontraktperioden i omegnen af fem milliarder.² Det er således af yderste vigtighed, at principperne fra Traktaten iagttages, og at der er tydelige regler, vejledninger og retspraksis på området.³

På europæisk plan var der i 2014 overordnet udstedt tre direktiver til regulering af EU – udbud: Direktivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet samt direktivet om tildeling af koncessionskontrakter. Direktiverne har alle deres udspring i ønsket om et velfungerende indre marked i EU.⁴

Direktivet udspringer af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-Traktaten) (i dette speciale betegnet Traktaten). Direktivet skal, som beskrevet, understøtte det indre marked. Traktaten beskriver det indre marked således:

*"Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne"*⁵

1 Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, side 27.

2 <http://www.beredskabsinfo.dk/indland/breaking-falck-taber-hele-region-syddanmark/>

3 De grundlæggende principper anvendes ved fortolkning og udfyldning af udbudsretten. De relevante principper omhandler pligt til ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne behandles yderligere i afsnit 5.2.

4 Det indre marked er betegnelsen for et EU marked, hvor varer, tjenesteydelser, kapital og personer kan bevæge sig frit. Siden tilblivelsen i 1993 har det indre markeds vigtigste formål været at skabe konkurrence netop på baggrund af denne frie bevægelighed.

Formålet med Direktivet er i forlængelse heraf at skabe rammerne for et sundt indre marked for offentlige kontrakter. For at opnå dette er det offentlige, gennem såvel europæisk som nu altså national lovgivning, omfattet af forpligtelser og begrænsninger i kontraktindgåelse og samarbejde med det private erhvervsliv. Disse begrænsninger indeholder blandt andet regler for ændringer af igangværende kontrakter indgået efter udbud.

Afhængig af den samlede omsætning på den udbudte ydelse samt ydelsens art defineres ordregivers spillerum for konkurrenceudsættelse af opgaven af udbudsretten. Overholder ordregiver eller tilbudsgiver ikke de udstukne spilleregler, kan begge parter rammes af sanktioner. Tilbudsgiver kan eksempelvis blive erklæret ”ikke konditionsrættig” og derved frataget muligheden for at deltage i udbuddet og eventuelt vinde kontrakten. Ordregiver kan få udbuddet annulleret samt ifalde erstatning.⁶ Erstatning med positiv opfyldningsinteresse kan i store projekter, som et ambulanceudbud eller en entreprise eller omfattende tjenesteydelser, have uoverskuelige konsekvenser for ordregiver. Disse konsekvenser skal dog holdes op imod, at tilbudsgiver, på baggrund af ordregivers ansvarspådragende adfærd, har mistet kontrakten.

Efter udløb af en ”stand still periode” underskrives kontrakten, som ofte er vedlagt i udkast ved udbudsmaterialet, og kontrakten reguleres herfra som udgangspunkt af kontraktsretten og de almindelige obligationsretlige regler. Man vil i praksis normalt erfare, at de øvrige tilbudsgiveres interesse efter at udbuddet er tabt svækkes. At kontrakten nu som udgangspunkt reguleres af kontraktsretten kan have flere væsentlige konsekvenser og har stor betydning for det videre forløb og samarbejde, da dette blandt andet har naturlig betydning for parternes ageren i samarbejdet.

I kontrakten vil reglerne for misligholdelse sandsynligvis være defineret sammen med de øvrige standardiserede kontraktklausuler. Parterne vil muligvis, i det gode samarbejdes ånd, have en højere tolerancetærskel for misligholdelse, på trods af kontraktens ordlyd, ligesom sanktionsmulighederne også kan være anderledes, da samarbejdet nu ses i et større billede og i kontekst af samarbejdets hensigtsmæssighed og ikke i lyset af udbudsforretningen.

⁵ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-Traktaten, TEUF) art. 26 nr. 2.

⁶ I afsnit 5.5 beskrives nogle af de forskellige sanktionsmuligheder herunder ordregivers erstatningsansvar.

Sanktionsmulighederne er således i praksis ofte mere nuancerede og fleksible i forhold til udbudsretten, og sanktionerne vil måske blive betragtet som en *mulighed* fremfor et krav.

Overordnet fremstår de lovmæssige rammer og den daglige ageren i samarbejdet efter kontraktunderskrivelse mere fleksibel end processen i selve udbudsforretningen. Dette kan der i praksis være mange gode og relevante grunde til, men paradokset i forhold til udbudsretten og dennes indgriben i hele kontraktperioden fremstår tydeligt.

Det kan på baggrund af ovenstående være attraktivt for en tilbudsgiver at nå frem til underskrivelse af kontrakten, da det herefter forekommer mindre konsekvensbetonet ikke at overholde kontrakten til sit fulde i kontraktens levetid.

Dette speciale vil analysere rammerne samt den nuværende praksis for accept af ændringer i kontraktens løbetid, herunder særligt hvor kontraktbager misligholder kontrakten. Hvorvidt ordregivers accept af kontraktbagers misligholdelse, udbudsretligt er en grundlæggende ændring af kontrakten, samt hvorledes ordregiver skal agere i grænseområdet mellem udbudsretten og kontraktsretten har på nuværende tidspunkt ikke været genstand for tilbundsående analyser og specialet forekommer derfor relevant.

Afslutningsvis konkluderer specialet, hvorvidt det er muligt at få et klart billede af, hvorledes man kan bibeholde den kontraktsretlige fleksibilitet, der kan være afgørende for et godt og innovativt samarbejde mellem parterne, tage højde for samfundsøkonomiske og politiske betragtninger, men stadig holde sig indenfor rammerne af udbudsretten.

2. Problemstilling

Udbudsreglerne har siden deres vedtagelse haft svært ved at opnå den ønskede effekt på den grænseoverskridende konkurrence i EU. På den ene side tegner udbudsreglerne rammerne for, at det private erhvervsliv på europæisk plan, og i overensstemmelse med ideen om det indre marked, kan konkurrere om attraktive kontrakter. På den anden side har reglerne været kendetegnet ved en høj kompleksitet og en svær tilgængelighed. Dette har medført, at der er utilfredsstillende få private

virksomheder der, som tilbudsgiver, afgiver tilbud på tværs af landegrænserne i EU⁷, ligesom der er sket en suboptimering i de enkelte lande, således at reglerne ikke fortolkes ens.⁸ Der kan findes mange årsager til, at udbudsreglerne ikke har opnået den ønskede effekt. En af årsagerne skal sandsynligvis findes i de mange paradokser, der findes mellem den nationale lovgivning og EU-retten. Et af disse er kontraktsrettens sammenspil med udbudsretten, som er genstand for dette speciale.

I kontraktforhold mellem private parter kan ændringer i en kontrakt naturligvis frit aftales, så længe parterne er enige. Anderledes forholder det sig indenfor udbudsretten. Her må den offentlige parts ageren foregå indenfor rammerne af udbudsretten. På trods af at parterne er enige om at foretage visse ændringer i kontrakten kan disse ændringer kun foretages, hvis de er i overensstemmelse med udbudsretten og EU-rettens principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.⁹

Overfor kravet om tydelig lovgivning og praksis der ikke efterlader meget rum til fleksibilitet, står et krav fra ordregiver om innovation og udviklingsparathed, særligt på tekniske eller sociale tjenesteydelser, der kan have stor betydning for borgeren. Dette stemmer ikke umiddelbart overens, og det kan være svært at finde en balance i de forskellige hensyn.

Det kan fremstå som om, at udbudsreglerne som udgangspunkt udslukkes ved underskrivelse af kontrakten vundet ved et udbud, og dermed erstattes af de sædvanlige kontraktsretlige regler, men der dele af udbudsretten der lever videre i hele kontraktens levetid. Det gælder blandt andet netop begrænsninger i muligheden for ændringer i kontraktens løbetid. Dette krydsfelt mellem kontraktsretten og udbudsretten kan være svært at manøvre i.

Det vil kunne underminere Traktatens principper, såfremt forudsætningerne i en kontrakt kunne ændres væsentligt i kontraktperioden i forhold til udgangspunktet under selve udbudsforretningen. Således kunne disse ændringer, hvis de havde været kendte, måske have ført til et andet resultat

⁷ http://www.ugebreveta4.dk/danske-virksomheder-vinder-faa-udbud-i-udlandet_19855.aspx

⁸ Hvis man eksempelvis sammenligner udbudsmateriale fra forskellige EU lande, vil man erfare at der er stor forskel på omfanget af disse, samt hvorledes udbudsprocessen forløber.

⁹ Ved at undlade at gøre misligholdelsessanktioner gældende mod en tilbudsgiver, kan man argumentere for, at ordregiver derved er passiv, således at denne passivitet er en ændring af kontrakten.

eller indbudt øvrige konkurrenter til indledningsvist at have deltaget i udbuddet. Ordregiver kan dermed, ved at lave ændringer i kontraktens løbetid, forbryde sig imod udbudsretten og måske særligt ligebehandlingsprincippet.

Ovenstående er særligt relevant i komplekse kontrakter, hvor ydelsen kræver innovation, og hvor indgangsomkostningerne er høje for parterne og nødvendigheden for fleksibilitet i kontraktperioden derfor er tilsvarende høj.

I Konkurrencestyrelsens vejledning om kontraktændringer i kontraktens løbetid, på kontrakter indgået ved udbudsforretning, fremgår problemstillingen tydeligt:

”Uanset hvor grundige parterne forsøger at være i en aftale, er det dog svært at spå... især om fremtiden. I den praktiske virkelighed er verden omskiftelig, og der vil ganske ofte opstå behov for at justere den kontrakt, der i sin tid blev indgået mellem parterne.”¹⁰

Ovenstående giver anledning til følgende problemformulering.

3. Problemformulering

En analyse af udbudsrettens rammer for ordregivers foretagelse af ændringer i kontrakter indgået efter udbud. Med særligt fokus på ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse af kontrakten som en potentiel grundlæggende ændring af kontrakten, der jævnfør udbudsreglerne bør medføre en ny udbudsprocedure.

Herunder en analyse af, hvorvidt udbudsrettens regler om forbud mod at foretage grundlæggende ændringer i igangværende kontrakter kan opretholdes, samtidig med at kontraktparterne opnår et fleksibelt og godt samarbejde med plads til innovation, varetagelse af samfundsøkonomiske hensyn samt overholdelse af kontraktens formål og hvorledes ordregiver kan sikre, at ordregiver ved accept af kontraktavers misligholdelse, holder sig indenfor rammerne af udbudsretten.

¹⁰ Konkurrencestyrelsens vejledning ”Kontraktændringer”, dec. 2013 – kap 1, side 4.

4. Metode

Der er i specialet anvendt retsdogmatisk metode. Specialet er således baseret på fortolkning og beskrivelse af gældende dansk og europæisk ret, ligesom der tages stilling til enkelte sager fra retspraksis.

Formålet med afhandlingen er at beskrive de juridiske rammer, der gælder for ændringer af en kontrakt indgået ved udbud. Dette gælder i henhold til de europæiske regler såvel som de danske - herunder med særligt fokus på den netop igangsatte danske udbudslov, der trådte i kraft 1. januar 2016.

Tre fiktive eksempler inddrages som eksemplificering af ordregivers overvejelser i forbindelse med kontrakthavers misligholdelse. Eksemplerne er opstillet således, at det enkelte eksempel har fokus på et element fra opgaven. Det første eksempel indeholder udelukkende kapitalisering af krav, mens eksempel to er udbygget med servicemål samt samfundsøkonomiske hensyn og analysen af dette er mere kompliceret. Eksempel tre illustrerer kapitalisering af bodsbestemmelser.

Af retspraksis er der anvendt kendelser fra klagenævnet for udbud samt fra EU domstolen.

Konkurrence og forbrugerstyrelsens vejledning om kontraktændringer fra 2013 er anvendt, ligesom relevante artikler er inddraget.

Der er af egen drift udarbejdet 6 figurer til illustration af særligt vigtige elementer i opgaven.

4.1 Specialets opbygning

Specialet er opbygget således, at det indledes med en kort beskrivelse af udbudsretten. Herefter beskrives de forskellige lovgivningsmæssige muligheder for ændringer i kontraktens løbetid. Af de forskellige ændringsmuligheder rettes fokus særligt mod ordregivers accept af kontrakthavers misligholdelse som en potentiel kontraktændring, der ikke er eksplicit beskrevet i udbudsretten.

Herunder beskrives ordregivers muligheder eller mangel på samme for at acceptere misligholdelse og/eller frafalde eventuelle sanktioner. Der foretages en analyse af tilbudsgivers kapitalisering af elementerne i kontrakten samt øvrige risici i udbudsmaterialet. Denne analyse foretages med udgangspunkt i nødvendigheden af en afklaring af fremgangsmåden, når ordregiver skal skønne, hvorvidt det er nødvendigt at foretage et nyt udbud på baggrund af ændringerne. Herefter inddrages kontraktsretten og standardkontrakter som AB92 og ABService i en analyse af disses overensstemmelse med udbudsretten og til illustration af gråzonerne mellem kontraktsretten og udbudsretten.

Der inddrages efterfølgende relevant praksis og lovgivning i en analyse af det paradoks, der kan opstå mellem kontraktsretten og udbudsretten, samt hvorvidt ordregiver i sin analyse kan inddrage samfundsmæssige hensyn.

Det konkluderes, at parterne kan iagttage udbudsreglerne og samtidig bevare muligheden for at have et innovativt og fleksibelt samarbejde, der også kan fungere i praksis, men at dette, for at holde sig indenfor rammerne i udbudsretten, kræver en systematiseret tilgang til emnet.

4.2 Afgrænsning

Specialet fokuserer på ændringer i kontrakter indgået efter udbud. Dette er reguleret i Direktivets art. 72 samt i udbudslovens §§ 178 – 184. Der findes i disse regler flere muligheder for at lave ændringer i kontrakten. Disse muligheder beskrives kort, hvor det i specialets kontekst er relevant, men fokus rettes mod ordregivers accept af misligholdelse som en mulig grundlæggende kontraktændring. Det vil således primært være denne ændring, der er genstand for den nærmere analyse og ikke de øvrige muligheder for at foretage kontraktændringer.¹¹

Særlige omstændigheder omkring forsyningsvirksomhedsdirektivet samt direktivet om tildeling af koncessionskontrakter vil ikke indgå i dette speciale.¹²

¹¹ Af øvrige muligheder for ændringer kan eksempelvis nævnes udbudslovens § 179 om ændringsklausuler, force majeure årsager i § 183 og omstrukturering i § 182 stk. 1 nr. 2.

¹² Forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer kontraktindgåelse indenfor energi, vand, transport og post og indeholder visse særregler. Disse vil ikke blive behandlet. Direktivet for tildeling af koncessionskontrakter har blandt andet til formål at øge

Der undlades som følge heraf ligeledes blandt andet entreprise, hvorfor eksempelvis standardkontrakter som AB92 og ABService og det interessante krydsfelt til netop ændringer i disse kontrakter dog behandles, hvor der kan drages relevante paralleller til varekøb og tjenesteydelse, men ikke er genstand for yderligere analyse. De relevante paralleller fra AB92 behandles sammen med ABService under afsnit 5.4 vedrørende standardaftalers overensstemmelse med udbudsreglerne tilsvarende gør sig gældende for enkelte andre branchesædvaner og standardkontrakter herunder CISG.¹³

Grundet rammerne for dette speciale, er fokus på de samlede udbudsregler. Eventuelle forskelligheder mellem Direktivet og den danske implementering af dette i udbudsloven er udelukkende fremhævet, hvor det giver særligt mening for specialet.

Redegørelsen for de udbudsretlige principper og udbudsretten generelt kunne være mere omfattende end det er tilfældet i dette speciale, og hovedvægten er lagt på udbudsloven samt på analysen af sammenspillet mellem udbudsretten og kontraktsretten. Årsagen hertil skal findes i, at de EU-retlige principper samt udbudsretten har været genstand for adskillige specialer samt litteratur gennem tiden, hvorfor fokus er rettet mod ændringer af kontrakten, herunder særligt accept af misligholdelse som værende en grundlæggende ændring, da denne del af mulighederne for kontraktændringer ikke på nuværende tidspunkt har været genstand for tilsvarende omfattende analyser. Emnet forekommer endvidere særdeles aktuelt.

Tilbudsloven omhandler udbud af mindre kontrakter (over 500.000 kr. men mindre end de aktuelle tærskelværdier) og vil ikke blive medtaget i dette speciale.

I beskrivelsen af de EU-retlige grundprincipper er udelukkende fremhævet de principper, der i specialets kontekst findes relevante.

gennemsigtigheden ved indgåelse af en særlig type af kontrakter. Kendetegnet for disse kontrakter er, at de kan indebære, at den private virksomhed har ret til at tage betaling direkte ude ved borgeren. Koncessionskontrakter er ikke behandlet i dette speciale. Årsagen til ovenstående afgrænsning er, at den fremhævede retspraksis i dette speciale primært er lagt på tjenesteydelser og varekøb.

¹³ CISG står for "International sale of goods". CISG er en international købelov og gælder for handler mellem lande der har ratificeret denne.

I udbudsloven beskrives ændringer i kontrakten med formuleringen grundlæggende ændringer, hvor de i Direktivet beskrives som væsentlige ændringer. Der er ikke i dette speciale lagt vægt på det divergerende ordvalg og en eventuel fortolkning heraf er derfor afgrænset.

Som et eksempel fra praksis anvendes den verserende sag fra Region Syddanmark, hvor Bios og Responce i 2015 vandt ambulancedriften. Sagen er relevant, da den netop omhandler den i opgaven analyserede problemstilling. Kontrakten mellem Bios og Region Syddanmark trådte i kraft 1. september 2015, altså efter Direktivet, men før den nye udbudslov. Der er ikke i specialet taget særligt hensyn til at kontrakten både har været i drift før og efter implementeringen af udbudsloven.

Et udbudsmateriale kan indeholde mindstekrav. Mindstekrav kan udelukke en tilbudsgiver helt fra udbuddet, såfremt tilbudsgiveren ikke opfylder dette. Der sondres i opgaven ikke mellem mindstekrav og øvrige krav, der kan være misligholdt, og som giver anledning til ændringen, da mindstekrav ofte vil relatere sig til leverandørens indledende dokumentation af økonomisk og teknisk formåen som eksempelvis omsætning, referencer med videre.

Profylaksebekendtgørelse jævnfør håndhævelseslovens § 4 stk. 1. nr. 1, og mulighederne for at ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse som en grundlæggende ændring af kontrakten kan imødekommes igennem denne, således at sanktioner undgås, er ikke genstand for tilbundsående analyse i dette speciale. Profylaksebekendtgørelsen vil dog inddrages enkelte steder, hvor det er relevant.¹⁴

4.3 Begrebsdefinition

For at gøre specialet så læsevenligt som muligt redegøres der nedenfor kort for de begreber, der anvendes regelmæssigt i specialet.¹⁵

14 I C-19/13 Fastweb udtaler Domstolen i præmis 48, at begrundelse for brug af profylaksebekendtgørelsen skal være klar og utvetydig. Begrundelsen bør derfor være meget omfattende.

15 Redegørelsen har hentet inspiration fra Direktivets indledning, som ligeledes anvender en begrebsdefinition i Direktivets kapitel 1 art. 1.

Udbudsreglerne: Med udbudsreglerne menes den samlede regulering efter Direktiv 2014/24/EU og udbudsloven lov nr. 1564 15/12/2015 samt Traktaten.

Traktaten og det indre marked: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde særligt art. 18, 34, 45, 49, 56 og 62. Artiklerne omhandler de grundlæggende principper vedrørende det indre marked herunder den frie bevægelighed.

Direktivet: 2014/24/EU. Det seneste udbudsdirektiv.

Udbudsloven: Lov nr. 1564 15/12/2015. Den netop implementerede danske udbudslov.

Udbudsforretning: Udbudsforretning dækker over hele processen fra udsendelse af bekendtgørelse indtil kontraktunderskrift med den vindende tilbudsgiver.

Ordregiver: Med ordregiver menes det kommunale eller statslige organ der udbyder en kontrakt.

Tilbudsgiver: Med tilbudsgiver menes den private part der ønsker at deltage, eller deltager i ordregivers udbudsforretning.

Kontrakthaver: Den private leverandør der har indgået kontrakt med ordregiver.

4.4 Det teoretiske fundament

Det teoretiske fundament i opgaven baserer sig på udvalgt litteratur, enkelte relevante kendelser fra retspraksis, relevante artikler samt Konkurrence og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontraktændringer fra 2013. Som litteratur er særligt anvendt 'EU Udbudsretten' (Peter Stig Jakobsen med flere, 2016) samt 'Udbudsloven' (Steen Treumer med flere, 2016). Som supplement og som sekundær litteratur er anvendt generelle opslagsværker fra kontraktsretten herunder 'Lærebog i dansk og international køberet' (Lars Hedegaard Kristen med flere), 'Formueretlige emner' (Palle Bo Madsen med flere) samt 'Køb og salg af fast ejendom' af Finn Träff.

4.5 Metodekritik

Da dette speciale er udarbejdet som en del af jurastudiet indeholder det ikke tilbundsgående kapitaliseringsøvelser som ellers bør pågå ved tilbudsgivers analyse af et udbudsmateriale jævnfør opgavens konklusion. Opgaven beskriver overordnet hvilke dele af materialet, som den professionelle tilbudsgiver sandsynligvis vil kapitalisere såfremt der findes en risiko, men der inkluderes ikke konkrete eksempler.

Retspraksis på området for ændringer af kontrakter indgået efter udbudsforretning er sparsom. Der findes centrale domme, som er inddraget i dette speciale, herunder den velkendte Presstext-sag, men disse berører ikke specifikt accept af misligholdelse. I en fremtidig analyse kunne man forestille sig, at reglerne i udbudslovens §§ 178 – 184 har været genstand for yderligere prøvelse, og at præcedens på området derved tilsvarende vil være udbygget.

Forfatteren af dette speciale er ansat som erhvervsjurist hos Falck. Der refereres i specialet til et tilfælde fra praksis, hvor Falck er part. Forfatteren har fra specialets begyndelse, haft fokus på ikke at lade sit ansættelsesforhold hos Falck påvirke konklusionerne i dette speciale. Forfatteren har, for at imødekomme dette, haft en ekstern journalist, uden indsigt i sagen, til at gennemlæse specialet for eventuelle habilitetsudfordringer.¹⁶ Konklusionerne i specialet har ikke habilitetsudfordringer i forhold til forfatterens ansættelse hos Falck, men enkelte elementer af specialet, herunder inddragelsen af eksempler, kan bære præg af forfatterens branchespecifikke kendskab.

5. Udbudsretten

Offentlige myndigheder indgår hver eneste dag kontrakter med det private erhvervsliv om anskaffelse af varer og tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejder. Når offentlige myndigheder indgår kontrakter, er det sandsynligt, at disse er omfattet af udbudsretten herunder udbudsloven.¹⁷ Er der tale om større kontrakter, er sandsynligheden endnu højere, da der i udbudsreglerne, som

¹⁶ Journalist Morten Vedsø Szygenda, telefon 51 94 72 44.

¹⁷ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, side 29.

beskrevet indledningsvist, findes visse tærskelværdier, der definerer, hvor stor den samlede omsætning i en kontrakt skal være for at falde indenfor de forskellige regimer.¹⁸

Udbudsretten har siden sin tilblivelse i 1970 været omgivet af kompleksitet og svær tilgængelighed.¹⁹ Det forekommer naturligt, at der på EU plan er behov for omfattende regulering, når særligt rammerne for grænseoverskridende aktivitet skal defineres. EU - medlemslandene er forskellige og har tillige en forskellig tilgang til EU - lovgivningen.²⁰ Ligeledes opsætter reglerne rammerne for meget forskellige ydelser lige fra indkøb af skeer til en dagsinstitution over ambulancetjeneste, til store og komplekse IT - kontrakter til Forsvaret samt omfattende entrepriser som eksempelvis udvidelsen af Skejby Sygehus i Århus.²¹ Det er alene den offentlige part, der bestemmer, hvorvidt en respektiv opgave skal udføres af det offentlige selv, eller hvorvidt det er fordelagtigt at indgå kontrakt med en privat leverandør, der muligvis kan løse opgaven bedre og/eller billigere.

Forpligtelsen til at følge de udbudsretlige procedurer vedrører umiddelbart alene det tidsrum, der er fra beslutning om anskaffelse indtil tildeling af kontrakten.²² Som dette speciale skal belyse, er der dog dele af udbudsretten, der ikke udslukkes, men som lever videre i hele kontraktens løbetid.

Af øvrige fordele ved det indre marked kan nævnes, at bedre konkurrence kan være med til at fremme den teknologiske udvikling, sørge for at det offentlige bruger færre ressourcer på anskaffelser samt minimere korruption og magtfordrejning.²³

18 Af regimer kan nævnes Light Regimet med en tærskelværdi på 5.592.375 kr. som reguleres efter særlige afsnit i udbudsreglerne, tilbudsloven som regulerer mindre kontrakter, forskellen mellem statslige myndigheder og andre myndigheder (herunder kommuner) som har tærskelværdier på henholdsvis 1.006.628 kr. og 1.558.409 kr. Forsvaret, bygge- og anlægskontrakt har en naturligt langt højere tærskelværdi.

19 Det første udbudsdirektiv blev vedtaget i 1970 Direktiv 71/EØF - kaldet liberaliseringsdirektivet.

20 Dette forekommer tydeligt hvis man eksempelvis sammenholder den samme type udbud i England, Danmark og Sverige

21 Byggeriet af et nyt sygehus i Skejby ved Aarhus skal rumme hele Aarhus Universitetshospital. Byggeriet kommer til at bestå af 223.000 m² og vil være arbejdsplads for 9000 ansatte. Entreprisen, rengøring, køkken med videre har enten været udbudt eller er i gang med at blive udbudt.

22 Med de udbudsretlige procedurer menes eksempelvis udsendelse af bekendtgørelse, udbudsproces med spørgsmål/svar, evaluering med videre. Alt sammen under iagttagelse af Traktatens grundlæggende principper.

23 Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, side 34.

Disse fordele har, ligesom reglerne for kontraktændringer skal vise sig at have, visse paradokser indbygget. Eksempelvis kan tidsbegrænsningen af kontrakter have en dræbende effekt på innovationen. Det samme gælder offentlighed om innovationsudvikling og teknologi som kan/skal tilgå en eventuel konkurrent, der overtager kontrakten efter udbuddet. I det følgende beskrives den konkrete hjemmel vedrørende ændringer i kontrakten fra henholdsvis Direktivet og udbudsloven samt de relevante udbudsretlige principper.

5.1 Lovgivningen

Udbudsloven og Direktivet udgør de primære retskilder for ordregivers pligter ved en udbudsforretning.²⁴ Da udbudsloven er en implementering af Direktivet og EU-retten har forrang, skal Direktivets regler anvendes, såfremt der er uoverensstemmelse mellem udbudsloven og Direktivet.²⁵ Dette vil dog ikke være genstand for yderligere analyse i denne opgave jævnfør opgavens afgrænsning, og fokus vil være på udbudsloven.

Udbudslovens formål er anført i lovens § 1:

”Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”

Formålet med den danske udbudslov er i øvrigt, blandt andet, at indføre en lov der skaber klarhed og fleksibilitet med færre, enklere og mere fleksible regler end det var tilfælde, da Danmark anvendte Direktivet direkte.²⁶ Udbudsloven er som bekendt blevet til på baggrund af Direktivet samt den nuværende praksis på området og har således, på trods af ønsket om klarhed og fleksibilitet, været underlagt nogle allerede udstukne rammer. Udbudsloven består således, på trods af de gode hensigter, af 199 paragraffer, hvilket kan virke omfattende og ikke umiddelbart indikerer en tydeliggørelse af reglerne og en lettere tilgang til området for ordregiver såvel som måske særligt for den mindre private tilbudsgiver med begrænsede juridiske ressourcer. Ligeledes er der allerede

²⁴ Af sekundære retskilder i henhold til dette kan nævnes håndhævelsesloven, tilbudslovens, regler om kontrolbud, offentligheds og forvaltningsloven med flere.

²⁵ EU-retten går forud for national ret. EU-retten har forrang er beskrevet i Traktatens formålsbestemmelser.

²⁶ Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing, side 25.

flere diskussioner af fortolkning og hensigtsmæssighed af de enkelte paragraffer, ligesom forarbejderne tilsvarende allerede har været genstand for debat. I det følgende redegøres kort for de grundlæggende udbudsretlige principper.

5.2 Udbudsretlige principper

De generelle principper i EU-retten, som har deres udspring af Traktaten, stammer tilbage fra 1970'erne og fra EU-Domstolens løbende praksis. I de seneste årtier har EU-Domstolen fastslået, at disse principper, udover at gælde for institutionerne i EU, også skal gælde direkte i medlemsstaterne. Principperne er grundlæggende og gennemsyrrer således EU-retten – herunder udbudsreglerne. Principperne fungerer som rettesnor for EU-Domstolen, og det er væsentligt, at ordregiver i sin ageren, også i kontraktens løbetid, tager højde for disse. Et brud på principperne kan i forbindelse med en udbudsforretning føre til såvel annullering af kontrakten/udbudet som erstatning. Nedenfor beskrives tre udvalgte principper, som har særlig betydning for udbudsretten.

5.2.1 Ligebehandling

Kravet om ligebehandling af EU-borgere og virksomheder findes flere steder i Traktaten. Eksempelvis regulerer Traktatens art. 37 forbud mod statslige monopoler samt forskelsbehandling af nationale virksomheder og virksomheder fra øvrige EU-lande. Traktatens art. 45 regulerer den frie bevægelighed og forbuddet mod forskelsbehandling af arbejdskraften. Bestemmelserne fra Traktaten er videreført i Direktivet, der eksempelvis i art. 18 beskriver, at de ordregivende myndigheder skal behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling, og at den ordregivende myndighed skal handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

I udbudslovens § 3 beskrives tilsvarende, at en ordregiver ikke må give økonomiske aktører og ydelser fra Danmark en mindre gunstig behandling end økonomiske aktører og ydelser fra udlandet og modsat i stk. 2, at en ordregiver ikke må give økonomiske aktører og ydelser fra lande, der er medlem af Den Europæiske Union eller det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, en behandling, der er mindre gunstig end den, der gives økonomiske aktører og ydelser fra Danmark. Princippet om ligebehandling er et af de væsentligste principper i udbudsretten, og er det princip som der oftest henvises til i klager.

Det er væsentligt at bemærke, at ligebehandling ikke betyder, at alle tilbudsgivere skal behandles lige, men derimod at det lige altid skal behandles lige.²⁷

5.2.2 Gennemsigtighed

For at sikre ligebehandlingsprincippet er det væsentligt, at tilbudsgiver kan gennemskue udbuddet og processen. Ligesom ligebehandlingsprincippet tager princippet om gennemsigtighed sit udspring af Traktaten og princippet om forbuddet mod forskelsbehandling. Direktivet beskriver, som med ligebehandling, kravet om gennemsigtighed i art. 18. Her beskrives, at de ordregivende myndigheder skal behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling, og at den ordregivende myndighed skal handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbudsloven beskriver i § 2, at en ordregiver i forbindelse med et udbud skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Ordregivers ageren under processen bør være gennemsigtig og nem at forstå. Dette kan eksempelvis varetages ved hjælp af rettelsesbreve, ved at undgå at kommunikere med tilbudsgivere uden offentliggørelse af denne kommunikation og ved at bekendtgøre eventuelle ændringer i kontraktens levetid i overensstemmelse med reglerne herfor.

5.2.3 Proportionalitet

Proportionalitetsprincippet er ligesom ligebehandlingsprincippet udsprunget af Traktaten. Proportionalitetsprincippet indebærer eksempelvis, at der skal være balance imellem den ydelse ordregiver ønsker, og de krav ordregiver stiller. Det forekommer eksempelvis ude af proportioner, såfremt ordregiver i forbindelse med et mindre udbud stiller strenge krav til hele virksomhedens ansættelsespolitik eller til dele af virksomheden, som ikke har noget med den tilbudte ydelse at gøre. Ordregiver vil ofte stille økonomiske krav og krav om forsikring i udbudsmaterialet. Det forekommer dog ude af proportioner, såfremt ordregiver eksempelvis stiller krav om en egenkapital på mere end 100 mio., hvis udbuddet har en samlet kontraktværdi på 1 mio. kr. Dette kan ligeledes føre til, at ordregiver samtidig overtræder ligebehandlingsprincippet, da der kan være tilbudsgivere der ikke kan afgive konditionsmæssigt tilbud, da et af udbuddets krav er ude af proportioner.

²⁷ Tilbudsgivere skal have lov til at være dygtigere end andre tilbudsgivere. Såfremt to tilbudsgivere er præcis lige dygtige skal de dog behandles lige.

Proportionalitet indebærer således, at de opstillede krav er egnede til at opnå målet, og at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for dette. Derudover kræves, at den mindst indgribende foranstaltning skal foretrækkes.

Ovenstående principper gennemsyrrer hele udbudsprocessen. Dette gælder fra udbudsbekendtgørelsen udsendes, over kontraktens underskrift og indtil kontraktperioden afsluttes og samarbejdet med kontraktgiver ophører.

Nedenfor beskrives rammerne for ordregivers mulighed for at lave ændringer i en kontrakt indgået efter udbud. De bestemmelser der regulerer dette, med særligt fokus på de bestemmelser der umiddelbart kan komme i spil ved ordregivers accept af kontraktgivers misligholdelse af kontrakten, beskrives i det følgende.

5.3 De udbudsretlige rammer for ændringer af kontrakten

Løbende ændringer i en kontrakt indgået efter udbud kan være nødvendige for at sikre et godt og innovativt samarbejde mellem parterne, ligesom det er tilfældet i kontrakter, der ikke er indgået efter udbud.

I afsnit 5.2 ovenfor er de grundlæggende principper i Traktaten beskrevet. Særligt Traktatens princip om ligebehandling af tilbudsgiverne forekommer relevant i en analyse af ordregivers muligheder for at lave ændringer i en kontrakt vundet ved udbud.

Ændringer i en kontrakt må ikke som hovedregel have den konsekvens, at såfremt ændringerne havde været kendt på udbudstidspunktet, havde andre virksomheder været interesseret i at byde på kontrakten end dem som endte med at deltage i udbuddet. Tilsvarende må ændringerne ikke have den konsekvens, at de bydende virksomheder havde betragtet ændringerne som så grundlæggende, at forudsætninger i deres tilbud var ændret, således at de eventuelt kunne have været mulige vindere af kontrakten.

Ændringer i kontraktperioden kan eksempelvis have væsentlig betydning for kontraktens indtjening, risiko, investering med videre og derved også betydning for, hvorvidt en virksomhed

indledningsvist ønsker at deltage i selve udbudsforretningen, og herefter hvorledes virksomheden prissætter sin ydelse samt fastlægger den tilbudte kvalitet.

Tidligere var rammerne for ændringer af kontrakter fastlagt af retspraksis. Det var og er stadig i et vist omfang Pressetext-afgørelsen,²⁸ der er med til at definere rammerne for ændringer i kontrakten.²⁹ Art. 72 i Direktivet og udbudslovens §§ 178-184 definerer nu rammerne for lovhjemlen. Pressetext-sagen fremhæver at med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurene og ligebehandling udgør ændringer i en offentlig aftale som udgangspunkt en ny aftale, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale.³⁰ Ligeledes fremhæves det, at ændringer i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlige, såfremt de indfører betingelser, som ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at have deltaget, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet tilbud, end det som blev accepteret.³¹ Ligeledes fremhæves det, at såfremt ændringer ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for leverandøren på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelse udbudsbetingelser, er dette ligeledes grundlæggende.³² Af dansk retspraksis kan fremhæves kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet. Klageren nedlagde her i påstand 1, at Rigspolitiet ved at lave en ændring i en nuværende kontrakt med Terma A/S med indgåelse af et tillæg til kontrakten uden udbud, at denne aftale skulle erklæres uden virkning, da Rigspolitiet dermed forbrød sig imod gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.³³ Det væsentlige i denne afgørelse var, udover at Klagenævnet slog fast, at der ikke må laves grundlæggende ændringer i kontrakter indgået efter udbud, at den ordregivende myndighed, når kontrakter er nødlidende og muligvis væsentligt misligholdt kan lave en ”forligsændring” til kontrakten for at undgå unødigt værdispild, indtil en ny leverandør er fundet. Kontrakter indgået efter udbud som senere betegnes som nødlidende kan i forlængelse af dommen danne baggrund for et speciale i sig selv og er ikke genstand for nærmere analyse i denne opgave.

28 Sag C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich.

29 Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing, side 421.

30 Sag C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich præmis 34.

31 Sag C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich præmis 35.

32 Sag C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich præmis 37.

33 Sag 2010-0023028, af 3 november 2011 ved klagenævnet for udbud påstand 1 og 2.

I det følgende beskrives reglerne for ordregivers foretagelse af ændringer i kontrakter indgået efter udbud. De regler der ikke umiddelbart er relevante for opgavens problemformulering berøres kun sporadisk, ligesom fokus er lagt på udbudsloven. Art. 72 fra Direktivet er medtaget og beskrives indledningsvist, da denne artikel har været anvendt direkte indtil for nylig og stadig har forrang ved divergenser mellem Direktivet og udbudsloven.

5.3.1 Udbudsretlige muligheder

Der redegøres i det følgende for reglerne i henholdsvis Direktivet og udbudsloven. Herefter opsummeres, hvorledes disse regler overordnet kan anvendes, og hvor opmærksomheden bør henledes.

5.3.1.1 Direktivet

Direktivets hovedregel vedrørende kontraktændringer fremgår af Direktivets art. 72 stk. 5.³⁴ Reglen bestemmer, at ændringer i kontrakten der ikke er beskrevet i art. 72 stk. 1 og 2, alene kan gennemføres efter et nyt udbud. Således bestemmes det, at væsentlige ændringer anses for indgåelse af en ny kontrakt, der dermed vil være udbudspligtig.³⁵ Såfremt der ikke foretages fornyet konkurrenceudsættelse af kontrakten på baggrund af ændringerne, vil konsekvensen være, at kontrakten kan erklæres for uden virkning.³⁶ Art. 72 stk. 1, 1 afsnit, litra a-e oplister de konkrete situationer, hvor det dog er muligt at foretage ændringer uden krav om et nyt udbud. Art. 72 stk. 2 beskriver bagatelgrænsen. Nedenfor beskrives og kommenteres kort på disse undtagelser til hovedreglen i lyset af opgavens kontekst.

Art. 72 stk. 1 litra a: Såfremt ændringerne er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter

Hvis ændringerne har været forudset fra start og er beskrevet i udbudsmaterialet i klare, præcise og utvetydige revisionsklausuler og dermed har givet tilbudsgiverne lige muligheder for at forholde sig til disse, kan disse ændringer foretages, uanset den beløbsmæssige værdi. Årsagen til dette er, at såfremt ændringsmuligheden er tydeligt beskrevet, vil tilbudsgiverne kunne tage højde for denne mulighed i deres tilbudsafgivning, og materialet vil være gennemsigtigt samt princippet om

³⁴ Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing, side 423.

³⁵ Væsentlighedsbegrebet og udbudslovens brug af grundlæggende ændringer er afgrænset i afsnit 4.2. Der foretages dog en nærmere analyse af den samlede betragtning i afsnit 8.

³⁶ Hvis en kontrakt erklæres "uden virkning" udsteder Klagenævnet et påbud om, at ordregiver skal ophæve kontrakten.

ligebehandling overholdes. Konkurrence og forbrugerstyrelsen skelner i deres vejledning fra 2013 mellem ændringer i **medfør** af kontrakt og ændringer **af** kontrakt. Denne sondring forekommer på baggrund af art. 72 stk. 1 litra a relevant. En ændring der er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter vil således være en ændring i medfør af kontrakt.

Art. 72 stk. 1 litra b: Hvis ændringerne omhandler supplerende anskaffelser fra den oprindelige leverandør

For at en ændring vedrørende supplerende anskaffelser i kontraktperioden skal være omfattet af denne undtagelse, skal der være tale om nødvendige supplerende anskaffelser, og der stilles yderligere krav om, at det ikke er muligt af økonomiske eller tekniske årsager at anvende den nuværende leverandør, og at det derfor vil give væsentlige problemer eller en væsentlig forøgelse af omkostningerne for ordregiver, såfremt ordregiver blev pålagt dette.³⁷

Art. 72 stk. 1 litra c: Hvis ændringerne tenderer force majeure eller ikke har betydelig økonomisk betydning

Der oplystes i Art 72. stk. 1 litra c tre betingelser, som alle skal være overholdt, for at bestemmelsen kan komme i anvendelse. 1) Der skal være tale om omstændigheder, der ikke kan forudses af ordregiver 2) Ændringen må ikke berøre kontraktens overordnede karakter og 3) Ændringen skal have en værdi på mindre end 50 % af den samlede kontraktværdi. Er disse tre betingelser opfyldt, kan ændringen foretages uden et nyt udbud.

Art. 72 stk. 1 litra d: Hvis ændringen omhandler valg af en anden leverandør end den ordregiver oprindeligt havde tildelt kontrakten

Visse betingelser skal være til stede, før det er tilladt at skifte navn på ordregivers kontraktpart. Betingelserne kan til forskel fra litra c stå alene. Betingelserne er: At ændringen kan foretages såfremt der er indsat en revisionsbestemmelse i udbudsmaterialet jævnfør litra a, såfremt ændringen sker ved fusion, overtagelser, erhvervelser eller insolvens af den virksomhed som er tildelt kontrakten. Den ”nye” virksomhed skal naturligvis stadig kunne opfylde udbudsmaterialet, ligesom

³⁷ Det bemærkes vedrørende art. 72 stk. 1 litra a og litra b, at forøgelsen af kontraktværdien ikke er helt uvæsentlig, som det er ellers er beskrevet i litra a. En eventuel omsætningsforøgelse må ikke overstige 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

der ikke må ske øvrige væsentlige ændringer af kontraktens grundlag i forbindelse med anvendelse af artiklen.

Art. 72 stk. 1 litra e: Ændringerne er ikke væsentlige

Såfremt ændringen ikke er væsentlig jævnfør art. 72 stk. 5, kan ændringen foretages uden et nyt udbud. Art. 72 stk. 5 beskrives nedenfor.

Art. 72 stk. 2: Ændringen er under bagatelgrænsen

Såfremt værdien af ændringen er lavere end de oplistede værdier nedenfor (og uden at tage højde for betingelserne i art. 72 stk. 1.) vil denne være under den såkaldte bagatelgrænse, og ændringen kan foretages.

Bagatelgrænsen er nødvendig for at give et rum til ændringer og fleksibilitet i kontraktperioden og for at reglerne overhovedet kan fungere i praksis. Ændringer kan derfor tillades, hvor følgende betingelser er opfyldt: A: Tærskelværdierne i art. 72 stk. 4 (tærskelværdierne for hvornår en kontrakt skal i udbud) må naturligvis ikke være overskredet. B: Ændringernes samlede værdi skal være lavere end 10 % for vare og tjenesteydelser og 15 % for bygge- og anlægskontrakter af den samlede kontraktsum. Begge betingelser skal være opfyldt.

Art. 72 stk. 3: Værdien skal opgøres indekseret

En kontrakt kan være indekseret som prisregulering eller andre former for indeks. Værdierne, der eksempelvis anvendes til at udregne bagatelgrænsen, skal naturligvis afspejle dette, ligesom det er tilfældet med tærskelværdierne i Direktivets art. 4. Dette betyder, at værdierne skal reguleres efter det relevante indeks og derefter opgøres.

Art. 72 stk. 4: Væsentlighedsvurdering

Såfremt kontrakten væsentligt har ændret karakter i forhold til den oprindelige kontrakt, kræves der et nyt udbud. Der oplystes i artiklen, hvad der under alle omstændigheder anses for væsentligt:

1) i litra a, hvor ændringen havde medført en anden tildeling eller havde medført yderligere interesserede tilbudsgivere,

2) i litra b hvor den økonomiske balance ændres til fordel for kontraktghaver

- 3) i litra c hvor der sker en væsentlig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde,
- 4) i litra d hvor en ny leverandør erstatter den tidligere leverandør (udenfor art. 72 stk. 1, litra d).

Bestemmelsen i art. 72 stk. 4 er central og medfører ligeledes, at uvæsentlige ændringer umiddelbart modsætningsvist er tilladte. Dette forekommer centralt for specialets genstand, da litra a beskriver, at hvor ændringen havde medført en anden tildeling eller yderligere interesserede tilbudsgivere, samt litra b hvor den økonomiske balance ændres til fordel for kontraktghaver, kunne dette netop have relevans i forhold til ordregivers accept af kontraktghavers misligholdelse. Hvorledes denne relevans kan opgøres fremgår af opgavens afsnit 8.1 om tilbudsgivers kapitalisering af materialets klausuler.

Væsentlighedsvurderingen i art. 72 stk. 4, litra a - c har hentet inspiration direkte i Presstext-afgørelsen og er central, da den afspejler det væsentlighedsbegreb, som tidligere blev fastlagt i retspraksis i eksempelvis Presstext-afgørelsen. De fire betingelser i art. 72 stk. 4 litra a- d, er således en implementering af retspraksis, som den var før det nye udbudsdirektiv og er nu altså direkte beskrevet i Direktivet.³⁸

Art 72 stk. 5: Ændringer betragtes som en ny kontrakt hvis ændringen ikke er undtaget

Såfremt der sker ændringer i kontraktens løbetid, der ikke er omfattet af art. 72 stk. 1 eller art. 72 stk. 2, skal en ny udbudsprocedure finde sted. Tidligere, hvor reguleringen af ændringer i kontrakten var defineret af retspraksis, var det afgørende, hvorvidt en ændring var væsentlig eller ej. Med art. 72 stk. 1 og stk. 2. samt udbudslovens §§ 178 -184 oplystes klare tilfælde i lovgivningen, hvor ændringer er tilladelige.³⁹ Er ændringen således oplyst i art.72 stk. 1 litra a - e er den tilladt. Er ændringen ikke oplyst her, må det konkluderes, at der som udgangspunkt skal afholdes et nyt udbud. Dette virker noget gennemgribende, og artiklen går da heller ikke igen i sin fulde form i udbudsloven. Det er væsentligt i denne forbindelse, at betragtning 107 til Direktivet påpeger, at ønsket har været at præcisere Domstolens praksis og ikke ændre denne.⁴⁰

38 Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing , side 425.

39 Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing , side 423.

40 Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven 2016, ExTuto Publishing , side 426.

5.3.1.2 Udbudsloven

Udbudslovens § 178 beskriver, at ved ændring af *grundlæggende* elementer i en kontrakt skal ordregiver gennemføre en ny udbudsprocedure. I § 178 stk. 2 beskrives, at et grundlæggende element optræder, hvor elementet påvirker kontraktens karakter således, at denne er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Der oplystes, ligesom i Direktivets art. 72 stk. 4, eksempler i lovens § 178 stk. 2 nr. 1-4, hvor ændringen altid er et grundlæggende element. Disse eksempler beskrives kort i det følgende, da særligt nr. 1 og nr. 2 kan inkludere ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse.

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1: Hvor ændringen ville have medført en anden kontraktaver

Hvis ændringen ville have medført andre tilbudsgivere, accept af en anden tilbudsgiver eller have tiltrukket flere til at deltage i udbuddet, vil ændringen altid være grundlæggende, og et nyt udbud skal foretages. En accept af en sådan ændring ville forbryde sig imod såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet. Denne bestemmelse svarer til Direktivets art. 72 stk. 4 og er central for denne opgave, da ordregivers accept af tilbudsgivers misligholdelse kan kapitaliseres og måske endda ændre udfaldet af udbudsforretningen som beskrevet i opgavens afsnit 8.1. Således at ændringen netop ville have medført accept af en anden tilbudsgiver.

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 2: Den økonomiske balance ændres til fordel for kontraktaver

Såfremt kontraktvilkårene ændres således, at den private kontraktaver på den ene eller på den anden måde får en bedre økonomisk stilling i samarbejdet, skal et nyt udbud som udgangspunkt foretages. En økonomisk fordel til gavn for udbyder ville ikke have ændret noget under selve udbudsprocessen og i evalueringen og har derfor ingen udbudsretlig konsekvens, mens en mere attraktiv kontrakt for tilbudsgiver kunne have fået nye spillere på banen eller medført, at de deltagende tilbudsgivere ville have tilbudt en lavere pris eller en højere kvalitet, og dermed kunne resultatet af udbuddet være blevet anderledes. Skulle den økonomiske balance være ændret til fordel for tilbudsgiver, skal dette naturligvis have konsekvens, således at en tilbudsgiver ikke kan tilbyde en urealistisk lav pris for derefter at modtage efterbevillinger eller øvrige fordele. En accept

af sådanne ændringer vil være imod såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet. Bestemmelsen svarer til Direktivets art. 72 stk. 4 nr. 2.

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 3: Betydelig udvidelse af anvendelsesområdet

Årsagen til at dette betragtes som grundlæggende hænger sammen med § 178 stk. 2, nr. 2 ovenfor. Såfremt en udvidelse af anvendelsesområdet havde været kendt under selve udbudsprocessen, kunne det ligesom i nr. 2 have medført nye tilbudsgivere eller anden pris eller kvalitet fra de deltagende tilbudsgivere. Det ville være imod ligebehandlings og gennemsigtighedsprincippet efterfølgende at lave en ændring af kontraktens anvendelsesområde.

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 4: Udskiftning af leverandør

Det giver umiddelbart sig selv, at hvor en leverandør udskiftes med en (vilkårlig) leverandør bør der foregå en ny udbudsproces, således at ligebehandlingsprincippet overholdes, og de tidligere tilbudsgivere får en ny chance.

Der findes ligesom i Direktivet i udbudsloven undtagelser til reglerne i § 178. Disse beskrives i det følgende.

Udbudslovens § 179 orientering om ændringsmuligheder

Er ordregiver vidende om, hvilke grundlæggende ændringer der eventuelt kan opstå i kontraktperioden, kan ordregiver oplyse om dette i udbudsmaterialet. Udbudslovens § 179 omhandler, ligesom Direktivets art. 72 stk. 1 litra a, dette. Ændringerne skal være forudset i klare, præcise og entydige klausuler, således at de tilbudsgivere der indledningsvist orienterer sig i materialet kan gennemskue konsekvenserne af de mulige ændringer. Den overordnede karakter på kontrakten må ikke ændres af samme årsag som beskrevet ovenfor i afsnittet om Direktivet. Spørgsmålet er i forlængelse af denne bestemmelse, hvorvidt aftalefriheden i Danmark og henvisning til de almindelige obligationsretlige regler betyder, at ordregiver derved har oplyst om ændringsmulighederne, og at ordregiver således kan acceptere kontraktavers misligholdelse. Det samme gælder vedlæggelse af standardaftale. Det kan ikke antages, at disse er klare, præcise og

entydige klausuler, og påstanden må derfor afvises. At orientering skal være klar, præcis og entydig er ligeledes understreget af Klagenævnet.⁴¹

Udbudslovens § 180 bagatelgrænsen

Udbudslovens § 180 omhandler den bagatelgrænse der ligeledes beskrives i Direktivets art. 72 stk. 2. Således skal de overordnede tærskelværdier i lovens § 6 naturligvis iagttages ligesom ændringer under 10 % for tjeneste og vareindkøbskontrakter og 15 % for bygge-anlægskontrakter betragtes som under bagatelgrænsen jævnfør udbudslovens § 180 stk.1 nr. 1 og nr. 2. Ændringerne skal akkumuleres jævnfør stk. 2. Igen er det bemærket, at kontrakten ikke overordnet må ændre karakter. Denne paragraf er væsentlig, da ordregivers accept af tilbudsgivers misligholdelse, såfremt den kapitaliseres i flere tilfælde vil være under 10 eller 15 % af den samlede kontraktværdi, og derfor bør den samlede opgørelse holdes op imod denne.

Udbudslovens § 181 stk. 1: Supplerende ydelser fra tidligere leverandør

Udbudslovens § 181 omhandler supplerende ydelser fra den oprindelige leverandør, som har mistet kontrakten. Ydelserne må ikke ændre kontrakten grundlæggende, men kan være nødvendige for gennemførelse af kontrakten, da den nuværende leverandør ikke uden væsentlig økonomisk og teknisk skade for ordregiver kan levere ydelsen. Udbudslovens § 181 stk. 2 og 3 beskriver den maximale værdi, som disse supplerende ydelser må antage. Ifølge § 181 stk. 2 må værdien ikke overstige 50 % af værdien fra den oprindelige kontrakt og stk. 3 begrænsningen i stk. 2 gælder for hver enkelt ændring ved successive ændringer. Denne bestemmelse forekommer relevant i særligt store og komplekse kontrakter.

Udbudslovens § 182: Udskiftning af leverandør

Udskiftning af den private kontraktpart er ikke en ændring af et grundlæggende element, når udskiftningen sker som følge af en klar og tydelig ændringsklausul/mulighed jævnfør § 179 eller ved omstrukturering som fusion med videre.

41 Eksempelvis i den afsagte kendelse af 4. maj J.nr. 2015-6946. – CGI A/AS mod Moderniseringsstyrelsen.

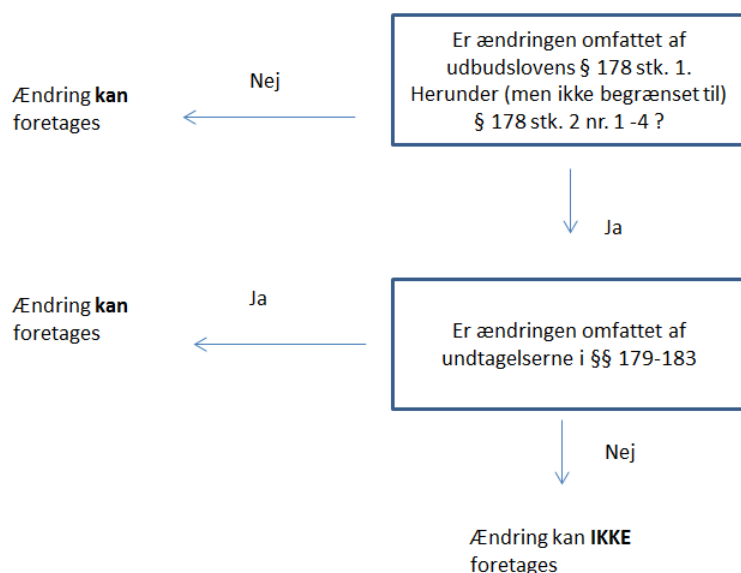
Udbudslovens § 183: Hvor ændringen ikke er af grundlæggende karakter

Udbudslovens § 183 beskriver, hvornår en ændring ikke er af grundlæggende karakter. Såfremt behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, eller den overordnede karakter på kontrakten ikke ændres og værdien af ændringer ikke overstiger 50 % af den oprindelige kontrakt, er ændringer ikke grundlæggende og kan foretages. Bestemmelsen er tilsvarende Direktivets art. 72 stk. 1 litra c og bør umiddelbart fortolkes indskrænkende, som det i øvrigt er tilfældet med force majeure begrebet.

5.3.1.3 Opsummering af de juridiske rammer for kontraktændringer

I henhold til opgavens problemformulering er de centrale bestemmelser fra udbudsretten Direktivets art. 72 stk. 4 og stk. 5 samt udbudslovens §§ 178 stk. 2 nr.1 og 178 stk. 2 nr. 2. Disse bestemmelser er de mest centrale i forhold ændringer i kontrakten og danner de juridiske rammer for ordregivers accept af kontraktavers grundlæggende misligholdelse i forhold til udbudsretten.

Figur 1⁴²



Figuren illustrerer simplificeret, hvorledes ordregiver kan gå frem jævnfør de ovenfor beskrevne rammer, når ordregiver skal undersøge, hvorvidt en ønsket ændring er i overensstemmelse med udbudsloven.

42 Figuren er fremkommet af egen drift.

5.4 Vedlagte standardaftaler og deres overensstemmelse med reglerne

Ovenfor er beskrevet hvorledes det offentlige, ved indgåelse af kontrakt med en privatvirksomhed, er underlagt reglerne i udbudsretten. Udbudsretten indeholder som bekendt regler for ændringer af kontrakten, og disse blev beskrevet ovenfor i afsnit 5.3. Ikke sjældent indeholder udbudsmaterialet en reference til et sæt branchespecifikke standardvilkår. Disse standardvilkår er ofte vedlagt materialet og kan være tilføjet særlige bestemmelser. Disse betingelser kan indeholde såvel divergenser med udbudsmaterialets konkrete kontraktudkast, ligesom de kan indeholde divergenser i forhold til udbudsretten. Det forekommer naturligt, at det offentlige ønsker at anvende standardvilkår fra branchen således, at det respektive udbud ikke adskiller sig mere end nødvendigt fra de vilkår, som tilbudsgiverne kender. Eksempelvis vil en entreprise ofte reguleres efter AB92, en tjenesteydelse efter ABService og et grænseoverskridende køb kan være reguleret efter CISG. Der findes flere andre standardaftaler som FIDIC, Orgalime, AB, ABR, Incoterms, NL og NLM.⁴³ Enkelte og relevante af disse beskrives nedenfor i en analyse af deres sammenspil med reglerne fra udbudsretten. Disse divergenser kommer blandt andet til udtryk i klausuler vedrørende mulighederne for at foretage ændringer i kontrakten. Nedenfor nævnes enkelte eksempler, hvor en standardaftale netop indeholder andre bestemmelser for ændringer af kontrakten i forhold til udbudsretten, og der konkluderes hvilke regler der har forrang.

AB92

AB92 er et sæt almindelige betingelser, der regulerer forholdet mellem parterne ved indgåelse af aftale om entreprise.⁴⁴ AB92 anvendes ofte ved større byggerier og vil ofte blive anvendt, hvor det offentlige udbyder sådanne. Der kan aftales afvigelser fra AB92, hvis disse fremgår tydeligt. Disse afvigelser kan eksempelvis være oplyst som særlige betingelser.

AB92 § 14 regulerer ændringer i arbejdet. Dette kunne være ændringer i en kontrakt indgået efter udbud, og bestemmelsen står da også i flere entrepriseaftaler indgået efter udbud.⁴⁵ AB92 § 14 stk. 1 beskriver, at bygherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har

⁴³ Orgalime er standardbetingelser som mange virksomheder i maskinindustrien anvender. Incoterms er standardaftaler i transport sektoren, mens NL og NLM er særlige nordiske standard vilkår for mekanisk og elektronisk udstyr.

⁴⁴ Finn Træff: Køb og salg af fast ejendom, 3 udgave, forlaget Thomson, side 49.

⁴⁵ Dette kan erfares ved at undersøge udbudsmaterialet fra offentlige udbud af entrepriser.

naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Bygherren kan endvidere, såfremt der er særlige forhold, lade en anden leverandør udføre dette arbejde. Ændringer der umiddelbart kan tillades i medfør af AB92 § 14 er vinterbyggeri, jordbund og grundvandsforhold samt ændringer på baggrund af uklarhederne i udbudsmaterialet. Det er altså som bekendt muligt for parterne at aftale at anvende AB92 i et samarbejde indgået efter udbud. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt AB92 udvider rammerne for at lave ændringer i kontrakten i forhold til de netop beskrevne rammer i afsnit 5.3, og hvorvidt reglerne i AB92 må vige for udbudsrettens regler om kontraktændringer, såfremt reglerne er modstridende.

Som beskrevet ovenfor kan der jævnfør AB92 § 14 foretages ændringer i arbejdets art og omfang når ændringen har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Der stilles ikke i hjemlen krav til ændringens størrelsesomfang eller øvrige retningslinjer for, hvad ændringer kan indeholde. Reglen i AB92 § 14 forekommer derfor mere lempelig end reglerne i udbudsretten, hvilket er i overensstemmelse med de forudgående beskrivelser af kontraktsretten som mere lempelig end udbudsretten. Udbudslovens regler har forrang i forhold til AB92, da udbudsloven udspringer af et EU-direktiv. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt ordregiver kan komme dette i møde ved at vedlægge AB92 til udbudsmaterialet og derved opfylde udbudslovens § 179 vedrørende oplysninger om mulige ændringer i kontraktens levetid. Som beskrevet i opgavens beskrivelse af lovens § 179 ovenfor forekommer dette ikke at være tilfældet, da vedlæggelse af AB92 ikke umiddelbart er en klar og præcis og entydig forudsigelse.

FIDIC

FIDIC står for Federation Internationale des Ingenieurs – Conseils og regulerer entrepriser som AB92, men med et internationalt udgangspunkt. FIDIC repræsenterer organisationer i over 100 lande. Et af FIDICs erklærede formål er at sikre ens vilkår for tilbudsgivere i en udbudsproces. Dette betyder ikke nødvendigvis et EU-udbud, men kunne også være en konkurrenceudsættelse i et land udenfor EU.⁴⁶ I modsætning til AB92 er FIDIC ikke et ”agreed document”.⁴⁷ Der bliver i denne korte analyse af mulighederne for ændring af kontrakt i FIDIC taget udgangspunkt i ”Red

46 I 1999 gennemgår FIDIC's standardkontrakter en markant revision, og den nye regnbue kommer herefter til at bestå af reviderede udgaver af de allerede kendte Red Book og Yellow Book samt to helt nye standardvilkår i form af Silver Book og Green Book. Da hver standardkontrakt har sin farve, får de betegnelsen FIDIC's New Rainbow of Contracts.

47 Dette betyder at standardaftalen ikke som med et agreed document er vedtaget mellem modstående parter – eksempelvis brancheorganisationer.

Book” da denne i sin form kommer tættest på AB92. FIDECs Red Book behandler ændringer og variationer af kontrakten i afsnit 13 – ”Variations and adjustments”.⁴⁸ Særligt afsnit 13.1 beskriver, at såfremt parterne er enige, kan der laves gennemgribende ændringer. Konklusionen vedrørende ændringsmuligheder i FIDIC i forhold til udbudsloven er den samme som i AB92, at vedlæggelse af FIDIC ikke kan udvide rammerne for ændringer i kontrakten.

CISG

CISG er en forkortelse for United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. CISG er ratificeret af en lang række lande herunder Danmark ved bekg. Nr. 60 af 14. juni 1990.⁴⁹ Den offentlige part kan i udbudsmaterialet skrive sig ud af CISG ved at beskrive, at CISG ikke er gældende i det respektive samarbejde. Art. 29.1 i CISG bestemmer, at en kontrakt kan blive ændret eller bragt til ophør af parterne. Som ovenfor er denne bestemmelse om end meget bred og vil ikke kunne udvide rammerne.

5.5 Sanktioner ved overtrædelse af udbudsrettens forbud mod ændringer

Såfremt en ordregiver skulle overtræde de ovenfor beskrevne bestemmelser og/eller principperne beskrevet i afsnit 5.2 kan dette medføre en ny udbudsprocedure eller et erstatningsansvar.⁵⁰ Det vil normalt være de forbigåede tilbudsgivere eller tilbudsgivere der har valgt ikke at byde på kontrakten, der kan betegnes som skadeslidte, og som vil være interesseret i at søge oprejsning. Denne oprejsning kunne søges igennem eksempelvis erstatning, annullering af udbuddet eller som nuværende kontraktavers søgsmål på baggrund af ordregivers ophævelse af kontrakten. I det følgende tages der udgangspunkt i erstatning udenfor kontrakt, altså hvor det ikke er kontraktparten der søger erstatning på baggrund af misligholdelse af kontrakten med den offentlige part, men forbigåede tilbudsgivere der ikke vandt kontrakten og derfor ikke har noget umiddelbart kontraktforhold med den offentlige part. Årsagen til dette er dels, at det forekommer relevant i opgavens kontekst, dels at såfremt kravet vedrører et tab fra kontraktaver og dermed er et krav indenfor kontrakt, er det udenfor Klagenævnets kompetence overhovedet at behandle dette.

⁴⁸ FIDIC Red Book 1999, side 36.

⁴⁹ Lars Hedegaard Kristensen, Anne-Dorte Bruun Nielsen og Torsten Iversen: Lærebog i dansk og international køberet, 4 udgave, jurist og økonomiforbundets forlag, 2011, side 238.

⁵⁰ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2016, side 659.

Håndhævelseslovens § 17 stk. 1 nr. 1 beskriver, at en kontrakt der omfattes af Direktivet skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse. En ændring af kontrakten der ikke er i overensstemmelse med udbudsretten skal anses som indgåelse af en ny kontrakt og vil derfor være omfattet af håndhævelseslovens § 17 stk. 1, nr. 1. Håndhævelsesloven kan i en vis udstrækning kommes i møde ved ordregivers indgåelse af en profylakse bekendtgørelse før ændringen foretages. I en nylig afgørelse fra Klagenævnet, 4. maj 2016, j.nr. 2015-6946 CGI mod Moderniseringsstyrelse slår Klagenævnet dog fast, at det ikke er nok alene at udstede en profylaksebekendtgørelse. Ordregivers vurdering i henhold til håndhævelseslovens § 4 og særligt § 4 stk. 1 nr. 3 må derfor kræve, at ordregiver laver en grundig vurdering af, hvorvidt blandt andet § 4 stk. 1 nr. 3 er opfyldt.

I enhver erstatningsretlig sammenhæng er det en betingelse for at ifalde pligt til at udrede erstatning at der foreligger et ansvarsgrundlag. Dette gælder ligeledes i erstatningssager med relation til udbudsforretninger, hvor ordregiver har overtrådt udbudsreglerne.⁵¹ Der er ikke meget hjælp at hente i de materielle udbudsregler, når det drejer sig om erstatning og ansvarsgrundlag for ordregiver, og udgangspunktet må være de almindelige erstatningsretlige regler.

6. Delkonklusion

Der er ovenfor redegjort for de væsentligste udbudsretlige principper. Efterfølgende er de udbudsretlige rammer for ændringer i kontrakter indgået efter udbud præciseret og divergenser i forhold til eventuelt vedlagte standardaftaler er beskrevet.

Konklusionen på ovenstående er, at der findes regler for ændringer af kontrakter indgået efter udbud, og at disse regler nu er beskrevet i udbudslovens §§ 178-184. Hovedreglen er, at der ved grundlæggende ændringer i kontrakten er tale om indgåelse af en ny kontrakt, som skal i udbud.

Der findes visse undtagelser, som ligeledes er beskrevet i afsnit 5.3. I beskrivelsen ovenfor er der særligt fokus på udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 og 2, hvor ændringerne ville medføre en anden

⁵¹ Torkil Høg: Udbudsretlige erstatningsspørgsmål, Jurist- og Økonomforbundets forlag, side 85.

tildeling eller en forskubbelse af den økonomiske balance til fordel for kontraktbæver. Disse bestemmelser er centrale i en analyse af rammerne for ordregivers accept af kontraktbævers misligholdelse.

Da opgavens problemformulering omhandler, hvorvidt ordregivers accept af kontraktbævers misligholdelse kan betegnes som en grundlæggende ændring af kontrakten, vil kontraktsretten og herunder de almindelige obligationsretlige regler i forbindelse med kontraktbævers eventuelle misligholdelse af kontrakten efterfølgende blive beskrevet.

Hvorledes ordregiver kan agere indenfor disse rammer, samt hvorvidt samfundsmæssige hensyn i øvrigt kan indgå som undtagelser til disse rammer, analyseres i det følgende, hvor der ligeledes inddrages en aktuel verserende sag, ligesom der opstilles fiktive eksempler til illustration og understøttelse af de fremkomne konklusioner.

7. Kontraktsretten

I Danmark er der kontraktfrihed. Dette betyder, at enkeltpersoner og virksomheder frit kan indgå aftaler på de vilkår, de ønsker. Disse aftaler er retligt bindende.⁵² Kontrakten skal naturligvis være gyldig, og der findes særregler, særligt indenfor forbrugerretten, som er præceptive. Hovedreglen er dog kontraktfrihed. Kontraktfriheden er et vigtigt middel for virksomheder til at udnytte handlefriheden og til at indgå de bedst mulige kontrakter. En udstrakt kontraktfrihed er et naturligt led i en markedsøkonomi med fri konkurrence og kan derfor også være understøttende for den frie konkurrence i EU.⁵³

Den almindelige kontraktsret omfatter de regler der vedrører indgåelse, gyldighed og forståelse (fortolkning og udfyldning) af kontrakter. Kontraktsretten angår forholdet mellem parterne og gælder for såvel kontrakter indgået af private som kontrakter indgået af det offentlige.⁵⁴ Det er

⁵² Aftaler og mellemmand, 5 udgave, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen side 22.

⁵³ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen, Anders Ørgaard: Almindelig kontraktsret, 5 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, side 18.

⁵⁴ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen, Anders Ørgaard: Almindelig kontraktsret, 5 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, side 20.

således kontraktsretten og ikke udbudsretten, der skal regulere kontraktforholdet mellem parterne når det kommer til de kontraktsretlige spørgsmål.

I kendelse fra Klagenævnet for Udbud, af 3. november 2011 Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet-SINE sekretariatet, udtaler Klagenævnet, at udbudsretten ikke regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktsretlige spørgsmål. Dette gælder også spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser, herunder spørgsmålet om hævebeføjelser og et dertil knyttet hæveopgør. Klagenævnet bemærker, at disse spørgsmål reguleres af de almindelige obligationsretlige regler, herunder aftaleretten og kontraktsretten og naturligvis selve den indgående kontrakt. Dette bekræfter ovenstående og er i øvrigt i overensstemmelse med Lise Reuss Muffs artikel om rækkevidden af Klagenævnets kompetence.⁵⁵ Det ligger således som udgangspunkt udenfor Klagenævnets kompetence at tage stilling til, hvorvidt en kontrakt er misligholdt eller ej. Dette skal afgøres af de nationale domstole og i henhold til kontraktsretten.

En helt central udfordring i henhold til opgavens problemformulering er som følge heraf, hvorvidt der er tale om en misligholdelse i kontraktsretlig forstand, og herefter om det er ordregivers pligt at sanktionere denne misligholdelse for at overholde reglerne i udbudsretten. I naturlig forlængelse heraf hvorvidt ordregiver, ved ikke at anvende de respektive sanktionsmuligheder, forbryder sig imod reglerne i udbudsretten.

Det forekommer umiddelbart rigtigt, at det ikke er udbudsretten, der regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktsretlige spørgsmål, og at en analyse af en eventuel misligholdelse og konsekvenserne af denne skal tage udgangspunkt i kontraktsretten. Årsagen til dette er, at det aldrig har været formålet med udbudsretten, at denne skulle regulere det kontraktsretlige inter partes forhold.

Udfordringen i forlængelse heraf er dog, at kontraktsretten for det første som udgangspunkt er deklaratorisk og ofte indeholder kontraktklausuler, som ordregivers jurister selv har forfattet, og for det andet og i opgavens kontekst særligt relevante, at kontraktsrettens udfald kan have direkte

⁵⁵ Lise Reuss Muff, advokat (L) kammeradvokaten: Når aftaleretten tager over – rækkevidden af klagenævnets kompetence side 1.

indflydelse på mulighederne i udbudsretten. Denne indflydelse er afgørende for, hvorvidt der udbudsretligt er tale om en grundlæggende ændring af kontrakten eller ej. Det forekommer således vanskeligt fuldstændigt at adskille de to forskellige regelsæt fra hinanden. Det er dog væsentligt, at disse ikke sammenblandes, og at ordregivers fremgangsmåde vedrørende en eventuel accept af kontraktavers misligholdelse er i overensstemmelse med rammerne i begge regelsæt. En analyse af, hvorledes ordregiver kan sikre, at ordregiver anvender den rette fremgangsmåde vil blive foretaget i det følgende.

Fra udbud til kontrakt

Når en udbudsforretning er afsluttet, vil kontrakten blive underskrevet af parterne. Kontrakten vil i sit udkast allerede i forbindelse med udsendelsen af udbudsmaterialet være vedlagt sammen med det øvrige materiale, så de interesserede tilbudsgivere kan vurdere denne. Kontraktudkastet indeholder flere elementer, som tilbudsgiver vil studere nøje. Tilbudsgiver kan vurdere, at disse elementer fra kontraktudkastet skal kapitaliseres i tilbudsgivers prisfastsættelse. Disse elementer kunne eksempelvis være bodsbestemmelser, misligholdelsessanktioner, definitioner på væsentlig misligholdelse, force majeure klausuler der adskiller sig fra sædvane, værneting, ensidige opsigelsesklausuler med videre. Bestemmelserne kan enten tage udgangspunkt i sædvane på området, eller ordregiver kan selv have formuleret bestemmelsen. Er bestemmelsen uklar kan den ved fortolkning udfyldes af den almindelige obligationsret.

Vurderer tilbudsgiver, at kapitalisering af disse elementer er nødvendig, vil det medføre, at den tilbudte pris bliver højere, og at tilbudsgiverens konkurrencedygtighed tilsvarende vil falde. Dette tab af konkurrenceevne er særligt relevant i forhold til øvrige tilbudsgivere der vælger *ikke* at kapitalisere de samme elementer fra kontraktudkastet. Kapitalisering af elementer fra kontrakten er yderligere beskrevet nedenfor i afsnit 8.1.

Efter underskrivelse af kontrakten er det kontrakten, der er parternes primære samarbejdsdokument. Det er således ikke længere udbudsmaterialet, der definerer parternes samarbejdsrelation. Udbudsmateriale såvel som spørgsmål/svar og rettelsesbreve indgår dog stadig i den endelige kontrakt dog ofte med en prioriteret rækkefølge, således at selve kontrakten ved uoverensstemmelser har forrang.

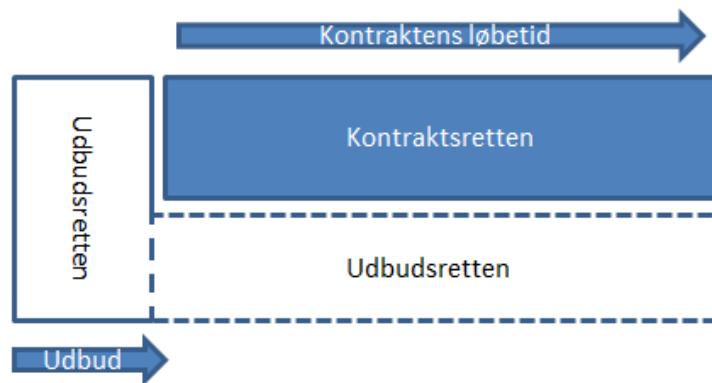
At relationen mellem parterne skifter fra at være defineret af udbudsretten til primært at være defineret af kontraktsretten kan have stor praktisk betydning for samarbejdet og fleksibiliteten i dette. Mens udbudsretten, som beskrevet tidligere, er kendetegnet ved formelle regler, forekommer kontraktsretten mere fleksibel. Eksempelvis vil et tilbud der ikke opfylder alle mindstekrav og formalia i en udbudsforretning blive kendt ”ikke konditionsmæssigt” og kasseret.⁵⁶ Dette uagtet, at netop dette tilbud måske var det billigste/bedste. Udbudsforretningen er generelt omgivet af frister og formalia, der skal overholdes. På trods af at grundprincipperne fra udbudsretten stadig er aktuelle i kontraktens løbetid, forekommer det ikke i praksis, at disse altid varetages. Parternes fokus ændres derfor ofte og er naturligt mere på samarbejdet mellem parterne, og hvorledes dette forløber gnidningsløst.

Når samarbejdet er i gang, er der således øvrige hensyn, der spiller ind på kontraktforholdet og på hvilke håndtag fra kontraktsretten, som ordregiver ønsker at dreje på. Et håndtag fra kontraktsretten kunne eksempelvis være foretagelse af ændringer i kontrakten samt en mere nuanceret vurdering af sanktionsmulighederne og hensigtsmæssigheden af disse ved kontraktavers misligholdelse af kontrakten. Der kan ligeledes være andre hensyn som samfundsøkonomi, udvikling, ydelsens politiske bevågenhed og partnerskabet, der nu spiller en anden og mere central rolle. Det er naturligt, ligesom i enhver anden kontrakt, at parterne ønsker det bedst mulige samarbejde og resultat.

I mere komplekse kontrakter vil parterne naturligt løbende have endnu flere behov for at afstemme samarbejdet og lave visse justeringer. Der er ikke noget i kontraktsretten, der forhindrer, at parterne laver ændringer i aftalen, såfremt de er enige om ændringerne. Med det nye Direktiv og udbudsloven er der, som beskrevet ovenfor i afsnit 5.3, implementeret artikel og paragraffer, der skal danne rammerne for, hvor langt parterne udbudsretligt kan gå i netop de ovenfor beskrevne justeringer af samarbejdet.

⁵⁶ En mulig opblødning er implementeret med det såkaldte ESPD-dokument. ESPD er en egenerklæring fra økonomiske aktører som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand. ESPD skal blandt andet være med til at sikre, at en tilbudsgiver ikke bliver kasseret på baggrund af eksempelvis en forglemmelse eller en fejludfyldning i de formelle dokumenter.

Figur 2:⁵⁷



Figuren viser sammenspiilet mellem kontraktsretten og udbudsretten i kontraktens løbetid. Under selve udbudsforretningen vil det være udbudsretten, der er den dominerende, mens kontraktsretten tager over i kontraktens løbetid. Det er dog væsentligt at bemærke, at udbudsretten altid vil være en bagvedliggende faktor og i øvrigt har forrang.

7.1 Den kontraktsretlige misligholdelse i en udbudskontrakt

I det følgende analyseres et væsentligt element i opgavens problemstilling, hvorledes ordregiver, jævnfør figuren ovenfor, skal forholde sig til en kontraktsretlig misligholdelse i en udbudskontrakt. En kontraktsretlig misligholdelse er afhængig af, at der er en aftale mellem parterne, og at den ene part ikke har levet op til denne aftale. Da problemstillingen omhandler ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse, vil den part der ikke har levet op til aftalen i det følgende være kontraktaver. I forbindelse med en kontrakt indgået efter en udbudsforretning kunne det eksempelvis være, at kontraktaver har leveret en mangelfuld vare, at tjenesteydelsen ikke er kontraktmæssig med videre. Her adskiller misligholdelse sig ikke fra, hvad der er gældende i alle andre kontraktforhold, blot fordi det er en kontrakt indgået efter udbud.

I kontraktforholdet har ordregiver mulighed for at kræve naturalopfyldelse, afhjælpning eller omlevering, at aftaleforholdet ophæves eller en økonomisk kompensation.⁵⁸ Til ordregivers forskellige reaktionsmuligheder er knyttet visse retningslinjer fra retssystemet i almindelighed.

⁵⁷ Figuren er fremkommet af egen drift.

⁵⁸ Joseph Lookofsky: Køb Dansk og indenlandsk købsret, 2 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 125.

Eksempelvis kræver en ophævelse af kontrakten, at kontraktbider er i væsentlig misligholdelse, da en ophævelse af kontrakten kan have store konsekvenser for parterne. Ligeledes kræver erstatning, at der foreligger en hjemmel som et ansvarsgrundlag. Det er væsentligt i forlængelse heraf at bemærke, at der som beskrevet er aftalefrihed, og at parterne derfor kan have aftalt varianter af eksempelvis den sædvanlige forståelse af væsentlig misligholdelse. Det er ikke usædvanligt, at ordregiver har formuleret strengere bestemmelser for, hvad der normalt vil betegnes som væsentlig misligholdelse i udbudsmaterialets kontraktudkast. Dette kunne eksempelvis være som en positiv opremsning, således at kontrakten bestemmer, hvad der med sikkerhed defineres som væsentlig misligholdelse.

Tilsvarende gør sig gældende i de øvrige juridiske klausuler, der har relation til misligholdelse. I stedet for at ordregiver eksempelvis henviser til de almindelige regler for force majeure eller købelovens § 24, definerer ordregiver ofte selv force majeure klausulen i kontraktudkastet ud fra kontraktens formål. Dette medfører ligeledes, at grænserne for hvad der er kontraktsretligt er misligholdelse kan rykkes.

Det første ordregiver således skal foretages sig, før ordregiver kan tage stilling til om ordregivers accept er en grundlæggende ændring, er at finde ud af om kontrakten overhovedet er misligholdt jævnfør kontrakten og de almindelige obligationsretlige regler.

7.2 Hvornår er kontrakten misligholdt

For at kunne tage stilling til om en kontrakt er misligholdt, må der først foreligge en gyldig aftale. Manglende opfyldelse af en aftalefordring er kontraktbrud, og ordregiver vil få en eller flere beføjelser jævnfør afsnittet ovenfor. Kontraktbider behøver ikke at have begået fejl eller forsømmelser, men misligholdelse kan være betegnelse for enhver ikke-opfyldelse af kontrakten.⁵⁹ For at finde frem til, hvorvidt kontrakten efter de obligationsretlige regler er misligholdt, må der tages udgangspunkt i det der er aftalt mellem parterne. Herefter må det konkluderes, hvorvidt misligholdelsen er væsentlig, og hvilke sanktioner der, jævnfør kontrakten eller ved udfyldelsen af denne, kan bringes i spil. I et almindeligt kontraktforhold vil ordregiver have valgfrihed

59 Bernhard Gomard: Obligations ret, 2 del, 4 udgave, jurist og økonomiforbundets forlag, side 30.

vedrørende om ordregiver ønsker at gøre de eventuelt tilknyttede sanktioner gældende eller ej. Udbudsretligt er spørgsmålet mere kompliceret, og valgfriheden er ikke umiddelbart den samme. Udbudsretten og kontraktsretten har, på trods af deres forskelligheder, dog flere grænseflader hvor eksempelvis den kontraktsretlige vurdering har direkte indflydelse på udfaldet i udbudsretten.

I udbudsretlig sammenhæng er det naturligvis relevant, at kontrakten er misligholdt, men nu også relevant hvorvidt ordregiver overhovedet har et valg med hensyn til sanktionsbestemmelserne, herunder om ordregiver kan acceptere kontraktavers misligholdelse og i forlængelse heraf, om denne accept er en grundlæggende ændring af kontrakten jævnfør udbudsretten. For at finde ud af dette er ordregiver nødt til at vurdere om accept af misligholdelse vil være en grundlæggende ændring af kontrakten jævnfør udbudsretten.

8. Hvornår er accept af misligholdelse en grundlæggende ændring af kontrakten

I afsnit 5.3 er der redegjort for rammerne for ændringer i en kontrakt indgået ved udbud. Herefter er kontraktsrettens grænseflade mod udbudsretten kort beskrevet og eksempler fra standardaftaler, hvor udbudsretten og kontraktsretten har forskellig tilgang til området for ændringer af en kontrakt, er beskrevet. Ligeledes er det beskrevet, hvornår en aftale kontraktsretligt er misligholdt. Spørgsmålet er herefter, hvornår ordregivers accept af denne misligholdelse udbudsretligt kan betegnes som grundlæggende, og hvorledes dette skal opgøres. Som beskrevet hører det ikke under Klagenævnets kompetence og indenfor udbudsretten at behandle parternes kontraktuelle inter partes forhold. Herunder er det ikke Klagenævnets kompetence at behandle, hvorvidt kontraktparterne skal tåle ændringer i kontraktens ydelse eksempelvis ved misligholdelse af kontrakten.⁶⁰

Hele genstanden for dette speciale er *dog* netop en undtagelsen til dette, altså hvor accept af misligholdelsen *er* en ændring i kontrakten, der er udbudsstridig, altså udenfor rammerne beskrevet i afsnit 5.3. I dette tilfælde har Klagenævnet netop kompetence, og udbudsloven er gældende, da tilfældet nu falder indenfor rammerne i udbudslovens §§ 178-184. Årsagen skal findes i, at forhold vedrørende *grundlæggende* ændringer i kontrakten relaterer sig til den *oprindeligt* udbudte kontrakt

60 Lise Reuss Muff, advokat (L) kammeradvokaten: Når aftaleretten tager over – rækkevidden af klagenævnets kompetence side 2.

med tilhørende udbudsmateriale og derved peger på udbudsretten og ikke parternes inter partes forhold.

Udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 - 4 oplister som bekendt eksempler på tilfælde, hvor en ændring altid vil være grundlæggende. I oplistningen er det naturligtvis ikke muligt at beskrive samtlige situationer, hvor en ændring kan medføre en annullering af udbuddet, da eksempelvis 178 stk. 2. nr. 1 ligger op til et skøn (en værdiansættelse) og en bredere fortolkning.

I en analyse af, hvorvidt kontraktavers misligholdelse er grundlæggende, og derved om ordregiver er nødsaget til at sanktionere denne, skal ordregiver derfor holde misligholdelsen op imod udbudslovens bestemmelser fra afsnit 5.3.1.2. For at lave en korrekt analyse af misligholdelsens grundlæggende betydning i henhold til udbudslovens regler, vil det være nødvendigt at forholde sig til misligholdelsens betydning for en gennemsnitlig tilbudsgiver i netop det respektive udbud; herunder særligt hvorledes en sådan tilbudsgiver ville have forholdt sig, såfremt sanktionsmuligheden indledningsvist ikke eksisterede. I det følgende analyseres, på baggrund heraf, tilbudsgivers analyse og kapitalisering af et udbudsmateriale.

En tilbudsgiver vil tage stilling til det materiale, som ordregiver har fremlagt og ud fra dette beslutte sig for den tilbudte kvalitet og pris. Den professionelle tilbudsgiver vil læse materialet meget nøje og kapitalisere ethvert nødvendigt forhold. Således vil det vedlagte kontraktudkast blive vurderet på risiko og compliance, ligesom de oplistede krav vil blive vurderet i forholdt til investeringer og kompetencer.

På baggrund af ovenstående, og til brug for ordregivers vurdering af misligholdelsens grundlæggende karakter, analyseres nedenfor, hvorledes en tilbudsgiver kunne vurdere et udbudsmateriale med fokus på, at tilbudsgiveren vil kapitalisere materialets risici.

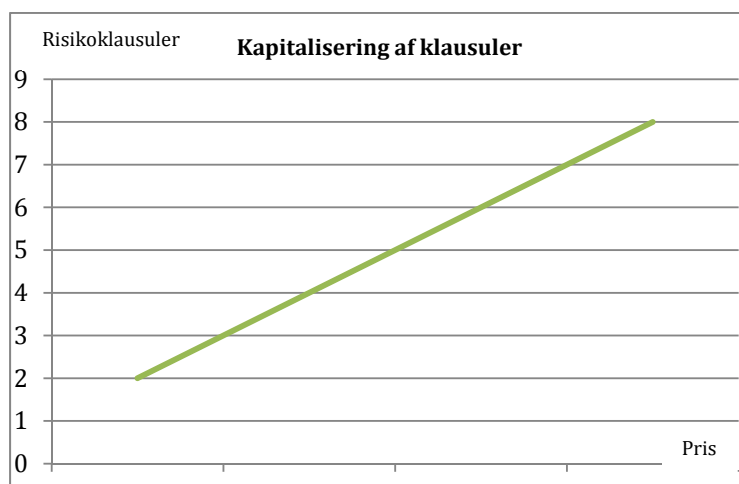
8.1 Tilbudsgivers vurdering af et udbudsmateriale og kapitalisering af dette

Et udbudsmateriale består ofte af en bekendtgørelse, et udbudsmateriale med en kravspecifikation, diverse bilag samt et udkast på kontrakt. Den professionelle tilbudsgiver foretager, som beskrevet,

en grundig gennemgang af udbudsmaterialet. Denne gennemgang danner grundlag for en kalkulation på en tilbudt pris, en kvalitetsbeskrivelse samt en række spørgsmål, som tilbudsgiveren vil stille ordregiver i udbudsprocessen. Nedenfor vil udbudsmaterialets kravspecifikation samt udbudsmaterialets kontraktudkast fremhæves, da det ofte vil være disse dokumenter, der senere i kontraktens levetid vil være genstand for kontraktavers misligholdelse af kontrakten.

Værdiansættelse af klausulerne i materialet danner baggrund for det skøn, der jævnfør konklusionen på denne opgave bør laves i forbindelse med udmåling af, hvorvidt ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse er en grundlæggende ændring jævnfør udbudsloven.

Figur 3⁶¹:



Den professionelle tilbudsgiver kan være nødsaget til at kapitalisere risikofyldte klausuler fra kontrakten, hvor tilbudsgiveren har risiko for at ifalde misligholdelse. Derved øges den tilbudte pris. Hvis de øvrige tilbudsgivere ikke gør det samme, taber tilbudsgiveren konkurrencedygtighed.

8.1.1 Udbudsmaterialets kravspecifikation

Kontraktgenstanden, specifikationer af krav samt betingelser til denne er af afgørende betydning for, at samarbejdet mellem ordregiver og kontraktaver bliver godt. Disse beskrivelser må således være af stor interesse for ordregiver, da de er med til at sikre, at ordregiver får den ønskede ydelse.⁶²

Ordregiver har i forhold til udbudsreglerne en høj frihedsgrad til fastlæggelse af, hvorledes det overordnede formål med udbuddet skal varetages, samt til at fastlægge kravene til anskaffelsens

⁶¹ Figuren er fremkommet af egen drift.

⁶² Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, side 317.

egenskaber. Det forekommer naturligt, at jo mere præcist en ordregiver kan beskrive de respektive krav til ydelsen i det indledende materiale, jo større muligheder er der for at få såvel den rigtige ydelse som den rigtige pris.

I udbudsmaterialet vil der på forhånd være fastlagt såkaldte minimumskrav. Disse minimumskrav er af ordregiver fastsat for den kvalitative vurdering af tilbudsgivernes egnethed.⁶³ En tilbudsgiver der ikke opfylder minimumskravene vil blive erklæret ”ikke konditionsræssig” og vil dermed være ude af konkurrencen om kontrakten. Et minimumskrav kan være af økonomisk eller teknisk karakter og defineres i princippet frit af ordregiver. Det er dog værd at bemærke, at strenge eller mange minimumskrav ofte vil indsnævre feltet af tilbudsgivere. I sammenhæng med analysen af, hvorvidt en accept af kontraktavers misligholdelse er en grundlæggende ændring af kontrakten, kan mindstekravene sandsynligvis spille en rolle. Sondringen mellem mindstekrav og øvrige krav vil dog ikke være genstand for yderligere analyse jævnfør opgavens omfang. Der er i udbudsretten ingen tvivl om, at såfremt tilbudsgiver ikke i sit tilbud overholder de fastsatte minimumskrav er tilbudsgiveren ”ikke konditionsræssig”.

Som beskrevet i afsnit 4 vedrørende opgavens metode, vil der i de følgende afsnit inddrages tre eksempler til illustration af nogle af de problemstillinger, der kan opstå, i forbindelse med ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse. Eksemplerne tager udgangspunkt i den samme branche og omhandler henholdsvis krav, SLA og samfundsøkonomiske hensyn samt bod.

Eksempel 1: Kapitalisering og analyse af krav i udbudsmaterialet

Lad os antage, at der i udbudsmaterialet eksempelvis er opsat et teknisk krav om en indtrædehøjde i et køretøj på 50 cm. Den vindende tilbudsgiver har accepteret dette i sit tilbud, har vundet udbuddet og kontrakten er i drift. Efter en periode, med et ellers tilfredsstillende samarbejde, opdager ordregiver, at kontraktavers køretøjer har en anden indtrædeshøjde end de 50 cm.

Kontraktaveren leverer dermed ikke den bestilte ydelse og er jævnfør kontraktsretten umiddelbart i misligholdelse. Kontraktaver har misligholdt kontrakten, og ordregiver har i henhold til købeloven nu forskellige sanktionsmuligheder. Den professionelle tilbudsgiver vil i sit tilbud forsøge at

⁶³ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, side 485.

imødekomme risici fra udbudsmaterialets kravspecifikation, således at denne i ovennævnte eksempel ville indkøbe korrekte og måske dyrere køretøjer eller indlægge en forøgelse af prisen til betaling af eventuel bod eller erstatning. Kontrakthaver har dermed, såfremt ordregiver accepterer kontraktavers mangelfulde leverance/ydelse, opnået en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere. For at finde frem til, hvorvidt denne fordel er en grundlæggende ændring af kontrakten, må ordregiver analysere fordelens betydning for den samlede kontrakt og holde dette op i mod udbudslovens regler i §§ 178 – 184. Et andet væsentligt element fra materialet som kan kapitaliseres, er udbudsmaterialets kontraktudkast, da dette som beskrevet, vil blive det primære samarbejdsdokument efter kontraktens underskrivelse.

8.1.2 Udbudsmaterialets kontraktudkast

Ved udbudsmaterialet vil der være vedlagt et udkast på den kontrakt, der senere bliver indgået med den vindende tilbudsgiver. I praksis anvendes dette udkast normalt i sin helhed med implementering af eventuelle spørgsmål/svar, rettelsesblade og navn på kontrakthaver. Kontrakten mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver fastlægger parternes ydelser, gensidige forpligtelser og rettigheder, samarbejdselementer, værneting, prisregulering, misligholdelsesbeføjelser, bod med videre. Ordregiver kan i princippet, som beskrevet i afsnit 7, skrive, hvad ordregiver ønsker i kontrakten inden for de almindelige obligationsretliges grænser, og det er udelukkende ordregivers erfaring, der sætter grænserne for, hvad der kan stå i denne.⁶⁴

Det er væsentligt at bemærke, at ordregiver, som beskrevet, ikke selv kan vælge, hvem ordregiver ønsker at kontrahere med. Dermed er den almindelige kontraktforhandling, og det respektive styrkeforhold sat ud af spil. Der er altså ikke, ud over spørgsmål/svarprocessen, i et klassisk EU-udbud, nogen mulighed for, at tilbudsgiver kan forhandle de enkelte bestemmelser i kontrakten. Tilbudsgiver må derfor alene forholde sig til udbudsmaterialet og til de mulige ændringer, der kan opstå i løbet af udbudsprocessen og derudfra tage stilling til kontraktens risici og den eventuelle kapitalisering af disse.

⁶⁴ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, side 330.

En tilbudsgiver er på baggrund af ovenstående nødsaget til at indregne forskellige risikofaktorer fra kontraktudkastet i sit tilbud, da tilbudsgiver som udgangspunkt ikke kan forhandle sig ud af disse. En professionel tilbudsgiver vil derfor gennemgå hver eneste klausul i kontraktudkastet og indregne eventuelle risici i prisen. De fleste risici kan og bør kapitaliseres som det yderligere beskrives nedenfor.

En anden risikofaktor som tilbudsgiver kan kapitalisere er hvad ordregiver eksempelvis definerer som væsentlig misligholdelse, der kan føre til ophævelse af kontrakten, og hvor stor sandsynligheden er for, at netop den respektive tilbudsgiver ifalder denne kan eksempelvis have betydning for tilbudsgivers afskrivninger, men også for tilbudsgivers værdiansættelse af eksempelvis scrapværdi og gensalgsmuligheder på eventuelt materiel i kontrakten. Har ordregiver hårde og ensidige bestemmelser om ophævelse, således at ordregiver nemt kan forlade kontrakten, og er disse tilmed ensidige, kan dette naturligt medføre, at tilbudsgiver vil indregne en højere pris for at tage højde for dette. Tilbudsgiver gør dette, som ved risiko for opsigelse af kontrakten, for at tage højde for eventuelle tabte afskrivninger og investeringer og inkluderer dette i kontraktens samlede risikobillede. Samtidig kan dette i øvrigt svække tilbudsgivers lyst til udvikling og innovation.

Ordregiver kan ligeledes have defineret force majeure anderledes end sædvanen på området. Sædvanen kunne eksempelvis være købelovens § 24 eller branchesædvane. Ordregiver kan have defineret force majeure med en særlig risiko for tilbudsgiver indenfor tilbudsgivers erhverv. Dette kan skabe stor usikkerhed for tilbudsgiver, da ordregiver ved dette, og ved at prøve at skabe leveringssikkerhed for ordregiver, kan skabe usikkerhed vedrørende kontraktens fremtidige indtjening, og hvorvidt tilbudsgiver i en umulig situation vil ifalde misligholdelse eller endnu værre bod. Et eksempel kunne igen, for at holde os inden for den samme branche, være et udbud af vognmandskørsel. Tilbudsgiver er vognmand og ordregiver har i kontraktudkastet defineret ekstremt vejrlig, eksempelvis hvor politiet fraråder udkørsel, som *ikke* force majeure og dermed som normal kontraktdrift. Såfremt tilbudsgiver skal acceptere en sådan klausul, og den risiko der er forbundet hermed i en kontrakt, og kunne forsvare dette overfor sine interessenter, vil tilbudsgiver ofte være nødsaget til at tage en højere pris som et risikotillæg. Vurderer tilbudsgiveren risikoen som særligt høj, kan tilbudsgiveren i nogle tilfælde helt undlade at byde på kontrakten. En

usædvanlig force majeure bestemmelse kan således kapitaliseres, og bør blive kapitaliseret ud fra tilbudsgivers vurdering af ordregivers sanktionsmuligheder.

Figur 4⁶⁵:



Kapitalisering af risici:

Den professionelle tilbudsgiver bør kapitalisere kontraktens forskellige klausuler, eksempelvis som et risikotillæg pålagt den tilbudte pris. Figuren viser eksempler på disse.

Ovenstående analyse af tilbudsgivers kapitalisering af materialets risici er væsentlig, da ordregiver bør tage dette i betragtning, når ordregiver vurderer, hvorvidt ordregivers eventuelle accept af kontraktavers misligholdelse er en grundlæggende ændring af kontrakten, og hvorvidt denne er indeholdt i udbudslovens undtagelsesbestemmelser. Ovenstående eksempler og beskrivelse af tilbudsgivers kapitalisering er medtaget til illustration af, at en ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse kan kapitaliseres, således at denne ændring vil kunne sammenlignes med en forøgelse af kontraktavers vederlag. Derved bør dette eksempelvis indgå i ordregivers vurdering af, hvorvidt ændringen forbryder sig imod eksempelvis udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1, og hvorvidt ændringer er indeholdt i undtagelserne. Nedenfor analyseres rammerne for netop dette skøn yderligere.

65 Figuren er fremkommet af egen drift.

8.2 Ordregivers skøn angående hvorvidt der *skal* eller *kan* sanktioneres

Analysen i det følgende omhandler, hvorvidt en ordregiver har ret eller pligt til at bringe de respektive sanktioner, beskrevet i kontrakten, i spil. I henhold til købeloven har ordregiver en ret til at anvende disse sanktionsmuligheder. Således kan ordregiver selv vurdere, hvorvidt det giver mening at sanktionere kontraktparten, da der kan være mange og gode årsager til ikke at sanktionere. Der kan eksempelvis være samfundsmæssige årsager (en værdispildsbetragtning) som i øvrigt beskrives i afsnit 9, et ellers godt og langvarigt samarbejde kan bringes i miskredit med negative økonomiske følger, ordregiver kan ønske ikke at skabe politisk forvirring omkring samarbejdet, området kan have stor opmærksomhed fra offentligheden, en ny udbudsproces kan være omkostningstung eller ordregiver kan være bange for kontraktthavers trusler om søgsmål ved ophævelse af kontrakten med videre.

Figur 5⁶⁶:

Ordregivers overvejelser:

Det er naturligt, at ordregiver gør sig nøje overvejelser vedrørende sanktionering af kontraktthaver. Dette gælder særligt i samfundskritiske kontrakter, i kontrakter med en meget høj omsætning, eller i kontrakter med et langvarigt og godt samarbejde.



Spørgsmålet er herefter, hvorvidt ordregiver, såfremt kontraktthaver ikke sanktioneres, foretager en grundlæggende ændring af kontrakten, som bør medføre annullering af kontrakten og foretagelse af et nyt udbud som beskrevet i afsnit 5.5 eller erstatning. I forlængelse heraf, hvorledes ordregiver kan foretage et eventuelt skøn.

⁶⁶ Figuren er fremkommet af egen drift.

Udbudsloven bestemmer i § 178 stk. 1, som beskrevet i afsnit 5.3.1.2, at ved en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt eller rammeaftale skal ordregiver gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med udbudsloven. § 178 stk. 2 beskriver, at en ændring ses som et grundlæggende element, når kontraktens karakter efter ændringen er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Med mindre andet følger af reglerne, anses en ændring altid for at være et grundlæggende element, når ordregiver jævnfør lovens § 178 stk. 2 nr. 1 indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller mulighed for at acceptere et andet tilbud eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsforretningen. Det er særligt dette, der påkalder sig opmærksomhed i lyset af problemformuleringen i dette speciale; at der ville være mulighed for at acceptere et andet tilbud. Dette uddybes i det følgende med inspiration fra afsnittet ovenfor om tilbudsgivers kapitalisering af udbudsmaterialet.

Er ordregivers accept af misligholdelsen indenfor rammerne af udbudsretten

Det er beskrevet, hvorledes den professionelle tilbudsgiver kapitaliserer de enkelte bestemmelser i udbudsmaterialet, herunder udkastet på kontrakten. Man kunne i den forbindelse, og med henvisning til udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1, argumentere for, at ordregiver ved at acceptere en tilbudsgivers misligholdelse indfører betingelser, som kunne have ført til et andet resultat af udbudsforretningen. Alternativt at den økonomiske balance flyttes til fordel for kontraktthaver jævnfør udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 2. Årsagen til dette skal findes i, at tilbudsgiver, som beskrevet, kan have kapitaliseret eksempelvis misligholdelsesklausulen, bodsbestemmelsen og øvrige risikofyldte klausuler og derved have pålagt den tilbudte pris et tillæg. Denne forøgelse af prisen ville have været unødvendig, såfremt den respektive tilbudsgiver havde vidst, at ordregiver ikke ville sanktionere eksempelvis misligholdelsen som beskrevet i kontraktudkastet. Havde tilbudsgiveren ikke tilført prisen dette tillæg, havde tilbudsgiveren måske vundet kontrakten. Dette medfører umiddelbart, at der jævnfør § 178 stk. 2 nr. 1 er indført betingelser (ved ordregivers passive adfærd), som ville have åbnet mulighed for at acceptere et andet tilbud, end det der blev antaget. Er dette tilfældet, er ændringerne grundlæggende og udbuddet skal annulleres, kontrakten opsiges og en ny udbudsprocedure skal foretages. Ordregiver skal altså foretage et skøn der blandt andet kan inkludere overvejelser i figur 5. I det følgende er et eksempel fremstillet til eksemplificering af den kompleksitet der kendetegner ordregivers skøn.

Eksempel 2: Kapitalisering og analyse af krav som servicemål og inddragelse af samfundsøkonomiske hensyn

Vi bliver i eksemplet i udbuddet af en kontrakt i vognmandsbranchen og bliver i antagelsen om, at ordregiver i dette udbud har fastsat indgangshøjden på et køretøj til 50 cm. Herudover udvides eksemplet til også at indeholde servicemål (SLA) såvel som elementer fra figur 5. I eksemplet kan den ene tilbudsgiver ikke via sin underleverandør skaffe et køretøj med den pågældende indgangshøjde til en konkurrencedygtig pris og vælger derfor ikke at afgive tilbud på opgaven (eller tilbudsgiveren byder ind med en højere pris på ydelsen, da køretøjet vil være omkostningstungt at anskaffe hos en anden leverandør). I kontraktudkastet er det endvidere beskrevet, at ordregiver har opstillet SLA for fremkomsttiden. Manglende overholdelse af fremkomsttiden betegnes som misligholdelse. Ordregiver vælger at indgå kontrakt med en, i evalueringsojemed, konditionsmæssig tilbudsgiver, der i sit tilbud beskriver den korrekte indgangshøjde og at tilbudsgiveren kan overholde de opstillede SLA.

Efter en længere periode med god og stabil drift, og inde i et i øvrigt godt samarbejde, opdager ordregiver at den vindende tilbudsgiver, som nu er kontraktpart i kontraktforholdet, anvender et køretøj med en indstigningshøjde på 55 cm. På grund af den øgede indgangshøjde er passagerene i langsommere om at komme ind i køretøjet og de respektive SLA bliver derfor heller ikke overholdt.

Ordregiver accepterer dette og gør ikke yderligere ved sagen grundet det ellers gode samarbejde, og med den begrundelse at indførelse af sanktioner, kan få stor betydning for samarbejdet med dårlig service til kundens borgere til følge. I øvrigt har offentligheden stort fokus på området. Havde der i udbudsmaterialet, i stedet for et krav på 50 cm, været et krav på 55 cm til indstigningshøjden, havde en af de forbigåede tilbudsgivere kunne afgive et konkurrencedygtigt og konditionsmæssigt tilbud og vundet kontrakten, da tilbudsgiverne lå meget tæt i den endelige evaluering. Den forbigåede tilbudsgiver kunne i øvrigt, med såvel en indstigningshøjde på 55 cm som på 50 cm, overholde de opstillede SLA, da tilbudsgiveren havde indkalkuleret flere køretøjer i sit tilbud.

Ordregiver står umiddelbart overfor flere udfordringer i eksemplet ovenfor. Kontrakthaver har ikke leveret i henhold til kontrakten på indstigningshøjde og er derved i misligholdelse. Kontrakthaver

misligholder desuden kontraktens SLA. Der er samfundsøkonomiske og politiske hensyn, som illustreret i figur 5, der taler for at beholde den nuværende leverandør. Hvad der bliver udfaldet af eksemplet overfor kræver en grundig analyse, men det er væsentligt i forbindelse med denne, at ordregiver følger den rigtige fremgangsmåde. Således må ordregiver, hvis der under nogle omstændigheder kan være tvivl om, hvorvidt ændringerne er indenfor udbudsrettens rammer, forestå en nærmere analyse af det enkelte tilfælde af misligholdelse samt nøje overveje om samfundsøkonomiske hensyn kan inddrages i analysen jævnfør undtagelserne i udbudsloven.⁶⁷ Når overtrædelsen omhandler misligholdelse forekommer udfordringerne at være nuancerede, og ordregiver er derfor nødsaget til at tage stilling til den konkrete situation, før ordregiver accepterer kontraktavers misligholdelse. I opgavens figur 6 på side 48 gives et eksempel på, hvorledes ordregiver kan sikre, at ordregiver holder sig indenfor rammerne af udbudsretten.

Som det illustreres i det følgende eksempel er fremgangsmåden enklere når sanktionen udelukkende omhandler bod.

Eksempel 3: Kapitalisering og analyse af bodsbestemmelser

Vi bliver i vognmandsbranchen. Der er i en kontrakt indgået efter udbudsforretning indsat et SLA. Kontraktaver skal i 90 % af tilfældene levere indenfor 10 minutter, efter at køretøjet har forladt sit udgangspunkt. Såfremt dette ikke er tilfældet, sanktioneres der med en bod på 10.000 kr. per tilfælde, og såfremt misligholdelsen fortsætter betegnes den som væsentlig. Kontraktaver er fremme med borgeren indenfor 10 minutter i 85 % af tilfældene. Ordregiver vælger ikke at sanktionere kontraktavers manglende opfyldelse af de 5 % og undlader at give kontraktaver bod. Herudover ser ordregiver bort fra muligheden for at ophæve kontrakten grundet væsentlig misligholdelse, da ordregiver i øvrigt er tilfreds med samarbejdet. Der var hård konkurrence om kontrakten i udbudsprocessen, og tildelingskriteriet var laveste pris. Det var få kr. der adskilte nr. et og nr. to. Den forbigåede tilbudsgiver havde i sin beregning af prisen taget højde for det påkrævede SLA og havde indset, at dette ikke kunne opfyldes med det antal køretøjer, som den vindende tilbudsgiver havde budt ind med. For at overholde de 90 % SLA indregnede den forbigåede tilbudsgiver yderligere køretøjer, ligesom tilbudsgiveren tog højde for at køretøjerne skulle sælges

⁶⁷ Samfundsøkonomiske hensyn analyseres yderligere i opgavens afsnit 9.

og der kunne være tabte afskrivninger på disse, hvis kontrakten blev ophævet som følge af væsentlig misligholdelse. Dette medførte en forøgelse af prisen og førte i sidste ende til, at denne tilbudsgiver tabte marginalt til vinderen af kontrakten.

Ved at ordregiver i eksemplet accepterer, at kontraktbager ikke opfylder de oplyste SLA giver ordregiver samtidig kontraktbager en, i dette tilfælde, ikke ubetydelig fordel. Havde denne fordel været beskrevet i udbudsmaterialet, eller havde den forbigåede tilbudsgiver vidst, at ordregiver ikke (alligevel) sanktionerede dette med bod, havde den forbigåede tilbudsgiver vundet kontrakten. Det kan ved bodsbestemmelser være væsentligt lettere at opgøre værdien af misligholdelsen, da en bodsbestemmelse ikke kræver et ansvarsgrundlag og ligeledes ofte indeholder et konkret beløb der kan akkumuleres ved flere tilfælde af misligholdelse.

Opsummering på eksempler og illustration af fremgangsmåde

Ordregiver kan på baggrund af ovenstående eksempler, ved at forholde sig passivt, i praksis indføre betingelser, som ville have givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelige. Jævnfør udbudsloven § 178 stk. 2 nr. 1 er dette en grundlæggende ændring, der bør medføre en ny udbudsprocedure med mindre tilfældet er omfattet af lovens undtagelser. Ordregiver er på baggrund af dette umiddelbart nødt til at sætte værdi på hvert tilfælde af misligholdelse, der kunne medføre, at en anden tilbudsgiver havde vundet. Det er væsentligt at bemærke, at disse værdiansættelser er kumulative i forhold til vurderingen.

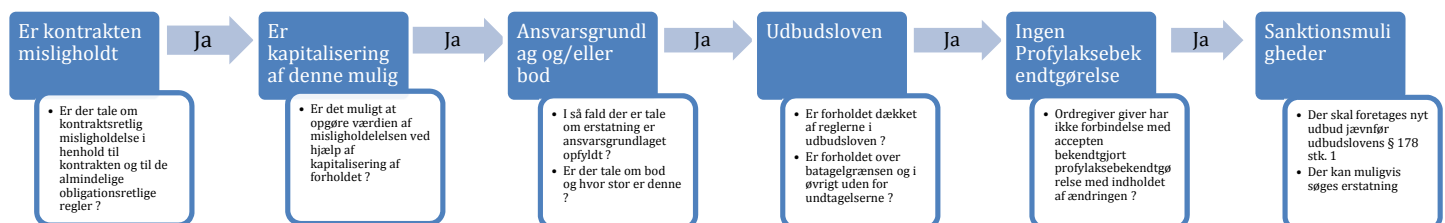
Det kan, som beskrevet, være vanskeligt at kapitalisere eventuelle sanktionsmuligheder ved misligholdelse af en kontrakt, da kapitaliseringen sandsynligvis beror på flere faktorer, herunder hvorvidt de erstatningsretlige regler er opfyldt. Nemmere er det at kapitalisere eventuelle bodsbestemmelser. En bodsbestemmelse er som sanktionsmulighed ikke afhængig af, at de sædvanlige erstatningsretlige regler er opfyldt. Således kan en ordregiver vælge at give en kontraktpart en bod, såfremt dette er beskrevet i kontrakten, og såfremt kontraktparten har forbrudt sig imod bodsbestemmelsen. Spørgsmålet er i forlængelse heraf endnu engang, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at pålægge kontraktparten boden. Opmærksomheden må på ny rettes mod den professionelle tilbudsgivers kapitalisering af klausulen. En bodsmodel, i et kontraktudkast, vil altid påkalde den professionelle tilbudsgivers opmærksomhed. Bodens størrelse må holdes op imod den

forventede sandsynlighed for at ifalde boden samt kontraktens margin. Er det sandsynligt, at tilbudsgiveren vil ifalde boden, og er dette måske kombineret med en lav margin på kontrakten, må tilbudsgiveren tillægge dette i det tilbudte vederlag som en risiko. Overtræder kontraktparten bodsbestemmelsen i kontraktens løbetid, og ser ordregiver igennem fingre med dette, kan denne undladelse være en væsentlig ændring af kontrakten med samme begrundelse som i afsnittet vedrørende ordregivers accept af kontraktpartens misligholdelse af kontrakten. Udregningen af hvorvidt værdien eksempelvis er under batagelgrænsen forekommer dog lettere ved bodsbestemmelser.

Illustration og beskrivelse af fremgangsmåde

Det kan, som beskrevet flere gange i dette speciale, være vanskeligt for ordregiver at agere korrekt i grænseområdet mellem kontraktsretten og udbudsretten. I det følgende analyseres, med udgangspunktet i figuren nedenfor, hvorledes ordregiver kan agere indenfor rammerne af såvel kontraktsretten som udbudsretten.

Figur 6⁶⁸:



Figuren viser hvorledes ordregiver kan analysere kontraktavers misligholdelse, før ordregivers accept af denne. Fremgangsmåden illustrerer det grænsfelt der eksisterer mellem kontraktsretten og udbudsretten og viser vigtigheden af, at ordregiver går systematisk frem i sin analyse af misligholdelsens udbudsretlige relevans.

68 Figuren er fremkommet af egen drift.

Hvor alvorlig misligholdelsen er, samt hvorledes den kan prissættes kan som bekendt have betydning for vurderingen af, hvorvidt ordregivers accept af kontraktpartens misligholdelse skal have udbudsretlige konsekvenser. Med udgangspunkt i de gældende regler fra udbudsloven, må udgangspunktet jævnfør udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 være, at hvor ændringen ville åbne for andre tilbudsgivere, altså hvor ændringen enten ville have medført andre tilbudsgivere, accept af en anden tilbudsgiver eller ville have tiltrukket øvrige tilbudsgivere, vil ændringen altid være grundlæggende. En accept af en sådan ændring ville forbryde sig imod såvel ligebehandlingsprincippet som imod gennemsigtighedsprincippet og bør medføre en ny udbudsprocedure.

Der må således foretages en konkret vurdering i det enkelte tilfælde jævnfør figur 6. Ligeledes må udbudsforretningens kontekst samt kontraktens overordnede karakter holdes op imod den respektive ændring.

I det følgende eksempel med Bios og Region Syddanmark er det i forlængelse af ovenstående væsentligt at vurdere, hvorvidt Regionens accept af Bios' misligholdelse falder udenfor udbudsrettens rammer for foretagelse af ændringer. Såfremt disse forhold havde været kendte under selve udbudsforretningen, og ville have medført at en anden tilbudsgiver ville have afgivet et tilbud, der var blevet evalueret bedre end Bios', må konklusionen være, at udbuddet må annulleres og en ny udbudsprocedure igangsættes. Der skal altså umiddelbart gøres et forsøg på at prissætte ændringerne. Herefter må ændringerne, som beskrevet tidligere, reduceres i de øvrige tilbudsgiveres pris og evalueringen kan opdateres.

8.2.1 Eksempel fra praksis

Et aktuelt eksempel fra praksis er Bios Ambulance Service Danmark A/S (Bios) og Responce A/S, der i 2014 vandt hver sin del af kontrakten om ambulancedrift i Region Syddanmark med start fra september 2015. Derved tabte den nuværende leverandør Falck Danmark A/S (Falck) kontrakten.⁶⁹ Omsætningen i opgaven er estimeret 500 mio. kr. årligt og har således en 10-årig kontraktværdi på ca. fem mia. kr. Region Syddanmark har oplyst, at Regionen sparer 50-70 mio. kr. årligt ved at

⁶⁹ <https://www.regionsyddanmark.dk/wm450877>.

vælge en ny leverandør på området. Som omtalt indledningsvist, betød tabet af kontrakten nedlæggelse af ca. 300 stillinger hos Falck.

Årsagen til at dette udbud og det efterfølgende samarbejde vil blive analyseret i det følgende er, at samarbejdet mellem Region Syddanmark og Bios netop har været genstand for eksempler på problemformuleringen i dette speciale: Det være sig som indgåelse af en kontrakt efter udbud, hvor ordregiver efterfølgende umiddelbart har accepteret kontraktpartens misligholdelse af kontrakten, og hvor kontrakten har en høj værdi, er omgivet af politisk og mediemæssig bevågenhed og har en høj samfundsøkonomisk betydning.

Bios har umiddelbart misligholdt kontrakten med Region Syddanmark på flere områder. En af de væsentligste udfordringer er, at Bios ikke har været i stand til at stille det krævede antal ambulanceberedskaber samt overholde de opstillede SLA i kontrakten.⁷⁰ Indledningsvist var der i samarbejdet en indkøringsperiode og dermed også en periode, hvor Bios ikke ville ifalde sanktioner for misligholdelsen (og bod) for ikke at levere det kontraktuelt aftalte antal beredskaber, leve op til de opsatte SLA med videre. Denne opstartsperiode ophørte per 1. januar 2016.

Thyge Nielsen (Venstre) medlem af Regionsrådet og medlem af det Præhospitaleudvalg hos Region Syddanmark udtalte i forbindelse med opstart af driftsperioden per 1. januar 2016:

”Vi har i kontrakten mulighed for at afkræve BIOS en bod for deres manglende beredskaber, men med løsningen med sygetransporterne får vi et beredskab, der ligger rimeligt tæt på det beskrevne i kontrakten. Men da denne løsning ikke er beskrevet i kontrakten, har vi nu bedt Kammeradvokaten vurdere, hvad en rimelig bod vil være i forhold til, hvad vi mangler, og hvad vi nu får”.⁷¹

Citatet har sandsynligvis politisk validitet. Spørgsmålet er, om det jævnfør analysen i dette speciale har tilsvarende juridisk validitet. Thyge Nielsen oplyser, at Region Syddanmark har mulighed for at afkræve Bios en bod. Der er tale om et *skal* krav i kontrakten. Ligeledes påpeger Thyge Nielsen, at der arbejdes ud fra en løsning, som ikke er beskrevet i kontrakten. Begge elementer er indikationer på, at der foregår ændringer af kontrakten, som kan være omfattet af udbudslovens forbud mod at

⁷⁰ <http://www.jyllands-posten.dk/protected/premium/indland/ECE8118317/Stadig-tålmodighed-med-BIOS-trods-manglende-beredskab-i-Syddanmark/>.

⁷¹ <http://www.beredskabsinfo.dk/artikler/kammeradvokaten-skal-udregne-stoerrelsen-af-bod-til-bios/>

foretage grundlæggende ændringer. Et uddybende svar på, hvorvidt Region Syddanmark bør annullere kontrakten med Bios og foretage fornyet udbud vil kræve en tilbundsgående analyse af den samlede virkning af Region Syddanmarks passivitet omkring sanktionerne samt en samlet analyse af *kan* og *skal* krav i kontrakten og øvrige væsentlige elementer. Dette uddybende svar ligger udenfor rammerne af dette speciale.

I overensstemmelse med denne opgave vil en sådan analyse skulle indeholde en undersøgelse af, hvor meget billigere/bedre de øvrige tilbudsgiveres tilbud var blevet, såfremt de forudsætninger der er en konsekvens af Regionens ændringer, indledningsvist var blevet beskrevet i materialet. Umiddelbart indikerer ændringernes væsentlighed (ændringer af det krævede antal beredskaber samt accept af overtrædelse af centrale SLA for kontrakten), at Region Syddanmark står overfor en meget vanskelig og risikofyldt vurdering. Man kan således argumentere for, at Region Syddanmark på baggrund af sin ageren, er nødt til at foretage en sådan analyse for at holde sig indenfor rammerne af udbudsretten, således at Regionen kan være på forkant med eventuelle klager fra forbigåede tilbudsgivere. Det fremgår ikke, at Regionen har udstedt en bekendtgørelse vedrørende de respektive ændringer.

9. Samfundsøkonomiske hensyn

Repræsentanter fra Region Syddanmark udtaler i forbindelse med Bios-sagen, at man er opmærksom på et eventuelt erstatningskrav fra Bios.⁷² I en udtalelse til DR Nyhederne siger Poul-Erik Svendsen (Socialdemokraterne), at de samfundsmæssige omkostninger er den primære årsag til, at Region Syddanmark ikke har annulleret valget af Bios som leverandør. Poul-Erik Svendsen udtaler yderligere, at skulle Regionen droppe Bios, vil det koste 3-400 millioner at komme ud af kontrakten. Prisen er beregnet på baggrund af en dyrere pris fra Falck, samt et muligt erstatningskrav fra Bios. Denne pris for udtrædelsen har efter Poul-Erik Svendsens udtalelse været udslagsgivende for Regionens beslutning om at fortsætte med Bios. Udfordringen vedrørende denne udtalelse omhandler primært, at den er irrelevant for forbigåede tilbudsgivere, og at Poul-Erik Svendsens udtalelse sandsynligvis savner juridisk validitet, hvilket uddybes i det følgende.

⁷² <https://www.dr.dk/nyheder/indland/regionsraadmand-om-bios-ny-loesning-ville-koste-400-millioner-kroner-ekstra>

Hvis man følger reglerne i udbudsloven skulle Regionen, jævnfør konklusionen i dette speciale, indledningsvist have kapitaliseret, hvad ordregivers accept af Bios' misligholdelse umiddelbart ville have betydet for de øvrige tilbudsgiveres pris. Herudover forekommer det ikke at være et sagligt argument, at Bios truer Regionen med et søgsmål. Udbudslovens § 181 stk. 1 nr. 1 og nr. 2 beskriver, at ændringer ikke anses som grundlæggende, når ændringerne er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten, og når anvendelse af en anden leverandør 1) ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art og 2) vil forårsage betydelige problemer eller væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger.

Det er i forlængelse heraf centralt, at Regionen overvejer, hvorvidt § 181 stk. 1 nr. 1 og nr. 2 kan bringes i anvendelse, da en opsigelse af Bios ifølge Regionens eget udsagn ovenfor, vil give Regionen en væsentlig økonomisk ulempe og forøge Regionens omkostninger.⁷³ I et indlæg i Fyns Stiftstidende af 27. april 2016 udtaler Povl Nick Bronstein, Partner i Publicure vedrørende Bios-sagen:

"... at der er tale om ambulancedrift - en tung og kritisk opgave for samfundet og ikke bare køb af kuglepenne, det kan måske tale for at give Bios længere snor end normalt."

En sådan udtalelse kan jævnfør opgavens konklusion ikke stå alene uden henvisning til udbudslovens § 181 stk. 1 nr. 1 og nr. 2, og samfundsøkonomiske hensyn bør ikke alene kunne bære ordregivers accept af tilbudsgivers misligholdelse, hvor der findes attraktive alternativer i markedet.

Som beskrevet flere steder i dette speciale, kan det have store konsekvenser for en tilbudsgiver enten at miste en nuværende kontrakt eller ikke at vinde en kontrakt, som tilbudsgiver havde satset på. Ligeledes kan det have store konsekvenser for den offentlige part at kontrahere med den forkerte leverandør og/eller at imødekomme store udfordringer i samarbejdet.

Særligt i omkostningstunge og samfundskritiske kontrakter kan den offentlige part, som det også er tilfældet i Bios-sagen, blive sat i dilemma, når det kommer til at træffe de rigtige valg. Den

⁷³ I sagen fra Klagenævnet, Finn Frogne mod Rigspolitiet, på side 20, nævner Klagenævnet eksempelvis at det ville savne mening at pålægge ordregiveren at udbyde aftaler som de nævnte, som uløseligt er knyttet til både den oprindelige aftale og til denne aftales parter og som derfor ikke eller kun med uforholdsmæssigt værdispild vil kunne opfyldes af andre virksomheder.

offentlige part er naturligvis forpligtet til at følge lovgivningen, men ikke sjældent spiller den politiske dimension, som beskrevet, en ikke uvæsentlig rolle. I ovenstående er der nævnt flere eksempler på opgaver, hvor den politiske dimension er svær at holde ude af en vurdering af kontraktpartens misligholdelse, og en ren juridisk vurdering vil derfor i praksis være vanskelig. Eksempelvis vil en væsentlig forsinkelse af et byggeri som Skejby Sygehus kunne medføre en massiv negativ politisk bevågenhed, ligesom en Region uden ambulanceberedskab vil være kritisk. Det samme kunne man forestille sig med et IC4 indkøb, køb af kampfly, en bro eller anden samfundskritisk infrastruktur.

Ovenstående ændrer dog ikke på, at der på den anden side står en privat leverandør, der udelukkende kan stole på lovgivningen og udbudsmaterialet fremsendt af ordregiver. Rammerne for ordregivers ændringer af kontrakten bør derfor være opstillet, således at tilbudsgiver har mulighed for at tage stilling til disse og således af de udbudsretlige rammer er gennemsigtige.

I tilfældet med Bios og Region Syddanmark udtaler Thyge Nielsen til pressen:

”Hvis Region Syddanmark opsiger den 10-årige kontrakt med Bios, kan det blive rigtig dyrt for regionen, - der er kun et sted pengene kan hentes, og det er i det øvrige sundhedsvæsen.”⁷⁴

Thyge Nielsen fremhæver, at såfremt Regionen annullerer kontrakten, kan Regionen risikere, at Bios anlægger en sag mod Regionen, og at den opnåede gevinst ved at vælge Bios så måske forsvinder. Denne udtalelse viser med alt tydelighed, at der kan være stor forskel på den politiske dimension og den juridiske i denne type problemstilling. Det er væsentligt her at påpege, at EU-retten har forrang, og at de samfundsøkonomiske konsekvenser under alle omstændigheder bør holdes op imod bruddet på de udbudsretlige regler og konsekvenserne for de forbigåede tilbudsgivere. Ligebehandlingsprincippet viger således, efter Thyge Nielsens udtalelse, for Regionens egne (samfundsøkonomiske) interesser. Dette forekommer uholdbart og er næppe hverken befordrende for fremtidige udbud eller i overensstemmelse med Traktaten.

Undersøger man udbudsloven for undtagelsesbestemmelser til eksempelvis lovens § 178 stk. 2 nr. 1, er der som beskrevet ovenfor i afsnit 5.3.1.2, i udbudsloven hjemmel til ændringer i visse

⁷⁴ <http://www.tvsyd.dk/artikel/det-kan-blive-rigtig-dyrt-regionen-opsige-bios>. Citatet er fra før kontraktstart, men retorikken er gennemgående i det efterfølgende forløb.

tilfælde. Er ordregiver således i tvivl, hvorvidt den ønskede ændring/undladelse er i strid med udbudsretten, er det væsentligt, at ordregiver orienterer sig i undtagelserne, før ordregiver udtaler sig om den politiske dimension. I eksemplet med Bios-sagen vil det således skulle undersøges, hvorvidt de respektive undladelser har en økonomisk betydning, der er lavere end tærskelværdien i § 6 (ikke umiddelbart tilfældet kontraktens værdi taget i betragtning) er lavere end 10 % af værdien af den samlede kontrakt (estimeret 50 mio. om året). I henhold til § 180 stk. 3 må ændringerne dog ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Lovens § 181 stk. 1 beskriver, at ændringer ikke er væsentlige, når de er nødvendige for gennemførelse af kontrakten, og hvor anvendelse af anden leverandør 1) ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe (ikke tilfældet her, da Falck har tilbudt ydelsen til samme pris, kvalitet med videre) 2) vil forårsage betydelige problemer eller væsentlig forøgelse af ordregivers omkostning (heller ikke umiddelbart relevant). Det må være Region Syddanmark, og ikke de forbigåede tilbudsgivere, der i dette tilfælde har en standpunktsrisiko.

Konklusionen på eksemplet fra Region Syddanmark er på baggrund af den korte analyse ovenfor, at Regionen med fordel kunne have fulgt fremgangsmåden i figur 6 i dette speciale. Det er sandsynligt, at Regionen med en struktureret tilgang allerede tidligt i samarbejdet ville have konkluderet, at der forelå en anticiperet misligholdelse, der ved Regionens passivitet ville fremstå som en ændring af kontrakten, der vil kræve et nyt udbud. Alternativt ville Regionen senere i samarbejdet sandsynligvis konkludere, at Bios er i misligholdelse og at denne misligholdelse, ligesom det er tilfældet med kontraktens bodsbestemmelse, for at Regionen ville holde sig indenfor rammerne i udbudsretten, skal sanktioneres.

10. Perspektivering

Konklusionen i denne opgave bekræfter, at der i forbindelse med udbudsretten kan være områder, hvor ordregivers balance mellem den nationale lovgivning og EU-lovgivningen kan være vanskelig. Samtidig kan balancegangen være juridisk simpel, men politisk kompleks. Denne balancegang efterlader i praksis ikke blot et skøn hos ordregiver, som måske ikke er korrekt, men den er ligeledes med til at skabe endnu en gråzone i udbudsretten, som forhindrer særligt mindre virksomheder, der ikke har råd til ekstern rådgivning eller intern ansættelse af jurister, i at

kontrahere med det offentlige: alene af den årsag at det forekommer for risikobetonet for virksomheden at handle med det offentlige. Hvis man i forlængelse heraf holder Traktatens formål og hensigten om styrkelse af det indre marked, beskrevet i opgavens indledning, overfor udbudsrettens øgede kompleksitet, kan dette betyde et marked for offentlige kontrakter, der tiltrækker endnu mindre grænseoverskridende konkurrence, end det er tilfældet i dag. Den grænseoverskridende konkurrence udgør i forvejen en forsvindende lille del af de offentlige kontrakter på trods af, at dette ellers var et af de vigtigste formål med udbudsreglerne.⁷⁵

Ovenstående giver i øvrigt anledning til at ordregiver enten følger den ene ekstrem (laver alting efter ordlyden af EU-reglerne), eller følger den anden (har en lemfældig tilgang til reglerne). Uanset hvad forekommer det ikke, at muligheder i Traktaten udnyttes tilstrækkeligt af erhvervslivet. Det kan muligvis være befordrende, at vi nu har danske regler, ligesom eksempelvis advokatfirmaerne har fået øjnene op for forretningsområdet og i højere grad hjælper såvel ordregiver som tilbudsgiver i at manøvrere korrekt. Dette ændrer dog ikke på problematikken vedrørende den mindre erhvervsdrivendes muligheder for at gennemskue reglerne.

Som beskrevet indledningsvist kan en accept af ordregivers ændringer af kontrakten underminere intentionerne med udbudsretten, og de helt grundlæggende elementer i Traktaten vil således være i fare. Uanset kontraktens omfang bør det ikke kunne lade sig gøre, at udarbejde ét udbudsmateriale for derefter at lave grundlæggende ændringer i dette i kontraktens løbetid. En sådan ageren vil ydermere kunne danne en uhensigtsmæssig præcedens for tilbudsgivernes fremtidige adfærd. Således kan en tilbudsgiver blive nødsaget til at spekulere i at aflevere et tilbud i overensstemmelse med udbudsmaterialet for senere at have indkalkuleret en form for “syndsforladelse” eller en forventning om økonomiske efterbevillinger. Dette vil skabe et ganske uoverskueligt og uigennemsigtigt udbudsmarked og i høj grad modstride udbudsrettens grundlæggende principper beskrevet i afsnit 5.2.

⁷⁵ http://www.ugebreveta4.dk/danske-virksomheder-vinder-faa-udbud-i-udlandet_19855.aspx.

11. Konklusion

På baggrund af dette speciale kan det konkluderes, at ordregivers accept af kontraktavers misligholdelse *kan* være en overtrædelse af de udbudsretlige regler herunder eksempelvis, men ikke begrænset til, udbudslovens § 178 stk. 2 nr. 1 og nr. 2. Af § 178 stk. 1 fremgår det, at en overtrædelse af denne regel er grundlæggende, og at et nyt udbud derfor skal foretages, såfremt bestemmelsen overskrides.

Når ordregiver skal undersøge, hvorvidt ordregiver indenfor rammerne af udbudsretten kan acceptere kontraktavers misligholdelse, er det derfor vigtigt, at problemstillingen gribes korrekt an, indenfor de rigtige rammer og i den rigtige rækkefølge.

Når ordregiver skal overveje, om der sker en overtrædelse af reglerne, er det væsentligt, at der foregår en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Eksempelvis skal der tages stilling til, om accepten forbyrder sig imod udbudslovens § 178 stk. 1, nr. 1, således at en anden tilbudsgiver havde vundet kontrakten, såfremt denne havde kendt til ændringen. Denne vurdering må være baseret på, hvorvidt der rent faktisk kontraktsretligt foreligger en misligholdelse og herefter må ordregiver lave en opgørelse af misligholdelsens værdi og hvorvidt ændringen flytter kontraktens grundlæggende betydning. Herefter må ændringen placeres enten indenfor eller udenfor de udbudsretlige rammer og der skal i forlængelse heraf tages stilling til, hvorvidt ændringerne er omfattet af undtagelserne i udbudsretten.

Den påpasselige ordregiver vil således indledningsvist foretage en analyse af, om kontraktaver overhovedet har misligholdt kontrakten efter de almindelige obligationsretlige regler. For at sikre tilbudsgiverne en nogenlunde fair mulighed for at vurdere konsekvenserne i kontraktforholdet, må der i denne analyse tages udgangspunkt i kontrakten mellem parterne – herunder udbudsmaterialet, som jo er en del af denne. Såfremt der foreligger misligholdelse, og denne enten jævnfør bestemmelserne i kontrakten eller som følge af de almindelige obligationsretlige regler skal sanktioneres, skal denne sanktionering for at overholde principperne beskrevet i afsnit 5.2 som hovedregel finde sted.

Der findes i udbudsretten visse undtagelser til forbuddet mod kontraktændringer. Det skal undersøges, om disse undtagelser bør finde anvendelse i det konkrete tilfælde. En af undtagelserne er bagatelgrænsen i udbudslovens § 180. For at undersøge hvorvidt denne er overskredet og i øvrigt til brug for vurderingen af misligholdelsens grundlæggende karakter, må der foretages en kapitalisering af den fordel kontraktghaver har fået, ved at ordregiver ikke sanktionerer misligholdelsen som beskrevet i kontrakten og jævnfør afsnit 8.1. På baggrund af dette konkluderes det om kontraktændringerne er over bagatelgrænsen.

Er kontraktændringen over bagatelgrænsen, har ordregiver som udgangspunkt indført betingelser (været passiv overfor misligholdelse) der jævnfør udbudslovens § 178 stk. 2 nr.1 ville have givet mulighed for at acceptere et andet tilbud eller ville have tiltrukket yderligere deltagere eller ville have ændret den økonomiske balance til fordel for leverandøren jævnfør lovens § 178 stk. 2 nr. 2. Ændringen er således efter udbudslovens § 178 stk. 1 en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, og ordregiveren skal gennemføre en ny udbudsprocedure.

At gennemføre en ny udbudsprocedure kan have store konsekvenser for såvel ordregiver som kontraktghaver. Der kan være væsentlige samfundsøkonomiske konsekvenser ved en annullering. Dette er der taget højde for i undtagelserne i eksempelvis udbudslovens §§ 181 – 183, der omhandler væsentlig ulempe for ordregiver, ændringsklausuler og force majeure. Samfundsøkonomiske elementer kan således indgå ordregivers vurdering, men kun hvor de er relevante jævnfør lovens §§ 181-183. For ikke at underminere hele ideen om det indre marked og udbudsforretninger i EU, må det dog antages, at disse regler må fortolkes indskrænkende.

Specialets analyse og konklusion vedrørende kontraktsrettens særlige grænseflade mod udbudsretten og særligt analysen vedrørende; skiftet fra udbudsretten til kontraktsretten, kapitalisering og værdiansættelse af en eventuel misligholdelse og dettes nødvendighed for den videre analyse af, hvorvidt ordregivers accept af kontraktghavers misligholdelse udbudsretligt er en grundlæggende ændring, forekommer unik. Dette har på nuværende tidspunkt umiddelbart kun fragmenteret været genstand for analyse i litteraturen og i den udbudsretlige debat.

Analysen i dette speciale har sat rammerne for ordregivers fremgangsmåde, før ordregiver accepterer kontraktavers misligholdelse. I forlængelse heraf vil det være naturligt for de forbigåede tilbudsgivere, at gøre sig overvejelser om, hvorledes det kan sikres at ordregiver holder sig indenfor de beskrevne rammer. Umiddelbart kan dette forekomme vanskeligt, men det synes relevant, at tilbudsgiver i vigtige kontrakter, som tilbudsgiveren har tabt, efterfølgende holder øje med, at ordregiver holder sig indenfor rammerne beskrevet i dette speciale. Tilbudsgiver kan gøre dette ved at notere sig væsentlige krav i kontrakten, og holde øje med at der ikke sker grundlæggende ændringer i disse.

Som beskrevet i indledningen til denne opgave har Danmark, med udbudsloven, fået en national implementering af Direktivet fra 2014. Udbudsloven indeholder 199 paragraffer, og det er forventeligt, at flere af disse i fremtiden bliver genstand for fortolkning og sager hos Klagenævn og domstole. Med Direktivet og udbudslovens regulering af området er der trods alt, nu opsat hjemmel for ordregivers foretagelse af ændringer, og de faste grænser i eksempelvis § 180, må antages at gøre området lettere tilgængeligt for ordregiver. Ordregiver kan ved tvivl stadig, eventuelt i kombination med fremgangsmåde i figur 6 og konklusionerne i dette speciale, anvende en profylaksebekendtgørelse, ligesom ordregiver med fordel kan hente eksterne analyser, inden ændringen foretages. Overordnet må det dog konkluderes, at det altid er væsentligt, at sikre Traktatens bestemmelser om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Såfremt lovgivning eller praksis ikke er i overensstemmelse med disse, vil udbudsrettens berettigelse som fremmende for konkurrencen i EU være i fare.

Litteraturliste

Bøger:

Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg: EU udbudsretten, Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet, , Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.

Steen Treumer (Red.) flere forfattere: Udbudsloven, Ex Tuto Publishing, 2016.

Torkil Høg: Udbudsretlige erstatningsspørgsmål, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2005.

Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, 5 udgave, Forlaget Thomson, 2006.

Joseph Lookofsky: Køb Dansk og indenlandsk købsret, 2 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.

Lars Hedegaard Kristensen, Anne-Dorte Bruun Nielsen og Torsten Iversen: Lærebog i dansk og international køberet, 4 udgave, Jurist og Økonomiforbundets forlag, 2011.

Finn Träff: køb og slag af fast ejendom, 3 udgave, forlaget Thomson, 2005.

Bernhard Gomard: Obligationsret, 2 del, 4 udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2011.

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

Artikler:

Konkurrencestyrelsens vejledning ”Kontraktændringer”, dec. 2013

<http://www.jyllands-posten.dk/protected/premium/indland/ECE8118317/Stadig-tålmodighed-med-BIOS-trods-manglende-beredskab-i-Syddanmark/>

<http://www.beredskabsinfo.dk/artikler/kammeradvokaten-skal-udregne-stoerrelsen-af-bod-til-bios/>
<https://www.dr.dk/nyheder/indland/regionsraadmand-om-bios-ny-loesning-ville-koste-400-millioner-kroner-ekstra>

<http://www.tvsyd.dk/artikel/det-kan-blive-rigtig-dyrt-regionen-opsige-bios>.

Lise Reuss Muff, advokat (L) kammeradvokaten: Når aftaleretten tager over – rækkeviden af klagenævnets kompetence.

Websider:

www.beredskabsinfo.dk
www.jp.dk
www.regionsyddanmark.dk

Lovgivning:

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-Traktaten, TEUF)
Udbudslov – lov nr. 1564 15/12/2015
EU direktivet - 2014/24/EU
Håndhævelsesloven Lov nr. 492 af 12/05/2010
CISG ”International sale of goods”
FIDIC Red Book

Retspraksis:

Sag C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich
Klagenævnskendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, Sag 2010-0023028
Klagenævnskendelse af 4 maj. 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstørrelsen J.nr: 2015-6946.

Øvrig praksis:

Udbud af ambulancedrift i Region Syddanmark og kontraktstart med Bios som leverandør per 1. september 2015.

Udarbejdet af:
Anders Reffstrup Krabbe
Studienr. 20096200
Antal anslag:

Primær vejleder:
Michael Steinicke
Sekundær vejleder:
René Franz Henschel

Cand.jur. – studiet
Kandidatafhandling
Juridisk Institut

Aarhus Universitet
Afleveret 1. juni 2016

Word Count

Statistics:

Pages	63
Words	19.056
Characters (no spaces)	117.461
Characters (with spaces)	136.450
Paragraphs	459
Lines	1.981

☒ Include textboxes, footnotes and endnotes

Close

Executive Summary

1.	INDLEDNING.....	1
2.	PROBLEMSTILLING.....	3
3.	PROBLEMFORMULERING.....	5
4.	METODE.....	6
4.1	SPECIALETE OPGAVNING.....	6
4.2	AFGRÆNSNING.....	7
4.3	BEGREBSDEFINITION.....	9
4.4	DET TEORETISKE FUNDAMENT.....	10
4.5	METODEKRITIK.....	11
5.	UDBUDSRETTEM.....	11
5.1	LOVSINNINGEN.....	13
5.2	UDBUDSRETTElige PRINCIPPER.....	14
5.2.1	Ligebehandling.....	14
5.2.2	Gennemsigtighed.....	15
5.2.3	Proportionalitet.....	15
5.3	DE UDBUDSRETTElige RAMMER FOR ÆNDRINGER AF KONTRAKTEN.....	16
5.3.1	Udbudsrettelige muligheder.....	18
5.3.1.1	Direktivet.....	18
5.3.1.2	Udbudsloven.....	22
5.3.1.3	Opsummering af de juridiske rammer for kontraktændringer.....	25
5.4	VEDLÅGTE STANDARDAFTALER OG DERES OVERENSSTEMMELSE MED REGLERNE.....	26
5.5	SANKTIONER VED OVERTRÆDELSE AF UDBUDSRETTElige FORBUD MOD ÆNDRINGER.....	28