



Specialeafhandling:

Kontraktændringer i udbudsretten med fokus på ikke-aftalte supplerende leverancer og uforudsete behov i bygge- og anlægskontrakter

Fagområde: EU-Udbudsret	
Problemformulering: <i>Hvilke muligheder har ordregiver for at foretage ydelsesændringer i udbudte offentlige bygge- og anlægskontrakter, uden at det på forhånd er reguleret i kontrakten, og hvordan harmonerer det med den entrepriseretlige adgang til ekstraarbejder?</i>	
Navn	KU-brugernavn
Tine Thalbitzer Thiberg	Thp637
Vejleder: Carina Risvig Hamer	Antal tegn: 140.098
Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	X
Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X
Afleveringsdato: 30. maj 2021	Karakter:

ABSTRACT

The purpose of the following thesis is to examine the contracting authority's access to make modifications in a contract's works during its term. Specifically, the thesis focuses on assessing under which circumstances a contracting authority can modify public contracts within the construction field without it rendering the duty to retender.

In order to do so, the thesis firstly analyses the parameters for when a contractual modification is to be considered substantial and therefore render the duty to retender, cf. Directive 2014/24/EU art. 72 (4) (a-c) and the Danish Public Procurement Act § 178 (2) number 1-3. This is followed by an analysis of the conditions under which the contracting authority can assign additional works directly to the original tenderer, cf. Directive 2014/24/EU art. 72 (1) (b) and the Danish Public Procurement Act § 181, as well as the conditions under which the contracting authority can modify the contract due to a need brought about by circumstances which a diligent contracting authority could not foresee, cf. Directive 2014/24/EU art. 72 (1) (c) and the Danish Public Procurement Act § 183. Moreover, the thesis analyses the contracting authority's access to modify a contract in accordance with the Danish construction regulations following the provisions in the General Conditions for building and construction works and supplies (AB 18) §§ 23-24. Finally, the thesis compares the scope of the public procurement provisions with the scope of the Danish construction provisions to determine if the scopes of the provisions align.

Conclusively, the contracting authority can apply the public procurement provisions to assign additional works directly to the original tenderer or decrease the contract works if the contracting authority manages to satisfy the burden of proof following the provisions. It is found that modifications in construction contracts due to for instance errors or flaws in the tender documents or unforeseen soil conditions can in fact satisfy the criteria's of the procurement provisions. However, the scope of the construction provisions is generally broader than the procurement provisions. For this reason the construction provisions has to give way in cases where they go beyond what can be accepted within the parameters of the procurement provisions, cf. the EU precedence principle. Further, there is an inconsistency between the material scope of the procurement rules and the strict case law practice that the provisions must be interpreted in accordance to. Therefore, it is yet to be determined in practice if the scope of the provisions is in fact as broad as set out to be by the European and national legislators.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	5
1.1. PROBLEMFORMULERING	7
1.2. AFGRÆNSNING	7
1.3. TERMINOLOGI	10
1.4. METODE	10
1.4.1. UDBUDSRETLIGE RETSKILDER	11
1.4.1.1. Traktaten, principperne og Udbudsdirektivet	11
1.4.1.2. Udbudsloven og de danske forarbejder	12
1.4.1.3. Retspraksis	13
1.4.1.4. Vejledninger og udtalelser	14
1.4.2. ENTREPRISERETLIGE RETSKILDER	14
1.4.3. ANDRE FORTOLKNINGSBIDRAG	15
2. UDBUDSRETEN	16
2.1. UDBUDSRETTENS FORMÅL	16
2.2. DE GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER OG DERES RELATION TIL ÆNDRINGER	18
2.2.1. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	18
2.2.1.1. Forhandlingsforbuddet	19
2.2.2. GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	21
2.2.3. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	22
2.3. UDBUDSREGLERNES RÆKKEVIDDE	23
2.4. DEN UDBUDSRETLIGE SANKTION "UDEN VIRKNING"	24
3. UDBUDSRETLIGE KONTRAKTÆNDRINGER	26
3.1. ÆNDRINGSBEHOVET	26
3.2. UDGANGSPUNKTET I UBL § 178	27
3.2.1. BESTEMMELSEN I KONTEKST	27
3.2.2. GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER	29
3.2.2.1. Adgang for andre tilbudsgivere eller andet tildelingsresultat	30
3.2.2.2. Kontraktens økonomiske balance	32
3.2.2.3. Betydelige udvidelser	34
3.2.3. DELKONKLUSION	36
3.3. SUPPLERENDE LEVERANCER EFTER UBL § 181	36
3.3.1. BESTEMMELSEN I KONTEKST	36
3.3.2. BETINGELSER	38
3.3.2.1. Nødvendighed	38
3.3.2.2. Leverandørskift ikke muligt	39
3.3.2.3. Maksimal forøgelse på 50%	46
3.3.2.4. Offentliggørelse i EU-Tidende	47
3.3.3. DELKONKLUSION	47
3.4. UFORUDSETE BEHOV EFTER UBL § 183	48
3.4.1. BESTEMMELSEN I KONTEKST	48
3.4.2. BETINGELSER	49
3.4.2.1. Ikke forudset af påpasselig ordregiver	49
3.4.2.2. Overordnet karakter	53
3.4.2.3. Maksimal forøgelse på 50%	54
3.4.2.4. Offentliggørelse i EU-Tidende	54
3.4.3. DELKONKLUSION	54

3.5. BEKENDTGØRELSE OM FRIVILLIG FORUDGÅENDE OFFENTLIGHED	55
3.5.1. DELKONKLUSION	57
4. ENTREPRISERETLIGE KONTRAKTÆNDRINGER	58
4.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	58
4.1.1. DET ENTREPRISERETLIGE ÆNDRINGSBEGREB – KONTRAKTARBEJDER ELLER EKSTRAARBEJDER	59
4.2. ÆNDRINGER EFTER AB 18 § 23	59
4.2.1. ORDREGIVERS ÆNDRINGSRET	59
4.2.2. LEVERANDØRENS UDFØRELSESRET	61
4.2.3. KRAV TIL FORMALIA	63
4.3. ÆNDRINGER EFTER AB 18 § 24	63
4.4. OMSTÆNDIGHEDER DER KAN BEGRUNDE EKSTRAARBEJDER	64
4.4.1. ORDREGIVERS ÆNDRINGSKOMPETENCE	65
4.4.1.1. Projektfejl og –mangler	65
4.4.1.2. Projektændringer	66
4.4.2. UDEFRAKOMMENDE FORHOLD	66
4.4.2.1. Jordbundsforhold	66
4.4.2.2. Usædvanlige vejrforhold	67
4.5. DELKONKLUSION	68
5. VURDERING AF ORDREGIVERS ÆNDRINGSMULIGHEDER	69
5.1. AB 18 §§ 23-24 I FORHOLD TIL DEN UDBUDSRETlige VURDERING AF GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER	69
5.2. SUPPLERENDE BYGGE- OG ANLÆGSARBEJDER	71
5.2.1. NØDVENDIGE ELLER HENSIGTSMÆSSIGE?	71
5.2.2. LEVERANDØRSKIFT OG ØKONOMISKE HENSYN?	73
5.2.3. UFORUDSETE EKSTRAARBEJDER	75
5.2.4. VÆRDIGRÆNSEN PÅ 50%	76
5.3. REDUKTIONER I BYGGE- OG ANLÆGSARBEJDERNE	77
5.3.1. UFORUDSETE MINDREARBEJDER	77
5.3.2. UVÆSENTLIGE MINDREARBEJDER	78
5.4. DELKONKLUSION	78
6. SUPPLERENDE LEVERANCER OG UFORUDSETE BEHOV – HVOR GÅR GRÆNSEN?	80
7. KONKLUSION	83
8. LITTERATURLISTE	86
8.1. LOVE OG FORARBEJDER	86
8.2. VEJLEDNINGER, UDTALELSER, MV.	87
8.3. PRAKSIS	87
8.3.1. DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL	87
8.3.2. DE DANSKE DOMSTOLE	88
8.3.3. KLAGENÆVNET FOR UDBUD	88
8.3.4. TIDSSKRIFT FOR BOLIG- OG BYGGERET	89
8.4. LITTERATUR	89
8.4.1. BØGER	89
8.4.2. ARTIKLER	92
8.5. ØVRIGE	93

1. INDLEDNING

Med næsten 80 % af Danmarks nationalformue investeret i dansk byggeri og infrastruktur, placerer bygge- og anlægsbranchen sig blandt de mest profitable brancher i Danmark.¹ Det er en branche i konstant vækst, hvis projekter oftest er af kompleks og langvarig karakter, med tilsvarende høje transaktionssummer. Økonomien i bygge- og anlægskontrakter indgyder typisk stor interesse blandt markedets økonomiske aktører, mens kompleksiteten af kontrakterne erfaringsmæssigt medfører et stort behov for at kunne foretage ændringer i kontraktens vilkår under udførelsen, idet ordregivende myndighed sjældent kan overskue sit fulde behov på kontraheringstidspunktet.² Disse omstændigheder har affødt et behov for sikring af, at offentlige myndigheders bygge- og anlægskontrakter indgås og udføres på fair vis. Både på EU- og nationalt plan har lovgiver således opstillet faste rammer for offentlige myndigheders indgåelse af indkøbskontrakter, herunder bygge- og anlægskontrakter: nemlig udbudsreglerne.

Udbudsretten er et område i konstant bevægelse og ny lovgivning og retspraksis forbedrer løbende vores opfattelse af, hvorledes udbudsreglerne skal forstås og anvendes. I det forhenværende udbudsdirektiv³, som udstedtes i 2004 (herefter ”2004-udbudsdirektivet”),⁴ havde lovgivers fokus ligget på regulering af selve udbudsproceduren, og der manglede derfor konkret regulering til håndtering af forhold – og udfordringer – som måtte opstå *efter* kontraktindgåelsen og dermed i udførelsesfasen.⁵ I 2011 udkom Europa-Kommissionen (herefter ”Kommissionen”) således med en Grønbog⁶ som gennemgik EU’s daværende offentlige indkøbsregler med henblik på at revidere og effektivisere reglerne.⁷ Grønbogen stillede spørgsmål til, om ”(...) *EU’s regler bør indeholde særlige lovinstrumenter, som kan gøre det muligt at indgå kontrakter, hvori [problemer, som opstår i forbindelse med kontraktens udførelse] kan håndteres mere effektivt.*”⁸ I 2014 udstedte EU-

¹ Dansk Byggeri: ”Sammen bygger vi Danmark – inspiration og fakta om byggeri og infrastruktur i Danmark” (2016), s. 4

² Berg: ”Udbudsret i byggeriet” (2012), s. 809; Liljenbøl og Balle: ”Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II” (2016) s. 388

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

⁴ 2004-direktivet samlede de første tre separate udbudsdirektiver fra 1971 vedr. bygge- og anlægskontrakter, 1977 vedr. vareindkøb og 1993 vedr. tjenesteydelsesindkøb, jf. Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 41

⁵ Europa-Kommissionen: ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked”, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011, s. 25

⁶ Europa-Kommissionen: ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked”, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011

⁷ Ibid., s. 3-4

⁸ Ibid., s. 25

lovgiver således Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU⁹ (herefter ”Udbudsdirektivet”), som erstattede 2004-udbudsdirektivet, og senere blev implementeret i dansk ret ved udbudsloven¹⁰ (herefter ”UBL”), med virkning fra 1. januar 2016.¹¹

Indtil 2014 havde spørgsmålet om ordregivende myndigheds adgang til at ændre i igangværende kontrakter udelukkende været behandlet i Den Europæiske Unions Domstols (herefter ”EU-Domstolen”) praksis, og denne praksis danner nu grundlaget for Udbudsdirektivets art. 72 om kontraktændringer, som implementeres i dansk ret ved UBL §§ 178-184.¹² Reglerne opstiller en forholdsvis snæver ramme for ændringer i udbudte offentlige kontrakter, idet ændringer i kontraktens grundlæggende elementer som udgangspunkt medfører fornyet udbudspligt.¹³

Entrepriseretligt kan – og vil – ordregivende myndighed imidlertid have en ret til at foretage ændringer i en bygge- og anlægskontrakts vilkår i kontraktens løbetid.¹⁴ Den entrepriseretlige standardkontrakt Almindelige Betingelser 2018-08-10 nr. 936 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (herefter ”AB 18”)¹⁵, som oftest er vedlagt udbudsbetingelserne i entrepriseudbud, indeholder nemlig en forholdsvis bred ændringsadgang, jf. AB 18 §§ 23-24, hvorefter ordregiver kan forlange ændring i arbejdets art og omfang, hvis ændringen er i naturlig sammenhæng med de oprindeligt aftalte arbejder.¹⁶

Det er således ikke utænkeligt, at der kan opstå problemer i udførelsesfasen, hvis ordregivende myndighed entrepriseretligt har en ret til at ændre i de aftalte arbejder, men udbudsretligt er afskåret fra at foretage den pågældende ændring. Udbudsreglerne forpligter ordregivende myndighed i sådan grad, at denne kan blive nødsaget til ikke at opfylde sine forpligtelser i henhold til kontrakten, hvis en ændring ikke kan tillades udbudsretligt, desuagtet at den er vigtig for entreprisens videre udførelse.

⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

¹⁰ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

¹¹ UBL § 196, stk. 1

¹² Liljenbøl og Balle: ”Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II” (2016), s. 387; Christensen og Cesar: ”Kapitel 14: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsloven” (2016), s. 421

¹³ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 726ff

¹⁴ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), 391f

¹⁵ Endeligt vedtaget den 5. juni 2018, jf. Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, afsnit A8, s. 10

¹⁶ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), 391f

I UBL §§ 181 og 183 har lovgiver imidlertid valgt at indføre såkaldte ”safe harbors”, som åbner op for, at ordregivende myndighed kan udvide henholdsvis reducere kontraktydelsen i kontraktens løbetid ved hjælp af ikke-aftalte supplerende leverancer eller på baggrund af uforudsete behov, uden at dette kræver nyt udbud. Bestemmelsernes anvendelse og rækkevidde er dog i praksis forbundet med en del usikkerheder, og har givet anledning til en række spørgsmål og tvister. Usikkerheden opstår særligt i krydsfeltet mellem udbudsreglerne og entreprisereglerne, hvor ordregivende myndighed let kan blive ”fanget” mellem udbudsreglernes snævre ændringsadgang og entrepriserettens noget bredere ændringsadgang. Det bliver derfor relevant at undersøge, om ordregivende myndigheds adgang til at ændre i ydelsen i kontraktens løbetid via disse ”safe harbors” kan udgøre en praktisk holdbar løsning på ordregivende myndigheds problem.

1.1. Problemformulering

Hvilke muligheder har ordregiver for at foretage ydelsesændringer i udbudte offentlige bygge- og anlægskontrakter, uden at det på forhånd er reguleret i kontrakten, og hvordan harmonerer det med den entrepriseretlige adgang til ekstraarbejder?

1.2. Afgrænsning

De danske bestemmelser om ændringer i kontrakten findes i UBL §§ 178-184, som implementerer de tilsvarende bestemmelser fra Udbudsdirektivets art. 72 med visse tilpasninger.¹⁷ UBL § 178 udgør udgangspunktet, hvorefter der ikke må ændres i udbudte kontraktens grundlæggende elementer, medmindre en af de i UBL §§ 179-183 oplistede undtagelser finder anvendelse.¹⁸

Afhandlingens formål er for det første at undersøge, ordregivende myndigheds mulighed for at ændre i kontraktens *ydelse* uden, at det er aftalt på forhånd (i kontrakten). Afhandlingen afgrænses derved til at undersøge udgangspunktet i UBL § 178, som gennemfører Udbudsdirektivets art. 72, stk. 4, samt de to undtagelsesbestemmelser i UBL § 181, som gennemfører Udbudsdirektivet art. 72, stk. 1, litra b, og UBL § 183, som gennemfører Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra c, idet netop disse undtagelsesbestemmelser giver ordregivende myndighed mulighed for at foretage

¹⁷ Christensen og Cesar: ”Kapitel 14: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsloven” (2016), s. 422

¹⁸ Ifølge UBL §§ 179-183 må ordregivende myndighed ændre i en kontraktens grundlæggende elementer, hvis i) det følger af en ændringsklausul, jf. UBL § 179, ii) der er tale om en bagatelmæssig ændring, jf. UBL § 180, iii) det skyldes køb af supplerende leverance, jf. UBL § 181, iv) udskiftning af den oprindelige leverandør kan tillades, jf. UBL § 182, eller v) det er behovet som følge af uforudsete omstændigheder, jf. UBL § 183.

løbende ydelsesændringer i form af indkøb af supplerende leverancer eller på grund af uforudsete behov. Hertil skal det påpeges, at eftersom de danske bestemmelser gennemfører Udbudsdirektivets tilsvarende bestemmelser forholdsvist tekstnært, vil der primært refereres til de danske bestemmelser i afhandlingen, velvidende at Udbudsdirektivets bestemmelser ligger til grund herfor. Undtagelserne i netop UBL §§ 181 og 183 er desuden særligt relevante for afhandlingens fokus, idet de anvendes hyppigt i bygge- og anlægssektoren, når ordregivende myndighed skal bestille ekstraarbejder henholdsvis afbestille arbejder, jf. AB 18 § 23-24, i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter.¹⁹ Endelig vil afhandlingen undersøge, om UBL §§ 178, 181 og 183 harmonerer med den entrepriseretlige ændringsadgang, som følger af AB 18 §§ 23-24, ved at sammenholde og diskutere udbudsreglerne på den ene side og entreprisereglerne på den anden side.

Der vil således ikke ses nærmere på adgangen til at udnytte ændringsklausuler, jf. UBL § 179, bagatelreglen, jf. UBL § 180, eller adgangen til at udskifte leverandør, jf. UBL § 182, idet disse bestemmelser ikke har samme relevans for afhandlingens primære fokus på adgangen til at foretage ydelsesændringer i form af ikke-aftalte supplerende leverancer og på grund af uforudsete behov. Imidlertid vil der dog forekomme enkelte henvisninger til UBL § 180, idet bestemmelsen fastsætter værdigrænser, som udgør den relevante målestok i fortolkningen af UBL § 178, stk. 2, nr. 3. Ligeledes gælder for UBL § 184, som dels vedrører prisindekseringsklausuler, jf. stk. 1, og dels fastsætter offentliggørelseskrav for ændringer i medfør af blandt andet UBL §§ 181 og 183, jf. stk. 2, at bestemmelsen kun behandles i det omfang, den bidrager til forståelsen af UBL §§ 181 og 183's anvendelse. Afhandlingen vil ej heller se nærmere på de ændringsmuligheder, som ordregiver måtte have i medfør af reglen i UBL § 93, stk. 4, nr. 2 om ændringer i udbudsmaterialet under udbudsproceduren og indtil kontraktindgåelsen,²⁰ samt delydelsesreglen i UBL § 8, stk. 2,²¹ idet disse ikke har materiel relevans for afhandlingens problem.

Udbudsreglerne baseres overordnet på fire EU-direktiver, herunder Udbudsdirektivet og tre specialdirektiver: forsvars- og sikkerhedsdirektivet, koncessionsdirektivet samt

¹⁹ Berg: *"Udbudsret i byggeriet"* (2012), s. 831

²⁰ Ordregiver kan i medfør af UBL § 93, stk. 4, nr. 2 foretage væsentlige ændringer i udbudsmaterialet, hvis der sker tilsvarende forlængelse af tilbuds- eller prækvalifikationsanmodningsfristen, jf. Hamer: *"Grundlæggende udbudsret"* (2016), s. 405

²¹ Delydelsesreglen giver ordregiver adgang til at tildele en delkontrakt direkte til en leverandør, når delkontraktens anslåede værdi er mindre end 596.520 kr. (for varer eller tjenesteydelser) eller mindre end 7.456.500 kr. (for bygge- og anlægsarbejder), samt at den samlede værdi af delydelser ikke overstiger 20% af den samlede værdi af alle delydelser, jf. Hamer: *"Grundlæggende udbudsret"* (2016), s. 142-143

forsyningsvirksomhedsdirektivet, som regulerer sektorspecifikke offentlige indkøb på tværs af EU-medlemsstater. Specialet afgrænses til at behandle bestemmelserne i Udbudsdirektivet og UBL, således at specialdirektiverne ikke vil inddrages yderligere, bortset fra i et enkelt tilfælde, hvor praksis efter tilsvarende ændringsbestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet (herefter ”FSVD”) kan bidrage til fortolkningen.

Tilbudsloven,²² som finder anvendelse på offentlige og offentligt støttede private bygge- og anlægskontrakter,²³ hvis værdi ikke overstiger Udbudsdirektivets tærskelværdier, men dog overstiger tilbudslovens mindste tærskelværdi på 300.000 kr.²⁴, vil af hensyn til afhandlingens begrænsede omfang ej heller behandles nærmere. Dette er til trods for, at en undersøgelse af tilbudslovens ændringsadgang formentlig havde udgjort et positivt bidrag til belysningen af ordregivers adgang til at indkøbe ekstraarbejder i for bygge- og anlægskontrakter, idet flere ”små” entrepriser omfattes af tilbudslovens regler,²⁵ og ændringsadgangen herefter generelt må formodes at være mindre restriktiv end efter Udbudsdirektivet og UBL.²⁶ Endelig vil afhandlingen ej heller se nærmere på retstillingen for kontrakter, der ikke omfattes af Udbudsdirektivet og UBL, fordi deres anslåede kontraktværdi ikke overstiger tærskelværdierne, men stadig er underlagt visse udbudsregler som følge af deres klare grænseoverskridende interesse²⁷, idet vurderingen af grænseoverskridende interesse ikke har relevans for bygge- og anlægskontrakter i Danmark, da disse kontrakter næsten uden undtagelse omfattes af tilbudsloven henset til de lave tærskelværdier.²⁸

²² Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

²³ Tilbudsloven omfatter ligesom UBL statslige, regionale og kommunale myndigheder samt offentligretlige organer, og udstrækkes – i modsætning til UBL – til endvidere at omfatte private ordregivere, som modtager statsstøtte eller offentlig garanti, uanset størrelsen heraf, men kun i henhold til det konkrete bygge- og anlægsprojekt, der ydes støtte til, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: ”Hvornår finder tilbudsloven anvendelse?”, 17. december 2019 (hjemmeside, se litteraturliste, pkt. 8.5); Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 214-125

²⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: ”Hvornår finder tilbudsloven anvendelse?”, 17. december 2019 (hjemmeside, se litteraturliste, pkt. 8.5)

²⁵ Idet Udbudsdirektivets og UBL tærskelværdi for udbud af bygge- og anlægsarbejder ligger på 39.884.785 kr. (2020/2021-niveau), jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oversigt ”Tærskelværdier 2020 og 2021” (hjemmeside, se litteraturliste, pkt. 8.5), er alle entrepriser med en lavere kontraktværdi ikke omfattet af UBL, og reguleres i stedet af tilbudsloven

²⁶ Efter tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 5, får ordregiver adgang til at indkøbe supplerende leverancer direkte hos den oprindelige leverandør, ved at indhente et underhåndsbud hos denne, hvis det supplerende arbejde er blevet nødvendigt som følge af uforudsete forhold, og ordregiver ikke kan påvise særlige grunde for, at lade en anden leverandør udføre arbejdet, jf. bl.a. Berg: ”Udbudsret i byggeriet” (2012), s. 833

²⁷ ”Grænseoverskridende interesse handler om, at der kan være virksomheder i en anden medlemsstat, der kunne have interesse i opgaven”, jf. Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 184;

²⁸ Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at der kan forekomme udenlandske tilfælde, hvor vurdering af grænseoverskridende interesse for bygge- og anlægskontrakter bliver relevant, jf. se bl.a. EU-Domstolens dog af 6. oktober 2016 i sag C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl mod Comune di Fossano*, hvor det blev fastslået at bygge- og anlægskontrakter *kan* have grænseoverskridende karakter, hvis den anslåede kontraktværdi er høj ”(...) i kombination

1.3. Terminologi

Den ordregivende myndighed vil i afhandlingen benævnes ”ordregiver” i overensstemmelse med terminologien i UBL § 24, stk. 1, nr. 28. De økonomiske aktører vil benævnes enten ”leverandør” eller ”tilbudsgiver” i overensstemmelse med terminologien i UBL § 24, stk. 1, nr. 38, desuagtet at det ikke er alle økonomiske aktører, der reelt når til at udgøre tilbudsgivere, idet de stadig blot kan være ansøgere om prækvalifikation.

I den entrepriseretlige terminologi svarer ordregiver til ”bygherre”, mens leverandør/tilbudsgiver svarer til ”entreprenør”. Afhandlingens kapitel 4, som behandler entrepriseretlige kontraktændringer, vil imidlertid fortsat anvende den udbudsretlige terminologi ”ordregiver” og ”leverandør”/”tilbudsgiver”, velvidende at dette ikke er de korrekte entrepriseretlige termer, men under hensyntagen til afhandlingens terminologiske kontinuitet.

1.4. Metode

Til at besvare afhandlingens problemformulering, benyttes den retsdogmatiske metode med formålet at beskrive, analysere og fortolke relevante retskilder for at klarlægge gældende ret (*de lege lata*).²⁹

Til at fastlægge gældende ret på det udbudsretlige område er det væsentligt at iagttage såvel EU-retlige som nationale retskilder, idet EU-retten danner grundlaget for dansk udbudsret. Udbudsdirektivet og UBL udgør de primære retskilder på området, men disse kan ikke stå alene, og suppleres derfor af en række andre retskilder som væsentligt bidrager til fortolkningen.³⁰ Således bliver det relevant for den bedste belysning af afhandlingens problem først at identificere de relevante retskilder og deres betydning for kontraktændringsområdet.

med stedet for arbejdernes udførelse og kontraktens tekniske egenskaber samt de pågældende varers særlige egenskaber”, jf. dommens præmis 20

²⁹ Blume: ”Retssystemet og juridisk metode” (2020), s. 33. I modsætning til de lege lata står den retspolitiske metode (*de lege feranda*) som beskriver, hvordan retstilstanden bør være, jf. Blume: ”Retssystemet og juridisk metode” (2020), s. 52

³⁰ Jakobsen, m.fl.: ”EU Udbudsretten” (2016), s. 45; Europa-Parlamentet: ”EU-retten – kilder og rækkevidde”, s. 2-3

1.4.1. Udbudsretlige retskilder

1.4.1.1. Traktaten, principperne og Udbudsdirektivet

I EU-retten sondres mellem den primære ret, den bindende sekundære ret og soft law.³¹ Primærretten kommer til udtryk i EU-traktater, traktatafledte retsprincipper og grundlæggende rettigheder,³² mens den bindende sekundære ret udgøres af forordninger, direktiver, afgørelser, mv.³³ Soft law derimod udgør ikke-bindende regulering, så som henstillinger og udtalelser.³⁴ Den hierarkiske opbygning af retskilderne medfører, at primærretten har forrang for den bindende sekundærret, som har forrang for soft law.³⁵

Udbudsdirektivet udspringer af Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde (herefter "TEUF") og de heraf afledte principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som er af væsentlig betydning for den udbudsretlige fortolkning.³⁶ Udbudsdirektivet er udstedt med hjemmel i TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 og art. 114, som angår det indre markeds oprettelse og funktion,³⁷ og er således en del af den bindende sekundærregulering, jf. TEUF art. 288, også kaldet den afledte EU-ret.³⁸ Udbudsdirektivet udgør herefter en retsakt, rettet mod medlemsstaterne til implementering i national ret, og er således særdeles betydningsfuld for udbudsrettens område, idet den dels binder EU-ret og medlemsstaternes nationale ret sammen og dels udgør en udmøntning af TEUF og de formål som TEUF forfølger, om at skabe og sikre et indre marked for offentlige kontrakter i EU.³⁹

Relevant for fortolkningen er endvidere Udbudsdirektivets præambel, som angiver EU-lovgivers intentioner. Retskildeværdien af præambelens betragtninger er imidlertid omdiskuteret i den juridiske litteratur, idet betragtningerne uddyber Udbudsdirektivets bestemmelser på sådan vis, at det kan betvivles om, betragtningerne blot udgør et fortolkningsbidrag eller om de i realiteten udgør

³¹ Neergaard og Nielsen: "EU-ret" (2020) s. 121

³² Daniel og Hamer: "Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil" i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: "Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner", (2020), s. 142

³³ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 37-38; Europa-Parlamentet: "EU-retten – kilder og rækkevidde", s. 2

³⁴ Daniel og Hamer: "Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil" i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: "Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner", (2020), s. 147

³⁵ Neergaard og Nielsen: "EU-ret" (2020) s. 121-122

³⁶ TEUF og de grundlæggende principper en del af den primære EU-ret, og har således væsentlig betydning for den udbudsretlige fortolkning, jf. Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 38; Jakobsen, m.fl.: "EU Udbudsretten" (2016), s. 27; Europa-Parlamentet: "EU-retten – kilder og rækkevidde", s. 2

³⁷ Neergaard og Nielsen: "EU-ret" (2020), s. 140; Jakobsen, m.fl.: "EU-udbudsretten" (2016) s. 49; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 32

³⁸ Daniel og Hamer: "Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil" i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: "Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner", (2020), s. 141 og 145f

³⁹ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 32

”skjult lovgivning”.⁴⁰ På området for kontraktændringer kan eksempelvis præambelbetragtning 109 fremhæves, idet den uddyber den materielle anvendelse af undtagelsen i Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra c, og således i et vist omfang regulerer, hvornår ordregiver er undtaget fra fornyet udbudspligt ved kontraktændringer.⁴¹

At anvendelsesområdet for visse af Udbudsdirektivets bestemmelser klarlægges i præamblen frem for selve bestemmelsen kan medføre en tvivl om, hvilken retskildeværdi betragtningen bør tillægges. Imidlertid udtaler EU-Domstolen, at *”En betragtning (...) kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.”*⁴² Udtalelsen må kunne tages til indtægt for, at præamblen ikke skal tillægges samme værdi som bestemmelserne, men i stedet blot tjener som væsentligt fortolkningsbidrag. Dette er da også det standpunkt, som den juridiske litteratur kommer frem til.⁴³ Præambelbetragtningerne vil således anvendes som fortolkningsbidrag under hensyn til, at de ikke har samme retskildeværdi som bestemmelserne.⁴⁴

1.4.1.2. Udbudsloven og de danske forarbejder

UBL implementer og omskriver Udbudsdirektivet til at passe ind i den danske retstradition.⁴⁵ Den danske implementering er sket på baggrund af danske forarbejder, herunder lovforslaget til UBL⁴⁶ og rapporten⁴⁷ fra det nedsatte udbudslovsudvalg (herefter ”Udvalget”).⁴⁸ Bemærkningerne i lovforslaget til UBL og rapporten fra Udvalget kan medvirke til at klarlægge dansk lovgivers hensigt med loven, og tjener således som betydelige fortolkningsbidrag.

Den danske implementering kan imidlertid føre til fortolkningsproblemer, hvor ordlyden af UBL’s bestemmelser ikke er overensstemmende med ordlyden af de tilsvarende bestemmelser i Udbudsdirektivet. Problemet løses af EU-retlige principper, om EU-rettens forrang og EU-konform fortolkning, som medfører at EU-retlige retskilder går forud for nationale retskilder, og at

⁴⁰ Treumer og Comba: *”Chapter 1: Introduction”* i Steen Treumer og Mario Comba: *”Modernising Public Procurement – the approach of EU member states”* (2018), 21-22

⁴¹ Ibid., s. 4; Treumer og Comba: *”Chapter 14: Trends in the implementation of Directive 2014/24: minimalism and narrow interpretation”* i Steen Treumer og Mario Comba: *”Modernising Public Procurement – the approach of EU member states”* (2018), s. 321

⁴² EU-Domstolens dom af 13. juli 1989 i sag C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, præmis 31

⁴³ Hamer: U.2020B.144 *”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”*, s. 4, afsnit 3.1

⁴⁴ Fenger: U.2014B.293 *”Forarbejders retskildeværdi i EU-retten”*, s. 1-5

⁴⁵ Hamer: U.2020B.144 *”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”*, s. 1, afsnit 1

⁴⁶ Lovforslag nr. 19 *”Forslag til Udbudsloven”*, fremsat den 7. Oktober 2015

⁴⁷ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

⁴⁸ Hamer: U.2020B.144 *”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”*, s. 2, afsnit 3

domstolene er pligtige til at fortolke og anvende nationale regler i overensstemmelse med EU-retten.⁴⁹

Yderligere formodes det, at der er forskel på de danske forarbejders retskildeværdi og EU-retlige forarbejders retskildeværdi.⁵⁰ Danmark har i sin implementering af Udbudsdirektivet haft mulighed for at inddrage EU-retlige forarbejder, herunder præambelbetragtningerne. UBL og de danske forarbejder forudsættes således i væsentligt omfang at tage højde for EU-lovgivers intentioner.⁵¹ Stadigt forholder det sig dog således, at forarbejderne ikke udgør decideret lovgivning, men blot et fortolkningsbidrag. Forarbejder vil under hensyntagen til, at de ikke har samme retskildeværdi som lovtekster, inddrages i afhandlingen til fortolkning af retstilstanden.⁵²

1.4.1.3. Retspraksis

Særligt relevant for afhandlingens problem er EU-Domstolens praksis, idet reglerne om kontraktændringer i det væsentligste kodificerer retspraksis på området.⁵³ Dette understreges blandt andet af Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 107, hvoraf det fremgår, at *”Det er nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver ny udbudsprocedure under hensyntagen til EU-Domstolens relevante praksis.”*

EU-Domstolens praksis er generelt medvirkende til at udfylde eventuelle ”huller”, som der måtte være i lovgivningen, idet EU-Domstolen i deres fortolkning af retsregler, sammenholder og analyserer de juridiske retskilder, som måtte være relevante, for således at skabe en egen form for lovgivning.⁵⁴ EU-Domstolens praksis udgør således et af de mest væsentlige fortolkningsbidrag til

⁴⁹ Neergaard og Nielsen: *”EU-ret”* (2020), s. 202ff og 221ff; Hamer: U.2020B.144 *”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”*, s. 3; Daniel og Hamer: *”Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil”* i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *”Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner”*, (2020), s. 151 og 155; EU-Domstolens dom af 10. april 1984 sag C-14/83, *Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen*, præmis 26

⁵⁰ Fenger: U.2014B.293 *”Forarbejders retskildeværdi i EU-retten”*, s. 4; Daniel og Hamer: *”Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil”* i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *”Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner”*, (2020), s. 149

⁵¹ Dette kommer desuden til udtryk i dansk klagenævnspødsis, hvor væsentligheden af EU-retlige forarbejder understreges, idet der indimellem henvises til præambelbetragtningerne og lovgivers intentioner, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. august 2016, Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, s. 18; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. juli 2017, Weiss A/S mod SK Varne A/S, s. 2; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, s. 17

⁵² Fenger: U.2014B.293 *”Forarbejders retskildeværdi i EU-retten”*, s. 1-5

⁵³ Liljenbøl og Balle: *”Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II”* i Karsted Hagel-Sørensen (red.): *”Aktuel udbudsret II”* (2016), s. 387

⁵⁴ Daniel og Hamer: *”Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil”* i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *”Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner”*, (2020), s. 157

besvarelsen af afhandlingens problem, og afhandlingen vil derfor inddrage EU-Domstolens praksis i væsentligt omfang til at analysere retstilstanden, herunder ved at sammenholde tidligere praksis afsagt i henhold til 2004-direktivet med ændringsreglerne i Udbudsdirektivet og UBL, samt med relevant, ny praksis på området.

Praksis afsagt af Klagenævnet for Udbud (herefter ”Klagenævnet”), som er den danske klageinstans for udbudsretlige tvister, udgør ligeledes et relevant bidrag til fortolkningen af det udbudsretlige kontraktændringsspørgsmål, idet det belyser den danske retsstilling på området, og vil således inddrages i væsentligt omfang.

Inddragelsen af retspraksis vil generelt fungere som redskab til at fortolke og udfylde det udbudsretlige retsgrundlag, og vil således inddrages såfremt det bidrager til forståelsen af udbudsreglerne og den praktiske anvendelse heraf.

1.4.1.4. Vejledninger og udtalelser

Endvidere vil vejledninger og udtalelser fra Kommissionen henholdsvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anvendes i afhandlingen, i det omfang de bidrager til analysen, dog ligeledes under hensyn til at sådanne retskilder har status som ikke-bindende regulering.⁵⁵

1.4.2. Entrepriseretlige retskilder

Afhandlingen vil ligeledes anvende entrepriseretlige retskilder, herunder den entrepriseretlige standardkontrakt AB 18 samt forarbejderne hertil, i det omfang det findes relevant for analysen.

Idet dansk entrepriseret er et ulovreguleret område, sker reguleringen primært ved at kontraktparter aftaler, at en eller flere af de entrepriseretlige standardkontrakter skal gælde for det konkrete aftaleforhold.⁵⁶ I visse tilfælde, hvor AB-reglerne ikke er vedtaget, vil en række af standardkontrakternes vilkår dog alligevel kunne finde anvendelse på aftaleforholdet, da disse er udtryk for branchesædvane.⁵⁷

⁵⁵ Neergaard og Nielsen: ”EU-ret” (2020) s. 150; Se i øvrigt afhandlingens afsnit 1.4.1.1.

⁵⁶ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), s. 28

⁵⁷ Ibid., s. 51; Iversen: TBB2003.480 ”Udfyldende entrepriseret. Hvad gælder når AB92 ikke er vedtaget?”, s. 1

Det forekommer ikke sjældent at udbudsmaterialer i forbindelse med offentlige bygge- og anlægsudbud henviser til de entrepriseretlige standardkontrakter. AB-reglerne tager imidlertid afsæt i den obligationsretlige og noget friere reguleringstradition end udbudsreglerne, hvilket kan føre til uoverensstemmelser mellem de to retsområder. Disse uoverensstemmelser kommer blandt andet til udtryk på området for kontraktændringer, idet udbudsrettens ændringsadgang formodes noget mere snæver end den der følger AB-reglerne. Imidlertid understreges det, at udbudsretten går forud for entrepriseretten, jf. principperne om EU-retten forrang og EU-konform fortolkning,⁵⁸ i tilfælde hvor udbudsreglerne og vilkår som udspringer af de entrepriseretlige standardkontrakter divergerer.

1.4.3. Andre fortolkningsbidrag

Endelig vil juridisk litteratur inddrages i specialet i væsentligt omfang, da litteraturen kan bidrage til forståelsen af udbudsreglerne. Desuagtet at det er tvivlsomt, om den juridiske litteratur kan anses for en retskilde på linje med de oven for gennemgåede retskilder,⁵⁹ må det alligevel formodes at litteraturen har en vis retskildemæssig værdi, idet den i høj grad medvirker til at afdække retstilstanden på baggrund af ”(...) omfattende retlig regulering, internationalisering og den omstændighed, at retten hele tiden forandres (...)”⁶⁰. Litteraturen er således særdeles betydningsfuld for afhandlingens analyse, og særligt på områder hvor retstilstanden endnu ikke er afklaret.

⁵⁸ Daniel og Hamer: ”Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil” i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: ”Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner” (2020), s. 151 og 155

⁵⁹ Blume: ”Retssystemet juridisk metode” (2020), s. 31-32

⁶⁰ Ibid., s. 32

2. UDBUDSRETEN

2.1. Udbudsrettens formål

EU's udbudsregler er vedtaget med hjemmel i TEUF,⁶¹ og det udbudsretlige formål skal således ses i lyset af TEUF's overordnede formål, om at oprette et indre marked og sikre dets funktion.⁶²

Overensstemmende med TEUF's formål, fastslår Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, at udbudsreglerne har til formål at sikre, at *"Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed."* Formålet er desuden fastslået gentagne gange i praksis.⁶³

Udbudsreglerne spiller således en væsentlig rolle i forhold til det indre markeds oprettelse og funktion,⁶⁴ og repræsenterer, som fremhævet i Kommissionens Grøn bog, et overordnet ønske om *"(...) et velfungerende og effektivt europæisk marked for offentlige indkøb"*.⁶⁵ Det indebærer ifølge Kommissionen på den ene side, at tilbudsgivere på tværs af EU-landegrænser får en reel mulighed for at konkurrere på lige vilkår, og uden nogen form for konkurrencefordrejninger, og på den anden side, at ordregiver får mest valuta for sine penge.⁶⁶ At Kommissionen har fremhævet "value for money" som et formål med udbudsreglerne, kritiseres imidlertid i den juridiske litteratur, hvor det fremhæves at *"(...) the directives do not address the general issue of value for money (...) the*

⁶¹ I medfør af TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 og art. 114 er visse EU-institutioner tillagt kompetence til at udstede direktiver i overensstemmelse med TEUF art. 288, med henblik på implementering i medlemsstaternes nationale retssystemer, jf. Neergaard og Nielsen: "EU-ret" (2020), s. 144; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 32

⁶² Herunder navnlig med henblik på at sikre den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital på tværs af EU-landegrænser, jf. TEUF art. 26, stk. 1 og 2, jf. Neergaard og Nielsen: "EU-ret" (2020), s. 267; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 32

⁶³ EU-Domstolens dom af 12. december 2012 sag C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl. mod Entsorgungsbetriebe Simmerin GmbH*, præmis 89; EU-Domstolens dom af 16. december 2008 sag C-213/07, *Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikratias*, præmis 39; EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 31; EU-Domstolens dom af 27. november 2001 forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod Impresa Ing. Mantovani SpA m.fl.*, præmis 34

⁶⁴ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig, s. 3; Jakobsen, m.fl.: "EU-udbudsretten" (2016), s. 54

⁶⁵ Europa-Kommissionen: "Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked", KOM(2011) 15 endelig – 27. januar 2011, s. 3

⁶⁶ Ibid., s. 4

internal market provisions on which the directives are based do not in fact confer a power to regulate for this reason."⁶⁷ Hvorved forstås, at mål om mest valuta for pengene ikke ligger inden for rammerne af EU's udbudsdirektiver⁶⁸. Målene om lige konkurrence og det indre marked må således EU-retligt anses som de primære formål og dét der alt andet lige er tungen på vægtskålen i tvister.⁶⁹ Denne formodning er i fin overensstemmelse med praksis, hvor sikring af det indre marked og lige konkurrence netop har været medvirkende til at begrænse ordregivers adgang til at fortage kontraktændringer, uanset at ændringerne vel nok i de fleste tilfælde har været begrundet i ordregivers ønske, om at begrænse sine transaktionsomkostninger.

Alligevel er der i forbindelse med udstedelsen af Udbudsdirektivet givet medlemsstaterne et vist rum til selv, at tage stilling til, om "mest valuta for pengene" skal indgå som nationalt (og sekundært) udbudsretligt formål.⁷⁰ I Danmark har lovgiver således valgt at indføre en selvstændig formålsbestemmelse, jf. UBL § 1, som samler og udvider de formålsbetragtninger, som ligger til grund for Udbudsdirektivet,⁷¹ derved at den danske formålsbestemmelse tilføjer "mest valuta for pengene" som et udtrykkeligt formål. Efter UBL § 1 er formålet med loven "(...) at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler". Således lægger den danske formålsbestemmelse op til, at det kan blive en konkret afvejning, hvorvidt og i hvor stort omfang transaktionsomkostningshensyn skal tillægges betydning. Det fremgår imidlertid af lovbemærkningerne til UBL § 1, at der ikke kan støttes selvstændigt ret på formålsbestemmelsen,⁷² men at bestemmelsen snarere tjener til tydeliggørelse af det udbudsretlige formål. Det er derfor diskutabelt, hvor stor praktisk betydning formålsbestemmelsen faktisk kan tillægges.⁷³ Desuagtet, må EU-retlige formålsbetragtninger om det indre marked og lige konkurrence, alt andet lige stå i forgrunden, hvorfor hensyn til "mest valuta for pengene" i tilfælde af en tvist må vige.⁷⁴

⁶⁷ Arrowsmith: "Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform" i Konkurrenceverket (2012), s. 84

⁶⁸ Herunder både Udbudsdirektivet, 2004-udbudsdirektivet og specialdirektiverne

⁶⁹ Se diskussionen herom i Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 34-35, hvorefter det må anses for tvivlsomt om, økonomiske hensyn må tillægges vægt EU-retligt, idet det dog endeligt fastslås at styrkelse af det indre marked og lige konkurrencevilkår skal tillægges størst betydning ved en formålsfortolkning

⁷⁰ Se opfordringen hertil i Arrowsmith: "Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform" i Konkurrenceverket (2012), s. 117

⁷¹ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 56

⁷² Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 56

⁷³ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 37

⁷⁴ Arrowsmith: "Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform" i Konkurrenceverket (2012), s. 84-86; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 36

2.2. De grundlæggende principper og deres relation til ændringer

Fundamentalt for udbudsretten er principperne om ”(...) *ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed*”, som afledes af TEUF.⁷⁵ Principperne fremgår desuden direkte af Udbudsdirektivets art 18, stk. 1, og UBL § 2, stk. 1, som forpligter ordregiver til at gennemføre enhver udbudsprocedure på ligebehandlende, gennemsigtig og proportional vis. De følgende afsnit vil således redegøre for principperne, jf. UBL § 2, stk. 1, og det heraf afledte forhandlingsforbud, i forhold til kontraktændringsområdet.

2.2.1. Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet udspringer af TEUF art. 18, hvorefter der ikke må forskelsbehandles på grund af nationalitet.⁷⁶ Forbuddet mod forskelsbehandling har dog udbudsretligt været underlagt en bredere fortolkning, hvorfor ligebehandlingsprincippet hindrer enhver form for forskelsbehandling af tilbudsgivere.⁷⁷ Ligebehandlingsprincippet indebærer således, at ”(...) *ensartede forhold ikke må behandles forskelligt (...), medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet og proportionalt.*”⁷⁸ Udbudsretligt betyder det, at der *skal* være en saglig begrundelse, hvis forskelsbehandling af respektive tilbudsgivere skal tillades.⁷⁹

Ligebehandlingsprincippet er et tungtvejende hensyn, og EU-Domstolen har i sin praksis utallige gange fastslået princippet væsentlige betydning.⁸⁰ Forpligtelsen til at ligebehandle gælder i alle stadier af udbuddet,⁸¹ herunder under selve udbudsproceduren, men også efter kontrakttildelingen.⁸²

⁷⁵ Jf. Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1

⁷⁶ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 57-58; Arrowsmith: ”Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform” i Konkurrenceverket (2012), s. 67

⁷⁷ EU-Domstolens dom af 8. Oktober 1980 i sag C-810/79, *Peter Uberschaer mod Bundesversicherungsanstalt Fuer Angestellte*, præmis 16; Berg: ”Udbudsret i byggeriet” (2012), s. 36

⁷⁸ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 57

⁷⁹ Berg: ”Udbudsret i byggeriet” (2012), s. 36

⁸⁰ EU-Domstolens dom af 25. april 1996 sag C-87/94, *Kommissionen mod Belgien*, præmis 54; EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*, præmis 108; EU-Domstolens dom af 27. november 2001 forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod Impresa Ing. Mantovani SpA m.fl.*, præmis 37; EU-Domstolens dom af 3. marts 2005 forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom SA mod État belge*, præmis 27; EU-Domstolens dom af 14. December 2004 sag C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG mod Landrat des Kreises Herford*, præmis 68; EU-Domstolens 9. September 2004 sag C-304/01, *Spanien mod Kommissionen*, præmis 31; EU-Domstolens dom af 10. Maj 2012 sag C-368/10, *Kommissionen mod Nederlandene*, præmis 87; EU-Domstolens dom af 19. Juni 2003 sag C-315/05, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mod Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, præmis 73

⁸¹ EU-Domstolens dom af 12. december 2012 sag C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl. mod Entsorgungsbetriebe Simmerin GmbH*, præmis 93

⁸² EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 34

For ændringsområdet betyder det, at ligebehandlingsprincippet kan få afgørende betydning for, om en ændring kan tillades uden fornyet udbud. EU-Domstolen har blandt andet udtalt, at ligebehandlingsprincippet stiller krav til ordregiver om, at ”(...) *samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (...)*”.⁸³ Ligebehandlingsprincippet beskyttelsesværn gælder imidlertid ikke kun de aktuelle tilbudsgivere, som måtte have deltaget i udbuddet, det omfatter også potentielle tilbudsgivere, som kunne have deltaget i udbuddet.⁸⁴ Dette har EU-Domstolen understreget ved flere lejligheder,⁸⁵ således at ændringer som er egnet til at åbne op for en større kreds af potentielle tilbudsgivere, vil stride i mod ligebehandlingsprincippet.

Som fremhævet i lovbemærkningerne stiller ligebehandlingsprincippet dog ”(...) *ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle aktører i markedet.*”⁸⁶ Ordregiver er dermed ikke nødvendigvis forpligtet til at gå på kompromis med sine krav til ydelsen, blot fordi det medfører et begrænset antal kvalificerede tilbudsgivere. Således er ligebehandlingsprincippet ikke til hinder for, at ordregiver stiller krav, som måske afskærer nogle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, hvis kravene er saglige og objektive.⁸⁷ Der kan eksempelvis være hensyn, der taler for at lade ordregiver tildele en kontrakt direkte til en bestemt leverandør, og i så fald medfører ligebehandlingsprincippet, at denne direkte tildeling kun kan ske under særlige omstændigheder og uden skævvridning af konkurrencen eller omgåelse af udbudsreglerne.

2.2.1.1. Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet fremgår hverken direkte af Udbudsdirektivet eller UBL, men udspringer i stedet af ligebehandlingsprincippet samt Det Europæiske Råd og Kommissionens fælleserklæring afgivet i 1993⁸⁸ (herefter ”Fælleserklæringen”).⁸⁹

⁸³ EU-Domstolens dom af 12. Marts 2015 sag C-538/13 *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 33

⁸⁴ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 57

⁸⁵ Se som eksempel EU-Domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, *Finn Frogne mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, hvor bl.a. ligebehandlingsprincippet var til hinder for, at ordregiver og tilbudsgiver under udførelsen kunne indgå et forlig, om at reducere kontraktens ydelser, idet det ikke med sikkerhed kunne vides, om reduktionen ville have medført at ”(...) *et andet tilbud kunne være blevet antaget, eller andre tilbudsgivere ville have kunnet deltage*” ved det oprindelige udbud, jf. dommens præmis 28.

⁸⁶ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 58

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ I EFT L 111/1114 af 30. april 1994

⁸⁹ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 59

I medfør af Fælleserklæringen må ordregiver ikke forhandle med tilbudsgivere ”(...) om grundlæggende elementer i kontrakten, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning”.⁹⁰ I Fælleserklæringen fremhæves særligt, at der ikke må forhandles om priser, og at forhandling med henblik på præcisering eller supplerung af et tilbuds indhold eller en ordregivers krav, kun kan komme på tale, hvis det sker uden risiko for forskelsbehandling.⁹¹

Fælleserklæringens retskildemæssige værdi er dog omdiskuteret,⁹² og dens ordlyd kan antageligvis kun bidrage sparsomt til fortolkningen af forhandlingsforbuddet.⁹³ Imidlertid er Fælleserklæringen tillagt betydning i EU-Domstolens praksis,⁹⁴ og den grundtanke som Fælleserklæringen baseres på må således fortsat antages at vinde indpas i den udbudsretlige fortolkning.⁹⁵ Forhandlingsforbuddet kan således fortolkes i lyset af Fælleserklæringens ræsonnement, derved, at der både stilles strenge krav til forhandling mellem ordregiver og tilbudsgivere under udbuddet og efter kontraktindgåelsen. Forhandlingsforbuddet indebærer således, at hverken ordregiver eller tilbudsgiver må forhandle om eller opfordre til ændring af grundlæggende elementer i et tilbud efter dets afgivelse samt i udbudsgrundlaget under proceduren og/eller efter kontraktindgåelse.⁹⁶ Forbuddet får betydning i vurderingen af, hvornår en ordregiver kan anses at have ændret et kontraktvilkår på baggrund af en ulovlig forhandling med tilbudsgiver.

Før udbuddet iværksættes er der noget friere rammer for ordregivers adgang til at forhandle med potentielle tilbudsgivere, hvis det sker under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet.⁹⁷ Forhandlingsforbuddets betydning modificeres yderligere i de fleksible udbudsprocedurer, som direkte indebærer forhandling eller dialog mellem parterne.⁹⁸

⁹⁰ Fælleserklæringens 1. led

⁹¹ Ibid., 2. led

⁹² Se navnlig Treumer: ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler” (2000), s. 147, hvori Fælleserklæringens retskildemæssige værdi kritiseres, idet det bl.a. bemærkes, at erklæringens få linjer næppe har kunnet tage højde for forhandlingsforbuddets undtagelser og variationer

⁹³ Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 57

⁹⁴ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 56

⁹⁵ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 25. April 1996 i sag C-87/94, *Kommissionen mod Belgien*, præmis 8

⁹⁶ Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 57

⁹⁷ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 60

⁹⁸ Eksempelvis efter retningslinjerne i UBL § 39 om forudgående markedsdialog, jf. Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 57

⁹⁹ Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 58

2.2.2. Gennemsigtighedsprincippet

Af ligebehandlingsprincippet udspringer gennemsigtighedsprincippet,⁹⁹ som medfører, at "(...) *der skal være offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet* (...)".¹⁰⁰ Princippet indebærer, at ordregiver skal skabe fornøden klarhed omkring, hvilke regler og rammer der er gældende for indkøbet, og efterfølgende handle i overensstemmelse hermed.¹⁰¹ Det stiller følgelig krav til ordregiver, om et klart og præcist udformet udbudsmateriale. Målet med kravene om gennemsigtighed er netop, at "(...) *rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige*"¹⁰² tilbudsgivere skal kunne forstå og fortolke betingelserne for udbuddet, mens ordregiver skal kunne dokumentere sin handlinger.¹⁰³ Gennemsigtighedsprincippet fungerer således i praksis som et middel til at sikre, at tilbudsgivere behandles lige gennem hele udbudsproceduren.¹⁰⁴ Dette understreges i øvrigt i praksis ved EU-Domstolens udtalelse "(...) *ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsommelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt* (...)".¹⁰⁵

Kravet om gennemsigtighed gælder for samtlige af udbuddets faser, men også efter kontraktindgåelsen.¹⁰⁶ Særligt når udbudsmaterialet skal udformes, bør ordregiver være opmærksom på gennemsigtighedsprincippets betydning, idet ordregivers beskrivelse af kontraktgenstanden kan blive afgørende for det spillerum, som ordregiver efterfølgende kan agere inden for. For at sikre sig en vis ændringsadgang kan ordregiver eksempelvis indskrive en ændringsklausul, jf. UBL § 179, i udbudsbetingelserne, hvorefter ordregiver på et senere tidspunkt, kan foretage ændringer i kontrakten i henhold til ændringsklausulen, uden at det strider imod gennemsigtighedsprincippet.

Gennemsigtighedsprincippet bidrager i praksis til konstant at holde ordregiver på "tæerne", idet ordregiver tvinges til at skulle gøre sig umage både ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af

⁹⁹ Jakobsen, m.fl.: "EU Udbudsretten" (2016), s. 61f; EU-Domstolens dom af 12. Marts 2015 sag C-538/13 *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, præmis 34

¹⁰⁰ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 58

¹⁰¹ Fabricius: "Kapitel 2: Udbudsretlige principper" i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten" (2019), s. 45

¹⁰² EU-Domstolens dom af 6. november 2014 i sag C-43/13, *Cartiera Dell'Adda mod CEM Ambiente*, præmis 44

¹⁰³ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 61

¹⁰⁴ Arrowsmith: *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform* i Konkurrenceverket (2012), s. 68

¹⁰⁵ EU-Domstolens dom af 18. Juni 2002 sag C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-GmbH (HI) mod Stadt Wien*, præmis 45

¹⁰⁶ EU-Domstolens dom af 12. december 2012 sag C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl. mod Entsorgungsbetriebe Simmerin GmbH*, præmis 92-93

udbuddet, og princippet har konkret været udslagsgivende for de krav, der stilles til ordregiver blandt andet om, at tildelingskriterier skal angives og at ordregiver skal begrunde sine afgørelser.¹⁰⁷ De skridt som ordregiver tager for at sikre gennemsigtighed, kan desuden på et senere tidspunkt blive et bevismæssigt redskab for ordregiver, som herved har dokumentation for sine handlinger.¹⁰⁸ På ændringsområdet sikrer gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver ikke kan favorisere en bestemt tilbudsgiver ved at foretage ændringer i kontrakten til fordel for denne efter et gennemført udbud.

2.2.3. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er et grundlæggende EU-retligt princip, hvis udbudsretlige betydning er fastslået gentagne gange i retspraksis.¹⁰⁹ Princippet er kodificeret i Udbudsdirektivets art. 18 og UBL § 2,¹¹⁰ og indebærer, at ”(...) enhver foranstaltning skal være egnet, nødvendig (...) og stå i et rimeligt forhold til det mål, der søges opnået med foranstaltningen.”¹¹¹ Ordregiver er således forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre sin udbudsproces på proportional vis, ved udelukkende at disponere på en måde som er 1) egnet til at varetage formålet, 2) rimelig ud fra en hensynsafvejning og 3) ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at opfylde ordregivers behov.¹¹² Proportionalitetsprincippet finder, ligesom de resterende principper, anvendelse i samtlige af udbuddets faser.

Det fremgår af lovebemærkningerne og EU-Domstolens praksis, at ordregiver har et forholdsvist bredt skøn i forhold til om en konkret handling kan anses for proportional.¹¹³ I forlængelse heraf må det formodes, at proportionalitetsprincippet tjener som modstykke til beskyttelsen af tilbudsgivere som følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, således at

¹⁰⁷ Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 44-45

¹⁰⁸ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 61

¹⁰⁹ EU-Domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, præmis 48; EU-Domstolens dom af 3. marts 2005 forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom SA mod État belge*, præmis 34; EU-Domstolens dom af 22. oktober 2015 sag C-425/14, *Impresa Edilux Srl, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) mod Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, m.fl.*, præmis 29; EU-Domstolens dom af 23. december 2009, sag C-376/08, *Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Srl mod Comune di Milano* præmis 33

¹¹⁰ Hamer: ”Grundlæggende udbudsret” (2016), s. 61

¹¹¹ Fabricius: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 46

¹¹² Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 58; Jakobsen, m.fl.: ”EU Udbudsretten” (2016), s. 66

¹¹³ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 58; EU-Domstolens dom af 19. juni 2019 i sag C-41/18, *Meca mod Comune di Napoli*, præmis 15

princippet i stedet beskytter ordregiveren mod forpligtelser, som kan begrænse ordregiver i at opnå en tilfredsstillende tildeling af kontrakten.¹¹⁴ Skønnet er dog ikke uden grænser, idet det klare udgangspunkt er, at proportionalitetsprincippet ikke kan anvendes til at fravige de rammer, som ordregiver selv har opstillet for udbuddet.¹¹⁵ Ud fra denne betragtning er det tvivlsomt om, proportionalitetsprincippet kan anvendes til at retfærdiggøre en efterfølgende ændring i kontraktens vilkår.

2.3. Udbudsreglernes rækkevidde

I udgangspunktet gælder udbudsreglerne fra det tidspunkt, hvor ordregiver beslutter at foretage et offentligt indkøb, og indtil kontrakten tildeles den vindende tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹¹⁶ Efter kontraktindgåelsen vil udbudsreglerne således i udgangspunktet slippe taget, og parternes rettigheder og forpligtelser overgå til at blive reguleret af kontrakten.¹¹⁷ Alligevel indtager EU-Domstolen i sin praksis dog det modsatte standpunkt, hvorefter udbudsreglerne fortsat finder anvendelse efter kontraktindgåelsen.¹¹⁸ Dette gælder særligt, når det kommer til kontraktændringer, idet ændringer af kontraktens grundlæggende elementer i praksis er blevet sidestillet med indgåelse af en ny kontrakt, som således er udbudspligtig.¹¹⁹ EU-Domstolen har i flere sager understreget, at særligt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed rækker ind i det efterfølgende kontraktforhold,¹²⁰ og "(...) sætter grænser for, hvilke ændringer ordregiver og leverandør kan foretage i kontrakten".¹²¹ Det gælder særligt i omgængelsituationer, hvor ordregiver eksempelvis ændrer på kontrakten umiddelbart efter kontraktindgåelse med henblik på at opnå en bedre ydelse.¹²² Endelig kan det sluttes forudsætningsvist af Udbudsdirektivets kapitel IV om *kontraktens udførelse*, at udbudsreglerne gælder frem til at kontrakten er udført.

¹¹⁴ Arrowsmith: *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform* i Konkurrenceverket (2012), s. 69

¹¹⁵ Fabricius: "Kapitel 2: Udbudsretlige principper" i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten" (2019), s. 48 med henvisning til EU-Domstolens dom af 14. December 2016 i sag C-171/15, *Connexion Taxi Services mod Holland*

¹¹⁶ Jakobsen, m.fl.: "EU Udbudsretten" (2016), s. 585

¹¹⁷ Det synspunktet kom til udtryk i Klagenævnets kendelsen af 22. juni 2011, *Ecolab ApS mod Region Sjælland*, hvor Klagenævnet afviste at behandle klagen, om at ordregiver uberettiget havde accepteret, at vindende tilbudsgiver ikke opfyldte en række tekniske krav, som var anført i udbudsbetingelserne, under påskud om, at Klagenævnet ikke havde kompetence til at behandle spørgsmål, der angik den efterfølgende overholdelse af kontrakten

¹¹⁸ Berg: "Udbudsret i byggeriet" (2012), s. 813-814

¹¹⁹ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 34

¹²⁰ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta* præmis 125

¹²¹ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015 til UBL §§ 181 og 183, s. 201-202

¹²² Dette er bl.a. slået fast i Klagenævnets kendelse af 21. april 2009, *Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo*, hvor Klagenævnet udtalte, at "Ligebehandlingsprincippet, der er et generelt EU-retligt princip,

2.4. Den udbudsretlige sanktion ”uden virkning”

Håndhævelsen af udbudsreglerne i Danmark sker hovedsageligt ved Klagenævnet, som i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud¹²³ (herefter ”Klagenævnsloven”) §§ 16-17 kan erklære kontrakter for ”uden virkning”.¹²⁴ Efter Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1 skal en kontrakt erklæres uden virkning, hvis den er tildelt uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i strid med udbudsreglerne.¹²⁵ Sanktionen har således netop relevans for afhandlingens problem, idet efterfølgende ændringer af en kontrakt kan udgøre en ulovlig direkte tildeling i Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1’s forstand, hvorefter Klagenævnet *skal* erklære sådanne kontrakter uden virkning.

At en kontrakt erklæres for uden virkning indebærer, at kontraktens forpligtelser og rettidigheder ophører med at bestå, således at ordregiver ikke længere er berettiget til at modtage leverancer i overensstemmelse med den ulovligt indgåede kontrakt.¹²⁶ Uden virkning-sanktionen gælder udelukkende for kontraktens fremtidige leverancer (*ex nunc*),¹²⁷ og kan omfatte enten hele eller dele af kontrakten, jf. Klagenævnslovens § 18, stk. 1.¹²⁸ Hvorvidt sanktionen omfatter hele eller dele af kontrakten afhænger af Klagenævnet, som i deres afgørelse skal angive hvilke dele af kontrakten uden virkning omfatter.¹²⁹ Det må bero på Klagenævnets konkrete vurdering af sagens omstændigheder, om uden virkning udelukkende skal omfatte ændringen eller også det oprindelige kontraktgrundlag.¹³⁰ Hvis ændringen har en sådan sammenhæng med resten af kontrakten, at den ikke let kan adskilles herfra, taler det for, at uden virkning skal omfatte hele kontrakten.¹³¹

gælder imidlertid også efter kontrakt indgåelse”, således at efterfølgende projektbearbejdning af et udbudt forprojekt med henblik på udformning af hovedprojekt, ville udgøre forhandling af entreprisekontraktens grundlæggende elementer, jf. kendelsens s. 22ff

¹²³ Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud

¹²⁴ Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 842-843

¹²⁵ Det er i øvrigt en forudsætning at kontrakten er omfattet af UBL afsnit II eller III eller FSVD

¹²⁶ Høg, m.fl.: ”Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 495

¹²⁷ Idet det fremgår af præambelbetragtning nr. 21 til Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, at det er op til medlemsstaterne selv, om uden virkning skal gælde *ex tunc* (bagudrettet) eller *ex nunc* (fremadrettet), hvorefter lovgiver i Danmark har besluttet at uden virkning gælder *ex nunc*, jf. Klagenævnslovens § 18, stk. 1; se endvidere La Cour, m.fl.: ”Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and United Kingdom” i P.P.L.R. (2015), s. 166

¹²⁸ Hamer: ”Lov om Klagenævnet for Udbud” (2020), s. 510-512

¹²⁹ Jf. Klagenævnslovens § 18, stk. 1, jf. Høg, m.fl.: Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne i Steen Treumer (red.): Udbudsretten (2019), s. 495

¹³⁰ Hamer: ”Lov om Klagenævnet for Udbud” (2020), s. 483

¹³¹ Ibid.

Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1 omfatter specifikt situationer, hvor ordregiver fejlagtigt har troet, at der kunne foretages ændringer i kontrakten uden fornyet udbud.¹³² For at minimere sin risiko for, at kontrakten herefter bliver erklæret for uden virkning, kan ordregiver imidlertid sikre fornøden offentlighed ved at indrykke en frivillig forudgående bekendtgørelse med henblik på gennemsigtighed i overensstemmelse med Klagenævnslovens § 4, stk. 1, og således beskytte sig mod sanktionen uden virkning.¹³³ Se nærmere herom i afhandlingens afsnit 3.5.

¹³² Ibid., s. 481

¹³³ Høg, m.fl.: ”*Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne*” i Steen Treumer (red.): ”*Udbudsretten*” (2019), s. 496

3. UDBUDSRETlige KONTRAKTÆNDRINGER

3.1. Ændringsbehovet

Ordregiver kan ofte have et behov for at ændre i kontrakten efter kontraktindgåelsen, hvilket, som fremhævet i afhandlingens indledning, blandt andet kan skyldes vanskeligheder ved at skulle specificere samtlige krav og behov på forhånd i udbudsmaterialet. Den juridiske litteratur fremhæver i den forbindelse, at en ”(...) ofte forekommende årsag til, at det bliver nødvendigt at tilpasse ydelsen, er, at ordregivers kravspecifikation enten er mangelfuld, eller at der under udførelsen af kontrakten opstår forhold, som ikke var forudset, da kontrakten blev udbudt. Dette ses eksempelvis ofte inden for bygge- og anlægsudbud, hvor ændringsarbejder er reglen snarere end undtagelsen.”¹³⁴

Visse ordregivere vil allerede i udbuddet have taget stilling til muligheden for kunne foretage ændringer, og således have indskrevet en ændringsadgang direkte i kontrakten.¹³⁵ Når der imidlertid ikke er taget stilling til ændringsrummet direkte i kontrakten indskrænkes ordregivers ændringsfleksibilitet, idet enhver ændring af kontrakten således vil efterlade et udbudsretligt behov, for at tage hensyn til de andre tilbudsgivere, der deltog eller kunne have deltaget i det oprindelige udbud, idet disse ikke har fået samme mulighed for at tage højde for de ændrede krav. Dette skyldes navnlig virkningen af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Indkøb af supplerende ydelser, som angår forhold, der ikke på forhånd er reguleret i kontrakten, eller ændringer som foretages på baggrund af uforudsete behov, kan således risikere at blive erklæret for uden virkning efter Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, såfremt det vurderes at der har været tale om ulovlig direkte tildeling.¹³⁶ Det bliver således relevant at se nærmere på, hvordan ordregiver kan ændre i ydelsen, hvis det ikke på forhånd er reguleret i kontrakten.

¹³⁴ Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 211

¹³⁵ I så fald vil ændringen ske i medfør af kontrakten, og ikke som en reel ændring af kontrakten. Ordregiver har alt andet lige lettere adgang til at ændre, såfremt det kan ske i medfør af kontrakten, idet ændringen således allerede har været konkurrenceudsat ved det oprindelige udbud. I den forbindelse fremhæver Udvalget i deres rapport, sontringen mellem ændringer af kontrakten og ændringer i medfør af kontrakten, som er central, ”(...) da dette har afgørende betydning for adgangen til at foretage ændringer uden udbud. Ved førstnævnte forstås ændringer, som ikke er beskrevet i kontrakten, og som derfor er et resultat af aftaleparternes ”nye” forhandlinger. Ved sidstnævnte forstås ændringer, som er beskrevet i kontrakten, og som derfor følger af denne.”, jf. Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 779

¹³⁶ Se nærmere herom i afhandlingens afsnit 2.4.

3.2. Udgangspunktet i UBL § 178

3.2.1. Bestemmelsen i kontekst

2004-udbudsdirektivet indeholdt ikke bestemmelser, der udtrykkeligt regulerede, ordregivers adgang til at foretage ændringer i en allerede udbudt offentlig kontrakt efter kontraktindgåelsen. Spørgsmålet måtte således afklares af EU-Domstolen, som fik lejlighed til at behandle kontraktændringsspørgsmålet ved flere sager.¹³⁷ Blandt sagerne var EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta* (herefter ”Succhi di Frutta-dommen”), og EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig* (herefter ”Presstext-dommen”) nogle af de mest rammesættende.¹³⁸

I Succhi di Frutta-dommen forsøgte ordregiver at ændre på det aftalte betalingsmiddel kort efter kontraktindgåelse. Konkret angik kontrakten leverance af frugtsaft og -marmelade, hvorefter leverandøren skulle betales i æbler og appelsiner, jf. dommens præmisser 13-14. Imidlertid valgte ordregiver at ændre betalingsmidlet til ferskner og abrikoser, hvilket foranledigede Succhi di Frutta (som forbigået tilbudsgiver) til at indbringe spørgsmålet om, hvorvidt ændringen af betalingsmiddel var i strid med udbudsreglerne. I sagen fastslog EU-Domstolen, at ordregiver ikke lovligt kunne foretage en sådan ændring, fordi ændringen medførte en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, idet ensartet anvendelse af udbudsbetingelserne og objektivitet i udbudsproceduren ikke længe var sikret, jf. dommens præmis 121. Kontrakten blev som følge heraf annulleret. Således stod det allerede klart efter Succhi di Frutta-dommen, at ordregiver havde begrænset adgang til at foretage ændringer i kontrakten uden at det udløste fornyet udbudspligt.

I Presstext-dommen blev kriterierne for, hvornår en ændring er væsentlig nok til, at den kræver nyt udbud, dog specificeret nærmere. Sagen angik overordnet et indkøb af nyhedsformidlingsydelser, hvor kontrakten efter kontraktindgåelsen undergik en række ændringer, heriblandt udskiftning af medkontrahent¹³⁹ og prisreguleringer¹⁴⁰. EU-Domstolen fandt for samtlige af ændringerne i sagen,

¹³⁷ Bl.a. EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*; EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*; EU-Domstolens dom af 3. april 2010 i sag C-91/08, *Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main*, m.fl.

¹³⁸ Poulsen: ”*The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*” i P.P.L.R. (2012) 5, 167-187, s. 169

¹³⁹ Kontrakten blev tildelt en tilbudsgiver, som senere overdrogede kontrakten til sit (fuldt ejede) datterselskab, hvilket ordregiver accepterede, jf. dommens præmisser 14-15.

¹⁴⁰ De konkrete prisreguleringer fremgår af dommens præmisser 12-23, hvorunder bl.a. omregning fra østrigske schilling til euro, jf. præmis 18, og forhøjelse af rabatsats fra 15% til 25%, jf. præmis 23

at der ud fra de konkrete omstændigheder ikke var tale om væsentlige ændringer, og at disse derfor lovligt kunne foretages uden fornyet udbud.¹⁴¹

Pressetext-dommen er dog essentiel for retstilstanden på området, idet EU-Domstolen indledningsvist udtalte nogle generelle betragtninger, som må antages i det væsentligste at sætte rammerne for væsentlighedsvurderingen fremadrettet (herefter ”Pressetext-betingelserne”). Pressetext-betingelserne fastslog først og fremmest, at en ændring udgør en ny aftale, når den *”(...) er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer”*, jf. dommens præmis 34. En ændring må herefter anses som væsentlig, når:

- *”(...) den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget”* (min indstregning), jf. Pressetext-dommens præmis 35
- *”(...) den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri”* (min indstregning), jf. Pressetext-dommens præmis 36
- *”(...) når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser”* (min indstregning), jf. Pressetext-dommens præmis 37

Praksis gjorde det således evident, at der bestod et reelt behov for klare regler på området. Dette blev også fremhævet i Kommissionens Grønbog,¹⁴² som i øvrigt lagde vægt på, at manglende regulering af ændringsspørgsmålet kunne få alvorlige konsekvenser i forhold til ligebehandling af tilbudsgivere samt udbudsprocedurens korrekthed generelt.¹⁴³ Ifølge Kommissionen var der behov for en lovmæssig fastlæggelse af betingelserne for, hvornår en ændring ville udløse fornyet udbudspligt.¹⁴⁴ Pressetext-betingelserne blev således grundlaget for udformningen af

¹⁴¹ Udskiftning af medkontrahenten var blot et udtryk for en intern omstrukturering i selskabet og var derfor ikke en væsentlig ændring, jf. dommens præmis 45, mens overgangen fra østrigske schilling til euro ej heller var en væsentlig ændring, idet det var et udtryk for tilpasning af kontrakten under hensyn til ydre omstændigheder, jf. præmis 57

¹⁴² Europa-Kommissionen: ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked”, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011, s. 25-26

¹⁴³ Som anført i Kommissionens Grønbog: *”(...) problemer som opstår i forbindelse med kontraktens udførelse kan (...) have alvorlige konsekvenser med hensyn til ikke-forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne og med hensyn til korrektheden af offentlige indkøb generelt”*, jf. s. 25

¹⁴⁴ Europa-Kommissionen: ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked”, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011, s. 25-26

Udbudsdirektivets art. 72, stk. 4, som implementeres i UBL § 178. I forbindelse hermed er det vigtigt at knytte en kommentar til terminologien i UBL § 178, hvorefter Udbudsdirektivets art. 72's sondring mellem "ændringer" og "væsentlige ændringer", i UBL er omformuleret til en sondring mellem "ændringer" og "ændringer af grundlæggende elementer" i kontrakten.¹⁴⁵ Imidlertid forklarer lovbemærkningerne til UBL § 178, at omformuleringen har til hensyn at skabe klarhed og en bedre tilpasning til den danske retstradition, og således ikke ændrer på bestemmelsens materielle indhold.¹⁴⁶ Afhandlingen vil fremadrettet tage udgangspunkt i terminologien "ændring af grundlæggende elementer" i overensstemmelse med UBL § 178.

3.2.2. Grundlæggende elementer

I medfør af UBL § 178, stk. 1, skal ordregiver gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der ændres i kontraktens grundlæggende elementer. Af Presstext-dommen kan udledes en toleddet-vurdering, således, at der er tale om ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen i) indebærer at kontraktens karakter bliver væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, idet ændringen således kan betragtes som indgåelse af en ny kontrakt, og ii) viser parternes vilje til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer.¹⁴⁷ Herudover fastslår UBL § 24, stk. 1, nr. 37, at ændringer af grundlæggende elementer, skal forstås som ændringer "(...) der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlende udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt."

UBL § 178, stk. 2, nr. 1-4 opstiller fire betingelser for, hvornår der i hvert fald er tale om ændringer af grundlæggende elementer. Det fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at listen ikke er udtømmende, og at betingelserne ikke er kumulative, hvorfor opfyldelse af blot én betingelse medfører at der er tale om en ændring af et grundlæggende element, som kræver fornyet udbud.¹⁴⁸ Nr. 1-3 er i vid udstrækning er en gengivelse af Presstext-betingelserne, og netop disse tre betingelser vil således danne grundlaget for følgende afsnits analyse af, hvornår der er tale om en ændring af et grundlæggende element. Betingelse nr. 4, der vedrører udskiftning af medkontrahent,

¹⁴⁵ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 727

¹⁴⁶ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 46

¹⁴⁷ Brown: "When do changes to an existing contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06" i P.P.L.R. (2008) 6, 253-267, s. 260

¹⁴⁸ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 199

vil ikke behandles yderligere, idet den ikke formodes at have materiel betydning for afhandlingens fokus på ydelsesændringer.

3.2.2.1. Adgang for andre tilbudsgivere eller andet tildelingsresultat

En ændring er ifølge UBL § 178, stk. 2, nr. 1 grundlæggende, hvis den indfører betingelser i kontrakten, der ville have givet adgang for andre tilbudsgivere end dem, der deltog ved det oprindelige udbud, eller hvis den ville have ført til et andet tildelingsresultat ved det oprindelige udbud. Betingelsen vedrører således overordnet den potentielle konkurrence om kontrakten, og indeholder to led, som opstiller to scenarier, som medfører at der er tale om en ny udbudspligtig kontrakt.

For det første må det vurderes om, ændringen ville have givet adgang for andre tilbudsgivere, der enten på grund af manglende kapacitet eller interesse ikke deltog ved det oprindelige udbud. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal kredsen af potentielle tilbudsgivere, vurderes ud fra det konkrete marked som kontraktens ydelse befinder sig i.¹⁴⁹ I tråd hermed bliver selve ydelsen, herunder kravene til ydelsen og tilbudsgivers kapacitet, styrende for vurderingen af, hvilke tilbudsgivere, der reelt kunne have deltaget i udbuddet.¹⁵⁰ Hvis ordregiver eksempelvis vælger at lempe på kontraktens mere byrdefulde vilkår, vil det sandsynligvis tiltrække større interesse og give bredere adgang blandt markedets tilbudsgivere.¹⁵¹ Dette støttes yderligere af Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 107, som fremhæver, at ændringer, der ændrer indholdet af parternes forpligtelser og rettigheder må anses som grundlæggende.

Modsat taler følgelig for, at der ikke er tale om en grundlæggende ændring, hvis der ikke er nogen indicier for, at kredsen af tilbudsgivere ville blive ændret som følge af ændringen. Dette understreges i Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S, hvor Klagenævnet fandt, at det ikke var tilstrækkeligt sandsynliggjort, at andre tilbudsgivere ville have været interesserede i kontrakten.¹⁵² Klagenævnet lagde i afgørelsen vægt på, at der var tale om et af Nordens største anlægsprojekter, hvorfor samtlige aktører på

¹⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne, januar 2016, s. 247

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Et eksempel herpå kunne være hvis ordregiver oprindelig havde stillet krav om, at tilbudsgiver skulle stille bankgaranti på 100%, men efter udbuddet nedjusterede kravet til 50%, jf. Hartlev og Liljenbøl: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender" i P.P.L.R. (2013) 2, 51-73, s. 54

¹⁵² Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S s. 11 vedr. påstand 4

markedet, som måtte antages at have kapacitet til en sådan opgave allerede havde deltaget i det oprindelige udbud, og at en ændring i udførelsestidsplanen ikke ville ændre herpå.¹⁵³ Kendelsen er således endvidere illustrativ for, at der er tale om en konkret vurdering ud fra sagens omstændigheder, hvor der afgørende må lægges vægt på, om den ændrede betingelse er *egnet* til at fordreje konkurrencesituationen i forhold til det oprindelige udbud.

For det andet må det vurderes, om ændringen ville have medført et andet tildelingsresultat i det oprindelige udbud, hvis ændringen havde været kendt. Afgørende for vurderingen, er om ændringen kunne have haft betydelig indflydelse på, hvilken tilbudsgiver, der kunne afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud,¹⁵⁴ hvilket endvidere støttes af præambelbetragtning nr. 107, som lægger særlig vægt på, at sådanne ændringer er grundlæggende.¹⁵⁵ Det der adskiller denne del af vurderingen fra den første er, at der i langt højere grad fokuseres på ændringens betydning for selve tildelingen, og dermed de underliggende tildelingskriterier. Eksempelvis kan en ændring materielt være tilladt i medfør af kontrakten,¹⁵⁶ men alligevel udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvis den reelt ændrer på de forudsætninger, som har ligget til grund for ordregivers tildelingsbeslutning. Dette stod blandt andet klart i EU-Domstolens dom af 13. april 2010 i sag C-91/08, *Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main*, hvor udskiftning af en underleverandør, trods adgang hertil i kontrakten, udgjorde en ændring af et grundlæggende element, fordi den konkrete underleverandør havde været en afgørende faktor i ordregivers tildelingsbeslutning, jf. dommens præmis 39.

Inden ordregiver gennemfører en påtænkt ændring, er ordregiver således nødsaget til altid at vurdere om kredsen af tilbudsgivere havde været anderledes, hvis ændringen havde været kendt, samt om ændringen kunne have medført et andet resultat ved det oprindelige udbud. I begge tilfælde er der tale om en konkret vurdering af ændringens virkning set i lyset af det oprindelige udbud, og det oprindeligt accepterede tilbud.¹⁵⁷ Det afgørende moment må i begge vurderinger være, om ændringen er egnet til at fordreje konkurrencen i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Hartlev og Lijlenbøl: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender" i P.P.L.R. (2013) 2, 51-73, s. 54-55

¹⁵⁵ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 730

¹⁵⁶ Som følge af en indskrevet ændringsklausul, jf. UBL § 179

¹⁵⁷ Hartlev og Lijlenbøl: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender" i P.P.L.R. (2013) 2, 51-73, s. 54

3.2.2.2. *Kontraktens økonomiske balance*

I medfør af UBL § 178, stk. 2, nr. 2 udgør ændringer, der ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren, en ændring af grundlæggende elementer. Herved forstås ifølge lovmærkningerne til UBL § 178, stk. 2, nr. 2, ”(...) *balancen mellem ydelse og modydelse, og (...) enhver ændring, der kan have økonomisk betydning, så som ændringer i fordeling af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse.*”¹⁵⁸ Det fremhæves yderligere i lovbemærkningerne, at bestemmelsen ikke omfatter ændringer i den økonomiske balance til fordel ordregiveren.¹⁵⁹

Ændringer som typisk falder inden for bestemmelsens anvendelsesområde er prisjusteringer, hvilket der er flere eksempler på i praksis. Et af disse er Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, hvor en forhøjelse af tilbudsprisen, som skete på baggrund af en ændring i leverandørens ydelse,¹⁶⁰ fandtes at være en ændring af et grundlæggende element, idet den kunne ”(...) *have påvirket den økonomiske balance i kontrakten*”.¹⁶¹ Ligeledes i Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune (herefter ”EG-kendelsen”), udgjorde forhandling om priser mellem ordregiver og en tilknyttet leverandør, som ledte til en nedsættelse på omtrent 75% i forhold til de priser, der oprindeligt var fastsat i rammeaftalen, en ændring af et grundlæggende element. Trods at det i sagen var nærliggende at antage, at prisnedsættelsen var til ordregivers fordel, var det springende punkt, at tilbudsgiver gik med til prisnedsættelsen med en forventning om derved, at blive tildelt flere kontrakter i fremtiden,¹⁶² og således var der sket en ændring af kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren i overensstemmelse med UBL § 178, stk. 2, nr. 2.¹⁶³ Klagenævnet lagde desuden vægt på, at prisnedsættelsen ikke – som anført af sagens parter – kunne anses som et udslag af ordregiverens forøgede forbrug af den konkrete ydelse, men at ændringen udelukkende hvilede på

¹⁵⁸ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 199

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Konkret var der tale om en omlægning i leverandørens madudbringningsrute, jf. Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, s. 4-5

¹⁶¹ Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, s. 10

¹⁶² Jf. Klagenævnets udtalelse ”KMD havde et klart incitament til at sikre fastholdelse af kommunen som kunde, og en justering (nedsættelse) af priserne er efter det, kommunen har oplyst, ikke usædvanlig, hvis dette samtidig sikrer en attraktiv kunde i mange år frem”, jf. Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune, s. 41-42

¹⁶³ Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune, s. 42

forhandlingen mellem parterne, og således var et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer.¹⁶⁴

Trods, at bestemmelsen som udgangspunkt finder anvendelse på ændringer til fordel for leverandøren, fastslår lovbemærkningerne til UBL § 178, stk. 2, nr. 2, at der alligevel kan opstå situationer, hvor ændringer i kontraktens økonomiske balance til fordel for ordregiver ud fra omstændighederne må anses som grundlæggende.¹⁶⁵ Det vil eksempelvis være tilfældet, hvor ordregiver forsøger at reducere en ydelse, således at ordregiver skal betale en mindre kontraktsum til leverandøren.¹⁶⁶ I udgangspunktet må der gælde en formodning for, at prisreduktioner lettere kan foretages uden fornyet udbud, hvilket understreges af Generaladvokat Kokott i forslag til afgørelsen i Presstext-dommen, med udtalelsen om, at *"(...) risikoen for konkurrencefordrejning er mindre ved prisnedsættelser end ved prisforhøjelser. En reduktion af vederlaget er til fordel for den ordregivende myndighed og bevirker normalt endvidere en forbedring af kontraktens rentabilitet."*¹⁶⁷ Dette standpunkt indtages også i den juridiske litteratur, hvor det anføres, *"It is clear that amending the prices downwards is much less likely to trigger a requirement to re-tender"*.¹⁶⁸ Imidlertid kan ovenstående ikke tages til indtægt for, at enhver prisreduktion kan fritages udbudspligten, idet prisreduktioner som reelt er konkurrenceforvridende følgelig ikke kan anses som ikke-grundlæggende, jf. også EG-kendelsen¹⁶⁹. Hertil kan dog anføres, at sådanne ændringer oftest vil falde inden for UBL § 178, stk. 2, nr. 1's anvendelsesområde, idet prisnedsættelser oftest er afstedkommet af reduktioner i kontraktens ydelse, som giver adgang for andre tilbudsgivere, og således allerede af den grund må anses for ændring af et grundlæggende element.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 199

¹⁶⁶ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 732

¹⁶⁷ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott, fremsat den 13. Marts 2008, i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 89

¹⁶⁸ Brown: "When do changes to an existing contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06" i P.P.L.R. (2008) 6, 253-267, s. 262

¹⁶⁹ Hvor Klagenævnet udtalte: "Det kan ikke føre til en anden vurdering, at ændringen også er til fordel for ordregiveren, Egedal Kommune, jf. også lovbemærkningerne til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, hvorefter "Ændring af en kontrakt til fordel for ordregiveren vil dog kunne udgøre en ændring af grundlæggende elementer, hvis omstændighederne herfor er til stede", jf. kendelsens s. 43

¹⁷⁰ Hamer: *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 73.; Hartlev og Liljenbøl: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender" i P.P.L.R. (2013) 2, 51-73, s. 56

3.2.2.3. *Betydelige udvidelser*

I medfør UBL § 178, stk. 2, nr. 3 sammenholdt med lovbemærkningerne er der tale om ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen bevirker en betydelig udvidelse i kontraktens art eller omfang.¹⁷¹ En udvidelse af kontraktens *art*, også kaldet kvalitativ udvidelse, indebærer, at ordregiver vil modtage noget andet end den aftalte ydelse, mens en udvidelse af kontraktens *omfang*, også kaldet kvantitativ udvidelse, indebærer at ordregiver vil modtage mere af den aftalte ydelse.¹⁷² Begge typer af udvidelser kan udgøre ændringer af grundlæggende elementer, men adgangen til at udvide kontraktens omfang uden fornyet udbud, er antageligvis større end adgangen til at udvide kontraktens art.¹⁷³ Det må dog altid bero på en konkret vurdering af ændringen ud fra den sammenhæng den indgår i.

Det afgørende for vurderingen er, om der er tale om en *betydelig* udvidelse i forhold til den oprindelige kontrakt,¹⁷⁴ således at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.¹⁷⁵ I lovbemærkninger til UBL § 178, stk. 2, nr. 3, fremhæves UBL § 180's tærskelværdier, også benævnt bagatelgrænsen, som udgangspunkt for betydelighedsvurderingen. Dette indebærer, at hvis en ændrings værdi overskrider bagatelgrænsen på 10% af kontraktens værdi i varer- og tjenesteydelseskontrakter og på 15% af kontraktens værdi i bygge- og anlægskontrakter eller tærskelværdierne i UBL § 6, må det tale for, at udvidelsen udgør en ændring af et grundlæggende element.¹⁷⁶ I forlængelse heraf skal det dog understreges, at en ændring, der overskrider bagatelgrænsen ikke automatisk udgør en betydelig udvidelse i UBL § 178, stk. 2, nr. 3's forstand. Lovbemærkningerne anfører i den forbindelse, at udvidelsen skal være "(...) *tilstrækkelig stor til, at ændringen efter en konkret vurdering anses for parternes vilje til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (...) Det er således ikke udelukket, at en udvidelse af en kontrakts anvendelsesområde, der er større end værdierne i § 180 kan tillades uden gennemførelse af en ny*

¹⁷¹ UBL § 178, stk. 2, nr. 3 nævner alene betydelige udvidelser i anvendelsesområdet, mens lovbemærkningerne præciserer "anvendelsesområde" til at være kontraktens art eller omfang, jf. Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 200

¹⁷² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning "Kontraktændringer", december 2013, s. 19; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 732-733

¹⁷³ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 734

¹⁷⁴ Ibid., s. 733; Hartlev og Liljenbøl: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender" i P.P.L.R. (2013) 2, 51-73, s. 55

¹⁷⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning "Kontraktændringer", december 2013, s. 19

¹⁷⁶ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. Oktober 2015, s. 200

*udbudsprocedure i henhold til denne lov.”*¹⁷⁷ Praksis peger dog i retning af, at det taler med betydelig vægt, når en ændring overskrider bagatelgrænsen.¹⁷⁸

Det var tilfældet i Klagenævnets kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark (herefter ”Abbott-kendelsen”), hvor Klagenævnet fastslog, at ordregivers forsøg på at ændre i kontrakten ved at foretage en supplerende leverance af teknisk udstyr med tilhørende forbrugsstoffer samt service og vedligehold til en værdi af 88 mio. kr., ud af en kontraktværdi på 600 mio. kr. (dvs. en udvidelse på 14,7%), oversteg bagatelgrænsen på 10%.¹⁷⁹ Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at et supplerende indkøb til en maks. værdi på 10 mio. kr. formentlig kunne være blevet accepteret. Derudover fastslog Klagenævnet, at ændringen både udgjorde en betydelig kvalitativ og kvantitativ udvidelse, idet ordregiver ønskede at indkøbe mere af det tekniske udstyr som kontrakten angik, men også andet, herunder blandt andet forbrugsstoffer, som ikke var oprindeligt var indeholdt i kontraktens ydelse.¹⁸⁰ Klagenævnet anførte endvidere, at ændringerne havde ”(...) *et omfang og en karakter, som gør det muligt, at der ville have været andre deltagere i udbudsprocessen, eller at udbuddet havde fået et andet udfald*”,¹⁸¹ og Abbott-kendelsen kan således yderligere tages til indtægt for, at betingelserne UBL § 178, stk. 2, skal ses i sammenhæng med hinanden, hvilket også fastslås i lovebemærkningerne.¹⁸²

Selvom bestemmelsen i sin ordlyd omfatter udvidelser af kontrakten, som ændrer kontraktens grundlæggende karakter, kan de betragtninger, som ligger til grund for bestemmelsen, formentlig også bidrage til fortolkningen af den modsatrettede situation, hvor ændringen indebærer, at der skal leveres mindre af den aftalte ydelse – altså situationen hvor ordregiver reducerer/afbestiller dele af ydelsen. Vurderingen må da angå, om reduktionen er så betydelig, at kontraktens grundlæggende karakter ændres.¹⁸³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremhæver i den forbindelse i deres vejledning, at en reduktion der indebærer, at det leverandørmarked, som kontrakten henvender sig til bliver et andet taler for, at der er tale om en grundlæggende ændring.¹⁸⁴ På samme vis som i Abbott-kendelsen understreger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derved, at betingelsen om

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 22. april 2010 i sag C-423/07, *Kommissionen mod Spanien*, præmis 70, og EU-Domstolens dom af 29. april 2010 i sag C-160/08, *Kommissionen mod Tyskland*, præmis 99-100

¹⁷⁹ Klagenævnets kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, s. 29-30

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid., s. 30

¹⁸² Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015, s. 200

¹⁸³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Kontraktændringer”, december 2013, s. 19

¹⁸⁴ Ibid.

betydelig udvidelse (eller reduktion) skal ses i sammenhæng med de resterende betingelser i UBL § 178, stk. 2.

3.2.3. Delkonklusion

Ordregiver vil således være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, såfremt en ønsket ændring er egnet til at ændre på den oprindelige kontrakts potentielle konkurrencesituation, forrykke kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren – og under visse omstændigheder til fordel for ordregiver – samt hvis ændringen udgør en betydelig udvidelse af kontraktens art eller omfang. Ordregiver er, som belyst, altid nødt til at undersøge ændringens virkning forud for dens gennemførelse, med henblik på at tilsikre, at den ikke forvrider konkurrencen i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.

3.3. Supplerende leverancer efter UBL § 181

Ordregiver har i medfør af UBL § 181 under visse omstændigheder adgang til, på trods af UBL § 178, at indkøbe supplerende ydelser direkte hos den eksisterende leverandør i kontraktens løbetid, uden at det udløser fornyet udbudspligt.

3.3.1. Bestemmelsen i kontekst

Tidligere var der ingen decideret lovreguleret adgang til supplerende leverancer under kontraktens udførelse, og ordregiver måtte derfor finde sin hjemmel hertil forudsætningsvist i 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra b, og art. 31, stk. 4, litra a, der begge gav ordregiver adgang til, via udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, at ændre i en tidligere udbudt kontrakts vilkår ved at tildele et supplerende indkøb direkte til den oprindelige leverandør efter kontraktens gennemførelse.¹⁸⁵

Bestemmelsen i 2004-udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b, gav mere specifikt ordregiver adgang til at købe supplerende vareleverancer direkte fra den oprindelige leverandør, såfremt det ville medføre uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder at skifte leverandør. Bestemmelsen fastsatte ikke noget økonomisk loft for indkøbet, og stillede i øvrigt ingen krav om, at ordregiver ikke skulle

¹⁸⁵ Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 240

have kunnet forudse indkøbsbehovet.¹⁸⁶ Imidlertid forudsatte bestemmelsens anvendelse, at indkøbet var proportionalt,¹⁸⁷ og maksimalt kunne ske i op til 3 år.¹⁸⁸

Pendanten til den supplerende vareindkøbsbestemmelse var bestemmelsen i 2004-direktivets art. 31, stk. 4, litra a, som i stedet gav ordregiver adgang til at indkøbe supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser direkte fra den oprindelige leverandør, såfremt uforudsete omstændigheder havde gjort det nødvendigt for kontraktens gennemførelse. Bestemmelsens stillede umiddelbart strengere krav til ordregiver end efter 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra b, idet anvendelse af 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a, forudsatte at ordregiver ikke kunne have forudset indkøbsbehovet, samt at indkøbet ikke oversteg 50% af den oprindelige kontraktsum.¹⁸⁹ Herudover var det et krav, at de supplerende ydelser ikke teknisk eller økonomisk kunne adskilles fra den oprindelige kontrakt eller at de var absolut nødvendige.

Til trods for, at ordregiver kunne finde en forudsætningsvis hjemmel til supplerende leverancer i de tidligere bestemmelser, understregede Kommissionen i sin Grønbog, at der med udarbejdelsen af Udbudsdirektivet skulle sættes fokus på at indskrive klare og præcise regler, som skulle gøre det lettere for ordregiver at overskue sin ret til at foretage kontraktændringer, herunder supplerende leverancer.¹⁹⁰ Kommissionen fremhævede endvidere i forbindelse med forslaget til Udbudsdirektivet, at der bestod et ønske om øget fleksibilitet i udbudsreglerne, og at bestemmelserne i det nye direktiv (Udbudsdirektivet) skulle fungere som en slags ”værktøj” til at fremme fleksible indkøbsprocedurer og -regler i medlemsstaterne.¹⁹¹

Ordregivers adgang til at indkøbe supplerende leverancer under kontraktens udførelse fremgår nu specifikt af Udbudsdirektivet art. 72, stk. 1, litra b, som sammenskriver og ensretter de to tidligere bestemmelser fra 2004-udbudsdirektivet.¹⁹² Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra b, er gennemført i dansk ret ved UBL § 181, som giver adgang til at indkøbe supplerende bygge- og anlægsarbejder,

¹⁸⁶ Ibid., s. 246

¹⁸⁷ Steinicke og Groesmeyer: ”EU’s udbudsdirektiver med kommentarer” (2008), s. 866

¹⁸⁸ Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 246

¹⁸⁹ Ibid., s. 247

¹⁹⁰ Europa-Kommissionen: ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked”, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011, s. 25-26

¹⁹¹ Europa-Kommissionens ”Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb”, Bruxelles, den 20. december 2011, KOM (2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), s. 6

¹⁹² Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 396

tjenesteydelser og vareleverancer,¹⁹³ som er blevet nødvendige for kontraktens gennemførelse og som ikke var indeholdt i det oprindelige udbud.¹⁹⁴ Det er endvidere relevant at bemærke, at bestemmelsen i 2004-udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b, fortsat eksisterer i Udbudsdirektivets art. 32, stk. 2, litra b og UBL § 81, stk. 1, nr. 2, som således viderefører den hidtidige regulering af adgangen til supplerende vareindkøb *efter endt* kontrakt.

3.3.2. Betingelser

Anvendelse af undtagelsen i UBL § 181 forudsætter, at det supplerende indkøb opfylder en række betingelser, som vil blive gennemgået i følgende afsnit.

3.3.2.1. Nødvendighed

Bestemmelsen stiller først og fremmest krav om, at de påtænkte supplerende ydelser har vist sig nødvendige for kontraktens gennemførelse, i løbet af udførelsen af kontrakten.¹⁹⁵ Ifølge lovbemærkningerne til UBL § 181, stk. 1, skal kravet om nødvendighed forstås i sin bogstavelige forstand derved, at "(...) *kontraktens hovedydelse ville fremstå ufærdig, såfremt den supplerende ydelse ikke blev leveret*".¹⁹⁶ Årsager, så som ordregivers skiftende præferencer i forhold til eksempelvis tekniske eller æstetiske løsninger, kan ikke nødvendiggøre indkøb af en supplerende ydelse.¹⁹⁷ Nødvendighedskriteriet skal desuden i henhold til tidligere praksis på området fortolkes indskrænkende, således at direkte tildeling af en supplerende ydelse skal være en reel nødvendighed, og ikke blot en hensigtsmæssighed.¹⁹⁸ Samme tolkning ses ligeledes anvendt i praksis angående tilfælde, hvor ordregiver har valgt at overgå fra en offentlig eller begrænset udbudsprocedure til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, idet denne praksis netop peger i retning af, at der skal være tale om en reel nødvendighed, eksempelvis fordi alle indkomne tilbud har vist sig ukonditionsmæssige,¹⁹⁹ fordi der har været tvingende grunde²⁰⁰, eller lignende.

¹⁹³ Jf. bestemmelsens ordlyd, jf. UBL § 181, stk. 1, 1. led; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 738

¹⁹⁴ Ølykke og Nielsen: "EU's udbudsregler – i dansk kontekst" (2017), s. 396

¹⁹⁵ Lovforslag nr. L 33, "Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven" fremsat 3. oktober 2019, s. 26

¹⁹⁶ Lovforslag nr. L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 201

¹⁹⁷ Ibid.; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne, januar 2016, s. 252; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 739; Fabricius: "Offentlige indkøb i praksis" (2017), s. 765

¹⁹⁸ EU-Domstolens dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 56-57; EU-Domstolens dom af 2. juni 2005 i sag C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, præmis 35

¹⁹⁹ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet, hvor Klagenævnet fastslog, at ordregiver kunne overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, fordi samtlige tilbud var ukonditionsmæssige, jf. kendelsens s. 25-26, ligesom det i modsatte tilfælde ikke har været sandsynliggjort at samtlige indkomne tilbud var ukonditionsmæssige, hvorfor det var uberettiget at ordregiver overgik til udbud med

Imidlertid taler det alligevel i retning af en lempelse af nødvendighedskravet i forhold til efter 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a, som stillede krav om at indkøbet ”(...) *på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendig for udførelsen*” (min indstregning), at kravet om uforudsigelighed er blevet fjernet fra bestemmelsen.²⁰¹ UBL § 181, stk. 1’s ordlyd, hvorefter supplerende leverancer, skal være blevet ”*nødvendige for kontraktens gennemførelse*”, antyder i hvert fald, at *alle* nødvendige ydelser for at kunne gennemføre kontrakten kan omfattes, såfremt de resterende betingelser selvsagt er opfyldt. Således må ordregiver formentlig kunne begrunde sit supplerende indkøb med eksempelvis projektfejl og -mangler, hvilket dele af juridisk litteratur førhen har afvist at være en valid grund til indkøb af supplerende ydelser efter 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a.²⁰²

Det må imidlertid fortsat antages, at nødvendighedskravet i UBL § 181, stk. 1, indebærer at indkøb af supplerende ydelser som altovervejende hovedregel skal være *nødvendigt* for gennemførelsen af kontraktens hovedydelse, førend indkøbet kan tillades.

3.3.2.2. Leverandørskift ikke muligt

Anvendelse af bestemmelsen forudsætter herudover, at det ikke har været muligt at anvende en anden leverandør af økonomiske eller tekniske årsager, jf. UBL § 181, stk. 1, nr. 1, og fordi det ville have forårsaget betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger, jf. UBL § 181, stk. 1, nr. 2. De to betingelser behandles samlet af hensyn til deres fælles betydning i vurderingen af, om et leverandørskifte har været muligt.

Til brug for vurdering af, om et leverandørskift er muligt, anfører Udvalget i sin rapport at ”*Kravet om, at en udskiftning af entreprenøren ikke er mulig næppe [skal] læses bogstaveligt. Dette kan udledes af den anden betingelse, der jo netop forudsætter, at en ændring er mulig (men dog vil medføre betydelige problemer/væsentlig forøgede omkostninger). Det synes nærliggende at fortolke betingelsen på linje med artikel 31, nr. 4, litra a), i det gældende direktiv; altså således, at*

forhandling uden forudgående offentliggørelse, jf. Klagenævnets kendelse af 21. Januar 2016, Holmriss + Flexform A/S mod Holbæk Kommune, s. 32-33

²⁰⁰ Se bl.a. Klagenævnet kendelse af 8. april 2013, Dojo Software mod Region Nordjylland, hvor den eksisterende leverandør af medicinmoduler gik konkurs, hvorfor ordregiver var berettiget til at indgå en midlertidig aftale med det nye firma som blev oprettet efter konkursen, om erstatning af medicinmodulet, idet der var et væsentligt hensyn at tage til patientsikkerheden – situationen blev kategoriseret som en force majeure situation

²⁰¹ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 788

²⁰² I litteraturen har det tidligere været opfattelsen at tilfælde, ”(...) *hvor ordregiver blot har glemt at tage højde for alle nødvendige ydelser*” ikke kan falde inden for bestemmelsens rammer, jf. Steinicke og Groesmeier: ”EU’s udbudsdirektiver med kommentarer” (2008), s. 879

*ændringen ikke kan ske uden væsentlig ulempe for ordregiver.*²⁰³ Således anlægger Udvalget en lempelig fortolkning af kravet om, at det skal have været umuligt for ordregiver at anvende en anden leverandør, hvorfor UBL § 181, stk. 1, nr. 1 efter sin ordlyd hidtil har stillet krav om, at udskiftning af leverandøren ikke kan ”(...) *lade sig gøre uden væsentlig ulempe*”.

Det er dog tvivlsomt, om denne lempelige fortolkningsstandard kan siges at være ubetinget gældende, eftersom at ordlyden i UBL § 181, stk. 1, nr. 1, for nyligt er blevet præciseret, som følge af forslaget til ændring af UBL (herefter ”Ændringsloven”),²⁰⁴ som trådte i kraft den 1. januar 2020. Bestemmelsen kræver nu udtrykkeligt at anvendelsen af en anden leverandør ”(...) *ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager*”.²⁰⁵ I lovbemærkningerne til Ændringsloven understreges det at ændringen sker rent lovteknisk med henblik på mere korrekt og ensrettet gennemførelse af Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra b, hvorfor ændringen ifølge lovbemærkningerne til Ændringsloven ikke ændrer bestemmelsens materielle anvendelsesområde.²⁰⁶ Imidlertid synes det relevant at understrege, at ændringen er afstedkommet af Kommissionens vurdering²⁰⁷ af dansk implementering af Udbudsdirektivet, hvorefter Kommissionen konkluderede, at UBL § 181, stk. 1, nr. 1, ikke på korrekt vis gennemførte Udbudsdirektivets bestemmelse.²⁰⁸ Derfor modsiger Kommissionens krav om præciseringen i princippet Udvalgets formodning om en lempelig fortolkning af kravet om ”ikke er mulig”.

Derimod lægger EU-lovgiver selv op til en lempelse i vurderingen af, hvornår det ”ikke er muligt” at skifte leverandør, med formuleringen i Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra b, hvorefter ”(...) *økonomiske eller tekniske årsager såsom krav om indbyrdes ombyttelighed eller interoperabilitet med eksisterende udstyr, tjenesteydelser eller installationer*”, jf. nr. i), og ”(...) *betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af den ordregivende myndigheds omkostninger*”, jf. nr. ii), tilstrækkeligt kan begrunde, at der ikke kan anvendes en anden leverandør.²⁰⁹ Ordlyden af de to betingelser må alt andet lige kunne betragtes som en lempelse af kravene i forhold til 2004-udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b, og art. 31, stk. 4, litra a, idet ordregiver nu, efter

²⁰³ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 788

²⁰⁴ Lovforslag nr. L 33, ”Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven” fremsat 3. oktober 2019

²⁰⁵ Ibid., til nr. 21, s. 26

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ I Europa-Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2018/2270 om manglende foranstaltninger til gennemførelse i national ret af Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EU

²⁰⁸ Lovforslag nr. L 33, ”Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven” fremsat 3. oktober 2019, til nr. 21, s. 26

²⁰⁹ Treumer: ”Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive” i Francois Lichère, m.fl.: ”Modernising Public Procurement: The New Directive” (2014), s. 292

Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra b, nr. 1-2, og UBL § 181, stk. 1, nr. 1-2, får mulighed for at anvende både tekniske og økonomiske hensyn til at begrunde den direkte tildeling af supplerende ydelser.²¹⁰ Ifølge de tidligere bestemmelser kunne kun tekniske årsager begrunde supplerende ydelser, og tilføjelsen af økonomiske årsager må således anses som en udvidelse af undtagelsens anvendelsesområde.²¹¹ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 108 uddyber yderligere, at supplerende leverancer kan tillades enten som en delvis erstatning af eller som udvidelse af den eksisterende kontraktydelse, hvis et leverandørskift ikke kan lade sig gøre. I teorien lægges der således op til en mere fleksibel adgang til at foretage supplerende ydelser, hvor eksempelvis værdispildsbetragtninger og omkostningshensyn kan tillægges højere vægt end før.²¹² Tilbageføres disse betragtninger til Kommissionens ønske, om større fleksibilitet i indkøbsprocedurer, som fremhævet i afhandlingens afsnit 3.3.1., synes det ikke overraskende at bestemmelsen lægger op til et bredere anvendelsesområde end tidligere. Ligeledes kan det udvidede anvendelsesområde måske anses som et forsigtigt Europæisk forsøg på, at tillægge medlemsstaterne et værktøj, der kan tjene til at opnå ”mest valuta for pengene” i de konkrete indkøbsprocedurer.²¹³

Praksis på området har imidlertid vist – hvilket også fremhæves i Udvalgets rapport – at adgangen til at indkøbe supplerende ydelser i sin egenskab af at være en undtagelsesadgang og ”(...) i henhold til fast praksis fra EU-Domstolen [skal] fortolkes indskrænkende”.²¹⁴ Det er derfor tvivlsomt, om bestemmelsen i praksis faktisk åbner op for en lige så stor grad af fleksibilitet som tiltænkt. Det bliver således relevant at se bestemmelsen i lyset af tidligere praksis.

Fortolkningsbidrag – Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

UBL § 181 minder i vid udstrækning om situationen, som reguleres af UBL § 81, stk. 1, nr. 2, der giver ordregiver adgang til at tildele den oprindelige leverandør supplerende leverancer via udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Som nævnt i specialets afsnit 3.3.1. er UBL § 81, stk. 1, nr. 2, konkret en videreførelse af 2004-udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b. Forskellen på de to bestemmelser er dog, at hvor UBL § 181 angår

²¹⁰ Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 396

²¹¹ Treumer: ”Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive” i Francois Lichère, m.fl.: ”Modernising Public Procurement: The New Directive” (2014), s. 292

²¹² Ibid., s. 292-293

²¹³ Se afhandlingens afsnit 2.1 og endvidere de betragtninger som er fremhævet i Arrowsmith: ”Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform” i Konkurrenceverket (2012), s. 44-118, smh. Europa-Kommissionens ”Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb”, Bruxelles, den 20. december 2011, KOM (2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), s. 6

²¹⁴ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 785

supplerende leverancer *under* kontraktens udførelse, angår UBL § 81, stk. 1, nr. 2, supplerende leverancer *efter* at kontrakten er gennemført.²¹⁵ Situationer, hvor udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse har givet ordregiver adgang til supplerende leverancer kan således i væsentligt omfang bidrage til forståelsen af UBL § 181's anvendelsesområde. Netop situationen udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse indebærer i realiteten en direkte tildeling af en kontrakt, og må derfor som følge af EU-Domstolens praksis begrænses til kun at kunne anvendes i særlige tilfælde.²¹⁶ EU-Domstolen har i den forbindelse slået fast, at ordregiver bærer bevisbyrden for at betingelserne for at foretage direkte tildeling af en kontrakt er opfyldt.²¹⁷

Ifølge den juridiske litteratur vil vurderingen af, om økonomiske eller tekniske årsager gør det umuligt at skifte leverandør og derfor lovliggør direkte tildeling, dog rent praktisk minde om vurderingen, der følger af UBL § 80, stk. 3, jf. Udbudsdirektivets art. 32, stk. 2, litra b.²¹⁸ Bestemmelsen giver specifikt ordregiver adgang til via udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, at foretage en direkte tildeling af kontrakten, såfremt der kun er én leverandør i markedet, der kan levere af tekniske årsager.²¹⁹ Dette kendes også som "eneleverandør-situationen". UBL § 181, stk. 1, nr. 1-2, har i teorien et bredere anvendelsesområde end UBL § 80, stk. 3, idet der ikke stilles krav om, at kun én leverandør skal kunne levere. Alligevel bør vurderingen af, hvornår der kun er én leverandør, der af tekniske årsager kan levere ydelsen efter UBL § 80, stk. 3, nr. 2, kunne bidrage til fortolkningen af, hvornår det ikke er muligt at skifte leverandør efter UBL § 181, stk. 1, nr. 1-2. Denne formodning styrkes yderligere af, at lobemærkningerne til både UBL § 181, stk. 1, nr. 2, og UBL § 80, stk. 3, fremhæver manglende interoperabilitet som en teknisk årsag, der kan begrunde, at det kun er den pågældende leverandør der kan levere. De tolkninger som "eneleverandør-situationen" således er underlagt må forudsættes at kunne bidrage til forståelsen af, hvornår tekniske årsager, som forårsager betydelige problemer eller væsentlige omkostningsforøgelser for ordregiver, i praksis kan berettige direkte tildeling af supplerende ydelser, jf. UBL § 181.

²¹⁵ Liljenbøl og Balle: "*Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II*" i Karsted Hagel-Sørensen (red.): "*Aktuel udbudsret II*" (2016), s. 393; Hamer: "*Grundlæggende udbudsret*" (2016), s. 739

²¹⁶ Ølykke og Nielsen: "*EU's udbudsregler – i dansk kontekst*" (2017), s. 244

²¹⁷ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 14. September 2004 i sag C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, præmis 21; EU-Domstolens dom af 2. Juni 2005 i sag C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, præmis 34-35; EU-Domstolens dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 58

²¹⁸ Liljenbøl og Balle: "*Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II*" i Karsted Hagel-Sørensen (red.): "*Aktuel udbudsret II*" (2016), s. 393

²¹⁹ Ibid.

Af EU-Domstolens praksis på området kan først og fremmest udledes en toleddet vurdering af, om betingelserne for direkte tildeling er opfyldt:²²⁰ der skal i) være en teknisk årsag, som begrunder ii) at det er absolut nødvendigt, at kontrakten tildeles den pågældende leverandør, fordi anvendelse af en anden leverandør ville medføre uforholdsmæssigt store vanskeligheder.²²¹

For så vidt angår det første led fremhæves det i den juridiske litteratur med henvisning til EU-Domstolens praksis, at blandt andet ”(...) *kontraktens kompleksitet, behovet for kontinuitet i udførelsen af en kontrakt, særlige forhold omkring kontraktens udførelse – fx transport af aske samt karakteren af undergrunden på byggepladsen – samt teknisk interoperabilitet, kan udgøre tekniske årsager*”,²²² der kan begrunde direkte tildeling. Imidlertid vil det ikke være tilstrækkeligt som begrundelse, blot generelt at henvise til kontraktens kompleksitet og vanskelighed, jf. EU-Domstolens dom af 14. september 2004 i sag C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, hvor EU-Domstolen specifikt udtalte, at ”(...) *målsætningen om at sikre kontinuiteten i udførelsen af bygge- og anlægsarbejder, der vedrører komplekse projekter, og som skal sikre en region mod oversvømmelse, et vigtigt teknisk hensyn. Imidlertid udgør den blotte påstand om, at en bygge- og anlægsopgave i sin helhed er af kompleks og vanskelig karakter, ikke et tilstrækkeligt bevis for, at denne kun kan overdrages til en og samme entreprenør, navnlig ikke, når arbejderne er opdelt i etaper, hvis udførelse strækker sig over flere år*”, jf. dommens præmis 21. Lovbemærkningerne til UBL § 80 fremhæver desuden specifikt for bygge- og anlægsarbejder, at direkte tildeling kan anvendes, hvis der ikke er rimelige alternativer til den ønskede leverandør eller hvis der ikke er mulighed for at få en ydelse, der er funktionelt sammenlignelig hos en anden leverandør.²²³ Herudover understreger lovbemærkningerne til UBL § 80, stk. 3, dog at ”(...) *kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse*.”²²⁴

²²⁰ La Cour, m.fl.: ”*Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and United Kingdom*” i P.P.L.R. (2015), s. 185; Ølykke og Nielsen: ”*EU's udbudsregler – i dansk kontekst*” (2017), s. 248

²²¹ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 18. maj 1995 i sag C-57/94, *Kommissionen mod Italien*, hvor EU-Domstolen fastslog, at ordregiver var ”(...) *forpligtet til at godtgøre, ikke blot at der forelå de nødvendige ”tekniske årsager” som nævnt i bestemmelsen, men også, at disse ”tekniske årsager” gjorde det uomgængeligt nødvendigt at tildele den omtvistede kontrakt til virksomheden Rozzi Costantino, som i forvejen havde fået de igangværende arbejder overdraget*”, jf. præmis 24

²²² Ølykke og Nielsen: ”*EU's udbudsregler – i dansk kontekst*” (2017), s. 249

²²³ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015, s. 116

²²⁴ Ibid., s. 117

For så vidt angår det andet led i vurderingen, om at tildelingen skal være nødvendig for at undgå uforholdsmæssigt store vanskeligheder, viser praksis at EU-Domstolen har været særdeles tilbageholden med at acceptere ordregiveres argumenter for at kun én leverandør kan levere. Navnlig EU-Domstolens dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien* (herefter ”Agusta-dommen”), er illustrativ for, hvor strenge krav der stilles i praksis til vurderingen af, om et leverandørskift har været muligt. I dommen havde ordregiver tildelt kontrakter vedrørende indkøb af helikoptere direkte til den eksisterende leverandør (Agusta) med begrundelsen om, at ”(...) fremstillingen af de pågældende helikoptere af tekniske årsager udelukkende kunne overlades Agusta, samt at det var nødvendigt at sikre, at helikopterflåden kunne fungere sammen, navnlig for at nedbringe de logistiske og operationelle omkostninger samt omkostningerne til uddannelse af piloter”, jf. dommens præmis 55. EU-Domstolen fandt på den baggrund, at ordregiver ikke på tilstrækkelig vis havde godtgjort, ”(...) hvorledes en ændring af leverandør ville tvinge [ordregiver] til at erhverve udstyr, som fremstilles efter en anden teknik, hvilket ville medføre, at det ikke var foreneligt med det andet udstyr, eller uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder ved anvendelsen eller vedligeholdelsen”, jf. dommens præmis 59. Dommen kan tages til indtægt for, at der skal være reelle holdepunkter, der begrunder at leverandøren ikke kan udskiftes uden uforholdsmæssige vanskeligheder eller omkostninger, således at ordregiver ikke blot kan anvende enhver form for eksempelvis teknisk ulempe eller omkostningsforøgelse som argument for at anvende bestemmelsen i UBL § 181. Samme synspunkter kan udledes af U 2001.1896 V, hvori landsretten ikke fandt det godtgjort, at anvendelse af anden leverandør ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder for ordregiver.²²⁵

Blandt Klagenævnets nyere praksis – dog fortsat i henhold til det tidligere direktiv – findes imidlertid et sjældent eksempel, hvor ordregiver rent faktisk formåede at løfte bevisbyrden for, at der ikke kunne skiftes leverandør, således at betingelserne for direkte tildeling i medfør af 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a, var opfyldt. Det var i Klagenævnets kendelse af 16. februar 2015, *Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S* (herefter ”Axiell-kendelsen”), hvor ordregiver tildelte en supplerende leverance angående datakonvertering til brug for et kommunalt bibliotekssystem, direkte til én af de tilknyttede leverandører (Dantek A/S).²²⁶ Det var oprindeligt forudsat at to andre tilknyttede leverandører, heriblandt Axiell, skulle have varetaget opgaven. De to leverandører

²²⁵ U 2001.1896 V.L.D., 3. maj 2001 i sag 10. Afd. B-1447-99, Humus/Genplast ApS mod Århus Renholdningsselskab, s. 1900

²²⁶ Klagenævnets kendelse af 16. februar 2015, *Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S*, s. 7-8

tilkendegav imidlertid under en leverandørdialog efter gennemførelsen af den oprindelige udbudsprocedure, ikke at have ressourcer til at håndtere datakonverteringen,²²⁷ hvorfor ordregiver besluttede at tildele denne opgave direkte til Dantek A/S i stedet. Ordregiver begrundede tildelingen med, at datakonverteringsopgaven ”(...) ikke teknisk eller økonomisk [kunne] adskilles fra den oprindelige ydelse uden væsentlig ulempe for udbyderen, idet opgaven teknisk set kræver indsigt i enten de eksisterende datamodeller for de nuværende løsninger, eller den kommende datamodel i det nye Fælles Bibliotekssystem”, samt at datakonverteringsydelsen var absolut nødvendig for gennemførelsen af den oprindelige aftale, idet kommunerne ikke kunne anvende bibliotekssystemet uden den eksisterende data.²²⁸ Klagenævnet fandt herefter, at det – i modsætningen til hvad Axiell påstod – ville have formodningen imod sig, at en helt fjerde leverandør kunne have løftet opgaven uden uforholdsmæssige ulemper for ordregiver.²²⁹ Klagenævnet lagde i den forbindelse, blandt andet vægt på, at opgaven krævede en indsigt i ordregivers forretningshemmeligheder, som de eksisterende leverandører allerede havde. Kendelsen støtter således formentlig fortsat formodningen om en streng bevisbyrde ved direkte tildeling, idet ordregiver skal påvise reelle holdepunkter for, at det vil påføre uforholdsmæssige ulemper at anvende en anden leverandør.

Den gennemgåede praksis baserer sig dog udelukkende på de tidligere to bestemmelser i 2004-udbudsdirektivet, og der kan derfor sås tvivl om, hvorvidt retsstillingen fortsat skal ses i lyset heraf. Imidlertid må tvivlen kunne manes til jorden med Klagenævnets kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S (herefter ”Sagemcom-kendelsen”), som netop blev afsagt i henhold til de nye regler. I sagen var en tidligere udbudt rammeaftale om levering af ”smarte elmålere”, som Sagemcom havde vundet, blevet annulleret som følge af nogle opståede integrationsproblemer med den tidligere leverandørs systemer.²³⁰ Umiddelbart efter annullationen af udbuddet, forsøgte ordregiver at tildele kontrakten som en supplerende leverance med hjemmel i FSVD art. 50, stk. 1, litra d-e, som svarer til UBL §§ 80, stk. 5 og 81, stk. 1, nr. 2, til den tidligere leverandør, med begrundelse om, at det, efter rådførelse med forskellige leverandører af tilsvarende systemer, var ordregivers opfattelse at integrationsproblematikken ikke kunne håndteres af andre leverandører i markedet uden væsentlige omkostninger.²³¹ Klagenævnet fastslog herefter, at ordregiver ikke på tilstrækkelig vis havde dokumenteret, at der ikke var andre

²²⁷ Ibid., s. 6 og 12

²²⁸ Ibid., s. 8

²²⁹ Ibid., s. 15

²³⁰ Klagenævnets kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S, s. 3 og 16

²³¹ Ibid., s. 26-27

leverandører i markedet, end den oprindelige leverandør, der kunne levere, uden at det ville påføre uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder,²³² hvilket resulterede i at tildelingsbeslutningen blev erklæret for uden virkning.²³³

Sagemcom-kendelsen bliver særligt interessant på området for supplerende leverancer, idet den siger noget om, hvad Klagenævnet eventuelt vil godtage som tilstrækkeligt bevis for, at der ikke kan anvendes en anden leverandør end den oprindelige. Klagenævnet anmodede nemlig specifikt om, at ordregiver fremlagde sagkyndig erklæringer som bevis for, at der ikke var andre leverandører, der kunne løfte opgaven, uden uforholdsmæssigt store vanskeligheder for ordregiver,²³⁴ hvilket ordregiver ikke gjorde. På den baggrund kan det udledes, at sagkyndig erklæringer kan tjene som bevis for, at det kun er den oprindelige leverandør der kan levere.

Sammenfatning af leverandørskift-vurderingen

Med afsæt i den gennemgåede teori og praksis kan det således fastslås, at UBL § 181, stk. 1, nr. 1-2, teoretisk set umiddelbart lægger op til et udvidet anvendelsesområde, hvor hensyn til transaktionsomkostninger og værdispild nu yderligere kan berettige ordregivers direkte tildeling af supplerende ydelser til den oprindelige leverandør, i overensstemmelse med ønsket om øget fleksibilitet i reglerne. Imidlertid må retspraksis dog fortsat antages at indskrænke adgangen til, at ordregiver *skal* kunne påvise konkrete økonomiske eller tekniske årsager ved et leverandørskift, der reelt er egnet til at bevirke uforholdsmæssigt store omkostninger eller vanskeligheder for ordregiveren.²³⁵ Derudover må retspraksis generelt kunne tages til indtægt for, at der skal meget til førend ordregiver må siges at have løftet bevisbyrden.

3.3.2.3. Maksimal forøgelse på 50%

Bestemmelsen stiller endvidere krav om, at værdien af den supplerende ydelse ikke må overstige 50% af den oprindelige kontraktværdi, jf. UBL § 181, stk. 2, og således videreføres den økonomiske værdigrænse, som også fulgte af 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a. Bestemmelsen fastslår yderligere – dog til forskel fra den tidligere bestemmelse – at grænsen gælder successivt, således at supplerende indkøb skal vurderes særskilt, og ikke skal

²³² Ibid., s. 72-73

²³³ Ibid., s. 78

²³⁴ Ibid., s. 26

²³⁵ Ølykke og Nielsen: "EU's udbudsregler – i dansk kontekst" (2017), s. 244; La Cour, m.fl.: "Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and United Kingdom" i P.P.L.R. (2015), s. 185-186

sammenlægges, når det vurderes om grænsen er overskredet. Tidligere gjaldt grænsen kumulativt, således at samtlige ændringer skulle være inden for 50% af kontraktsummen.²³⁶ At bestemmelsen nu åbner op for en successiv vurdering, medfører at enhver ændring, der har en værdi under 50% af den oprindelige kontraktværdi, i realiteten kan tillades ifølge UBL § 181, stk. 3. Supplerende indkøb, som ikke overstiger 50%-grænsen, er imidlertid ikke automatisk undtaget udbudspligt, idet de resterende betingelser i UBL § 181 skal være opfyldt.

3.3.2.4. Offentliggørelse i EU-Tidende

Endelig skal det bemærkes, at ordregiver er forpligtet til at offentliggøre en bekendtgørelse om den supplerende leverance i den Europæiske Unions Tidende (herefter "EU-Tidende"), jf. UBL § 184, stk. 2. Bekendtgørelsen skal indeholde en række oplysninger, som er fastsat i bilag V, del G, til Udbudsdirektivet, herunder blandt andet information om ordregiver, beskrivelse af kontrakten før og efter ændringen i art og omfang, den eventuelle prisstigning for ændringen, mv.²³⁷ Bekendtgørelsen skal offentliggøres i overensstemmelse med proceduren i UBL § 129, stk. 6. Det er ikke et krav, at ordregiver offentliggør bekendtgørelsen inden ændringen foretages.²³⁸

Det er væsentligt at holde for øje, at offentliggørelse af bekendtgørelsen udelukkende tjener til formålet om, at skabe gennemsigtighed omkring den supplerende leverance, og bekendtgørelsen indebærer således ikke en beskyttelse mod, at kontrakten skulle blive erklæret for uden virkning, jf. Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.²³⁹ En sådan beskyttelse kan udelukkende opnås ved, at ordregiver indrykker en frivillig forudgående bekendtgørelse i overensstemmelse med Klagenævnslovens § 4. Se nærmere om betydningen heraf i afhandlingens afsnit 3.5.

3.3.3. Delkonklusion

Det er først og fremmest blevet fastslået, at supplerende leverancer efter UBL § 181, skal være nødvendige for kontraktens gennemførelse, og således ikke blot kan begrundes i ordregivers skiftende præferencer med hensyn til løsningsmetode, materiale, mv. Herudover må det stå klart, at bestemmelsen åbner op for et bredere teoretisk anvendelsesområde end efter dens forgængere i 2004-udbudsdirektivet, idet både økonomiske og tekniske årsager vil kunne begrunde, at der ikke

²³⁶ Berg: "Kapitel 20: Udbudsloven og byggeriet" i Steen Treumer: "Udbudsretten" (2019), s. 635

²³⁷ Se nærmere i listen i Udbudsdirektivets bilag V, del G, "Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser om ændringer i en kontrakt i dens løbetid"

²³⁸ Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 739

²³⁹ Ibid., se i øvrigt nærmere om uden virkning i afhandlingens afsnit 2.5.

kan skiftes leverandør uden uforholdsmæssig stor ulempe for ordregiver. Derudover åbner bestemmelsen op for at alle ændringer særskilt skal holdes inden for grænsen på 50%.

Imidlertid må det praktiske anvendelsesområde alligevel, fortsat antages at være forholdsvist snævert, idet praksis på området har vist, at der skal meget til førend ordregiver har løftet bevisbyrden. Den gennemgåede praksis viser, at ordregiver reelt skal kunne påvise at anvendelse af en anden leverandør ikke kan ske uden uforholdsmæssigt store vanskeligheder eller omkostninger. Bestemmelsens anvendelsesområde er således ikke helt så fleksibelt som tiltænkt af lovgiver. At anvendelsesområdet ikke er udvidet ubetinget må dog være overensstemmende med udbudsrettens primære formål samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, idet udbudsprocedurens formål ville blive illusorisk, hvis enhver direkte tildeling af supplerende ydelser kunne tillades.²⁴⁰

3.4. Uforudsete behov efter UBL § 183

Ordregiver kan i medfør af UBL § 183 ændre i en kontrakt i dens løbetid, på trods af UBL § 178, hvis ændringen skyldes behov, som ikke kunne forudses af en normalt påpasselig ordregiver.

3.4.1. Bestemmelsen i kontekst

UBL § 183, som gennemfører Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra c, er en nyskabelse i udbudsreglerne, idet den ikke direkte viderefører nogen af 2004-udbudsdirektivets bestemmelser.

Bestemmelsen bygger derimod på principperne i 2004-udbudsdirektivets art. 31, nr. 4, litra a,²⁴¹ om ordregivers adgang til supplerende indkøb af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, men må dog antages at have et betydeligt bredere anvendelsesområde, idet den dels også omfatter vareleverancer, og dels ikke begrænses til udelukkende at omfatte supplerende indkøb, men kontraktændringer generelt – dvs. eksempelvis reduktioner i ydelsen.²⁴² Bestemmelsen stiller heller ikke – som 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a – krav om, at ændringen ikke skal kunne adskilles fra den oprindelige kontrakt eller være absolut nødvendig. I stedet indfører UBL § 183 et noget mere lempeligt krav om, at ændringen ikke må ændre på kontraktens overordnede karakter.²⁴³

²⁴⁰ Se mere om denne betragtning i afhandlingens kapitel 6

²⁴¹ Liljenbøl og Balle: ”Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II” (2016), s. 395

²⁴² Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 788

²⁴³ Ibid.

Indførelsen af bestemmelsen baseres formentlig på de samme overvejelser om øget fleksibilitet som anført i afhandlingens afsnit 3.3.1. Således giver det fin mening, at EU-lovgiver har valgt at adskille supplerende leverancer fra situationen, hvor en ændring kræves på grund af uforudsete omstændigheder, idet det giver større fleksibilitet for den enkelte ordregiver, at disse regler ikke er indbyrdes forbudne. I den forbindelse fremhæver Kommissionen specifikt i indledningen til forslaget til Udbudsdirektivet, at *”En særlig bestemmelse om ændring af kontrakter (...) giver en pragmatisk løsning til imødegåelse af uforudsete omstændigheder, der nødvendiggør en tilpasning af en offentlig kontrakt under dens løbetid.”*²⁴⁴ Udvalget fremhæver herudover i deres rapport, at bestemmelsen *”(...) er ganske lidt restriktiv i forhold til at tillade ændringer af kontrakter”* og at det må formodes at bestemmelsen får stor praktisk betydning for ordregivers adgang til at foretage ændringer.²⁴⁵ Det bliver således relevant at undersøge, hvornår og hvordan ændringsadgangen i UBL § 183 kan anvendes.

3.4.2. Betingelser

Anvendelse af undtagelsen i UBL § 183 forudsætter, at bestemmelsens tre betingelser er opfyldt, hvorfor følgende afsnit vil se nærmere herpå.

3.4.2.1. Ikke forudset af påpasselig ordregiver

Bestemmelsen forudsætter for det første, at *”behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver”*, jf. UBL § 183, stk. 1, nr. 1.

Det er således en forudsætning, at ændringen skyldes, at ordregiver ikke har kunnet forudse behovet herfor, trods en rimelig påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure. Dette fremhæves både i lovbemærkningerne til UBL § 183 og i Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 109. Derfor vil det også være nærliggende at antage at ændringsmuligheden er mest anvendelig i komplekse og langvarige kontrakter, hvor udførelsen let kan blive ramt af eksterne omstændigheder, som ordregiver ikke kunne have forudset ved tildelingen.²⁴⁶

²⁴⁴ Europa-Kommissionens ”Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb”, Bruxelles, den 20. december 2011, KOM (2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), s. 9

²⁴⁵ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 788

²⁴⁶ Liljenbøl og Balle: *”Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II”* i Karsted Hagel-Sørensen (red.): *”Aktuel udbudsret II”* (2016), s. 395; Hamer: *”Grundlæggende udbudsret”* (2016), s. 740; Christensen og Elkan: *”Kapitel 12: Ændring af kontrakt”* i Steen Treumer (red.): *”Udbudsretten”* (2019), s. 345

I vurderingen af om, der er tale om uforudsete omstændigheder, fastslår lovbemærkningerne, at der skal "(...) tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud."²⁴⁷ Disse momenter må antages at få stor betydning for vurderingen, idet de i væsentligt omfang gengiver de momenter, som Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 109 fremhæver. At vurderingen kan baseres på sådanne subjektivt bestemte momenter, antyder umiddelbart at fortolkningen af "uforudsete omstændigheder" er underlagt forholdsvist fleksible rammer, og således beror på en konkret vurdering.²⁴⁸ Vurderingen er imidlertid ikke helt ubegrænset, idet den skal ses i forhold til standarden om, hvad den rimeligt påpasselige ordregiver må forventes at kunne forudse.²⁴⁹ Ovenstående må – som også påpeget i litteraturen – således kunne tages til indtægt for, at der i vurderingen "(...) skal foretages en afvejning imellem indkøbets størrelse, kompleksitet, mv. overfor ordregivers indsats i forbindelse med forberedelsen af anskaffelsen", således at store og mere bekostelige anskaffelser alt andet lige må stille større krav til ordregivers forberedelse af udbudsproceduren.²⁵⁰

Praksis har i ganske vid udstrækning bidraget til forståelsen af, hvornår der er tale om uforudsete omstændigheder, der berettiger ændringer af kontrakten. I en af de tidligere sager på området, EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, *Kommissionen mod Frankrig* (herefter "Rennes Letbane-dommen"), fastslog EU-Domstolen, at teknologisk udvikling kan anses som en uforudset omstændighed, der giver adgang til at ændre. Sagen angik nærmere indkøb af en letbane, som på baggrund af en forhandlet kontrakt blev tildelt direkte til leverandøren.²⁵¹ Under forhandlingsforløbet mellem ordregiver og leverandør, som strakte sig over flere år, fremkom ny teknologi, som medførte at parterne under forhandlingerne valgte at ændre valget af materiel for letbanen, og spørgsmålet blev således om ændringen udgjorde en ændring af kontraktens grundlæggende elementer. EU-Domstolen fandt i den forbindelse, at "(...) det ikke [bør] udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager

²⁴⁷ Liljenbøl og Balle: "Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II" i Karsted Hagel-Sørensen (red.): "Aktuel udbudsret II" (2016), s. 395; Hamer: "Grundlæggende udbudsret" (2016), s. 740

²⁴⁸ Treumer: "Regulation of Changes Leading to a Duty to Retender in the New EU Public Procurement Directive" i Ole Hansen (red.): "Ændringer i længerevarende kontrakter" (2014), s. 185

²⁴⁹ Poulsen: "The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law" i P.P.L.R. (2012) 5, 167-187, s. 174; Christensen og Elkan: "Kapitel 12: Ændring af kontrakt" i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten" (2019), s. 342

²⁵⁰ Ølykke og Nielsen: "EU's udbudsregler – i dansk kontekst" (2017), s. 398

²⁵¹ EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, *Kommissionen mod Frankrig*, præmis 14

hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten”, jf. dommens præmis 51. Selvom dommen reelt angik ændringer i løbet af forhandlingerne, kan den bidrage til fortolkningen af uforudsete omstændigheder, idet den illustrerer en fleksibel ændringsadgang, når det skyldes udefrakommende omstændigheder, som parterne reelt ikke har kontrol over.²⁵²

Rennes letbane-dommen viser herudover, at tidsmæssige aspekter kan indgå som moment i vurdering af, om ordregiver burde have forudset ændringsbehovet. Sammenholdes EU-Domstolens vurdering af den tidsmæssige udstrækning af ændringen i Rennes letbane-dommen eksempelvis med *Succhi di Frutta*-dommen bliver det klart, at jo længere tid, der går før at ændringen bliver gennemført, jo mere taler det i retning af, at behovet ikke kunne forudses af ordregiver. I *Succhi di Frutta*-dommen forsøgte ordregiver netop at påberåbe sig adgang til at ændre som følge af uforudsete omstændigheder,²⁵³ fordi mængden af de frugter, som skulle udgøre betalingsmidlet i kontrakten, slap op. EU-Domstolen afviste imidlertid, at en sådan ændring var tilladt uden fornyet udbud.²⁵⁴ Afgørelsen må formodes at være påvirket af, at ændringen skete umiddelbart efter kontrakttildelingen (ca. 6 måneder efter), hvorfor ordregiver burde have forudset at behovet ville opstå.²⁵⁵ *Succhi di Frutta*-dommen må endvidere kunne tages til indtægt for, at tilfælde hvor ordregiver ikke har gjort sig tilstrækkelige forberedelser med henblik på at undgå, at det bliver nødvendigt at ændre i kontrakten, ikke omfattes som en uforudsigelig omstændighed.²⁵⁶

Nyere praksis har endvidere været illustrativ for, at vurderingen af uforudsete omstændigheder yderligere skal foretages ud fra de oplysninger som ordregiver har fået adgang til under forberedelsen af udbudsproceduren. Netop de konkrete oplysninger, som ordregiver havde adgang til inden tildelingen, fik blandt andet betydning for udfaldet af *Axiell*-kendelsen.²⁵⁷ I sagen accepterede Klagenævnet nemlig, at ordregiver ikke kunne have forudset, at to af de eksisterende

²⁵² Brown: *When do changes to an existing contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06* i P.P.L.R. (2008) 6, 253-267, s. 259; Berg: *Udbudsret i byggeriet* (2012), s. 825; Christensen og Elkan: ”Kapitel 12: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 344

²⁵³ EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*, præmis 92

²⁵⁴ Ibid., præmis 117-122

²⁵⁵ Christensen og Cesar: ”Kapitel 14: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsloven” (2016), s. 442

²⁵⁶ Christensen og Elkan: ”Kapitel 12: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 347

²⁵⁷ *Axiell*-kendelsen er gennemgået i dybden i afhandlingens afsnit 3.3.2.2

leverandører ikke ville have tilstrækkelige ressourcer til at løfte datakonverteringsopgaven,²⁵⁸ således at ordregiver var berettiget til at tildele den supplerende ydelse om datakonvertering direkte til den tredje eksisterende leverandør.

Endelig har et praktisk relevant – og særdeles omdiskuteret – spørgsmål været, om leverandørens misligholdelse undervejs i kontraktens udførelse, kan ansues som uforudsete omstændigheder, der berettiger ændringer af kontrakten. I praksis betegnes denne situation som at kontrakten er blevet nødlidende. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tidligere antagelse (fra 2013) har ændringer generelt været underlagt ”(...) *en mere lempelig tilgang, når kontraktforholdet er nødlidende*”.²⁵⁹ Denne antagelse er imidlertid blevet afkræftet med EU-Domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (herefter ”Finn Frogne-dommen”). I sagen viste leverandøren sig ikke i stand til at levere den aftalte ydelse, hvorfor der blev indgået et forlig om at reducere kontraktydelsen til kun at omfatte levering af et radiokommunikationssystem til en værdi på under 10 % af den oprindelige kontraktværdi.²⁶⁰ Finn Frogne, som havde afstået fra at anmode om prækvalifikation, indklagede sagen med påstand om, at mindre virksomheder kunne have budt på den oprindelige kontrakt, hvis reduktionen havde været kendt under det oprindelige udbud.²⁶¹ Finn Frogne fik hverken medhold i Klagenævnet eller i Østre landsret,²⁶² men da sagen blev indbragt for EU-Domstolen blev det slået fast, at et forlig om reduktion af kontraktens ydelse, udgjorde en ændring af et grundlæggende element i strid med udbudsreglerne, jf. dommens præmis 40. EU-Domstolen lagde i sin begrundelse blandt andet vægt på, at ligebehandlingsprincippet er til hinder for, at der kan forhandles om kontraktens indhold, uanset at forhandlingerne ikke skyldes parternes reelle vilje til at genforhandle, men objektive udførelsesvanskeligheder, og at disse således må komme potentielle tilbudsgivere til gode, jf. dommens præmis 32.

Finn Frogne-dommen er særligt relevant for vurderingen af uforudsete omstændigheder, idet EU-Domstolen bemærkede, at komplekse kontrakter generelt har en vis usikker karakter, som derfor stiller højere krav til ordregivers forberedelse, og medfører en forventning om, at ordregiveren, som

²⁵⁸ Klagenævnets kendelsen af 16. februar 2015, Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S, s. 15-16

²⁵⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Kontraktændringer”, december 2013, s. 22

²⁶⁰ EU-Domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, præmis 10-11

²⁶¹ Ibid., præmis 21

²⁶² Ibid., præmis 15-16

udbyder sådanne komplekse projekter, burde kunne forudse risikoen for, at der kan opstå vanskeligheder i løbet af kontraktens udførelse, jf. dommens præmis 35-36. I forbindelse hermed påpegede EU-Domstolen yderligere, at ordregiver havde mulighed for at tilrettelægge udbuddet bedre, herunder ved at tilføje ændringsklausuler eller optioner som kunne imødekomme de eventuelle ændringsbehov. Finn Frogne-dommen kan således tages til indtægt for, at ”(...) *den iboende risiko for, at en kontrakt ikke kan opfyldes, ikke udgør »uforudsete omstændigheder«*”,²⁶³ og dommen lægger endvidere op til, at ordregiver skal afklare *alle* former for usikkerheder forbundet med en konkret kontrakt under udbuddet, hvis ordregiver vil bibeholde sin ret til at ændre som følge af uforudsete omstændigheder.

Hvorvidt den retstilstand, der følger af Finn Frogne-dommen, i praksis er holdbar kan der stilles spørgsmålstejn ved, og det fremhæves da også, i den juridiske litteratur, som en noget urealistisk forventning, at ordregiver skal undersøge samtlige forhold til bunds forud for et udbud.²⁶⁴ Dette gælder navnlig for bygge- og anlægsarbejder, hvor alle uforudsete behov ikke kan antages at skyldes dårlig forberedelse.²⁶⁵ Finn Frogne-dommen må dog uanset dens noget strengere fortolkning, kunne begrunde en formodning om, at der stilles højere krav til ordregivers forberedelse af udbuddet, jo mere kompleks kontrakten er.

3.4.2.2. Overordnet karakter

Det er derudover et krav i medfør af UBL § 183, stk. 1, nr. 2, at ændringen ikke berører kontraktens overordnede karakter. Dette krav må anses som en lempelse i forhold til tidligere efter 2004-udbudsdirkekets art. 31, stk. 4, litra a, hvorefter ændringen ikke teknisk eller økonomisk måtte kunne adskilles fra den oprindelige kontrakt eller skulle være absolut nødvendig.²⁶⁶

Ifølge præambelbetragtning nr. 109 til Udbudsdirektivet berører en ændring kontraktens overordnede karakter, hvis ændringen ”(...) *erstatte[r] de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal indkøbes, med noget andet eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, da der i en sådan situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet.*” At præambelbetragtningen specifikt fremhæver indkøb af ”noget andet”, som et forhold, der kan

²⁶³ Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 399

²⁶⁴ Christensen og Elkan: ”Kapitel 12: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 350; Berg: ”Udbudsret i byggeriet” (2012), s. 811

²⁶⁵ Ibid.,

²⁶⁶ Christensen og Elkan: ”Kapitel 12: Ændring af kontrakt” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 341

medføre, at kontraktens overordnede karakter ændrer sig, medfører en formodning om, at kvalitative ændringer ikke kan foretages med hjemmel i UBL § 183.²⁶⁷ Endelig synes det værd, at bemærke, som også påpeget i den juridiske litteratur, at formuleringen i præambelbetragtningen om, at der ”forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet” ved ændringer af kontraktydelsen eller indkøbstypen, formentlig må indebære, at ordregiver har en tung bevisbyrde, hvis en kvalitativ ændring udføres inden for rammerne af UBL § 183, idet en sådan ændring hypotetisk åbner op for et andet leverandørmarked i kraft af, at den decideret erstatter kontraktydelsen med noget andet.²⁶⁸

3.4.2.3. Maksimal forøgelse på 50%

UBL § 183, stk. 1, nr. 3, indebærer derudover et krav om, at ændringen ikke må overstige 50% af den oprindelige kontrakts værdi. Kravet er nogenlunde enslydende med UBL § 181, stk. 2, som også indebærer en grænse for ændringens værdi på 50% af kontraktens samlede værdi,²⁶⁹ men bestemmelsen i UBL § 183, stk. 1, nr. 3, tager dog ikke direkte i lovteksten stilling til om, grænsen angår samtlige ændringer eller særskilte ændringer. Dette afklares imidlertid direkte i Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra c, nr. 3, og i øvrigt i lovbemærkningerne til UBL § 183, stk. 1, nr. 3, som fastslår at grænsen gælder for alle successive ændringer.²⁷⁰

3.4.2.4. Offentliggørelse i EU-Tidende

På samme vis som ved UBL § 181 er ordregiver ved ændringer i medfør af UBL § 183, forpligtet til at offentliggøre en bekendtgørelse herom i EU-Tidende, jf. UBL § 184, stk. 2. Kravene til bekendtgørelsen er identiske for UBL §§ 181 og 183, hvorfor der henvises til den tidligere gennemgang heraf i afhandlingens afsnit 3.3.2.4.

3.4.3. Delkonklusion

Adgangen til at ændre i medfør af UBL § 183 er således forholdsvis fleksibel, og kan begrundes af flere omstændigheder. Fælles for disse er dog, at de skal være uforudsete af en rimeligt påpasselig ordregiver, ikke må ændre kontraktens overordnede karakter, og at hver ændring i øvrigt ikke må overstige 50% af kontraktens værdi. I vurderingen af, om der foreligger en uforudset omstændighed, jf. UBL § 183, kan indgå subjektive omstændigheder, så som den tidsmæssige

²⁶⁷ Se nærmere om sondringen mellem kvalitative og kvantitative ændringer i afhandlingens afsnit 3.2.2.3, hvor det blev slået fast, at kvalitative ændringer, som indebærer leverandøren skulle levere ”noget andet”, er mere tilbøjelige til at blive anskuet som ændringer af grundlæggende elementer

²⁶⁸ Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 399

²⁶⁹ Se nærmere afhandlingens afsnit 3.3.2.3.

²⁷⁰ Lovforslag nr. L 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. Oktober 2015, s. 202

udstrækning fra kontraktindgåelse til ændringen foretages, den teknologiske udvikling, graden af information som ordregiver havde under udbuddet og lignende.

3.5. Bekendtgørelse om frivillig forudgående offentlighed

Når ordregiver ændrer med hjemmel i enten UBL §§ 181 eller 183 er der, som beskrevet i afhandlingens afsnit 3.3.2.4. og 3.4.2.4. pligt til at bekendtgøre herom i EU-Tidende, jf. UBL § 184, stk. 2. Ordregiver kan imidlertid også vælge at ændre i kontrakten baseret på argumentation om, at ændringen ikke ændrer på kontraktens grundlæggende elementer, jf. UBL § 178, uden at det kræver bekendtgørelse herom i EU-Tidende.²⁷¹ Uanset om ordregiver vælger at ændre i medfør af en af undtagelserne eller på baggrund af vurderingen af ændringens ikke-grundlæggende karakter, består der altid en risiko for at ordregiver har skønnet forkert med hensyn til om ændringen skulle have været i udbud.²⁷² Ordregivers fejlskøn kan som konsekvens lede til at kontrakten erklæres for uden virkning, jf. Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

For at minimere risikoen for, at kontrakten bliver erklæret for uden virkning, kan ordregiver vælge at sikre fornøden offentlighed ved at indrykke en frivillig forudgående bekendtgørelse i overensstemmelse med Klagenævnslovens § 4, stk. 1 (herefter ”profylaksebekendtgørelse”), som hvis betingelserne er opfyldt beskytter mod sanktionen uden virkning.²⁷³ Direkte tildeling på baggrund af en profylaksebekendtgørelse forudsætter herefter at ordregiver i) begrunder sit valg om at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, ii) afholder 10 dages standstill-periode²⁷⁴, og iii) anser udbudsreglerne for overholdt i øvrigt, jf. Klagenævnslovens § 4,

²⁷¹ Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 248

²⁷² Ibid.

²⁷³ Høg, m.fl.: ”Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 496; La Cour, m.fl.: ”Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and United Kingdom” i P.P.L.R. (2015), s. 166

²⁷⁴ Standstill-perioden er en lovpligtig periode på 10 dage, som indtræder umiddelbart efter tildelingsbeslutningen, og som medfører at ordregiver skal vente til udløbet af perioden, førend der må indgås kontrakt med den vindende tilbudsgiver, med det formål at give eventuelle klager mulighed for at klage inden kontrakten underskrives, jf. Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 805

stk. 1, nr. 1-3.²⁷⁵ Derudover må ordregiver ikke have foretaget en *åbenbart urigtig vurdering*, idet kontrakten da på trods af profylaksebekendtgørelsen, risikerer at blive erklæret for uden virkning.²⁷⁶

Ordregiver må formentlig for hvert enkelt ændringstilfælde skulle overveje om, det er tjeneligt at indrykke en profylaksebekendtgørelse forud for ændringens foretagelse. Det vil blandt andet afhænge af, hvor sikker ordregiver er på at ændringen er berettiget, og i øvrigt hvor stor konsekvens det vil have for ordregiver at ændringen erklæres for uden virkning. Er der eksempelvis tale om en direkte tildeling af supplerende leverance må det være mindre sandsynligt, at Klagenævnet vil finde behov for at lade uden virkning ramme hele kontrakten, idet den supplerende leverance oftest forholdsvist let kan adskilles fra den oprindelige kontrakt.²⁷⁷ I så fald er konsekvensen måske ikke lige stor, idet ordregiver og den oprindelige leverandør ”blot” kan fortsætte deres samarbejde om den lovlige kontrakt, som allerede har været i udbud.²⁷⁸ Imidlertid kan det også for supplerende leverancer have uoverstigelige konsekvenser, hvis sådanne rammes af uden virkning-sanktionen, idet ordregiver kan have tilrettelagt hele projektet efter at ændringen kunne gennemføres.

Det faktum, at ordregiver opnår beskyttelse umiddelbart efter opfyldelsen af betingelserne i Klagenævnslovens § 4, stk. 1, antyder i øvrigt, at ordregiver har et rimeligt bredt skøn med hensyn til ændringer i kontrakter, idet disse således kun i tilfælde af en åbenbart urigtig vurdering kan blive udfordret. Navnlig i lyset af de noget lempelige og vidde betingelser, som UBL § 183 opstiller, må det formodes at ordregiver vil have forholdsvist let ved at opnå beskyttelse mod uden virkning-sanktionen, når beskyttelsen ”blot” kræver, at ordregiver tilstrækkeligt begrundet hvorfor ændringen er lovlig i medfør af UBL § 183,²⁷⁹ at ordregiver afventer 10 dage med at indgå kontrakten, samt at ordregiver er i god tro om at det ikke strider imod udbudsreglerne i øvrigt.

²⁷⁵ Høg, m.fl.: ”Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 496-497

²⁷⁶ Se eksempelvis Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark mod Moderniseringsstyrelsen, hvor en tillægskontrakt blev erklæret for uden virkning på trods af den indrykkede profylaksebekendtgørelse, idet ordregiver havde foretaget en åbenbart urigtig vurdering.

²⁷⁷ Se nærmere herom i afhandlingens afsnit 2.4.; Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 249

²⁷⁸ Hartlev og Liljenbøl: ”Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret” (2011), s. 249

²⁷⁹ Ordregiver kan da basere sin begrundelse på subjektive forhold så som projektets tidsmæssige udstrækning, karakteren af udbuddet, graden af oplysninger som var tilgængelige under udbuddet, praksis i branchen, mv., jf. se nærmere afhandlingens afsnit 3.4.

3.5.1. Delkonklusion

Det kan således fastslås, at ordregiver kan beskytte de ændringer, der ønskes foretaget, ved at vælge at indrykke en profylaksebekendtgørelse. Imidlertid må det understreges, at ordregiver tager en vis standpunktsrisiko for at have foretaget en urigtig vurdering af, om ændringen var berettiget. Det kan endvidere forsigtigt påpeges, at ordregiver måske også skal være varsom med at indrykke profylaksebekendtgørelser over enhver lille ændring, idet profylaksebekendtgørelser netop bringer offentlighed – og nogle gange unødvendig offentlighed – omkring ændringen. Forstået således at ændringen måske ikke ville blive betragtet som et problem, var den ikke blevet sat i offentlighedens ”søgelys”. Praxis tyder i hvert fald på, at tilbudsgivere er hyppige til at klage over profylaksebekendtgjorte beslutninger.²⁸⁰

²⁸⁰ Både Finn Frogne-dommen, Abbot-kendelsen og Sagemcom-kendelsen er eksempler herpå

4. ENTREPRISERETLIGE KONTRAKTÆNDRINGER

4.1. Indledende bemærkninger

Som påpeget i afhandlingens indledning består der et udpræget behov for at kunne foretage løbende ændringer i bygge- og anlægskontrakter, idet disse kontrakter er så komplekse og langvarige, at ordregiver sjældent fuldstændigt kender eller kan forudse sit behov på tidspunktet for udbudsmaterialets udformning. På bygge- og anlægsområdet må det anses som næsten uundgåeligt, at der opstår behov for ændringer i leverandørens ydelse i kontraktens løbetid.²⁸¹ Ud fra betragtninger om værdi- og ressourcspild vil det således kunne få særdeles bekostelige konsekvenser, hvis samtlige ændringsbehov må afvises i løbet af byggeriets udførelse,²⁸² og derfor giver AB 18²⁸³ §§ 23-24 kontraktparterne ret og pligt til at gennemføre ændringer under visse omstændigheder.

AB 18 §§ 23-24 viderefører retstilstanden på ændringsområdet, som før var reguleret i den tidligere standardkontrakt Almindelige betingelser 1992-12-10 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (herefter ”AB 92”) § 14.²⁸⁴ Praxis afsagt i henhold AB 92 § 14 kan i væsentligt omfang bidrage til forståelsen af AB 18 §§ 23-24. AB 18 er, som beskrevet i afhandlingens afsnit 1.4.2., et aftalesæt, hvorfor det som udgangspunkt kun gælder, når det er vedtaget mellem parterne. Imidlertid vil store dele af reststillingen på ændringsområdet efter AB 18 §§ 23-24 dog alligevel gælde, selv når AB 18 ikke er vedtaget, idet bestemmelserne i vid udstrækning er et udtryk for branchesædvane, og således udgør den udfyldende entrepriseret.²⁸⁵

Følgende afsnit vil se nærmere på, hvornår og hvordan ordregiver rent entrepriseretligt kan ændre på kontraktens ydelse i kontraktens løbetid, når/hvis AB 18 er vedtaget. Afgrænsningen er således, idet langt de fleste entreprisekontrakter tager udgangspunkt i AB-systemet. Endelig vil de følgende afsnit, som nærmere beskrevet i afhandlingens afsnit 1.3, fortsat anvende den udbudsretlige terminologi ”ordregiver” og ”leverandør”/”tilbudsgiver”, desuagtet at disse entrepriseretligt benævnes ”bygherre” og ”entreprenør”.

²⁸¹ Buch, m.fl.: ”AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer” (2020), s. 334; Johansen: ”Bygherrens ændringsret” (1999), s. 72

²⁸² Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), s. 391

²⁸³ Se afhandlingens afsnit 1.4.2. for nærmere forklaring af AB 18, samt afsnit 1 for formel definition af AB 18

²⁸⁴ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), s. 391

²⁸⁵ Iversen: TBB2003.489 ”Udfyldende entrepriseret – Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?” (2003), s. 3

4.1.1. Det entrepriseretlige ændringsbegreb – kontraktarbejder eller ekstraarbejder

Når der foretages en ændring i en entreprisekontrakt, er det ikke givet at ændringen falder uden for kontraktens rammer, idet der i entrepriseretten sondres mellem kontraktarbejder og ekstraarbejder.²⁸⁶ Kontraktarbejder angår arbejde, der sker i henhold til kontrakten, mens ekstraarbejder angår arbejde, som er udover de oprindeligt aftalte arbejder.²⁸⁷ Hvor ekstraarbejder er særskilt betalbare, er kontraktarbejder indeholdt i den samlede kontraktsum. Vurderingen af om der er tale om et ekstraarbejde eller kontraktarbejde, sker primært på baggrund af udbudsmaterialet, hvilket gør det særdeles væsentligt for ordregiver at udforme et klart og tydeligt udbudsmateriale.²⁸⁸ Dette er da også et krav i medfør af AB 18 § 4, stk. 2, som fastslår, at udbudsmaterialet skal være entydigt formuleret, således at det skaber klarhed over projektets ydelser og vilkår. Det er leverandøren, der skal løfte bevisbyrden for, at ordregiver har bestilt ekstraarbejder, der ligger ud over det oprindeligt aftalte arbejde.²⁸⁹

Ekstraarbejder kan således både have karakter af et tillæg til kontrakten eller en decideret ændring af kontrakten,²⁹⁰ ligesom ekstraarbejder entrepriseretligt ikke er begrænset til at skulle være nødvendige for byggeriets gennemførelse, men derved også blot kan skyldes ordregivers skiftende præferencer, herunder både æstetisk og funktionelt.²⁹¹ Yderligere kan der for ekstraarbejder sondres mellem mer- og mindreydelser, idet både udvidelser og indskrænkninger omfattes af ordregivers ændringsret.²⁹²

4.2. Ændringer efter AB 18 § 23

4.2.1. Ordregivers ændringsret

I medfør af AB 18 § 23, stk. 1, 1. pkt., kan ordregiver forlange ændringer i arbejdet, hvis ændringen er i *naturlig sammenhæng* med de oprindeligt aftalte arbejder. Som noget særegent for

²⁸⁶ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 22 og 37ff

²⁸⁷ Ibid., s. 31

²⁸⁸ Ibid., s. 38; Hørlyck: "Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)" (2019), s. 254

²⁸⁹ Iversen: "Entrepriseretten" (2016), s. 355 og 380; Hørlyck: "Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)" (2019), s. 254

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Således er ordregivers ret til ekstraarbejder diskretionær, idet bygherre ikke skal påvise et reelt behov for ændringen, jf. Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 90

²⁹² Se nærmere herom i afhandlingens afsnit 4.2- 4.3

entrepriseretten²⁹³ tildeles ordregiver således en ensidig ret til at forlange, at leverandøren gennemfører arbejder, der ikke var indeholdt i den oprindelige kontrakt.²⁹⁴ Denne ret er imidlertid ikke fuldstændig ubegrænset, idet ændringen udover at skulle være i naturlig sammenhæng med kontraktydelsen, ikke må ændre i andet end arbejdernes art eller omfang, samt ikke må stille leverandøren ringere end hvis ændringen ikke var gennemført.²⁹⁵

Kravet om, at ændringer skal have en naturlig sammenhæng med kontraktydelsen må anses som værende forholdsvist bredt, idet den juridiske litteratur påpeger, at der ikke kan drages en klar grænse for, hvornår en ændring ikke er i naturlig sammenhæng med kontraktens ydelser.²⁹⁶ Kravet skal i stedet forstås som en retlig standard,²⁹⁷ hvorefter grænsen drages ved en skønsmæssig afvejning af ændringernes karakter, herunder omfang, i forhold til selve entreprisen.²⁹⁸ Vurderingen må formentlig for det første tage højde for ændringens objektive sammenhæng med de oprindelige kontraktydelser, således at ordregiver ikke kan forlange at leverandøren udfører en komplet anden ydelse end den aftalte, og for det andet den geografiske sammenhæng med de oprindelige kontraktydelser, således at ordregiver ikke kan forlange arbejder et andet sted end oprindeligt planlagt.²⁹⁹ Herudover er vurderingen forholdsvist fri, og ordregiver må antages at have et forholdsvist bredt skøn med hensyn til, hvilke ændringer der er i naturlig sammenhæng. Dog må det som minimums påkræves, at ændringen skal "(...) have en vis tilknytning til entreprisekontraktens oprindelige indhold og formål",³⁰⁰ således at ordregiver ikke kan pålægge leverandøren at udføre enhver form for ændring i ydelsens art eller omfang.

Ved ændringer i arbejdernes art og omfang forstås som udgangspunkt kvalitative og kvantitative ændringer, således at kvalitative ændringer medfører at leverandøren skal levere *noget andet* end

²⁹³ Den entrepriseretlige ændringsret adskiller sig fra det kontraktretlige udgangspunkt, hvorefter ændringer kræver gensidig aftale mellem kontraktparterne, jf. Udsen: *It-kontraktretten* (2020), s. 134

²⁹⁴ Hørlyck: "Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)" (2019), s. 250; Iversen: "Entrepriseretten" (2016), s. 391; Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 62; Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 341

²⁹⁵ Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 341; Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 86-87

²⁹⁶ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 71

²⁹⁷ En retlig standard er en retskilde, som angiver "(...) en lovfæstet retningslinje, uden at det klart defineres, hvordan indholdet af sådanne regler skal realiseres i praksis", jf. Mortensen og Frier: "Kapitel 4: Standarder som retskilder" i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: "Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner", (2020), 126

²⁹⁸ Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 342

²⁹⁹ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 71-72

³⁰⁰ Ibid., s. 71

det oprindeligt aftalte, mens kvantitative ændringer medfører at leverandøren skal levere *mere* eller *mindre* af den aftalte ydelse.³⁰¹ Eksempler på kvalitative ændringer kunne være nye eller ændrede krav til konstruktioner, andet materiale, mv., mens eksempler på kvantitative ændringer kunne være større jordudgravninger, mere materiale, mv. Hvorvidt grænsen er overskredet i forhold til ændringens naturlige sammenhæng med hovedydelsen må bero på en konkret vurdering. Imidlertid påpeges det i litteraturen, som rettesnor for vurderingen, at der for så vidt angår kvalitative ændringer skal være tale om en væsentlig anden art i forhold til kontraktydelserne, før den kan anses for ikke at være i naturlig sammenhæng med entreprisen, mens der for kvantitative ændringer formentlig skal være tale om en reel udvidelse af kontraktens ydelser.³⁰²

At der kan foretages ændringer i art eller omfang betyder, ifølge betænkningen til AB 18 § 23, ikke at ordregiver er afskåret fra at reducere i arbejderne, idet reduktioner kan komme på tale, såfremt det pågældende stykke arbejde herefter fuldstændigt udgår af byggeriet, således at ordregiver ikke blot overlader udførelsen af arbejdet til en anden leverandør.³⁰³

4.2.2. Leverandørens udførelsesret

Det forhold, at ordregiver rent entrepriseretligt er afskåret fra at overlade ekstraarbejder (og mindrearbejder) til en anden leverandør, udspringer af leverandørens ret til at udføre de forlangte ændringer, jf. AB 18 § 23, stk. 2, og udgør således modstykket til ordregivers ensidige entrepriseretlige ændringsret.³⁰⁴ Hertil skal det dog påpeges, at leverandørens udførelsesret ifølge litteraturen ikke kan formodes at gælde, hvis AB 18 ikke er vedtaget, hvorfor ordregiver må antages frit at kunne tildele ekstraarbejder til en anden leverandør uden for AB 18.³⁰⁵ De kommentarer der således knytter sig til problemstillingen om leverandørens udførelsesret forudsætter, at AB 18 er vedtaget.

³⁰¹ Ibid., s. 72-73; Vagner: "Entrepriseret" (2005), s. 85

³⁰² Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), 72-73

³⁰³ Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 120; Johansen: "Bygherrens ændringsret" (1999), s. 201-202; Vagner: "Entrepriseret" (2005), s. 85

³⁰⁴ Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 343

³⁰⁵ Iversen: TBB2003.489 "Udfyldende entrepriseret – Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?" (2003), s. 3

Leverandørens udførelsesret indebærer, at hvis ordregiver uberettiget vælger at overlade arbejdet til en anden leverandør eller som bygherreleverance³⁰⁶, vil ordregiver risikere at blive erstatningsansvarlig for leverandørens positive opfyldelsesinteresse, herunder leverandørens mistede fortjeneste i forbindelse med det ”tabte” arbejde.³⁰⁷ Leverandørens ret til at udføre ekstraarbejder i naturlig sammenhæng med entreprisen er fastslået flere gange i praksis, herunder i sagerne T:BB 2013.751 VBA³⁰⁸ og T:BB 2018.135 VBA³⁰⁹ der begge havde dét til fælles, at de omhandlende ekstraarbejder var omfattet af leverandørens udførelsesret, således at leverandøren blev tilkendt erstatning for sin tabte arbejdsfortjeneste.

Leverandørens ret til at udføre ekstraarbejder gælder imidlertid ikke, hvis ordregiver kan påvise *særlige grunde* for, at lade en anden udføre arbejderne.³¹⁰ Hvornår der foreligger sådanne særlige grunde må følgelig bero på en konkret vurdering. Som eksempel kan fremhæves T:BB 2015.296 VBA, hvor en ordregiver på grund af leverandørens graverende fejl, som kunne have betydning for byggeriets robusthed, var berettiget til at antage en anden leverandør til at udbedre fejlene. Afgørelsen antyder, at der skal meget til før ordregiver må overlade ekstraarbejder til en anden leverandør. I den juridiske litteratur fremhæves det imidlertid, at der næppe kan stilles så strenge krav til, hvornår ordregiver må overlade udførelsen af et ekstraarbejde til en anden leverandør end den oprindelige,³¹¹ derved, at manglende tekniske kompetencer eller ikke-ubetydelig forsinkelse vil kunne legitimere at ordregiver lod en anden leverandør udføre et givent ekstraarbejde.³¹² Økonomiske hensyn, så som en billigere pris, vil dog ikke kunne berettige ordregivers fravigelse af leverandørens udførelsesret.³¹³

³⁰⁶ En bygherreleverance er, når ordregiver (bygherre) selv leverer materialer til brug for byggeriet

³⁰⁷ Buch, m.fl.: ”AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer” (2020), s. 341

³⁰⁸ I sagen havde ordregiver ladet en underleverandør udføre ændringer vedrørende udførelsen af situ-støbte smøregave, hvilket voldgiftsretten fandt uberettiget, idet selve entreprisen omfattede støbning af gulv, som således var i naturlig sammenhæng med ændringen og derfor måtte betragtes som ekstraarbejde omfattet af leverandørens udførelsesret. Leverandøren blev tilkendt erstatning for det tabte arbejde.

³⁰⁹ I sagen leverede ordregiver friktionsmaterialer til brug for ombygning af en vej og cykelsti, som en bygherreleverance, men idet tilbudslisten viste at der blev brugt råjord i projektet, anså voldgiftsretten friktionsmaterialet som et ekstraarbejde, som leverandøren var gået glip af, og derfor havde krav på erstatning for.

³¹⁰ Skovsgaard: ”Entreprenørens ekstraarbejder” (2017), s. 88; Hørlyck: ”Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)” (2019), s. S. 250; Buch, m.fl.: ”AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer” (2020), s. 344

³¹¹ Buch, m.fl.: ”AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer” (2020), s. 345

³¹² Ibid., Skovsgaard: ”Entreprenørens ekstraarbejder” (2017), s. 87

³¹³ Skovsgaard: ”Entreprenørens ekstraarbejder” (2017), s. 88

4.2.3. Krav til formalia

Endelig skal ordregivers ændringskrav fremsættes skriftligt til leverandøren eller på et byggemøde, hvor ordregiver beskriver ændringen nærmere, jf. AB 18 § 23, stk. 3.³¹⁴ Leverandøren bør tilse, at et ekstraarbejde aftales via en aftaleseddel, som senere kan bruges som bevis for, at arbejdet var et ekstraarbejde, der kan kræves særkilt betalt, og ikke et kontraktarbejde.³¹⁵ Praksis understreger desuden nødvendigheden af, at leverandøren sikrer sig fornødent bevis.³¹⁶

4.3. Ændringer efter AB 18 § 24

AB 18 § 24 regulerer leverandørens betaling for ekstra- eller mindrearbejder, og viderefører med visse ændringer den tidligere bestemmelse i AB 92 § 14, stk. 3-5. Det entrepriseretlige udgangspunkt for betalingen, er nemlig, at leverandøren skal betales for den ekstrainydelse, der leveres.³¹⁷ Det er således ikke unormalt i entrepriseforhold, at der aftales enhedspriser for bestemte ekstraarbejder, som der senere kunne blive behov for, således at kontraktparterne ikke skal forhandle prisen for hver enkelt ændring på tidspunktet hvor behovet opstår.³¹⁸ Hvis der er aftalt enhedspriser skal honorering ske i overensstemmelse hermed.³¹⁹

AB 18 § 24, stk. 1, indeholder således en vederlagsreguleringsbestemmelse, som mere specifikt fastslår, at hvis der i kontrakten er aftalt stipulerede enhedspriser for ekstraarbejder, og et af disse ekstraarbejder herefter ligger inden for intervallet +/- 100% af de enkelte tilbudsposter skal afregning ske i henhold til de fastsatte enhedspriser. Bestemmelsen fastslår endvidere, at afregning efter disse enhedspriser ligeledes kan ske for ekstraarbejder med indtil +20% af kontraktsummen, og mindrearbejder med indtil -10% af kontraktsummen, og at beregningen skal ske ved at tælle samtlige ekstraarbejder og/eller mindrearbejder sammen.³²⁰ Overskrider ændringsomfanget disse intervaller vil enhedspriserne ikke være gældende for den del af vederlaget som overskrider

³¹⁴ Johansen: "Bygherrens ændringsret" (1999), s. 206; Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 347

³¹⁵ Vanger: "Entrepriseret" (2005), s. 87; Iversen "Entrepriseretten" (2016), s. 380ff

³¹⁶ Se eksempelvis T:BB 2003.82 VBA, hvor leverandørens krav om ekstrabetaling blev afvist, idet ekstraarbejder ifølge entreprisekontrakten skulle aftales skriftligt og dette ikke var sket.

³¹⁷ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 267

³¹⁸ Ibid., s. 270; Iversen: "Entrepriseretten" (2016), s. 393-394

³¹⁹ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 268

³²⁰ Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 123; Hørlyck: "Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)" (2019), s. 262

intervalgrænsen,³²¹ og afregning for den overskridende del af vederlaget, vil i stede skulle ske efter regning, jf. AB 18 § 24, stk. 3,³²² opgjort ud fra medgået tid, forbrugte materialer og materiel, jf. AB 18 § 24, stk. 4.

Som påpeget i afhandlingens afsnit 4.2. kan ændringer også ske ved, at ordregiver indskrænker arbejdernes omfang, således at der er tale om et mindrearbejde, hvorefter leverandørens vederlag følgelig skal reduceres i overensstemmelse hermed.³²³ Vederlagsreguleringen i tilfælde af mindrearbejder er fastsat i AB 18 § 24, stk. 5, 1. pkt., som forpligter ordregiver til at dække leverandørens udgifter i forbindelse med det udgåede arbejde, dog maksimalt op til det beløb, som arbejdet er opgjort til i entrepriseaftalen. Hvis det udgåede arbejde imidlertid er enhedsprissat er ordregiver ikke forpligtet til at godtgøre leverandørens omkostninger i forbindelse hermed, så længe mindrearbejdet ikke overstiger 10% af den samlede kontraktsum, jf. AB 18 § 24, stk. 5, 2. pkt. Således får ordregiver mulighed for ”gratis” at afbestille aftalte arbejder indtil 10% af enterprisesummen.³²⁴

4.4. Omstændigheder der kan begrunde ekstraarbejder

Der kan være flere forskellige omstændigheder, der begrunder ekstra- eller mindrearbejder i medfør af AB 18 § 23. Omstændighederne må dog kunne adskilles fra hinanden, således at der på den ene side er de situationer, hvor ændringsarbejderne udspringer af ordregivers positive udøvelse af sin kompetence til at ændre i projektet, enten på baggrund af forglemmelser, fejl eller skiftende præferencer, og på den anden side de situationer, hvor ændringsarbejderne udspringer af udefrakommende forhold, så som jordbundsforhold, vejrlig eller lignende, som ingen af kontraktparterne havde viden om eller kunne forudse.³²⁵ Følgende afsnit vil således se nærmere på en række omstændigheder, der kan begrunde ændringsarbejder. Gennemgangen er ikke en udtømmende gennemgang af, de omstændigheder, der kan lede til ekstraarbejder, idet det ikke er

³²¹ Se til illustration tabel-eksempel i Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 123, med uddybende forklaring s. 124.

³²² Regningsarbejde indebærer, at leverandøren udfører ekstraarbejdet uden på forhånd at have fastsat prisen herfor. Arbejdet vil således blive faktureret for forbrugt antal arbejdstimer + eventuelt pris for materialer, mv. Udgangspunktet for regningsarbejde er, at ordregiver må betale, regningens pålydende, så længe beløbet ikke må anses som ubilligt, jf. KBL § 5 analogt, jf. Hørlyck: ”Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)” (2019), s. 262

³²³ Vagner: ”Entrepriseret” (2005), s. 86

³²⁴ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), s. 396; Hørlyck: ”Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)” (2019), s. 270

³²⁵ Skovsgaard: ”Entreprenørens ekstraarbejder” (2017), s. 103

relevant at få uddybet for afhandlingens fokus. Eksemplerne på ændringer i de følgende afsnit er udelukkende medtaget til eksemplificering af sondringen mellem forskellige typer af ændringsarbejder og til brug ved efterfølgende vurdering af, hvilke ekstraarbejder der kan henholdsvis ikke kan falde inden for UBL §§ 181 og 183's anvendelsesområde.

4.4.1. Ordregivers ændringskompetence

4.4.1.1. Projektfejl og –mangler

Trods kravet om entydighed i udbudsmaterialet efter AB 18 § 4, stk. 2, sker det ikke sjældent, at der er fejl og mangler i det udbudte projekt. Dette kendes også som "udbudsmangler", fordi det skyldes uklarheder og ufuldstændigheder i udbudsmaterialet.³²⁶ Der findes flere typer af udbudsmangler, idet de både kan opstå som følge af deciderede skrivefejl, uoverensstemmelser mellem projektbeskrivelse og –tegninger, samt fejl der medfører at projektet ikke kan udføres som ønsket, herunder eksempelvis regnefejl³²⁷. Fælles for samtlige tilfælde er at vurderingen af, hvorvidt der foreligger en udbudsmangel sker på baggrund af AB 18 § 4, stk. 2, som stiller krav til ordregiver om, at udbudsmaterialet skal være udformet på klar og entydig vis. Det er ordregiver, der bærer risikoen for, at udbudsmaterialet ikke lever op til entydighedskravet,³²⁸ således at ekstraarbejder, der udspringer af ændringsbehov som er opstået som følge af udbudsmangler vil være omfattet af AB 18 § 23, stk. 1.³²⁹ Konsekvensen heraf er, at leverandøren kan kræve betaling for de pågældende ekstraarbejder, som måtte udspringe af udbudsmanglen. I praksis ses flere tilfælde, hvor leverandøren har fået tilkendt betaling for ekstraarbejder, som skyldtes udbudsmangler, jf. bl.a. T:BB 2013.770 VBA³³⁰ og T:BB 2011.331 VBA³³¹.

³²⁶ Buch, m.fl.: "AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer" (2020), s. 338; Iversen: "Entrepriseretten" (2016), s. 365

³²⁷ I T:BB 2001.602 VBA, havde ordregivers rådgiver foretaget en væsentlig regnefejl i udbudsmaterialet til brug for udførelse af en jernbanestrækning og jernbanetunnel, som gjorde at der opstod tvivl om jernbanetunnelens bæreevne, hvorefter der var tale om en udbudsmangel.

³²⁸ Dette støttes endvidere af den almindelige kontraktretlige fortolkningsregel om, at uklare aftaledokumenter fortolkes imod aftalekoncipisten, jf. se også nærmere Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 106

³²⁹ Skovsgaard: "Entreprenørens ekstraarbejder" (2017), s. 104-105

³³⁰ I sagen viste det sig, at en ejendoms facade nødvendiggjorde, at der blev anvendt forskellige isoleringstykkelser, hvilket ikke fremgik af det oprindelige projektmateriale, og således var der tale om en projektfejl, som medførte ekstraarbejder som var særskilt betalbare.

³³¹ I sagen fik leverandøren tilkendt betaling for ekstraarbejder, som følge af, at ordregiver ikke havde angivet i udbudsmaterialet at det var nødvendigt at udføre ekstra nødudgang fra krybekældre.

4.4.1.2. Projektændringer

Det sker heller ikke sjældent at ordregiver skifter mening med hensyn til en bestemt udførelsesmetode, et materialevalg, eller lignende. Som fastslået i afhandlingens afsnit 4.2. omfatter ordregivers ensidige ændringsret, jf. AB 18 § 23, stk. 1, både kvalitative og kvantitative ændringer, således at ordregiver kan kræve at projektet eksempelvis skal udføres på en anden måde eller med andet materiale.³³² For så vidt angår de kvantitative ændringer, vil der næsten aldrig være tvivl om, at ekstra eller mindre levering af eksempelvis byggematerialer, vil udgøre ekstra- eller mindrearbejder, som kræver op- eller nedjustering af leverandørens vederlag.³³³

Når ordregiver derimod gennemfører kvalitative ændringer vil der være tale om en decideret forandring med hensyn til eksempelvis udførelsesmetode. Det er ikke givet, at en kvalitativ ændring indebærer et ekstraarbejde, idet det må bero på en konkret vurdering af, om ændringen indebærer en reel forandring i leverandørens ydelse.³³⁴ I den juridiske litteratur fremhæves som rettesnor, at tilfælde, hvor ordregiver skifter mening med hensyn til materialevalg, således at leverandøren eksempelvis skal anvende spånplader i stedet for gipsvægge, udgør et ekstraarbejde i medfør af AB 18 § 23, stk. 1, mens en ændring på placering af en indervæg indtager en mere usikker stilling, idet det må afhænge af om, ændringen har betydning for leverandørens vederlag, om der er tale om et ekstraarbejde.³³⁵ Ikke desto mindre må det stå klart, at ordregivers skiftende præferencer med hensyn til arbejdernes art og omfang rent entrepriseretligt vil kunne begrunde ekstraarbejder,³³⁶ og dette er da også fastslået utallige gange i praksis.³³⁷

4.4.2. Udefrakommende forhold

4.4.2.1. Jordbundsforhold

Kontraktparterne i bygge- og anlægsprojekter, der på en eller anden måde indebærer arbejder i jorden, vil som oftest opleve, hvor vanskeligt det er, at skabe et præcist overblik over, hvilke

³³² Iversen: *"Entrepriseretten"* (2016), s. 363

³³³ Ibid.

³³⁴ Skovsgaard: *"Entreprenørens ekstraarbejder"* (2017), s. 134

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Iversen: *Entrepriseretten* (2016), s. 363; Buch, m.fl.: *"AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer"* (2020), s. 337

³³⁷ Se eksempelvis T:BB 2014.974 VBA, hvor leverandøren skulle udføre ekstraarbejder i form af bl.a. maling af garage og opsætning af ekstra gipsvægge i køkkenet, som følge af ordregivers løbende "forandringsønsker"

jordbundsarbejder projektet reelt kræver.³³⁸ Det kan eksempelvis blive nødvendigt flytte ledninger, fjerne jordmasser eller forholde sig til forureningsforhold, der ikke før var konstateret. Jordbundsforhold vil således ofte lede til ekstraarbejder, jf. AB 18 § 23, stk. 1, som ordregiver skal betale særskilt for.³³⁹ Det skyldes, at ordregiver bærer risikoen for, at jordbundsforhold ikke er som forventet eller opdaget, idet AB 18 § 26, stk. 3, direkte forpligter ordregiver til at foretage forudgående undersøgelser vedrørende jordbundsforhold, herunder forurening, ledninger, kabler, samt andre hindringer, der måtte være i jorden, således at det kan – og skal – oplyses i udbudsmaterialet.³⁴⁰ Oplysningerne giver nemlig leverandøren mulighed for at tage højde for disse forhold ved udarbejdelsen af sit tilbud, og leverandøren er således berettiget til betaling for ekstraarbejder, som følge af uoplyste jordbundsforhold.³⁴¹ I praksis er det endvidere slået fast, at hindringer i jorden er ordregivers risiko.³⁴²

4.4.2.2. Usædvanlige vejrforhold

Bygge- og anlægsprojekter er generelt udsatte i forhold til skiftende vejrforhold, og særligt nogle årstider kan være ekstra skadefulde, hvis der ikke er taget de fornødne foranstaltninger for at beskytte byggeriet.³⁴³ Et eksempel – ud af mange – kunne være, at ekstrem nedbør medfører et behov for ekstraarbejder i form af dræningsarbejde. Det må følge af sagens natur, at leverandøren som udgangspunkt skal tage højde for sædvanlige vejrforhold, og ordregiver må derved kunne forudsætte, at leverandøren inkluderer eventuelle omkostninger forbundet hermed i sit tilbud.³⁴⁴ Hvorvidt vejrforhold er sædvanlige eller ej skal naturligvis ses i forhold til det klima, som projektet befinder sig i, således at hvis et byggeri opføres i Danmark må leverandøren skulle tage højde for sne og kulde i vintermånederne, men formentlig ikke tørke i sommermånederne, jf. T:BB 1998.319 VBA, hvor tørke i Danmark i maj til juli måned var et usædvanligt vejrforhold.³⁴⁵ Det fremgår direkte af AB 18 § 39, stk. 1, litra d, at leverandøren er berettiget til tidsfristforlængelse ved usædvanligt vejr, men om det ligeledes giver krav på ekstrabetaling for eventuelle ekstraarbejder i

³³⁸ Ibid., s. 115

³³⁹ Buch, m.fl.: ”AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer” (2020), s. 338; Hørlyck: ”Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)” (2019), s. 287

³⁴⁰ Iversen: ”Entrepriseretten” (2016), s. 361-362; Hansen: ”Entrepriseretlige mellemformer” (2013), s. 86

³⁴¹ Vagner: ”Entrepriseret” (2005), s. 87

³⁴² Se bl.a. T:BB 2013.316 VBA, hvor det under udførelsen blev nødvendigt med opgravning og hugning i gammel beton, hvilket berettigede entreprenøren til ekstrabetaling for ekstraarbejde forbundet hermed, samt T:BB 2015.296 VBA, hvor der opstod ekstraarbejder som følge af forurening i jorden, hvilket leverandøren var berettiget til ekstrabetaling for

³⁴³ Skovsgaard: ”Entreprenørens ekstraarbejder” (2017), s. 160

³⁴⁴ Ibid., s. 164;

³⁴⁵ Ibid., s. 164-165

forbindelse hermed, er omdiskuteret i den juridiske litteratur.³⁴⁶ Imidlertid peger litteraturen i retning af, at leverandøren ikke er berettiget til ekstrabetaling for eventuelle ekstraarbejder, som skyldes usædvanlige vejrforhold.³⁴⁷ Dette skyldes formentlig, at ordregiver ikke har de samme muligheder som leverandøren for at forudse eller indrette sig efter et bestemt vejr, samt formodningen om, at leverandøren har en vis ekspertise i at opføre byggerier uden for og derfor må være den med bedst kendskab til vejrforhold i forskellige årstider.³⁴⁸

4.5. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående gennemgang kan det konkluderes, at ordregiver entrepriseretligt har en meget bred adgang til at gennemføre ændringer i kontraktens løbetid efter AB 18 §§ 23-24, så længe ændringen er i naturlig sammenhæng med kontraktens ydelser, og udelukkende angår ydelsens art eller omfang. I forbindelse hermed kan det fastslås, at ordregiver har et bredt skøn med hensyn til, hvornår en ændring i ydelsens art og omfang er i naturlig sammenhæng med entreprisekontrakten, som formentlig kun begrænses af at ændringen ikke må medføre levering af en komplet anden hovedydelse, samt ikke må kræves udført på et helt andet geografisk sted.

Modsat hertil står leverandørens ret til at udføre ændringen, og i øvrigt kræve særskilt betaling herfor, hvis der er tale om en reel ændring og ikke blot et kontraktarbejde. I gennemgangen er det fastslået, at leverandøren kan kræve ekstrabetaling i de tilfælde, hvor ekstraarbejdet skyldes omstændigheder, som ordregiver bærer risikoen for, herunder projektfejl og -mangler, projektændringer samt jordbundsforhold, mens leverandøren selv må bære ansvaret for ekstraarbejder, som måtte skyldes omstændigheder såsom usædvanlige vejrforhold. Herudover er ordregiver, hvis AB 18 er vedtaget, forpligtet til at tildele ekstraarbejder til den tilknyttede leverandør, og denne pligt kan kun fraviges, hvis ordregiver kan påvise særlige grunde, der taler for at lade en anden leverandør udføre opgaven.

³⁴⁶ Ibid., s. 165-166

³⁴⁷ Ibid., s. 166

³⁴⁸ Ibid.

5. VURDERING AF ORDREGIVERS ÆNDRINGSMULIGHEDER

Der er som påvist flere omstændigheder, der gør bygge- og anlægsprojekter særligt udsat for behovet for ændringer i større eller mindre omfang.³⁴⁹ Det er således ikke overraskende, at den entrepriseretlige adgang til løbende at ændre og tilpasse en kontrakt efter AB 18 §§ 23-24 er vidtgående og generelt understøtter hensynet til entreprisens gennemførelse. Det bliver derfor relevant at vurdere, om den entrepriseretlige ændringsadgang kommer i karambolage med den udbudsretlige adgang, eller om UBL §§ 181 og 183 kan anvendes til at indkøbe ekstraarbejder og afbestille arbejder (mindrearbejder).

5.1. AB 18 §§ 23-24 i forhold til den udbudsretlige vurdering af grundlæggende elementer

Det står som belyst ordregiver frit for at foretage ændringer, som *ikke* ændrer i kontraktens grundlæggende elementer, jf. UBL § 178, stk. 2. Dette betyder imidlertid ikke, at samtlige ændringer inden for rammerne af AB 18 § 23, ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer – tværtimod.

Udbudsretligt begrænses ordregiver først og fremmest af, at en ændring ikke må i) kunne have givet andre tilbudsgivere adgang til det oprindelige udbud, eller have medført et andet tildelingsresultat, ii) have forrykket kontraktens økonomiske balance, eller iii) medført en betydelig udvidelse, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 1-3. Entrepriseretligt er de eneste begrænsninger imidlertid, at ændringen skal angå ydelsens art og omfang, samt være i naturlig sammenhæng med den oprindelige kontraktydelse. Der skal, som fastslået i afsnit 4.2., generelt meget til førend en ændring i ydelsens art eller omfang entrepriseretligt ikke er i naturlig sammenhæng med den oprindelige ydelse, mens der udbudsretligt, som fastslået i afsnit 3.2.2., ikke skal nær så meget til førend ændringen må anses som en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.

Det er vanskeligt at opstille konkrete rammer for, hvornår en udvidelse hhv. indskrænkning og/eller ændring i ydelsens art vil være betydelig nok til at åbne op for en anden potentiel konkurrence om kontrakten, og det må derfor bero på en konkret vurdering fra sag til sag. Det står dog klart, at der

³⁴⁹ Som anført i afhandlingens afsnit 4.4. kan det både være i form af fejl og mangler i udbudsmaterialet, ordregivers skiftende præferencer, hvis jordbundsforhold viser sig at afvige fra, hvad der var forventet på aftaletidspunktet, eller utallige andre omstændigheder.

entrepriseretligt overlades et langt større ændringsrum for ordregiveren, end der gør udbudsretligt, og ændringsmulighederne går således ikke umiddelbart hånd i hånd. I den forbindelse er det væsentligt at påpege, at udbudsreglerne går forud for entreprisereglerne,³⁵⁰ hvorfor ekstraarbejder som potentielt åbner op for en anden konkurrence eller potentielt kunne have ført til et andet tildelingsresultat, og/eller som forrykker den økonomiske balance, og/eller som betydeligt udvider/indskrænker arbejdernes omfang eller art ikke kan lade sig gøre uden fornyet udbud, idet det vil være i strid med udbudsreglerne, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 1-3, og særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

På visse punkter kan der dog argumenteres for, at den entrepriseretlige standard for ekstra- og mindrearbejder alligevel passer fint ind i udbudsreglernes snævre ramme, idet der må antages at være en forholdsvis fri adgang for ordregiver til at foretage ændringer inden for de intervalgrænser for aftalte enhedspriser som fremgår af AB 18 § 24, stk. 1, hvorefter ordregiver kan ændre indtil +20%/-10% af entreprisensummen eller +/-100% af de enkelte tilbudsposter. I de tilfælde, hvor tilbudsgiver således har oplyst enhedspriser i sit tilbud, kan der formelt argumenteres for at disse har været konkurrenceudsat ved den oprindelige udbudsprocedure, hvorfor ændringer i henhold til netop disse på forhånd fastsatte enhedspriser således ikke kan forrykke kontraktens økonomiske balance, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 2.

Problemet med en antagelse om, at ordregivers ekstraarbejder umiddelbart kan foretages inden for rammen af de entrepriseretligt fastsatte intervalgrænser er dog, at en udvidelse på op til 20% formentlig ikke kan antages at harmonere med de resterende kriterier for, hvornår der ændres grundlæggende i en kontrakt. For det første vil der formentlig være tale om en betydelig udvidelse af kontraktens omfang, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 3, idet en forøgelse af kontraktens værdi med op til 20% af kontraktværdien ligger noget over den udbudsretlige bagatelgrænse for ændringer efter UBL § 180, og for det andet kan der argumenteres for at en udvidelse på op til 20% af kontraktværdien vil tiltrække en anden og bredere kreds af potentielle tilbudsgiver, og således blive omfattet af UBL § 178, stk. 2, nr. 1. Disse to formodninger kan støttes på Abbott-kendelsen, der til trods for, at der ikke var tale om ændringer i henhold til enhedspriser, kan tages til indtægt for, at en udvidelse af ydelser på lige under 15% var en betydelig udvidelse, som i øvrigt kunne have givet adgang for andre potentielle tilbudsgivere ved det oprindelige udbud. Der er således en usikkerhed

³⁵⁰ Se nærmere om retskildeværdimæssige forhold mellem udbuds- og entreprisereglerne i afhandlingens afsnit 1.2., navnlig 1.2.4.

forbundet med at forlade sig fuldstændigt på de entrepriseretlige intervalgrænser, og det må derfor igen falde tilbage på en helhedsvurdering.

Derudover vil der alt andet lige opstå et udbudsretligt problem, så snart et ekstraarbejde reelt overskrider de fastsatte entrepriseretlige intervalgrænser, og således overgår til at skulle aflønnes som regningsarbejde, jf. AB 18 § 24, stk. 4, idet der herefter per definition åbnes op for at parterne skal forhandle om prisen for ekstraarbejdet. En sådan prisforhandlingssituation vil dels være i strid med det udbudsretlige forhandlingsforbud, og dels forrykke den økonomiske balance til leverandørens fordel, idet leverandøren potentielt kan opnå en højere fortjeneste end oprindeligt forudsat, og således vil der blive tale om en ændring af kontraktens grundlæggende element, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 2. At prisforhandlinger generelt er egnet til – og i de fleste tilfælde vil – forrykke kontraktens økonomiske balance kan i øvrigt ses udtrykkeligt i EG-kendelsen³⁵¹.

5.2. Supplerende bygge- og anlægsarbejder

5.2.1. Nødvendige eller hensigtsmæssige?

UBL § 181 indebærer først og fremmest, at ordregiver vil have et bredere skøn med hensyn til at begrunde, hvorvidt et supplerende arbejde er nødvendigt for kontraktens gennemførelse, jf. UBL § 181, stk. 1, end tidligere. Dette skyldes, at bestemmelsens første udtrykkelige krav er, at der skal være reel nødvendighed. Det står således klart, at der ikke må indkøbes med begrundelsen om, at det ville være hensigtsmæssigt eksempelvis med en anden facade, end den valgte. Allerede af den grund, er det udelukket at ordregivers projektændringer³⁵², kan rummes inden for undtagelsen, og her må entrepriseretlige gennemførelsesskøn således vige. Imidlertid må det ud fra en bred fortolkning stå klart, at samtlige reelt nødvendige supplerende arbejder kan være egnede til at opfylde nødvendighedskravet, jf. UBL § 181, og derved formodentligt også projektfejl og –mangler³⁵³. Det skal vise sig i fremtidig praksis, om denne omstændighed kan opfylde nødvendighedskriteriet, men med baggrund i den gennemgåede praksis og lovgivers hensigt med reglen, om at øge ordregivers fleksibilitet, må netop sådanne ændringer være naturlige at kunne henføres under UBL § 181, navnlig idet, det vil spare ordregiver en række udgifter ved at skulle gennemføre et nyt udbud over eventuelle fejl i projektet.

³⁵¹ Se om EG-kendelsen afhandlingens afsnit 3.2.2.2.

³⁵² Se nærmere om projektændringer i afhandlingens afsnit 4.4.1.2.

³⁵³ Se nærmere om projektfejl og -mangler i afhandlingens afsnit 4.4.1.1.

For UBL § 183 kan det udvidede anvendelsesområde, hvorefter der primært stilles krav til uforudsigelighed, medføre en tro om, at både nødvendige og hensigtsmæssige, dog uforudsete ekstraarbejder kan falde inden for bestemmelsens anvendelsesområde.³⁵⁴ Dette er vel heller ikke en helt forkert antagelse, idet bestemmelsen materielt ikke afskærer hensigtsmæssige, uforudsete ændringer, og særligt da både Udbudsdirektivets præambel og de danske lovbemærkninger lægger op til, at ordregiver kan anvende subjektive omstændigheder, så som *”behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud”*,³⁵⁵ til at begrunde sit ændringsbehov.

Imidlertid peger praksis i retning af, at det kræver en vis grad af nødvendighed at bringe UBL § 183 i spil. I forbindelse hermed må det dog erkendes, at der kan opstå en vis fejlmargen ved at indfortolke et nødvendighedskrav i bestemmelsen, idet den omhandlede praksis udelukkende angår tidligere bestemmelser, hvor nødvendighed netop var et krav. I mangel på nyere praksis, der accepterer ændringer, som er ”blot” hensigtsmæssige, men uforudselige, må de faktorer som kan udledes, som væsentlige, af tidligere praksis, stadig være rammesættende for bestemmelsens anvendelsesområde. I Rennes letbane-dommen stod det klart, at teknologisk udvikling kunne anses som en uforudset omstændighed – og igen har en sådan omstændighed været behæftet med en grad af nødvendighed, idet letbanen netop ikke kunne udføres, hvis letbanens materiel ikke fulgte den teknologiske udvikling. Ligeledes er UBL § 183 overordnet baseret på tanken om, at den *rimeligt påpasselige* ordregiver, skal have adgang til en vis fleksibilitet med hensyn til efterfølgende ændringer. Det vil derfor på grundlag heraf være usandsynligt at antage, at en ordregiver, efter grundig forberedelse af udbudsproceduren, kan få adgang til at ændre valg af eksempelvis facader, blot fordi det virker mere hensigtsmæssigt, men ikke har været forudset under forberedelsen. Formodningen om, at der stadig kræves en vis grad af nødvendighed efter UBL § 183 kan følgelig blive forkastet, hvis ny praksis på området kommer frem til det modsatte.

³⁵⁴ Se bl.a. Berg: *”Kapitel 20: Udbudsloven og byggeriet”* i Steen Treumer (red.): *”Udbudsloven”* (2016), s. 635, hvor det anføres *”Med reguleringen i §§ 180-181 og 183 er der i betydeligt videre omfang åbnet for blandt andet ekstraarbejder, hvis disse enten blot må anses for nødvendige for gennemførelsen af kontrakten eller blot må anses som hensigtsmæssige, men dog uforudsete.”*

³⁵⁵ Se nærmere herom afhandlingens afsnit 3.4.2.1., samt Lovforslag nr. 19 *”Forslag til Udbudsloven”* fremsat den 7. oktober 2015, s. 202 og Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 109

5.2.2. Leverandørskift og økonomiske hensyn?

Der kan indledningsvist argumenteres for, at entreprisekontrakter generelt er egnede til at opfylde UBL § 181's krav om, at en anden leverandør af økonomiske eller tekniske årsager, ikke kan anvendes, og fordi det medfører uforholdsmæssigt store vanskeligheder eller omkostninger for ordregiver. Dette skyldes, at et leverandørskift næsten altid vil medføre tekniske eller økonomiske vanskeligheder i større eller mindre omfang, med hensyn til gennemførelsen af et byggeri. Det blotte faktum, at ordregiver har fået adgang til at anvende økonomiske årsager til at begrunde, at der ikke kan skiftes leverandør må betragtes som en fordel for den ordregiver, der udbyder bygge- og anlægskontrakter, idet det netop oftest vil få økonomisk eller teknisk betydning for ordregiver, at skulle tilknytte en ny leverandør et igangværende byggeri.

Imidlertid synes det relevant at understrege den iboende usikkerhed, der må antages at være forbundet med at anvende økonomiske årsager, som begrundelse for indkøb af ekstraarbejder. Usikkerheden skyldes dels, at EU-Domstolen endnu ikke har accepteret transaktionsomkostninger som begrundelse for anvendelsen af UBL § 181, men ligeledes, at det ikke synes foreneligt med det primære EU-retlige formål at lade ligebehandling vige for transaktionsomkostningshensyn. Det skal således blive interessant at se hvor lempeligt ”økonomiske årsager” vil blive fortolket i fremtidig praksis.

I mangel på praksis, der forholder sig konkret til, om økonomiske årsager reelt kan begrunde, at der ikke kan anvendes en anden leverandør, må vurderingen tage udgangspunkt i tidligere praksis. Hovedvægten heraf medfører en klar formodning om, at UBL § 181's anvendelsesområde ikke er helt så bredt som bestemmelsen umiddelbart lægger op til. Ordregivers bevisbyrde for, at der ikke kan skiftes leverandør, kan eksempelvis ikke løftes ved blot at tage en dialog med nogle af markedets leverandører, jf. Sagemcom-kendelsen, men skal tværtimod understøttes med mere håndfaste beviser. Også Augusta-dommen slog fast, at der skal være reelle holdepunkter for, at der ikke kan anvendes en anden leverandør uden teknisk eller økonomisk ulempe. Således skal der meget til for, at ordregiver kan løfte bevisbyrden for, at det kun er den eksisterende leverandør, der kan varetage ekstraarbejdet. I Sagemcom-kendelsen antydede Klagenævnet, at en sagkyndig erklæring om, at det var udelukket at anvende andre leverandører, kunne medvirke til at løfte bevisbyrden, mens Klagenævnet i Axiell-kendelsen fandt det tilstrækkeligt, at tilknytning af en ny leverandør ville kræve indsigt i forretningshemmeligheder, herunder eksisterende datamodeller og

løsninger. Kendelserne kan tages til indtægt for, at ordregiver ved indkøb af ekstraarbejder som minimum må sikre sig bevis for, at det reelt vil være forbundet med uforholdsmæssigt store tekniske eller økonomiske vanskeligheder at anvende en anden leverandør.

Hertil kan det påpeges, at ordregivers bevisbyrde formentlig lettere vil kunne løftes, hvis ekstraarbejdet er i direkte tilknytning til den samlede kontrakt, og dermed ikke udgør en tillægsydelse eller andet der let kan adskilles fra den samlede ydelse. Således vil det modsat være sværere at argumentere for, at en anden leverandør ikke lige så tilfredsstillende vil kunne foretage en del af arbejderne, som kan adskilles fra den samlede kontakt, herunder eksempelvis i et faseopdelt byggeri eller byggeri opdelt i særkilte fagentrepriser. En sådan betragtning kan udledes af EU-Domstolens udtalelse "(...) *den blotte påstand om, at en bygge- og anlægsopgave i sin helhed er af kompleks og vanskelig karakter, [er] ikke et tilstrækkeligt bevis for, at denne kun kan overdrages til en og samme entreprenør, navnlig ikke, når arbejderne er opdelt i etaper, hvis udførelse strækker sig over flere år*"³⁵⁶ (min indstregning).

Endelig er det væsentligt at bemærke, at leverandørens entrepriseretlige udførelsesret, hvor AB 18 er vedtaget, kan give anledning til nogle udbudsretlige betænkeligheder i forhold til UBL § 181. Det forhold, at udførelsesretten rent entrepriseretligt gælder, uanset om ændringen udbudsretligt opfylder UBL § 181's betingelser, kan blive problematisk for ordregiver. Navnlig i tilfælde, hvor ordregiver ikke har kunnet opfylde betingelserne for direkte tildeling efter UBL § 181, og således er forpligtet udbudsretligt til at sende ekstraarbejdet i udbud, men entrepriseretligt egentlig er forpligtet til at tildele ekstraarbejdet til den oprindelige leverandør, jf. AB 18 § 23, stk. 2. Ordregiver kan da blive forpligtet entrepriseretligt til at dække leverandørens mistede fortjeneste ved ikke at udføre ekstraarbejdet, som også behandlet i afhandlingens afsnit 4.2. Imidlertid vil den udbudsretlige forpligtelse til at konkurrenceudsætte ændringer, der ikke opfylder betingelserne i UBL § 181, formentlig kunne betragtes som en *særlig grund*, som kan berettige fravigelse af leverandørens entrepriseretlige udførelsesret, således at ordregiver kan undgå at skulle godtgøre leverandørens tabte arbejde.³⁵⁷ Dog må ordregiver være påpasselig med at forlade sig på denne

³⁵⁶ EU-Domstolens dom af 14. september 2004 i sag C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, præmis 21

³⁵⁷ Berg: "Udbudsret i byggeriet" (2012), s. 829

løsning, idet det endnu er ikke prøvet i praksis. Ordregiver bør uanset sørge for at konsekvensrette entrepriseaftalen, således at den tager højde for udbudsreglernes virkning.³⁵⁸

5.2.3. Uforudsete ekstraarbejder

UBL § 183 stiller generelt forholdsvist få krav, og som fremhævet i afhandlingens afsnit 3.4.2.1. kan en lang række subjektive forhold begrunde uforudsete ændringsbehov. Det må således først og fremmest blive op til ordregivers skøn, hvilke ændringer der skyldes uforudsete forhold. Imidlertid kan dette skøn ikke siges at være fuldstændigt frit, idet bestemmelsen stiller noget strengere krav, når det kommer til ordregivers påpasselighed med hensyn til forberedelsen af udbuddet, og således om ændringsbehovet reelt burde være forudset. I lyset af Finn Frogne-dommen er kravene til, hvor påpasselig ordregiver forventes at være i praksis i hvert fald særdeles strenge, og kan vel næsten blive en slags præventiv foranstaltning mod, at der overhovedet kan opstå uforudsete omstændigheder. Finn Frogne-dommen har alt andet lige lagt en standard, hvorefter ordregiver forventes at undersøge *alle* forhold til bunds forud for et udbud. Som påpeget i afhandlingens afsnit 3.4.2.1., kan ethvert ændringsbehov dog næppe skyldes dårlig forberedelse, og således vil den helt strenge fortolkningsstandard, nok være svær at efterleve i praksis.

For ordregiver, der udbyder bygge- og anlægskontrakter, vil det være nærliggende at formode, at uforudsete jordbundsforhold som minimum kan begrunde uforudsete ekstraarbejder efter UBL § 183. Denne formodning skyldes særligt ordregivers forpligtelse til at foretage forudgående undersøgelser af jordbundsforhold, mv., og oplyse det i udbudsmaterialet, jf. AB 18 § 26, stk. 3. Denne forholdsvist dybdegående undersøgelse må formodentlig være tilstrækkelig, til at kunne falde inden for rammerne af en ”påpasselig” ordregiver, jf. UBL § 183, og særligt hvis denne formodning sammenholdes med de omstændigheder, der i Rennes letbane-dommen og Axiell-kendelsen blev accepteret som uforudsete. Generelt må det antages, at de fleste entrepriseretligt uforudsete forhold, som hverken ordregiver eller leverandør har haft indflydelse på, må kunne begrunde ekstraarbejder i medfør af UBL § 183.

³⁵⁸ Som også påpeget af advokat Claus Berg, i Berg: ”Kapitel 20: Udbudsloven og byggeriet” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (2019), s. 634

Endelig må det dog alligevel understreges, at Finn Frogne-dommens strenge fortolkning bør tages til indtægt for, at ordregiver reelt må forventes at have foretaget en grundig forberedelse af udbuddet, og at der, jo mere kompleks og langvarig kontrakten er, stilles højere forberedelseskrav.

5.2.4. Værdigrænsen på 50%

Der må utvivlsomt ligge en umiddelbar udvidelse i ordregivers ændringsmuligheder ved, at både UBL §§ 181 og 183 ændrer 50%-værdigrænsen fra kun at gælde summarisk efter 2004-udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a, til at nu at gælde successivt. Entrepriseretligt indebærer det en bredere adgang til at indkøbe ekstraarbejder, idet de fleste ekstraarbejder må formodes værdimæssigt at kunne holdes inden for 50% af kontraktsummen.

Imidlertid synes formuleringen af værdigrænsen, at være egnet til at indgyde til en række problemer og misforståelser, idet *"prisstigningen"* ikke må *"overstige 50% af den oprindelige kontraktværdi"*.³⁵⁹ Formulering lægger umiddelbart op til en fortolkning, hvorefter beregningen skal ske ud fra hele den oprindelige kontrakts værdi, og hvis dette er korrekt, vil ordregiver potentielt kunne bestille ualmindeligt bekostelige ekstraarbejder, herunder også i større omfang end der lægges op til med de entrepriseretlige intervalgrænser efter AB 18 § 24, stk. 1, hvorefter ekstraarbejder i forhold til tilbudslister mere eller mindre begrænsningsfrit kan indkøbes op til "blot" 20% af den samlede kontraktværdi. Rent praktisk vil det udgøre en væsentlig forskel for, hvor store ekstraarbejder ordregiver kan indkøbe om, værdien af ekstraarbejdet skal beregnes ud fra værdien af eksempelvis en enkelt fagentreprise eller om beregningen skal angå hele den samlede hovedentreprisesum – eller totalentreprisesum for den sags skyld. Hvis 50%-grænsen skal ses i forhold til den samlede kontraktværdi for alle arbejder i den samlede entreprise, må ordregiver rent udbudsretligt have adgang til dyre ekstraarbejder, idet den samlede kontraktværdi i kraft af, allerede at være sendt i offentligt udbud må forudsættes at overstige tærskelværdien på 39.884.785 kr. (2020/2021-niveau).³⁶⁰

Både lovtekst, forarbejder og praksis forholder sig imidlertid forholdsvist tavst til, om det er prisstigningen i sig selv eller den oprindelige kontrakts værdi, 50%-grænsen skal ses i forhold til,

³⁵⁹ Jf. Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra b, formulering "(...) en eventuel prisstigning må dog ikke overstige 50% af værdien af den oprindelige kontrakt" samt Udbudsdirektivets art. 72, stk. 1, litra c, formulering "(...) en eventuel prisstigning er ikke større end 50% af værdien af den oprindelige kontrakt."

³⁶⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "Tærskelværdier 2020 og 2021" (hjemmeside, se litteraturliste pkt. 8.5.)

og trods at det anføres i den juridiske litteratur, at ”Bestemmelsen må (...) fortolkes derhen, at der menes, at prisstigningen for den samlede kontrakt (inklusive det supplerende indkøb) ikke kan være højere end 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt,”³⁶¹ synes det stadig ikke at fremstå utvetydigt, hvorledes grænsen skal anskues. Hvis det er tilfældet, at 50%-værdigrænsen skal beregnes ud fra den oprindelige kontrakts samlede værdi, må det i hvert fald kunne give anledning til nogle udbudsretlige betænkeligheder med hensyn til om, en sådan forøgelse af kontraktens værdi i så fald ikke bør anses som konkurrenceforvridende.

5.3. Reduktioner i bygge- og anlægsarbejderne

5.3.1. Uforudsete mindrearbejder

Som fastslået i afhandlingens afsnit 5.2.3., efterlader UBL § 183 umiddelbart ordregiver med et forholdsvist bredt skøn med hensyn til om, der er tale om en uforudset omstændighed, der kan begrunde et ekstraarbejde, dog inden for rammerne af ordregivers omhyggelige forberedelse. Entrepriseretligt betyder det, at ordregiver har adgang til afbestille arbejder, som skyldes forhold, som hverken ordregiver eller leverandør har haft indflydelse på. Imidlertid kan denne antagelse ikke være ubetinget gældende i lyset af Finn Frogne-dommen, hvorefter det netop blev fastslået, at leverandørens misligholdelse af kontrakten ikke udgjorde en uforudset omstændighed, der kunne begrunde, at ordregiver reducerede kontrakten.

I kølvandet på Finn Frogne-dommen må det formentlig betyde, at også samarbejdsvanskeligheder i mellem kontraktparterne under udførelsen af en opgave heller ikke vil kunne anskues som uforudsete omstændigheder, der begrunder reduktion af arbejderne efter UBL § 183. Samarbejdsvanskeligheder er nemlig ikke et uhørt problem i entrepriseforhold, og ordregiver bør således være opmærksom på den snævre adgang til at reducere, som følge af sådanne ”forudsigelige” forhold, som følger af Finn Frogne-dommen. Imidlertid giver det fin mening, at der stilles krav til, at ordregiver kan – og skal – planlægge sig ud af forhold, som der i entrepriseretligt øjemed – og generelt længerevarende kontrakter – er stor risiko for, ligesom det blev fremhævet af EU-Domstolen i Finn Frogne-dommen.

³⁶¹ Ølykke og Nielsen: ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst” (2017), s. 397

Det må i øvrigt have en betydning, hvor stor en reduktion, der er tale om. En mindre reduktion vil formentlig kunne komme på tale, idet den ikke vil ændre kontraktens overordnede karakter, jf. UBL § 183, stk. 1, nr. 2. I Finn Frogne-dommen var der netop tale om en betydelig reduktion på ca. 90% af den oprindelige kontrakt, og det er således klart, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet har spillet en væsentlig rolle i sagen udfald.

Det sker heller ikke sjældent, at ordregiver vælger at budgetjustere efter en kontraktindgåelse, og som følge heraf vælger at afbestille en række arbejder. Ved sådanne reduktioner vil leverandøren følgelig være beskyttet af AB 18 § 24, stk. 5, om dækningsbidrag, men det må næppe kunne antages, at sådanne reduktioner frit kan foretages i medfør af UBL § 183, dels idet en påpasselig ordregiver burde kunne forudse eget budget, når et bygge- og anlægsprojekt planlægges, og dels da væsentlige afbestillinger vil kunne give adgang for andre leverandører i markedet, hvilket netop også var udslagsgivende for vurderingen i Finn Frogne-dommen. Endelig vil der kunne opstå et problem i forhold til kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren, hvis ordregiver afbestiller arbejder, men fortsat skal godtgøre leverandøren herfor. Modsat vil det heller ikke give mening, hvis ordregivere, blot i kraft af udbudsreglerne, skulle kunne slippe for deres kontraktuelle forpligtelse til at dække leverandørens forventede fortjeneste.

5.3.2. Uvæsentlige mindrearbejder

Udover de netop nævnte omstændigheder, vil der være flere grunde til, at ordregiver ønsker at reducere i sin kontrakt, og visse reduktioner må antages at kunne falde uden for rammerne af ”grundlæggende”-vurderingen. Dette vil formentlig være, hvis ordregiver vælger blot at afbestille et arbejde, som ligger inden for rammerne af AB 18 § 24, stk. 5, 2. pkt., (maks. 10% af kontraktsummen), således at ordgiver ikke skal godtgøre leverandørens ”tab”. I så fald vil der heller ikke umiddelbart opstå nogle udbudsretlige problemer, idet der ikke sker nogen forrykkelse af kontraktens økonomiske balance, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 2.

5.4. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående gennemgang kan det konkluderes, at ordregiver langt hen ad vejen vil kunne benytte de særlige udbudsretlige ændringsadgange i UBL §§ 181 og 183 til sin direkte tildeling af *visse* entrepriseretlige ekstraarbejder og mindrearbejder til den oprindelige leverandør,

herunder blandt andet som følge af projektfejl og -mangler, jordbundsforhold, og lignende nødvendige – og efter UBL § 183 – uforudsete omstændigheder. Adgangen kan ikke siges at være i fuldstændig overensstemmelse med AB 18 §§ 23-24 , men det må fastslås, at entrepriseretten i flere tilfælde vil kunne tilpasses til den udbudsretlige ændringsadgang, således at ordregiver hovedsageligt skal være opmærksom på de store begrundelses- og forberedelseskrav der stilles udbudsretligt til ordregiver, som ønsker at benytte UBL §§ 181 eller 183.

6. SUPPLERENDE LEVERANCER OG UFORUDSETE BEHOV – HVOR GÅR GRÆNSEN?

Som belyst igennem afhandlingen står det ikke ordregiver helt frit for at foretage ydelsesændringer i kontrakter i deres løbetid, og ændringsmulighederne synes i praksis at være underlagt forholdsvist strenge krav, trods et ønske fra lovgiver om øget fleksibilitet. Både UBL §§ 181 og 183 er i hvert fald utvivlsomt udslag af ønsket om fleksibilitet og bedre udnyttelse af offentlige midler, hvilket da også bliver tydeligt, idet det teoretiske anvendelsesområde for bestemmelserne lægger op til en lempeligere fortolkning og ordregivers generelt brede skøn med hensyn til, om en ændring er inden for rammerne af bestemmelserne. Imidlertid er rammerne tilstrækkeligt udefinerede, til at bestemmelserne bliver vanskelige at anvende i praksis – eller i hvert fald vanskelige at forlade sig på, hvis ordregiver ikke vil risikere at ændringen erklæres uden virkning.

I relation til den entrepriseretlige ændringsbeføjelse, medfører den teoretisk lempelige udbudsretlige fortolkning en vis risiko for, at ordregiver går for langt i troen om, at et ekstraarbejde eller mindrearbejde, som tillades entrepriseretligt, kan holdes inden for UBL §§ 181 og 183's rammer. Det vil overordnet være svært at passe udbudsretten og entrepriseretten sammen 1:1, og grunden hertil er formentlig, at regelsættene generelt forfølger to komplet forskellige formål. Hvor udbudsretten grundlæggende er båret af et værdisæt om ”godt købmandsskab”, som skal tilsikre at der ikke kan ske forskelsbehandling og pamperi i den offentlige sektor, er entrepriserettens primære fokus på at sikre praktisk gennemførelse af projektet samt sikring sagens parter undervejs, således at leverandøren på den ene side sikres sin ret til betaling for udført arbejde, mens ordregiver på den anden side sikres sin ret til ikke at betale for meget samt at modtage et ordentligt udført stykke arbejde.

Alligevel må entrepriseretten i vist omfang, som påvist, kunne møde udbudsretten i UBL §§ 181 og 183. Dette skyldes, dels at de entrepriseretlige ekstraarbejder i overvejende grad vil antages at kunne opfylde UBL §§ 181 og 183's krav, og dels da et entrepriseretligt accepteret ekstraarbejde, så vidt det ikke kan indeholdes i undtagelsesbestemmelserne, må vige for udbudsretten, jf. princippet om EU-retten forrang. Ordregivers indkøb af ekstraarbejder og afbestilling af arbejder i medfør af UBL §§ 181 og 183, vil dog alligevel være forbundet med en forholdsvist stor risiko, idet der tilsyneladende er opstået et udbudsretligt skisma mellem ønsket om mere fleksibilitet, som

bestemmelserne må siges at være et udtryk for, og praksis, hvor det er særdeles vanskeligt for ordregiver at løfte bevisbyrden for, at den direkte tildeling har været lovlig.

Det er ikke overraskende, at retspraksis har vist – og stadig viser – en vis tilbageholdenhed, når det kommer til direkte tildeling af supplerende indkøb og reduktioner i ydelsen. Grunden hertil må først og fremmest kunne ledes tilbage til udbudsrettens primære formål om sikring af det indre marked og den lige konkurrence blandt markedets leverandører, hvortil ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne indtager en væsentlig rolle, idet de tjener som redskaber til at forfølge netop disse formål.³⁶² Efterfølgende ændringer i kontrakter vil således alt andet lige komme til at udfordre – og teknisk set være i modstrid med – principperne, idet enhver ændring, som ikke har været konkurrenceudsat potentielt kan blive opfattet som en omgåelse. Det må imidlertid alligevel være fejlagtigt at antage, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne per definition vil afskære ordregiver fra enhver ændringsadgang, idet formålet med udbudsreglerne ikke som sådan er ligebehandling, men lige konkurrence og sikring af det indre marked. Som påvist er det heller ikke fuldstændig umuligt for ordregiver at løfte bevisbyrden. Det afgørende for, om ordregiver har mulighed for at ændre i kontraktydelsen må imidlertid være, om ændringen vil forvride konkurrencen. For en praktisk bemærkning, kan det anskues således, at formålet med udbudsproceduren i sig selv ville blive undergravet af, at ordregiver fik adgang til at ændre ubegrænset i kontrakten efter kontraktindgåelsen, og netop derfor må der skulle meget til for, at ordregiver må fravige udgangspunktet i UBL § 178, og de udbudsretlige principper.

Ordregiver vil under ingen omstændigheder kunne foretage ændringer i kontraktens grundlæggende elementer, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 1-3, uden at det vil være i modstrid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet konkurrencen i så fald vil anses som forvredet, i stedet vil ordregiver således kunne anvende UBL §§ 181 og 183. Ordregiver skal dog uanset valg af ændringsadgang være opmærksom på den standpunktsrisiko der løbes, når ændringer foretages, navnlig idet ordregiver – uanset at der er indrykket en profylaksebekendtgørelse – kan risikere at have foretaget et urigtigt skøn, og således få ændringen – eller måske endda hele kontrakten – erklæret for uden virkning.

³⁶² Dette er bl.a. blevet fastslået i EU-Domstolens af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 32

I den juridiske litteratur er der enkelte gange lagt op til, at den udbudsretlige regulering blot kunne ske på baggrund af de udbudsretlige principper, frem for et svært gennemskueligt regelsæt, som de nuværende udbudsregler på visse punkter må siges at være.³⁶³ Dette ville formentlig ikke være en helt dårlig ide på kontraktændringsområdet, idet ordregiver i så fald undgår at stå i situationer, hvor det fejlagtigt antages, at eksempelvis UBL §§ 181 og 183 giver adgang til en bred række supplerende indkøb og ydelsesreduktioner i kraft af deres brede formulering og få krav. Havde ændringsområdet blot været reguleret af principperne kan det argumenteres, at ordregiver ville blive tvunget til at tænke pragmatisk og hele tiden forholde sig til, hvorvidt en konkret ændring kunne fordreje konkurrencen. Imidlertid er det nok alligevel et for stort ansvar at placere på ordregivere i praksis, men ikke desto mindre en interessant tanke, om et gennemskueligt og ikke nær så teknisk regelsæt, kun bestående af principperne, egentlig ville hjælpe ordregiver mere på vej, end de nuværende forholdsvis komplicerede regler.

³⁶³ Arrowsmith: *”Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform”* i Konkurrenceverket (2012), s. 96-97

7. KONKLUSION

Det er blevet slået fast, at ordregiver udbudsretligt under ingen omstændigheder må foretage ændringer, der ændrer i kontraktens grundlæggende elementer. Hvorvidt der er tale om en ændring af et grundlæggende element måles ud fra parametre, jf. UBL § 178, stk. 2, nr. 1-3, hvorefter ændringen ikke må i) have givet adgang for andre potentielle tilbudsgivere eller have ført til et andet tildelingsresultat, ii) have forrykket den økonomiske balance til fordel for leverandøren – og under visse omstændigheder til fordel for ordregiver – eller iii) have medført en betydelig udvidelse af kontraktens art eller omfang. Det er ligeledes blevet slået fast, at ordregiver entrepriseretligt har ret til at ændre i kontraktens art og omfang, såfremt ændringen er i naturlig sammenhæng med kontraktens ydelser, jf. AB 18 § 23, stk. 1. Således er det udbudsretlige udgangspunkt for, at foretage ændringer, en del mere begrænset end det entrepriseretlige.

Imidlertid vil den ordregiver, som har behov for at ændre i ydelsen i form af indkøb af et ekstraarbejde eller afbestilling af et arbejde, undervejs i udførelsen, teoretisk set have en bred adgang til at anvende undtagelsesbestemmelserne i UBL §§ 181 og 183 hertil. Dette skyldes for det første, at ordregiver – i modsætning til tidligere efter 2004-udbudsdirektivet – har adgang til både at indkøbe supplerende arbejder, som er nødvendige for kontraktens gennemførelse, og hvis der i øvrigt ikke kan skiftes leverandør, jf. UBL § 181, samt at foretage ændringer som er behøvede som følge af en uforudset omstændighed, og som ikke ændrer kontraktens overordnede karakter, jf. UBL § 183. For det andet stiller bestemmelserne lempeligere krav til ordregiver end tidligere, idet de bygger på lovgivers ønske om mere fleksibilitet i offentlige indkøb. For det tredje åbner begge bestemmelser op for, at ordregiver kan foretage successive ændringer på op til 50% af kontraktværdien.

I den forbindelse må det fastslås, at entrepriseretlige ændringsarbejder i flere tilfælde, vil kunne opfylde de betingelser, som UBL §§ 181 og 183 hver især stiller, dels i kraft af sin karakter som en længerevarende kontrakt, og dels da ændringsarbejder oftest vil være særdeles nødvendige for en bygge- og anlægskontrakts gennemførelse. Således må ordregiver have adgang til at indkøbe ekstraarbejder, der udspringer af projektfejl og –mangler, men også som følge af hindringer i jorden, mv., som er nødvendige for kontraktens gennemførelse, jf. UBL § 181, mens ordregiver ligeledes vil have adgang – og nok en bredere adgang, idet kravene er lempeligere – til at ændre i ydelsen, hvis det udspringer af uforudsete forhold, som hverken ordregiver eller leverandør havde

kontrol over, så som uforudsete jordbundsforhold eller lignende, jf. UBL § 183. Hertil kommer, at på de punkter, hvor entrepriserettens regler alligevel går for langt med hensyn til at give ordregiver adgang til ændringsarbejder, må disse regler vige for udbudsrettens regler, som trods alt har forrang.

Når ovenstående er fastslået, vil ordregivers indkøb af ekstraarbejder og afbestilling af arbejder i medfør af UBL §§ 181 og 183, dog alligevel være forbundet med en forholdsvist stor risiko, idet der tilsyneladende er en uoverensstemmelse mellem de lempelige krav som bestemmelserne stiller og den strenge praksis, som kan tages til indtægt for, hvor vanskeligt det er for ordregiver at løfte bevisbyrden for, at ændringen har været lovlig i medfør af UBL §§ 181 og 183. Praksis viser, at der skal meget til førend bestemmelserne reelt kan benyttes til at ændre i en kontrakt, og at ordregiver skal kunne begrunde anvendelsen af bestemmelserne med rimeligt stærke beviser. For ordregivers anvendelse af UBL § 181 betyder det, at ordregiver skal bevise, at der reelt ikke kan anvendes en anden leverandør af økonomiske eller tekniske årsager, uden at det vil medføre uforholdsmæssigt store vanskeligheder for ordregiver, mens det for UBL § 183 betyder, at ordregiver skal bevise, at ændringen skyldes omstændigheder, som ikke burde være forudset trods ordregivers rimeligt påpasselige forberedelse af udbudsproceduren. Praksis viser, at der endnu ikke er mange ordregivere, der har formået at løfte bevisbyrden for bestemmelsernes (eller deres forgængeres) anvendelse.

Reglerne i UBL §§ 181 og 183 er klart et forsøg på at komme nærmere nogle retningslinjer for, hvornår ordregivere må ændre i udbudte kontraktors ydelse, og bestemmelserne kan utvivlsomt anvendes til at skabe et overblik over, hvilke momenter, der eventuelt vil kunne begrunde en direkte tildeling af supplerende ydelser og/eller reduktion af kontraktydelserne. Imidlertid anlægges praksis fortsat en hård linje for, hvornår bestemmelserne reelt kan anvendes, og deres anvendelse må således fortsat indsnævres til strengt nødvendige tilfælde.

Der kan således sås tvivl om, hvorvidt det egentlig er mellem entreprisreglerne og udbudsreglerne at hovedproblemet ligger, idet entreprisreglerne så vidt de ikke passer inden for rammerne af udbudsreglerne må vige. I stedet ligger problemet måske snarere internt i udbudsreglerne, idet der er en generel konflikt mellem UBL §§ 181 og 183's brede teoretiske anvendelsesområde og særdeles snævre praktiske anvendelsesområde.

I sidste ende må det antages, at mange ydelsesændringer kan lade sig gøre i teorien, og at det således må afhænge af ordregivers risikovillighed i forhold til hvor langt ordregiver ”tør” gå med sine ændringer, idet praksis fortsat anlægger en streng og snæver fortolkning, når det kommer til ændringer, der potentielt er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det skal således blive spændende at se, om praksis udvikler sig mod en lempeligere fortolkning, i takt med at der kommer flere sager, hvor EU-Domstolen og Klagenævnet får anledning til at behandle de gældende bestemmelser på området.

8. LITTERATURLISTE

8.1. Love og forarbejder

- Almindelige betingelser 1992-12-10 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92)
- Almindelige betingelser 2018-08-10 nr. 9632 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)
- Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018
- Europa-Kommissionens Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, Bruxelles, den 20. december 2011, KOM (2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD)
- Europa-Kommissionens Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked, KOM(2011) 15 endelig – 27. Januar 2011
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
- Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud
- Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, ”Forslag til Udbudsloven”, fremsat af erhvervs- og vækstminister, Troels Lund Poulsen (V) den 7. Oktober 2015
- Lovforslag som fremsat, FT 2019-20, tillæg A, lovforslag nr. L 33, ”Forslag til Lov om ændring af Udbudsloven”, fremsat af Erhvervsministeren, Simon Kollerup, den 3. oktober 2019
- Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven
- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014
- Rådet og Kommissionens fælleserklæring i forbindelse med direktiv 93/73/EØF (EFT nr. L 111/114 af 30. april 1994)

- Traktaten om den Europæiske funktionsmåde

8.2. Vejledninger, udtalelser, mv.

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Dialog før og under udbudsproceduren”, februar 2018
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Udbudsloven Vejledning om udbudsreglerne”, januar 2016
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Kontraktændringer”, december 2013
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Status på konkurrence om offentlige kontrakter 2020”, januar 2021

8.3. Praksis

8.3.1. Den Europæiske Unions Domstol

- Dom af 8. oktober 1980 i sag C-810/79, *Peter Uberschaer mod Bundesversicherungsanstalt Fuer Angestellte*
- Dom af 10. april 1984 sag C-14/83, *Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen*
- Dom af 18. maj 1995 i sag C-57/94, *Kommissionen mod Italien*
- Dom af 25. april 1996 sag C-87/94, *Kommissionen mod Belgien*
- Dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, *Kommissionen mod Frankrig*
- Dom af 27. november 2001 forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod Impresa Ing. Mantovani SpA m.fl.*
- Dom af 18. juni 2002 sag C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH (HI) mod Stadt Wien*
- Dom af 19. juni 2003 sag C-315/05, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mod Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*
- Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*
- Dom af 14. september 2004 i sag C-385/02, *Kommissionen mod Italien*
- Dom af 3. marts 2005 forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom SA mod État belge*
- Dom af 2. juni 2005 i sag C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*
- Dom af 12. marts. 2008 i sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki — Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen (CORDIS)*
- Dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien*

- Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*
- Dom af 16. december 2008 sag C-213/07, *Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikratias*
- Dom af 23. december 2009, sag C-376/08, *Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano*
- Dom af 3. april 2010 i sag C-91/08, *Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, m.fl.*
- Dom af 22. april 2010 i sag C-423/07, *Kommissionen mod Spanien*
- Dom af 29. april 2010 i sag C-160/08, *Kommissionen mod Tyskland*
- Dom af 10. maj 2012 sag C-368/10, *Kommissionen mod Nederlandene*
- Dom af 12. december 2012 sag C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl. mod Entsorgungsbetriebe Simmerin GmbH*
- Dom af 6. november 2014 i sag C-43/13, *Cartiera Dell'Adda mod CEM Ambiente*
- Dom af 12. Marts 2015 sag C-538/13 *eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*
- Dom af 22. oktober 2015 sag C-425/14, *Impresa Edilux Srl, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) mod Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, m.fl.*
- Dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, *Finn Frogne mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*
- Dom af 6. oktober 2016 i sag C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl mod Comune di Fossano*
- Dom af 14. december 2016 i sag C-171/15, *Connexxion Taxi Services mod Holland*
- Dom af 19. juni 2019 i sag C-41/18, *Meca mod Comune di Napoli*

8.3.2. De danske domstole

- U 2001.1896 V.L.D., 3. maj 2001 i sag 10. Afd. B-1447-99, *Humus/Genplast ApS mod Århus Renholdningsselskab*

8.3.3. Klagenævnet for Udbud

- Kendelse af 21. april 2009, *Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo*
- Kendelse af 8. april 2013, *Dojo Software mod Region Nordjylland*
- Kendelse af 22. juni 2011, *Ecolab ApS mod Region Sjælland*
- Kendelse af 18. juni 2013, *Multi Trans A/S mod Københavns Kommune*
- Kendelse af 16. februar 2015, *Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S*

- Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark
- Kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet
- Kendelse af 21. januar 2016, Holmriss + Flexform A/S mod Holbæk Kommune
- Kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S
- Kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark mod Moderniseringsstyrelsen
- Kendelse af 22. august 2016, Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S
- Kendelse af 17. juli 2017, Weiss A/S mod SK Varme A/S
- Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland
- Kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S
- Kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune

8.3.4. Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

- T:BB 1998.319 VBA
- T:BB 2001.602 VBA
- T:BB 2003.82 VBA
- T:BB 2011.331 VBA
- T:BB 2013.316 VBA
- T:BB 2013.770 VBA
- T:BB 2013.751 VBA
- T:BB 2014.974 VBA
- T:BB 2015.296 VBA
- T:BB 2018.135 VBA

8.4. Litteratur

8.4.1. Bøger

- **Berg**, Claus: *"Udbudsret i byggeriet"*, 2012 (1. udgave) Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København
- **Berg**, Claus: *"Kapitel 20: Udbudsloven og byggeriet"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsloven"*, 2016 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing; København
- **Blume**, Peter: *"Retssystemet og juridisk metode"*, 2020 (4. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København

- **Buch**, Anders Jost; Anja Ristorp Heidelberg, Heidi Melchiorson; Christian Molt Wengel: *"AB 18, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer"*, 2020 (1. udgave, 1. oplag) Karnov Group Denmark; København
- **Christensen**, Andreas; Leah Elkan: *"Kapitel 12: Ændring af kontrakt"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsretten"*, 2019 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København
- **Christensen**, Andreas; Daniel Batistoti Cesar: *"Kapitel 14: Ændring af kontrakt"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsloven"*, 2016 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing; København
- **Daniel**, Bugge Thorbjørn; Carina Risvig Hamer: *"Kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil"* i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *"Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner"*, 2020 (1. udgave) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Fabricius**, Jesper: *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017 (4. udgave, 1. oplag) Karnov Group Denmark; København
- **Fabricius**, Jesper: *"Kapitel 2: Udbudsretlige principper"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsretten"*, 2019 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København
- **Fabricius**, Jesper: *"Kapitel 3: Udbudslovsudvalgets arbejde"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsloven"* 2016, (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København
- **Hamer**, Carina Risvig: *"Grundlæggende udbudsret"*, 2016 (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Hamer**, Carina Risvig: *"Lov om Klagenævnet for Udbud"*, 2020 (2. udgave) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Hansen**, Ole: *"Entrepriseretlige mellemformer"*, 2013 (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Hartlev**, Kristian; Morten Wahl Liljenbøl: *"Kapitel 9: Ændringer af udbudte kontrakter"* i Karsted Hagel-Sørensen (red.): *"Aktuel udbudsret"*, 2011 (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Høg**, Torkil; Amanda Elisabeth Riberholt-Rischel; Trine Louise Larsen: *"Kapitel 17: Håndhævelse af udbudsreglerne"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsretten"*, 2019 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København
- **Hørlyck**, Erik: *"Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)"* 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København

- **Iversen**, Torsten: "*Entrepriseretten*", 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København
- **Jakobsen**, Peter Stig; Sune Troels Poulsen; Simon Evers Kalsmose-Hjelmbo: "*EU Udbudsretten*", 2016 (3. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København
- **Johansen**, Christian: "*Bygherrens ændringsret*", 1999 (1. udgave, 1. oplag), GadJura, Forlaget Thomson A/S; København
- **Liljenbøl**, Morten Wahl; Jens Balle: "*Kapitel 14: Ændringer af udbudte kontrakter II*" i Karsted Hagel-Sørensen (red.): "*Aktuel udbudsret II*", 2016 (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København
- **Mortensen**, Bent Ole Gram; Christian Frier: "*Kapitel 4: Standarder som retskilder*" i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: "*Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner*", 2020 (1. udgave) Jurist- og Økonomiforbundets Forlag; København
- **Neergaard**, Ulla; Ruth Nielsen: "*EU-ret*", 2020 (8. udgave, 1. oplag) Karnov Group; København
- **Skovsgaard**, Kristian: "*Entreprenørens ekstraarbejder*", 2017 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets forlag; København
- **Steinicke**, Michael; Lise Groesmeyer: "*EU's udbudsdirektiver med kommentarer*", 2008, (2. Udgave) Jurist- og Økonomiforbundets forlag; København
- **Treumer**, Steen: "*Chapter 1: Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive*" i Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer (red.): "*Modernising Public Procurement: The New Directive*", 2014 (1. udgave, 1. oplag) DJØF Publishing; København
- **Treumer**, Steen; Mario Comba: "*Chapter 1: Introduction*" i Steen Treumer og Mario Comba: "*Modernising Public Procurement – the approach of EU member states*", 2018 (1. udgave) Edward Elgar Publishing; Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA
- **Treumer**, Steen; Mario Comba: "*Chapter 14: Trends in the implementation of Directive 2014/24: minimalism and narrow interpretation*" i Steen Treumer og Mario Comba: "*Modernising Public Procurement – the approach of EU member states*", 2018 (1. Udgave) Edward Elgar Publishing; Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA
- **Treumer**, Steen: "*Kapitel 1: Udbudsloven – ud af boksen og ind i gråzonen*" i Steen Treumer (red.): "*Udbudsloven*", 2016 (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing; København

- **Treumer**, Steen: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"*, 2000 (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Treumer**, Steen: *"Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive"* i Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer (red.): *"Modernising Public Procurement: The New Directive"*, 2014 (1. udgave, 1. oplag) DJØF Publishing; København
- **Treumer**, Steen: *"Regulation of Changes Leading to a Duty to Retender in the New EU Public Procurement Directive"* i Ole Hansen (red.): *"Ændringer i længerevarende kontrakter"*, 2014, (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Udsen**, Henrik: *"It-kontraktretten"*, 2020 (2. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing; København
- **Vagner**, Hans Henrik: *"Entrepriseret"*, 2005 (4. udgave ved Torsten Iversen) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- **Ølykke**, Grith Skovgaard; Ruth Nielsen: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"*, 2017, (2. Udgave, 1. Oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København

8.4.2. Artikler

- **Arrowsmith**, Sue: *"Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform"* i den Svenske Konkurrencemyndigheds *"The Cost of Different Goals of Public Procurement"*, 2012, Konkurrenceverket
- **Brown**, Adrian: *"When do changes to an existing contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06"* i Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) 2008, 6, 253-267
- **Dansk Byggeri**: *"Sammen bygger vi Danmark – inspiration og fakta om byggeri og infrastruktur i Danmark"*, 2016
- **Europa-Parlamentet**: *"EU-retten – kilder og rækkevidde"*, 2019, Emneblade om Den Europæiske Union
- **Fenger**, Niels: U.2014B.293 *"Forarbejders retskildeværdi i EU-retten"*, Ugeskrift for Retsvæsen
- **Hamer**, Carina Risvig; Rasmus Horskjær Nielsen: U.2020B.144 *"Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?"*, Ugeskrift for Retsvæsen

- **Hartlev**, Kristian; Morten Wahl Liljenbøl: *"Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender"* i Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) 2013, 2, 51-73
- **Iversen**, Torsten: TBB2003.480 *"Udfyldende entrepriseret. Hvad gælder når AB92 ikke er vedtaget?"*, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret
- **La Cour**, Lisbeth; Anders Milhøj; Grith Skovgaard Ølykke: *"Transparency Notices in the EU Public Procurement Regime: An Empirical Study of the use of Transparency Notices in Denmark, Sweden and United Kingdom"* i Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) 2015, 5, 164-192
- **Poulsen**, Sune Troels: *"The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law"* i Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) 2012, 5, 167-187
- **Treumer**, Steen: *"Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's proposals of December 2011"* i Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) 2012, 5, 153-166

8.5. Øvrige

- EU-Kommissionen: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en (Link sidst aktivt d. 30. maj 2021)
- H.P. Rosenmeier: www.hpros.dk (Link sidst aktivt d. 30. maj 2021)
- Karnov Group A/S, Udbudsloven kommenteret af Michael Ellehauge, Torkil Høg og Claus Berg: <https://pro.karnovgroup.dk/document/7000746420/1> (Link sidst aktivt 30. maj 2021)
- Klagenævnet for Udbud: www.klfu.dk (Link sidst aktivt d. 30. maj 2021)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: www.bedreudbud.dk (Link sidst aktivt d. 30. maj 2021)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "Hvornår finder tilbudsloven anvendelse?", 17. december 2019: <https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvornaar-finder-tilbudsloven-anvendelse/> (link sidst aktiv d. 30 maj 2021)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "Tærskelværdier 2020 og 2021" <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdier-2020-og-2021/> (Link sidst aktivt d. 30. maj 2021)