

KØBENHAVNS UNIVERSITET
DET JURIDISKE FAKULTET



Specialeafhandling: Ændringsklausuler i udbudspligtige bygge- og anlægskontrakter

Navn: Cecilie Jensen

Fagområde: EU-Udbudsret

Afleveringsdato: 20. december 2021

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to examine the extent to which clear, precise and unequivocal review clauses can influence the client's opportunity to modify the public construction contract during the term. To do so, the thesis will examine how selected clauses in general conditions for building and construction works and supplies (AB 18) comply to the Danish public procurement Act § 179. The contracting authority shall hold a new procurement procedure if a modification of a contract during its term is substantial, cf. Directive 2014/24/EU art. 72 (4) and (5) and the Danish Public Procurement Act § 178. In the first place, the thesis will examine in which cases a modification shall be considered as substantial. Construction contracts are long-term contracts and the subject-matter of the contract is often complex. Because of these characteristics the client might get a need to order variations in the construction work and modify central terms of the contract during the term. From a procurement law perspective, this does not always comply with fundamental principles of transparency, equal treatment and non-discrimination.

The thesis will examine how review clauses influence on the requirement for a new procurement procedure. If the modification has been provided for in the initial procurement documents in clear, precise and unequivocal review clauses, the modifications will not require a new procurement procedure, cf. Directive 2014/24/EU art. 72 (1)(a) and the Danish Public Procurement Act § 179. The review clauses shall state the scope and nature of possible modifications as well as the conditions under which they may be used. They must not provide for modifications that would alter the overall nature of the contract. The thesis will examine these requirements. To do so, the thesis will involve and analyze case-law of the Court of Justice of the European Union and the Danish Public Contracts Appeals Board.

After this, the thesis will examine how selected clauses in the standard forms of construction contracts (AB 18) comply to the Danish Public Procurement Act § 179. The thesis will have a look on clause 23 which regulates variations to works, clause 24 which regulates additional payment and cost reductions, clause 34 which regulates price and indexation, clause 35 which regulates exceptional adjustments and finally clause 39 which regulates the contractor's right to extension of time.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING.....	4
1.1 INTRODUKTION TIL EMNET	4
1.2 PROBLEMFOMULERING	5
1.3 METODE.....	6
1.3.1 Retskilder.....	6
1.3.1.1 Traktaten og bevægelighederne	6
1.3.1.2 Udbudsdirektivet	7
1.3.1.3 Udbudsrettens grundlæggende principper	7
1.3.1.4 Udbudsloven	8
1.3.1.5 Praksis	9
1.3.1.6 Vejledninger, litteratur mm.	10
1.3.2 Udbudsretten overfor entrepriseretten	11
1.4 AFGRÆNSNING.....	12
1.5 TERMINOLOGI OG BEGREBER.....	13
1.6 AFHANDLINGENS STRUKTUR.....	15
2. UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER	16
2.1 UDBUDSRETTENS FORMÅL	16
2.2 LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	17
2.2.1 Forhandlingsforbuddet.....	18
2.3 GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	19
2.3 PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	20
3. UDBUDSLOVENS GRÆNSE FOR KONTRAKTÆNDRINGER	21
3.1 BAGGRUNDEN FOR UDBUDSLOVENS § 178	21
3.2 GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER.....	22
3.2.1 Påvirkning af konkurrencegrundlaget	22
3.2.2 Den økonomiske balance	25
3.2.3 Betydelig udvidelse af kontrakten.....	28
3.2.4 Andre mulige elementer i vurderingen	29
3.3 KONTRAKTEN ERKLÆRES FOR UDEN VIRKNING	31
3.4 DELKONKLUSION	33
4. KONTRAKTÆNDRINGER I MEDHØR AF KONTRAKTEN	34
4.1 BAGGRUNDEN FOR UDBUDSLOVENS § 179	34
4.2 UDBUDSLOVENS KRAV TIL ÆNDRINGSKLAUSULER	35
4.2.1 Klare, præcise og entydige klausuler	36
4.2.2 Fastsættelse af art, omfang og betingelser	41
4.2.3 Kontraktens overordnede karakter	44
4.3 ÆNDRINGSKLAUSULENS HENSIGTSMÆSSIGHED	45

4.4 DELKONKLUSION	46
5. ÆNDRINGER I BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKTER	48
5.1 LÆNGEREVARENDE KONTRAKTFORHOLD SOM TRANSAKTIONSTYPE	48
5.1.1 <i>Bygherrens ændringsbehov</i>	49
5.1.2 <i>Entrepriseformens betydning – en ændring eller opfyldelse af kontrakten?</i>	51
5.2 VURDERING AF UDVALGTE BESTEMMELSER I AB 18	53
5.2.1 <i>Ydelsesændringer efter AB 18</i>	53
5.2.1.1 Bygherrens ændringsret, jf. AB 18 § 23	53
5.2.1.1.1 Entreprenørens udførelsesret	55
5.2.1.1.2 AB 18 § 23's overensstemmelse med udbudslovens § 179.....	56
5.2.1.2 Enhedsprissat mer- eller mindrearbejder.....	57
5.2.1.2.1 Merbetaling og besparelse, jf. AB 18 § 24	58
5.2.1.2.1.1 Mer- eller mindrearbejder – en ændring af et grundlæggende element?..	60
5.2.1.2.1.2 AB 18 § 24's overensstemmelse med udbudslovens § 179.....	61
5.2.2 <i>Prisændringer efter AB 18</i>	62
5.2.2.1 Pris- og indeksregulering, jf. AB 18 § 34	63
5.2.2.1.1 AB 18 § 34's overensstemmelse med udbudslovens § 179.....	64
5.2.2.2 Ekstraordinære prisstigninger på materialer, jf. AB 18 § 35, stk. 2-7.....	65
5.2.2.2.1 AB 18 § 35's overensstemmelse med udbudslovens § 179.....	66
5.2.3 <i>Tidsfristforlængelse efter AB 18</i>	67
5.2.3.1 Nærmere om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39.....	68
5.2.3.1.1 Entreprenørens økonomiske kompensation ved tidsfristforlængelse	69
5.2.3.2 Tidsfristforlængelse – en ændring af et grundlæggende element?	70
5.2.3.3 AB 18 § 39's overensstemmelse med udbudslovens § 179.....	73
5.3 DELKONKLUSION	74
6. KONKLUSION.....	75
7. LITTERATURLISTE	77
7.1 LOVE, DIREKTIVER MM.	77
7.2 STANDARDVILKÅR FRA AB-SYSTEMET.....	77
7.3 PRAKSIS FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL	78
7.4 PRAKSIS FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD	78
7.5 AFGØRELSE FRA TIDSSKRIFT FOR BOLIG- OG BYGGERET.....	79
7.6 VEJLEDNINGER, RAPPORTER MM.....	79
7.7 BØGER	80

1. Indledning

1.1 Introduktion til emnet

I 2019 blev der udbudt knap 2.800 danske EU-udbud.¹ Ud af den samlede kontraktsum udgjorde bygge- og anlægsarbejder 16,5 procent.² Det er kendetegnende for større bygge- og anlægsprojekter, at der er tale om længerevarende kontraktforhold, der kræver koordinering og samarbejde imellem mange forskellige faggrupper. Det er sjældent tilfældet, at to byggerier er ens, og kompleksiteten i kontrakterne kan medføre, at det er nødvendigt at detailprojektere i takt med, at byggeprocessen skrider frem.³ Særligt hvis der er tale om et større projekt, kan der gå år imellem projekteringen, afslutningen af udførelsesfasen og den efterfølgende aflevering af byggeriet til bygherren. I denne tidsperiode kan virkeligheden nå at ændre sig mange gange.

I praksis kan det derfor være vanskeligt for bygherren at definere projektets fulde indhold og omfang allerede ved kontraktindgåelsen, og tilsvarende kan forudsætningerne for projektets tilblivelse ændre sig i kontraktens løbetid. Bygge- og anlægskontraktens særlige kendetegn kan føre til, at der indtræder et ændringsbehov hos bygherren i udførelsesfasen. Det kan være tilfældet, hvis der senere i byggeprocessen opstår uforudsete hindringer f.eks. asbest i bygningsværket eller anderledes jordbundsforhold end forudsat i udbudsmaterialet. Uforudsete hindringer kan resultere i, at entreprenøren må udføre ekstraarbejder, hvilket for bygherren vil føre til en fordyrelse af bygge- og anlægsprojektet.⁴ Bygherren kan herefter blive nødsaget til at vurdere, om der kan hentes besparelser – og dermed foretages ændringer – andre steder i projektet, således at den økonomiske ramme ikke springes.

Er bygge- og anlægskontrakten ikke omfattet af udbudsreglerne, har parterne som udgangspunkt aftalefrihed og dermed mulighed for løbende at tilpasse kontrakten, forudsat at parterne kan opnå enighed. Anderledes forholder det sig for den bygherre, der er omfattet af udbudsreglerne. Hvis der foretages væsentlige ændringer i offentlige bygge- og anlægskontrakter i kontraktens løbetid, vil ordregiveren som udgangspunkt være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure i overens-

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, status for offentlig konkurrence, december 2020, s. 10.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, status for offentlig konkurrence, december 2020, s. 17.

³ Johansen, Christian: Bygherrens ændringsret, 1999 (1. udgave, 1. oplag), Gad Jura, Forlaget Thomson A/S, s. 72

⁴ Efter AB 18 § 26, stk. 3, skal udbudsmaterialet indeholde oplysninger om foretagne undersøgelser vedrørende grundvands- og jordbundsforhold, forurening, ledninger, kabler, farlige stoffer og materialer samt andre hindringer. I det omfang udbudsmaterialet ikke indeholder fyldestgørende oplysninger om hindringerne, skal foranstaltningerne herimod og ulemperne herved betales som ekstraarbejder. Disse forhold kan således henføres til bygherrens "risikosfære".

stemmelse med udbudsloven, jf. § 178, stk. 1. Det skyldes, at de økonomiske aktører skal behandles i overensstemmelse med grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Udbudsloven indeholder en række undtagelser til dette udgangspunkt, herunder bestemmelsen om ændringsklausuler i udbudslovens § 179. Det følger af denne bestemmelse, at ændringer, som er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, kan implementeres uden, at ordregiver vil være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure.

Udbudslovens § 179 opstiller særlige krav til ændringsklausuler, som skal være opfyldt, før parterne kan støtte ret på klausulerne. Hvis ændringsklausulen ikke opfylder disse krav, og hvis ændringen heller ikke kan rummes indenfor de øvrige undtagelsesbestemmelser i udbudslovens §§ 180-184, risikerer bygherren, at kontrakten erklæres for "uden virkning" efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Det kan hurtigt resultere i store tab for den offentlige bygherre, der risikerer at blive erstatningsansvarlig overfor entreprenøren, og som må afholde udgifter til gennemførelsen af en ny udbudsprocedure.

Den udbudsretlige grænse for at foretage efterfølgende kontraktændringer medfører, at det kan blive nødvendigt for den offentlige bygherre at fravige bestemmelser i byggeriets aftalevilkår (AB-systemet). I denne specialeafhandling skal udbudslovens § 179 undersøges nærmere med det formål at klarlægge, om og i hvilken grad ændringsklausuler kan imødekomme bygherrens behov for fleksibilitet i kontrakten. I den forbindelse skal der foretages en vurdering af udvalgte bestemmelser i AB 18 med henblik på at afklare, om disse er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

Specialeafhandlingen vil tage udgangspunkt i nedenstående problemformulering.

1.2 Problemformulering

I hvilken grad kan anvendelsen af ændringsklausuler efter udbudslovens § 179 imødekomme bygherrens behov for at kunne foretage kontraktændringer i forhold til entreprenørens ydelse og kontraktvilkår i offentlige bygge- og anlægskontrakter? For at belyse dette skal der foretages en vurdering af, om udvalgte bestemmelser i AB 18 opfylder kravene i udbudslovens § 179.

1.3 Metode

Problemstillingen i denne afhandling besvares ved anvendelse af den retsdogmatiske metode. Det indebærer først en lokalisering af de relevante retskilder. Herefter indebærer metoden en fastlæggelse af, hvad der kan udledes af retskilderne samt en afvejning af den retskildemæssige værdi. Denne juridiske metode følges for at klarlægge, hvad der kan betragtes som gældende ret (de lege lata).⁵

1.3.1 Retskilder

I nedenstående afsnit følger metodiske overvejelser vedrørende de retskilder, som er lokaliseret til besvarelsen af problemformuleringen.

1.3.1.1 Traktaten og bevægelighederne

På EU-plan er reguleringen inddelt i en primær og sekundær ret. Den primære ret udgøres af Traktaterne, Traktatens principper samt Charteret om grundlæggende rettigheder. Den sekundære ret udgøres af forordningen, direktiver og beslutninger.⁶

Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde (herefter TEUF) indeholder ikke bestemmelser, der retter sig specifikt mod reguleringen af processen for offentlige indkøb, men TEUF indeholder bestemmelser om de frie bevægeligheder, navnlig principperne i TEUF art. 34 (varer), TEUF art. 49 (etableringsfrihed), TEUF art. 57 (udveksling af tjenesteydelser) samt TEUF art. 18 (princippet om ikke-diskrimination), som spiller en rolle i udbudsretten, da offentlige myndigheder skal tildele offentlige kontrakter i overensstemmelse med principperne i TEUF samt de grundlæggende udbudsretlige principper, som kan udledes heraf.⁷

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter udbudsdirektivet) har sin hjemmel i TEUF, idet retsgrundlaget for EU's kompetence til at regulere på udbudsområdet findes i TEUF art. 53, stk. 1, samt art. 62 og art. 114. Disse bestemmelser giver EU kompetence til at vedtage foranstaltninger med henblik på

⁵ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 175-176

⁶ Mere om denne sondring i Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 39

⁷ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 39-40

at sikre indbyrdes tilnærmelse af love og administrative foranstaltninger vedrørende det indre markeds oprettelse og funktion.⁸

Efter TEUF art. 288 er direktiver med hensyn til det tilsigtede formål bindende for medlemsstaterne, men i modsætning til forordninger, der har direkte virkning i medlemsstaterne, må direktiver som udgangspunkt først implementeres, før der kan støttes ret på disse.⁹ Det er i den forbindelse overladt til medlemsstaterne, hvorledes direktiverne skal implementeres og gennemføres i national ret.

1.3.1.2 Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet har en høj retskildemæssig værdi og er et vigtigt fortolkningsbidrag, når det skal fastlægges, hvad der er gældende ret. Det skyldes, at der foreligger en forpligtelse til at fortolke nationale regler i overensstemmelse med det direktiv, som de nationale regler implementerer (EU-konform fortolkning).¹⁰ Bestemmelserne i udbudsloven må derfor fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Det skyldes også, at nationale bestemmelser ikke finder anvendelse i tilfælde af regelkonflikt med direktivbestemmelser (princippet om EU-rettens forrang).¹¹

I denne afhandling vil der løbende blive henvist til udbudsdirektivets præambel. Præambelbetragtningerne vil ofte være et udtryk for et politisk kompromis. Det må i den forbindelse fremhæves, at der ikke kan støttes direkte ret på præambelbetragtningerne, men at de kan udgøre et vejledende fortolkningsbidrag, når det skal klarlægges, hvad der betragtes som gældende ret.¹²

1.3.1.3 Udbudsrettens grundlæggende principper

De grundlæggende udbudsretlige principper har en stor betydning for fortolkningen af udbudsloven og udgør dermed vigtige retskilder. Det skyldes, at EU-retten går forud for enhver national bestem-

⁸ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 32

⁹ Hvis medlemsstaterne forsømmer forpligtelsen til at implementere direktiverne inden fristen, vil privatpersoner under visse betingelser kunne støtte ret direkte på bestemmelserne. Se mere i 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, s. 153.

¹⁰ Daniel, Bugge Thorbjørn; Carina Risvig Hamer: Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner, 2020 (1. udgave), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 155

¹¹ Daniel, Bugge Thorbjørn; Carina Risvig Hamer: Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner, 2020 (1. udgave), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 151.

¹² Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 43

melse.¹³ Principperne skal fortolkes i lyset af EU-retten, hvorfor det ikke kan antages, at de i alle tilfælde vil være identiske med de principper, som kan udledes af forvaltningsretten. Principperne kommer til udtryk i mange af bestemmelserne i udbudsloven.¹⁴ Hvis en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, fordi at virksomheder i andre medlemsstater kunne have interesse i kontrakten, finder principperne anvendelse på kontrakten, selvom der er tale om et offentlig indkøb udenfor udbudsdirektivernes anvendelsesområde.¹⁵

Forhandlingsforbuddet udspringer af ligebehandlingsprincippet, som er en af udbudsrettens grundlæggende principper. Rådet og Kommissionen afgav i forbindelse med vedtagelsen af bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet en fælleserklæring, der præciserer forhandlingsforbuddets rækkevidde.¹⁶

Fælleserklæringens juridiske rækkevidde og værdi som selvstændig retskilde kan diskuteres. Fælleserklæringen er afgivet uden medvirken af Europa-Parlamentet, der generelt anlægger en mindre restriktiv tilgang end Rådet og Kommissionen, og der kan argumenteres for, at det derfor vil være betænkeligt at tillægge erklæringen for stor juridisk vægt.¹⁷ Både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud har dog flere gange tillagt fælleserklæringen retskildemæssig værdi ved at inddrage den i sine afgørelser som et udtryk for den gældende retstilstand.¹⁸ Det er med til at styrke den retskildemæssige værdi.

1.3.1.4 Udbudsloven

Udbudsdirektivet er implementeret i dansk ret ved lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter udbudsloven), selvom loven også indeholder særregler.¹⁹ Udbudsloven er en vigtig retskilde i analysen, da loven er den primære retskilde i det nationale retssystem.²⁰ Loven er vedtaget af et flertal i

¹³ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 275

¹⁴ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 57

¹⁵ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 75

¹⁶ Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter samt direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

¹⁷ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 147.

¹⁸ Dom af 25. april 1996 i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, præmis 8 samt Klagenævnets kendelse af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune

¹⁹ F.eks. implementerer formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1 ikke bestemmelser fra udbudsdirektivet.

²⁰ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 189

Folketinget og har derved en stærk demokratisk legitimitet.²¹ Der vil løbende i denne afhandling blive henvist til udbudslovens bestemmelser. Der vil også løbende blive henvist til lovbemærkningerne, da de udgør et fortolkningsbidrag ved fastlæggelsen af retstilstanden. Bemærkningerne indgår som en del af lovens forarbejder. Det er omdiskuteret i den juridiske litteratur, hvor stor en vægt disse kan tillægges.²²

Udbudslovens lovbemærkninger har også været omdiskuteret. Der kan argumenteres for, at der er grund til at udvise en vis tilbageholdenhed i relation til udbudslovens bemærkninger. Det skyldes, at Klagenævnet for Udbud i flere sager er gået imod bemærkningerne med henvisning til, at der er forhold, der ikke kan henføres til lovteksten.²³ Andre steder indeholder bemærkningerne fortolkning af EU-ret og præambelbetragtninger.²⁴ Det er væsentligt at være opmærksom på dette, da det har betydning for den retskildemæssige værdi, om bidraget udspringer af retspraksis, lovteksten eller om forholdet alene kan henføres til lovbemærkningerne.

1.3.1.5 Praksis

I denne afhandling henvises løbende til EU-Domstolens praksis. Denne praksis udgør en vigtig retskilde i analysen af retstilstanden, da retstilstanden vedrørende kontraktændringer i høj grad er udviklet og præciseret igennem EU-Domstolens praksis.²⁵ Det følger af udbudsdirektivets præambel, at det var nødvendigt at præcisere de vilkår, der under hensyntagen til EU-Domstolens praksis nødvendiggør, at der gennemføres en ny udbudsprocedure.²⁶ Udbudsdirektivets bestemmelser kan derfor i høj grad betragtes som en kodificering af EU-Domstolens praksis. Efter TEU art. 19 (1) er det faste udgangspunkt, at EU-Domstolen fastlægger, hvad der er gældende EU-ret. EU-Domstolens praksis er med til at udfylde reglerne, hvis disse er formuleret som retlige standarder, der angiver en retningslinje for, hvordan reguleringen skal være.²⁷ EU-Domstolen har præciseret retstilstanden indenfor

²¹ Trzaskowski, Jan (red); Thomas Riis mf.: "Skriftlig jura – den juridiske fremstilling", 2020 (2. udgave, 1 oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 13

²² Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 189

²³ Hamer, U.2020 B.114, Er lovbemærkningerne til at stole på? (2020), s. 1

²⁴ Hamer, U.2020 B.114, Er lovbemærkningerne til at stole på? (2020), s. 2-3

²⁵ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 51

²⁶ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 107.

²⁷ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 191

kontraktændringer med henvisning til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigthed.²⁸

Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) er den nationale klageinstans i Danmark. I denne afhandling anvendes flere kendelser afsagt af Klagenævnet. Det er ikke alle kendelser, der har en lige stor retskildemæssig værdi, idet at en del af afgørelserne afsiges på baggrund af konkrete omstændigheder, parternes påstande og sagens oplysninger i øvrigt.²⁹ I denne afhandling benyttes f.eks. kendelser, der vedrører ændringer foretaget inden kontraktindgåelsen og dermed ikke i udførelsesfasen. Når disse kendelser alligevel er udvalgt, skyldes det, er Klagenævnet har henvist til betingelserne fra sag C-454/06 Presstext om efterfølgende kontraktændringer, hvorfor der kan argumenteres for, at disse kendelser udgør et fortolkningsbidrag i klarlæggelsen af, hvad der kan betragtes som gældende ret. Kendelserne udgør dermed et bidrag til at besvare afhandlingens problemformulering.

1.3.1.6 Vejledninger, litteratur mm.

Der vil løbende i afhandlingen blive henvist til vejledningen om kontraktændringer udarbejdet af Konkurrence og Forbrugerstyrelsen i 2013. Vejledningen udgør et fortolkningsbidrag med lav retskildemæssig værdi. Det skyldes, at vejledningerne ikke er bindende for Klagenævnet.³⁰ Klagenævnet har dog i flere kendelser henvist til vejledningen i sin afgørelse, hvilket er med til at styrke den retskildemæssige værdi.³¹ Det må bemærkes, at vejledningen er udarbejdet før udbudsloven.

I denne afhandling inddrages juridisk litteratur som fortolkningsbidrag. Det er omdiskuteret, om juridisk litteratur kan karakteriseres som en retskilde. Det skyldes, at forfatterne ikke har nogen legitimitet til at påvirke retsforholdet.³² Når der alligevel kan argumenteres for, at juridisk litteratur kan kategoriseres som en retskilde, skyldes det, den juridiske litteratur er med til at afklare de forskellige retskilders sammenspil og dermed kan være med til at klarlægge retstilstanden.³³

²⁸ Se f.eks. dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 34 samt dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 81-82

²⁹ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 55

³⁰ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 56

³¹ Se f.eks. Klagenævnets kendelse af 27. juni 2017, CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed

³² Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 192

³³ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 192

I forbindelse med udarbejdelsen af udbudsloven nedsatte regeringen et udbudslovsudvalg, som havde til formål at komme med et udkast til et lovforslag. Den 5. december 2014 blev udvalgets rapport og udkast til en ny udbudslov offentliggjort.³⁴ Der vil blive henvist til rapporten flere steder i denne afhandling. Rapporten udgør et fortolkningsbidrag, idet at den er med til at beskrive baggrunden for udbudsloven, men det må bemærkes, at rapporten er et udtryk for et kompromis imellem interesser, der ikke har nogen demokratisk legitimitet, og at den ikke har en høj retskildemæssig værdi.

1.3.2 Udbudsretten overfor entrepriseretten

Entrepriseretten angår retsforholdet *inter partes* i modsætning til udbudsretten, der angår retsforholdet *ultra partes*. Der findes ikke nogen lov, der regulerer entrepriseretten, og området er derfor principielt karakteriseret ved aftalefrihed.³⁵ I mangel af aftale vil aftaleforholdet imellem parterne være reguleret af uskreven ret, herunder almindelige retsgrundsætninger udviklet i formue- og obligationsretten.³⁶

Bygge- og anlægskontrakter vil dog ofte være omfattet af standardvilkårene i AB-systemet. Disse standardvilkår består blandt andet af almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (herefter AB 18) samt almindelige betingelser for totalentreprise (herefter ABT 18).³⁷ Standardvilkårene er ”agreed documents”, idet at de er skabt i forhandling imellem byggeriets parter.³⁸ Det forhold, at standardvilkårene er blevet til igennem forhandling imellem repræsentanter indenfor bygge- og anlægsbranchen, giver standardvilkårene en særlig autoritet, hvorfor domstolene ikke stiller de samme krav til tiltrædelsen af standardvilkårene som til vilkår, som er udformet ensidigt af den ene part.³⁹

I særlige situationer kan en ordregiver være forpligtet til at anvende standardvilkårene som en del af aftalegrundlaget i udbudsmaterialet. Det følger f.eks. af bekendtgørelse om støtte til almene boliger § 30, stk. 2, at tilsagnsmotageren i sine entrepriseaftaler skal lægge ABR, AB og ABT til grund uden

³⁴ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 44

³⁵ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 54

³⁶ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 54

³⁷ Disse standardvilkår kan findes i betænkning nr. 1570 af 21. juni 2018.

³⁸ AB 18- udvalgets medlemmer blev udpeget af klima-, energi- og bygningsministeren ved breve af 10. marts. Se mere i betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 6-7.

³⁹ Bryde Andersen, Mads: Grundlæggende aftaleret, 2013 (4. udgave, 1. oplag), Gjellerup, s. 64

fravigelser, men at kommunalbestyrelsen dog i særlige tilfælde kan begrunde fravigelser.⁴⁰ Den brede anvendelse af standardvilkårene er med til at styrke den retskildemæssige værdi.⁴¹

Det forhold, at der kan opstå modstrid imellem retskilderne, giver anledning til at overveje, hvordan retskilderne afvejes imod hinanden. I den forbindelse er det væsentligt at fremhæve, at udbudsretten i modsætning til entrepriseretten er reguleret ved lov, og at entrepriseretten som en følge heraf må vige for udbudsretten. Der er ikke taget højde for den udbudsretlige regulering i udarbejdelsen af AB-systemet. AB-udvalget begrundede i betænkningen dette valg med, at standardvilkårene henvender sig til både de private og offentlige bygherrer.⁴² Herefter må den offentlige bygherre selv sørge for at fravige standardvilkårene i det omfang, bestemmelserne i AB-systemet ikke kan forenes med den udbudsretlige regulering.

1.4 Afgrænsning

Denne afhandling har som formål at undersøge i hvilken grad udbudslovens § 179 om brug af ændringsklausuler kan imødekomme bygherrens behov for fleksibilitet i kontrakten i udførelsesfasen. I specialeafhandlingen skal det først undersøges, hvornår ordregiveren vil være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure efter udbudslovens § 178, stk. 1., herunder hvornår der er tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-3.

Efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4, vil der være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ordregiver erstatter leverandøren med en ny leverandør. Specialeafhandlingen vil ikke berøre ændringer i forhold til kontraktsparterne, herunder udskiftning som følge af entreprenørens konkurs, idet at der i afhandlingen alene fokuseres på ændringer af realkydelser samt ændringer af kontraktens vilkår, herunder prisændringer og entreprenørens ret til tidsfristforlængelse. Specialeafhandlingen vil heller ikke berøre retlige problemstillinger vedrørende ændringer som følger af, at der foreligger misligholdelse af kontrakten.

Udbudsloven indeholder i §§ 179-184 en række undtagelsesbestemmelser til udgangspunktet i udbudslovens § 178, stk. 1. Der vil ikke være tale om en ændring af et grundlæggende element, når der

⁴⁰ Bekendtgørelse nr. 14 af 9. januar 2020 om støtte til almene boliger m.v.

⁴¹ Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2020 (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag, s. 257

⁴² Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 22

er tale om 1) ændringer under bagatelgrænsen, jf. § 180, stk. 1, eller 2) når der er tale om nødvendige supplerende bygge- og anlægsarbejder fra den oprindelige leverandør, jf. udbudslovens § 181, stk. 1, eller 3) når der sker en udskiftning af den oprindelige leverandør, jf. udbudslovens § 182, stk. 1., eller 4) når der er tale om ændringer, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver, jf. udbudslovens § 183, stk. 1. Disse undtagelsesbestemmelser vil ikke være en del af afhandlingen, idet at afhandlingen afgrænses til undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 179, der omhandler præcise, klare og entydige ændringsklausuler forudset i udbudsmaterialet.

Afhandlingen er desuden afgrænset til de kontrakter, der er omfattet af udbudslovens anvendelsesområde. Retlige problemstillinger vedrørende ændringer af kontrakter, der ligger under EU's tærskelværdier, vil ikke blive berørt i denne afhandling. Tilbudsloven vil derfor ikke blive inddraget i denne afhandling.⁴³

1.5 Terminologi og begreber

I entrepriseretlig terminologi forstås ved entreprise normalt opførelse eller renovering af bygninger eller anlæg f.eks. veje, broer og havne. Den typiske entreprisekontrakt er en gensidig bebyrdende kontrakt indgået imellem en entreprenør og en bygherre.⁴⁴

I udbudsretlig terminologi omtales entreprisekontrakter som offentlige bygge- og anlægskontrakter, jf. udbudslovens § 24, nr. 23.

Efter udbudslovens § 24, nr. 23, litra a, forstås ved en offentlig bygge- og anlægskontrakt udførelse af *eller* projektering og udførelse af aktiviteter nævnt i bilag II udbudsdirektivet.

Efter udbudslovens § 24, nr. 23, litra b, forstås ved en offentlig bygge- og anlægskontrakt udførelse af *eller* projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder, jf. nr. 5. Et bygge- og anlægsarbejder forstås som et resultat af et sæt af bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion, jf. udbudslovens § 24, nr. 5.

⁴³ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 12, 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

⁴⁴ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 25

Da entreprisekontrakter om projektering *samt* udførelse af aktiviteter nævnt i bilag II udbudsdirektivet *eller* udførelse af bygge- og anlægsarbejder, jf. nr. 5 er omfattet af definitionen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, skal entreprisekontrakter om totalentreprise udbydes som offentlige bygge- og anlægskontrakter. Ved offentlige bygge- og anlægskontrakter forstås således både kontrakter om fag-, hoved- og totalentreprise.⁴⁵

Efter udbudslovens § 24, nr. 23, litra c, forstås ved en offentlig bygge- og anlægskontrakt udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, jf. nr. 5, der opfylder krav, som er specificeret af ordregiveren og har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering (skræddersyet byggeri).

Ved ”bygge- og anlægskontrakt” forstås i denne afhandling en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Ved en ”ordregiver” forstås statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer, jf. udbudslovens § 24, nr. 28.

Ved en ”økonomisk aktør” forstås enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder, jf. udbudslovens § 24, nr. 38.

Ved en ”tilbudsgiver” forstås i denne opgave en økonomisk aktør, der har afgivet tilbud på en bygge- og anlægskontrakt.

Det vil som udgangspunkt være ovenstående udbudsretlige terminologi, der benyttes i denne specialafhandling. Det gælder dog ikke for afhandlingens afsnit 5. I dette afsnit benyttes begreberne ”entreprenør” samt ”bygherre” i stedet for ”ordregiver” eller ”økonomisk aktør” eller ”tilbudsgiver”.

Ved en ”entreprenør” forstås i afsnit 5 den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og efterfølgende har indgået bygge- og anlægskontrakten med ordregiveren. Ved ”bygherre” forstås i dette afsnit den ordregiver, der har udbudt en bygge- og anlægskontrakt (den offentlige bygherre).

⁴⁵ Mere om entrepriseformerne i Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemformer*, 2013 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonom-forbundets Forlag, s. 57-93

1.6 Afhandlingens struktur

Afhandlingens *første afsnit* indeholder en introduktion til emnet, metodiske overvejelser, afhandlingens afgrænsning og centrale begreber.

I *andet afsnit* behandles EU-udbudsrettens formål samt de grundlæggende udbudsretlige principper med fokus på kontraktændringer.

I *tredje afsnit* behandles udbudslovens grænse for kontraktændringer, herunder behandles udbudslovens § 178 samt sanktionen ”uden virkning” efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

I *fjerde afsnit* behandles udbudslovens § 179. Det skal undersøges nærmere, hvad der ligger i de krav, som kan udledes af denne bestemmelse.

I *femte afsnit* behandles det ændringsbehov, som kan opstå i bygge- og anlægskontrakter. Der vil blive foretaget en vurdering af, om AB 18 § 23 om ændringer i arbejdet, AB 18 § 24 om merbetaling og besparelse, AB 18 § 34 om pris og indeksregulering, AB 18 § 35, stk. 2-7, om ekstraordinære reguleringer samt AB 18 § 39 om retten til tidsfristforlængelse er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

2. Udbudsrettens grundlæggende principper

I dette afsnit behandles de grundlæggende udbudsretlige principper. Udbudsrettens formål på EU-plan vil ligeledes blive behandlet i dette afsnit, da formålet har en væsentlig betydning for principperne. Der vil være et særligt fokus på de dele af de grundlæggende udbudsretlige principper, som har betydning for retlige problemstillinger vedrørende kontraktændringer eller ændringsklausuler.

2.1 Udbudsrettens formål

EU-udbudsretten hviler på fundamentale principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.⁴⁶ EU-Domstolen har flere gange fastslået, at udbudsreglerne på EU-plan har som formål at fjerne hindringer for udveksling af tjenesteydelser og varer og tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i medlemsstaterne, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat⁴⁷ samt at sikre adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.⁴⁸

De grundlæggende udbudsretlige principper kommer til at virke som en forlængelse af principperne i TEUF, idet at principperne forhindrer, at medlemsstaterne favoriserer nationale virksomheder igennem egen indkøbsstrategi.⁴⁹ Principperne følger også af udbudsdirektivet art. 18, stk. 1, samt af udbudslovens § 2, stk. 1, som er en kodificering af retspraksis.⁵⁰ EU-Domstolen har fastslået, at alle tre fundamentale principper gælder i alle faser af udbuddet og frem til afslutningen af fasen for kontraktens opfyldelse.⁵¹

⁴⁶ Fabricius, Jesper: Kapitel 2: Udbudsretlige principper i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 39

⁴⁷ Se f.eks. dom af 1. februar 2001 i sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, præmis 41

⁴⁸ Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 31

⁴⁹ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 22

⁵⁰ 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, s. 56

⁵¹ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 115 *samt* 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, s. 56 ff

2.2 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling er det bærende princip i EU's udbudsdirektiver.⁵² Princippet udspringer af TEUF art. 18 og er i sin grundessens et udtryk for, at indenlandske bydende eller ansøgere ikke må favoriseres, når der tildeles offentlige kontrakter.⁵³ På udbudsrettens område har ligebehandlingsprincippet udviklet sig til at have et selvstændigt indhold, som strækker sig videre end blot forbuddet mod at udøve nationalitetsdiskrimination.⁵⁴ I forlængelse af udbudsrettens formål er formålet med ligebehandlingsprincippet at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence i samtlige medlemsstater.⁵⁵

Princippet indebærer, at ordregiver er forpligtet til ikke at behandle ensartede forhold forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre denne behandling er objektivt begrundet og proportional.⁵⁶ Ordregiver må derfor ikke behandle ansøgere og tilbudsgivere forskelligt, medmindre det er sagligt begrundet.

Ligebehandlingsprincippet indebærer ikke, at ordregiver er forpligtet til totalt at udligne alle konkurrencefordele imellem de bydende, men princippet indebærer, at alle bydende skal have lige adgang til udbudsmaterialet, og at alle bydende skal have lige muligheder i alle stadier i udbudsproceduren og derved gives lige chancer i forbindelse med formningen af buddene.⁵⁷

Princippet er gældende i alle udbuddets faser og frem til afslutningen af fasen for kontraktens opfyldelse.⁵⁸ Det medfører, at princippet er med til at sætte begrænsninger for, i hvilken grad der kan foretages ændringer i kontrakten i løbet af udbudsprocessen samt i udførelsesfasen.

Ligebehandlingsprincippet skal ikke blot vurderes i forhold til de tilbudsgivere eller ansøgere, som aktuelt er med i udbudsprocessen, men også i forhold til de aktører, som potentielt kunne have deltaget

⁵² Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 23

⁵³ Fabricius, Jesper: Kapitel 2: Udbudsretlige principper i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 41

⁵⁴ Fabricius, Jesper: Kapitel 2: Udbudsretlige principper i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 42

⁵⁵ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 110 *samt* dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 31-32

⁵⁶ 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, s. 39 *samt* dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 60

⁵⁷ Dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 73 og 141-143

⁵⁸ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 115

i udbuddet.⁵⁹ Derved beskytter princippet også tilbudsgivere, som ikke er med i udbudsprocessen, men som potentielt kunne have været det, hvis udbudsprocessen havde været struktureret på en anden måde, eller hvis udbudsmaterialet havde været udformet på en anden måde (den potentielle konkurrence).⁶⁰

2.2.1 Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet er et udslag af ligebehandlingsprincippet og har til formål at sikre ligebehandlingen af de aktuelle og potentielle tilbudsgivere. Forhandlingsforbuddet sætter en snæver ramme for forhandlingen imellem ordregiver og leverandørerne under udbuddet samt efter tilbudsfristen, idet at forhandlingsbegrebet skal forstås bredt, således at det er ligegyldigt, om der er tale om gensidig kommunikation, når blot kontakten er egnet til at påvirke grundlaget for indgåelsen af kontrakten⁶¹. Forhandlingsbuddet indebærer også, at et tilbud ikke kan ændres efter tilbudsafgivelsen.⁶²

Rådet og Kommissionen afgav i forbindelse med vedtagelsen af bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet en fælleserklæring, der præciserer forhandlingsforbuddets rækkevidde.⁶³ Det følger af fælleserklæringen, at *"fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser. Der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling."*⁶⁴ Den restriktive tilgang til at foretage forhandling med de økonomiske aktører skal ses i lyset af, at formålet med udbudsreglerne er at fjerne hindringer til det indre marked.⁶⁵ Når udbudsproceduren i høj grad er formaliseret, og

⁵⁹ Fabricius, Jesper: "Kapitel 2: Udbudsretlige principper" i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten", 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 44

⁶⁰ 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, s. 56

⁶¹ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 143

⁶² Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 60

⁶³ Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter samt direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

⁶⁴ Erklæringen er optrykt i EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994. En erklæring med samme indhold (fælleserklæringen af juli 1989) er afgivet som bilag til direktiv 89/440 om ændring af direktiv 71/305 (bygge- og anlægsdirektivet).

⁶⁵ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 141

ordregiveren er afskåret fra at forhandle med leverandørerne, skyldes det et hensyn til at sikre en høj gennemsigtighed og øgede kontrolmuligheder.⁶⁶ Forhandlingsforbuddet fungerer som et proceduremæssigt værn mod enhver kontakt imellem ordregiveren og de økonomiske aktører, som kan føre til ændringer til skade for den effektive konkurrence. Retsbeskyttelsen er vidtgående, da det vil være tilstrækkeligt, at der blot foreligger en risiko for, at en sådan ændring foreligger.⁶⁷

2.3 Gennemsigtighedsprincippet

Princippet relaterer sig til ligebehandlingsprincippet i den forstand, at gennemsigtighed og åbenhed i udbudsprocessen er en forudsætning for at fastslå, om de økonomiske aktører behandles i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.⁶⁸ Formålet med princippet er at sikre, at der ikke opstår risiko for, at den ordregivende myndighed favoriserer og udsætter leverandørerne for vilkårlig forskelsbehandling.⁶⁹ Det medfører, at det må være gennemsigtigt hvilke regler og krav, der gælder for anskaffelsen af indkøbet, hvorfor alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med udbudsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen, så alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.⁷⁰

Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at der skal skabes åbenhed om det forhold, at ordregiver planlægger at indgå en offentlig kontrakt.⁷¹ Princippet kommer til udtryk i udbudslovens bestemmelser f.eks. i § 184, stk. 2, hvoraf det følger, at en ordregiver i forbindelse med ændringer af en kontrakt i overensstemmelse med §§ 181 og 183 skal offentliggøre en bekendtgørelse herom i den Europæiske Unions Tidende.

⁶⁶ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 142

⁶⁷ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 144

⁶⁸ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 109

⁶⁹ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 111

⁷⁰ Dom af 6. november 2014 i sag C-43/13, Cartiera Dell'Adda mod CEM Ambiente, præmis 44

⁷¹ Fabricius, Jesper: "Kapitel 2: Udbudsretlige principper" i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten", 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 44

2.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet indebærer, at enhver foranstaltning skal være egnet, nødvendig og stå i et rimeligt forhold til det mål, som ordregiveren søger at opnå med foranstaltningen.⁷²

Det følger af proportionalitetsprincippet, at der i tilrettelæggelsen af udbuddet samt i udbudsmaterialet kun må stilles krav til de økonomiske aktører, som er rimelige i forhold til de pågældende indkøb og som ikke går videre end det, der er nødvendigt for at imødekomme ordregivers saglige behov. Det gælder for alle krav, som ordregiveren stiller til de økonomiske aktører, herunder krav til indkøbet, deltageres egnethed og til krav relateret til kontraktens udførelse.⁷³

⁷² Fabricius, Jesper: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten”, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S, s. 46

⁷³ 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, s. 56 ff

3. Udbudslovens grænse for kontraktændringer

I dette afsnit behandles den udbudsretlige grænse for kontraktændringer. Det følger af udbudslovens § 178, stk. 1, at ordregiver skal gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med udbudsloven, hvis der foretages en ændring af aftalens grundlæggende elementer.

3.1 Baggrunden for udbudslovens § 178

Den udbudsretlige grænse for at foretage ændringer i kontraktens løbetid uden at ordregiver vil være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, er reguleret i udbudslovens §§ 178-184. Bestemmelserne er en implementering af udbudsdirektivets art. 72.⁷⁴

Bestemmelserne er i vid udstrækning en kodificering af EU-Domstolens praksis, hvori det er fastslået, at gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne er gældende frem til afslutningen af fasen for kontraktens opfyldelse, og at ordregiver som følge heraf har en begrænset adgang til at foretage kontraktændringer i kontraktens løbetid.⁷⁵ EU-Domstolen begrundet dette med, at såfremt ordregiver var frit stillet med hensyn til foretage ændringer efter kontraktindgåelsen, ville det føre til, at de oprindeligt fastsatte kriterier for tildelingen af kontrakten kunne omgås, og at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed således ikke længere ville være sikret.⁷⁶

EU-Domstolen har i sin dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig* præciseret, hvornår en kontraktændring skal føre til gennemførelsen af en ny udbudsprocedure. Nedenstående kriterier kan alle udledes af *Presstext*-sagen.⁷⁷

Udgangspunktet er, ordregiveren er forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der ændres i kontraktens grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Hvad der ligger i forståelsen af et grundlæggende element, er nærmere defineret i udbudslovens § 178, stk. 2, 1 pkt., hvoraf det følger, at der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen *”bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt”*.

⁷⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. Se udbudsdirektivets præambel nr. 107.

⁷⁵ Se dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 126 *samt* dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 34 *samt* 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, s. 56 ff

⁷⁶ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 120-121

⁷⁷ Se mere i dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 34-37

EU-Domstolen udtalte i Pressetext-sagen, at der vil være tale om en indgåelse af en ny aftale i udbudsretlig forstand, når ændringer *”er afgørende forskellige fra bestemmelserne i oprindelige kontrakt og derfor viser, at parterne har haft en vilje til at genforhandle kontrakten”*.⁷⁸

I udbudslovens § 24, nr. 37, er en ændring af et grundlæggende element nærmere defineret som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelsen af kontrakten.

3.2 Grundlæggende elementer

Det følger af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4, hvornår en ændring altid vil være en ændring af et grundlæggende element, medmindre andet følger af undtagelsesbestemmelserne i udbudslovens §§ 179-184. Der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis en eller flere af betingelserne er opfyldt.⁷⁹ Bestemmelsen er ikke udtømmende.⁸⁰

3.2.1 Påvirkning af konkurrencegrundlaget

Der er tale om en ændring af et grundlæggende element, når ordregiver indfører elementer, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsprocessen, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

Der vil således være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis indarbejdelsen af ændringen i udbudsmaterialet kunne have medført, at ansøgerfeltet kunne have set anderledes ud, fordi det ville have været muligt for andre økonomiske aktører at deltage, eller fordi at ændringen kunne have tiltrukket yderligere tilbudsgivere. Det vil også være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis en indarbejdelse af ændringen havde haft en betydning for hvilken tilbudsgiver, der afgav det

⁷⁸ 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, s. 199 *samt* dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 34 *samt* dom af 1. februar 2001 i sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, præmis 44-46

⁷⁹ 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, s. 199

⁸⁰ 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, s. 199

økonomisk mest fordelagtige tilbud. Herved forstås, at der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen er egnet til at påvirke eller fordreje den potentielle eller aktuelle konkurrence.

Hvis det f.eks. er aftalt, at leverandøren skal stille med en bankgaranti svarende til 100 % af kontraktsummen, og hvis ordregiveren efterfølgende beslutter, at kravet skal bortfalde, kan det ikke afvises, at ansøgerfeltet kunne have set anderledes ud, hvis denne ændring var indarbejdet i udbudsmaterialet i det oprindelige udbud. På samme måde kan der være tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, hvis det fremgår af udbudsmaterialet, at deltagerne i et konsortium hæfter solidarisk, og hvis hæftelsesansvaret efter kontraktindgåelsen begrænses.⁸¹ Efter en konkret vurdering kan der argumenteres for, at sådanne ændringer også kan henføres til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, hvorefter der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen påvirker den økonomiske balance i kontrakten til leverandørens fordel uden hjemmel i den oprindelige kontrakt.

Hvis der omvendt er tale om en ændring, som formentlig ikke ville have medført, at yderligere tilbudsgivere havde været interesseret i at afgive tilbud, taler det for, at ændringen er uvæsentlig, og at der derved ikke er tale om en ændring af et grundlæggende element.⁸² Ordregiver må derfor foretage en konkret vurdering af, hvordan den aktuelle og potentielle konkurrence i det pågældende udbud ville have set ud, såfremt ændringen havde været indarbejdet i udbudsmaterialet fra starten af.

I Klagenævnets kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet fandt Klagenævnet, at ændringerne ikke var egnede til at påvirke den potentielle eller aktuelle konkurrence. Kendelsen handlede om et begrænset udbud efter udbudsdirektivet fra 2004 vedrørende en aftale om bl.a. geotekniske undersøgelser i forbindelse med design med en ny Storstrømsbro. De konkrete ændringer bestod i, at Vejdirektoratet havde opgivet et krav om, at der skulle udføres avancerende laboratorieforsøg før en foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport, at tidsplanen blev fremrykket med én måned mod at antallet af boringer, der skulle udføres, blev formindsket fra ca. 22 boringer til 10. Spørgsmålet var, om disse ændringer udgjorde en væsentlig ændring, som medførte, at ordregiver havde været forpligtet til at genudbyde kontrakten. Selvom Klagenævnet i sin afgørelse henviste til betingelserne i Presstext, sag C-454/06 og art. 72 i det nugældende udbudsdirektiv, må det dog

⁸¹ Disse eksempler er beskrevet nærmere i 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, s. 216 ff

⁸² Dom af 3. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, m.fl., præmis 38.

bemærkes, at der var tale om ændringer foretaget efter tildelingen men inden kontraktindgåelsen og dermed ikke i udførelsesfasen.

Klagenævnet fremhævede i sin vurdering af, om der var tale om en ændring af et grundlæggende element, at ændringen skete på Vejdirektoratets interesse og initiativ, at Fugro (den vindende tilbudsgiver) havde udført det antal boringer, som var omtrentligt beskrevet i ydelsesbeskrivelsen samt at der var større vanskeligheder ved at foretage boringer i vinterhalvåret.⁸³ Klagenævnet fremhævede i sin begrundelse, at *”det ikke blot var GEO, som – hvis udbudsbetingelserne havde været udformet svarende til, det, som der blev indgået kontrakt om, og som Fugro rent faktisk udførte – (angiveligt) ville have kunnet komme med et anderledes tilbud, men også Fugro og øvrige aktuelle og potentielle tilbudsgivere”*.⁸⁴ Således nåede Klagenævnet frem til, at der ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element, da det på baggrund af konkrete omstændigheder blev vurderet, at ændringen ikke ville have påvirket den aktuelle eller potentielle konkurrence og dermed udfaldet af udbudsproceduren.

Selvom der er en del konkrete forhold, som har haft en betydning i den pågældende sag, herunder formuleringen i ydelsesbeskrivelsen og årstiden, kan det på baggrund af sagen overvejes, om adgangen til at foretage kontraktændringer generelt er bredere, når ændringen består i indførelsen af et mere byrdefuldt kontraktvilkår. Begrundelsen for det er, at sådanne vilkår er mindre egnede til at tiltrække yderligere deltagere i udbudsprocessen eller føre til et andet udfald af konkurrencen og dermed som udgangspunkt ikke er egnede til at fordreje eller påvirke konkurrencen.⁸⁵

Hvis der i kontraktens løbetid foretages ændringer af mindstekrav til udførelsen af opgaven, som følger af det oprindelige udbudsmateriale, vil der som udgangspunkt være tale om en ændring af et grundlæggende element. Det skyldes, at mindstekravene er centrale for udbuddet, da disse fastsætter især de fysiske, funktionelle og juridiske karakteristika, som alle tilbud skal opfylde.⁸⁶ En ændring af mindstekrav kan dermed hurtigt komme til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence. Der vil dog være tale om en konkret vurdering, da en ændring af mindstekrav, der ikke er egnede til at

⁸³ Se beskrivelsen i Klagenævnets kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet, s. 49

⁸⁴ Klagenævnets kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet, s. 49

⁸⁵ Se også dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 62, hvor EU-Domstolens lagde vægt på, at *”Ud over den omstændighed, at de vedrører et ubetydeligt beløb, sker disse prisjusteringer ikke til fordel, men til skade for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet”*

⁸⁶ 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, s. 57

påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence, vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og kan implementeres uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure.⁸⁷

I Klagenævnets kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet, nåede Klagenævnet frem til, at en ændring af minimumskravene efter tilbudsfristens udløb var en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Ændringen bestod i, at rydningsdybden i forbindelse minerydningen var lempet, således at nogle miner, der ellers i henhold til udbudsmaterialet skulle have været fjernet, fik lov til at ligge i jorden. Klagenævnet nåede frem til, at ændringen af mindstekravene var så væsentlig, at den krævede afholdelse af et nyt udbud, da ændringen var egnet til at påvirke konkurrencen.

3.2.2 Den økonomiske balance

Der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

Ved en ændring af den økonomiske balance i kontrakten forstås nærmere, at balancen mellem parternes ydelse og modydelse påvirkes.⁸⁸ Det følger af bemærkningerne til bestemmelsen, at bestemmelsen omfatter ”*enhver ændring, der kan have økonomisk betydning, så som ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse.*”.⁸⁹ Herved forstås, at der foretages en ændring i en af aftaleparternes ydelse, uden at der sker en forholdsmæssig ændring i medkontrahentens ydelse. Der kan være tale om indførelsen af ansvarsbegrænsninger for leverandøren, fjernelse af krav om forsikringsdækning, forlænget leveringstid og lignende, når disse forhold adskiller sig fra det, der ellers fremgik af det oprindelige udbudsmateriale.⁹⁰

⁸⁷ 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, s. 57 samt f.eks. Klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland. Kendelsen handlede dog om en ændring foretaget inden kontraktindgåelsen.

⁸⁸ 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, s. 199

⁸⁹ 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, s. 199

⁹⁰ Karnovs noter til udbudsloven § 178, note 801, kommenteret af Michael Ellehauge, landsdommer, ph.d., Torkil Høg, advokat, partner, ph.d., Bach Advokater og Claus Berg, advokat, Bech-Bruun (besøgt den. 16.10.21)

Prisen er et afgørende konkurrenceparameter og et eksempel på en ændring, som kan påvirke den økonomiske balance i kontrakten og dermed udgøre en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.⁹¹ I Klagenævnets kendelse af den. 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, Sundheds- og omsorgsforvaltningen (herefter Multi Trans mod Københavns Kommune) fandt Klagenævnet, at en prisforhøjelse var en væsentlig ændring.

Forvaltningen havde udbudt en kontrakt vedrørende madudbringning. Kontrakten blev tildelt Post Danmark A/S, og der blev efterfølgende aftalt en ændring i kontrakten, da det viste sig, at borgerne boede på et bredere geografisk område. I den forbindelse blev der aftalt en prisforøgelse på 16,8 % (fra 20 kr. pr. hovedmåltid til 23,5 kr.). Klagenævnet lagde i afgørelsen vægt på, at der var en sandsynlighed for, at udfaldet ville have set anderledes ud, hvis tilbudsevalueringen havde været foretaget på baggrund af den forhøjede pris. Klagenævnet udtalte, at *”Forhøjelsen af tilbudsprisen, der kan have påvirket den økonomiske balance i kontrakten, må derfor - uanset hvor velbegrundet den end måtte være i den gennemførte ydelsesændring - anses som så væsentlig”*⁹². Det var tilstrækkeligt, at prisforhøjelsen var egnet til at påvirke udfaldet. Det skal ses i lyset af, at disse efterfølgende prisjusteringer ikke har været konkurrenceudsat.

Klagenævnet foretog i kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung Bunte mod Femern A/S en afgrænsning af det relevante marked, som leverandørerne agerede i, da Klagenævnet skulle vurdere, om ændringen var egnet til at påvirke den potentielle eller aktuelle konkurrence. I sagen havde Femern A/S udbudt fire kontrakter som en konkurrencepræget dialog. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik det, at kontraktvarigheden for to af kontrakterne var på henholdsvis 68 og 78 måneder. Tidsplanen blev undervejs i den konkurrenceprægede dialog ændret, således at varigheden blev henholdsvis 87 og 105 måneder. Til spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om en ændring af et grundlæggende element, udtalte Klagenævnet, at der var *”tale om Nordeuropas hidtil største anlægsprojekt, at ansøgerlisten som forventet omfattede alle kendte aktører på markedet for sådanne meget store anlægsprojekter, at forlængelserne skyldes forhold knyttet til kendte betingelser om myndighedsgodkendelse, og at en forlængelse af kontraktperioden reelt er helt sædvanlig i infrastrukturprojekter og andre større anlægsbyggerier.”*⁹³ Der var – ligesom i Klagenævnets kendelse

⁹¹ Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 59-60 samt dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 117 og 121 samt fælleserklæringen hvoraf det følger, at der navnlig ikke må forhandles om priser.

⁹² Klagenævnets kendelse af den. 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, Sundheds- og omsorgsforvaltningen, s. 10

⁹³ Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung Bunte mod Femern A/S, s. 11

af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet – tale om ændringer, som blev foretaget inden kontraktindgåelsen og dermed ikke i udførelsesfasen. I begge kendelser har Klagenævnet henvist til betingelser fra sag C-454/06, Pressetext som retningsgivende for, om konkrete ændringer foretaget inden kontraktindgåelsen kunne kategoriseres som en ændring af et grundlæggende element. Klagenævnet har efterfølgende i sin praksis udtalt, at reglerne om efterfølgende ændringer i udbudslovens §§ 178-184 ikke finder analog anvendelse på ændringer, som foretages i tidsrummet før kontraktindgåelsen.⁹⁴

I Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune fandt Klagenævnet, at en prisnedsættelse fra ca. 37 mio. kr. til ca. 9,3 mio. kr. var et udtryk for, at der var foregået en individuel forhandling imellem parterne, at parterne havde haft vilje til at genforhandle kontrakten, og at der var tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.⁹⁵ Klagenævnet fremhævede, at ændringen (også) var til leverandørens fordel, da prisnedsættelsen modvirkede, at ordregiveren ville iværksætte en konkurrenceudsættelse med risiko for, at leverandøren ikke fik kontrakten tildelt, eller at kommunen ville opsiges kontrakten. Der kan argumenteres for, at kendelsen ikke skaber holdepunkter for, at prisnedsættelser i almindelighed er en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2. Det centrale er, at der var tale om en rammeaftale, og at prisnedsættelsen evt. kunne føre til flere kontrakter i fremtiden og dermed var en fordel for leverandøren. Der kan argumenteres for, at denne fordel ikke vil være til stede, hvis der ikke er tale om en rammeaftale.

Ifølge lovbemærkningerne vil ændringer til fordel for ordregiveren som udgangspunkt ikke være omfattet af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, selvom en ændring til fordel for ordregiverne efter omstændighederne kan være en ændring af et grundlæggende element.⁹⁶ Disse nærmere omstændigheder kan være, at ordregiveren aftaler at beskære opgaven med leverandøren, og at der tilsvarende sker en reduktion af betalingen. Denne ændring til fordel for ordregiveren kan være en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, men ikke i medhør af udbudslovens § 178,

⁹⁴ Se Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC, Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S, s. 20, hvor Klagenævnet udtalte, at ”Ændringen blev som anført foretaget inden indgåelse af rammeaftalen. På den baggrund finder reglerne om ændring af kontrakter m.v. i udbudslovens §§ 178-184 ikke anvendelse. Disse bestemmelser tager således sigte på den særlige situation, hvor spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at foretage genudbud med den virkning, at et bestående kontraktforhold helt eller delvist skal ophæves...”

⁹⁵ Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune, s. 42

⁹⁶ 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, s. 199. I Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune fandt klagenævnet dog, at en ændring, som også var til ordregiverens fordel, var en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

stk. 2, nr. 2.⁹⁷ Når en sådan ændring i stedet kan være omfattet af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, skyldes det, at en reducere af ydelsens omfang i nogle tilfælde kan være egnet til at tiltrække andre ansøgere eller tilbudsgivere og dermed at påvirke udbuddets udfald.

3.2.3 Betydelig udvidelse af kontrakten

Der er tale om en ændring af et grundlæggende element, når ændringen medfører en *betydelig udvidelse* af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

En udvidelse af kontrakten kan relatere sig til kontraktens omfang, hvilket indebærer, at leverandøren skal levere mere af det samme. Udvidelsen kan også relatere sig til kontraktens art, hvilket indebærer, at leverandøren skal levere en helt anden ydelse end den oprindelige.⁹⁸

Det følger af lovbemærkningerne, at en betydelig udvidelse omfattet af bestemmelsen skal afspejle, at parterne efter en konkret vurdering har haft vilje til at genforhandle kontrakten.⁹⁹ Det følger desuden af bemærkningerne til bestemmelsen, at *"Til vurdering heraf skal det undersøges, om de øvrige betingelser i stk. 2, nr. 1-4, er opfyldt. 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 udbudsprocedure i henhold til denne lov."*¹⁰⁰

Således vil det i vurderingen efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3, være relevant at kigge på, om udvidelsen af anvendelsesområde kunne have resulteret i, at andre ansøgere eller tilbudsgivere kunne have været interesseret i kontrakten, og om udvidelsen er egnet til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

En udvidelse, der overskrider bagatelgrænsen i udbudslovens § 180, vil ikke automatisk føre til, at der er tale om en væsentlig ændring af kontrakten. Hvorvidt der er tale om en *betydelig* udvidelse af

⁹⁷ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 707

⁹⁸ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 708 *samt* 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, s. 200

⁹⁹ 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, s. 200

¹⁰⁰ 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, s. 200

kontraktens anvendelsesområde, vil altid være en konkret vurdering, der skal foretages ved at sammenholde ændringen med den oprindelige kontraktsum.¹⁰¹

Klagenævnet tillagde i kendelsen af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark en klage opsættende virkning, idet Klagenævnet fandt, at et tillæg til ordregiverens eksisterende kontrakt udgjorde en betydelig udvidelse og derved en væsentlig ændring. Værdien af den oprindelige kontrakt var 600 mio. kr., og den samlede værdi af tillægskontrakten var 88 mio. kr.

Klagenævnet henviste i kendelsen til de betingelser, som følger af Pressetext-sagen, herunder at ændringerne havde et omfang og en karakter, som gjorde det muligt, at andre aktører ville have deltaget i udbuddet, og at udbuddet derved havde fået et andet udfald, hvis tillægskontrakten havde været en del af det oprindelige udbud. Herefter udtalte Klagenævnet, at ”*at ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde.*”¹⁰². Således fremhævede Klagenævnet i sin afgørelse, at udvidelsen af kontraktens anvendelsesområde var egnet til at fordreje den potentielle konkurrence.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremhæver i sin vejledning fra 2013, at det i forbindelse med vurderingen af væsentligheden vil være relevant at inddrage tidligere kontraktsændringer, da en ændring isoleret set kan være af mindre betydning, men at den i sammenhæng med andre ændringer kan føre til, at ændringerne samlet må anses for at være væsentlige. I denne vurdering vil det tidsmæssige perspektiv indgå, og det vil ligeledes indgå i vurderingen, om ændringen vedrører samme forhold.¹⁰³

3.2.4 Andre mulige elementer i vurderingen

Hvorvidt der vil være tale om en væsentlig kontraktændring og dermed en ændring af et grundlæggende element, vil i alle tilfælde bero på en konkret vurdering. Der kan være andre tilfælde, som ikke følger af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4, hvor der alligevel vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, idet bestemmelsen som tidligere beskrevet ikke er udtømmende.¹⁰⁴ Bestemmelsen i udbudslovens § 178 må dog anses for at være retningsgivende, og der kan derfor

¹⁰¹ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 708 *samt* klagenævnets kendelse af 3. december 1998, Højgaard og Schultz m.fl. mod Ørestadsselskabet *samt* Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 14

¹⁰² Klagenævnets kendelsen af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, s. 10

¹⁰³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 12

¹⁰⁴ 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, s. 199

argumenteres for, at det har formodningen imod sig, at der er tale om en væsentlig ændring, hvis forholdet ikke kan henføres til bestemmelsen.¹⁰⁵

EU-Domstolen har i sin praksis lagt vægt på, om ændringen er et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontrakten.¹⁰⁶ Der kan på baggrund af dette argumenteres for, at det tidsmæssige perspektiv kan spille ind i vurderingen af, om ændringen er væsentlig. En ændring, der foretages kort tid efter kontraktindgåelsen, kan pege i retning af, at parterne har haft en vilje til at genforhandle kontrakten, idet at ordregiver i højere grad har haft mulighed for at tage disse forhold i betragtning ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet ved det oprindelige udbud.¹⁰⁷

Der kan også argumenteres for, at ændringer, som er en følge af uforudsigelige forhold udenfor parternes kontrol, som f.eks. nye myndighedskrav og ændret regulering, herunder ændringer i bygningsreglementet, standarder og normer, eller hvis baggrunden for ændringen er teknologisk udvikling, kan det pege i retning af, at parterne ikke har haft en vilje til at genforhandle kontrakten, og at disse forhold derfor bør tale imod, at der er tale om en væsentlig ændring.¹⁰⁸

På den anden side har EU-Domstolen i sin dom af 29. april 2004 i sag C-496/99P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta forholdt sig kritisk til argumentet om, at det for ordregiver vil være nødvendigt at tilpasse kontrakten som følge af uforudsigelige omstændigheder, der ikke kan forudses ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, idet at der i den konkrete sag blev foretaget kontraktændringer ca. et halvt år efter kontrakttildelingen.¹⁰⁹

Et andet moment, som muligvis kan tillægges betydning og dermed indgå i vurderingen af, om der er tale om en ændring af et grundlæggende element, er bygge- og anlægsopgavens kompleksitet, idet at der kan argumenteres for, at der i længerevarende og mere komplicerede kontrakter bør være en større

¹⁰⁵ Fabricius, Jesper: Offentlige indkøb i praksis, 2017 (4. udgave, 1. oplag), Karnov Group Denmark, s. 758

¹⁰⁶ 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, s. 199 samt dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 34 samt C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 44 og 46

¹⁰⁷ Sune Troels Poulsen anfører: "*With longer-term contracts (a 20-year contract, for example) the significance of an amendment for the contracting authority and for competition can often vary, depending on whether the amendment is made immediately after the award, just before the expiry of the contract or halfway through the contractual period.*", jf. 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, s. 164. Mere om det tidsmæssige perspektiv i dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 51-52.

¹⁰⁸ Sune Troels Poulsen anfører: "*If an amendment is prompted by external circumstances, which the contracting authority could not foresee or influence, this is assumed to have a decisive influence on whether an amendment is material.*", jf. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law (2012), s. 6.

¹⁰⁹ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 92

adgang til at foretage kontraktændringer uden gennemførelsen af en ny udbudsprocedure, jf. udbudslovens § 178, stk. 1.¹¹⁰ Der kan argumenteres for, at der i disse situationer vil være et særligt hensyn til at sikre effektivitet og at undgå ekstraordinært værdispild. Det taler for, at der i disse situationer skulle være en bredere adgang til at foretage kontraktændringer.¹¹¹ Dette argument kan også støttes af, at Klagenævnet i kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung Bunte mod Femern A/S tog udgangspunkt i det relevante marked, da Klagenævnet skulle vurdere, om der var tale om en ændring af et grundlæggende element. Der kan argumenteres for, at der vil være færre økonomiske aktører på markedet, hvis der er tale om en større og ressourcekrævende kontrakt med stor kompleksitet, og at der derfor i disse situationer vil være et større rum for at foretage ændringer, fordi der skal mere til for at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence i et marked med få økonomiske aktører.

3.3 Kontrakten erklæres for uden virkning

I Danmark har Klagenævnet for Udbud samt domstolene kompetence til at behandle klager om overtrædelse af udbudsreglerne.¹¹² Efter klagenævnsloven § 17, stk. 1, nr. 1, skal Klagenævnet erklære en kontrakt omfattet af udbudslovens afsnit II eller III for uden virkning, hvis ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4.¹¹³

Bestemmelsen er relevant for denne afhandling, idet at en ordregiver, der gennemfører væsentlige ændringer i kontraktens løbetid i strid med udbudsreglerne, vil være omfattet af bestemmelsen, da en sådan kontraktgennemførelse vil blive betragtet som en ulovlig direkte tildeling. Klagenævnet er herefter, forudsat at ingen af undtagelserne finder anvendelse, forpligtet til at erklære kontrakten for uden virkning.¹¹⁴ Det skyldes, at en direkte tildeling uden forudgående udbudsbekendtgørelse betragtes som en af de alvorligste overtrædelse af udbudsreglerne.

Hvis kontrakten erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, er retsvirkningen, at kontrakten erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten (ex nunc), jf.

¹¹⁰ Berg, Claus: Udbudsret i byggeriet, 2012 (1. udgave), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 824

¹¹¹ Berg, Claus: Udbudsret i byggeriet, 2012 (1. udgave), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 826

¹¹² Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 774

¹¹³ Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud

¹¹⁴ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 812

klagenævnslovens § 18, stk. 1. Det indebærer, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten ophører med at bestå.

Det vil være vidtgående og særledes byrdefuldt for ordregiver at blive pålagt denne sanktion, idet at ordregiver risikerer at blive erstatningsansvarlig overfor leverandøren (entreprenøren) og desuden vil blive pålagt udgifter til gennemførelsen af en ny udbudsprocedure.

Hvis ordregiveren vurderer, at der er tale om en situation, hvor der efter udbudsreglerne ikke er krav om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og hvis ordregiver ønsker at sikre sig mod retsvirkningen ”uden virkning” efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, kan ordregiver følge proceduren i klagenævnslovens § 4.

Proceduren efter klagenævnslovens § 4 indebærer, at ordregiveren forud for kontraktindgåelsen offentliggør en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, hvor det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten, jf. klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1, samt at kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, jf. klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 2 samt at ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til udbudsloven eller EU-udbudsreglerne, jf. klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 3.

Selvom bestemmelsens ordlyd kan give det indtryk, at det er alene er ordregiverens egen vurdering af, om der er tale om en situation, der ikke efter udbudsreglerne kræver forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, har EU-Domstolen åbnet for muligheden for, at ordregiverens skøn kan tilsidesættes.¹¹⁵ Det indebærer, at selvom ordregiveren har fulgt proceduren i klagenævnslovens § 4, kan kontrakten alligevel blive erklæret for uden virkning efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, hvis ordregiver har foretaget en åbenbar urigtig vurdering.¹¹⁶

Hvis ordregiveren vurderer, at en ændring kan ske i medhør af kontrakten efter udbudslovens § 179, og hvis det efterfølgende viser sig, at denne vurdering er åbenbar urigtig f.eks. fordi at det er åbenbart, at kravene i udbudslovens § 179 ikke er opfyldt, kan kontrakten således erklæres for uden virkning efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1., selvom ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse efter klagenævnslovens § 4. Det var tilfældet i Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark

¹¹⁵ Se dom af 11. september 2014 i sag C-19/13, Ministero dell’Interno mod Fastweb SpA

¹¹⁶ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag, s. 821

A/S mod Moderniseringsstyrelsen, hvor en tillægskontrakt blev indgået uden afholdelse af et udbud men efter en forudgående profylaksebekendtgørelse, hvori det var angivet, at tillægskontrakten var omfattet af en ændringsklausul i det oprindelige udbudsmateriale, men hvor Klagenævnet erklærede kontrakten for uden virkning efter klagenævnslovens § 17, stk. 1. nr. 1.

3.4 Delkonklusion

I udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-3, opstilles en række ændringer, der altid vil udgøre en ændring af et grundlæggende element. Selvom bestemmelsen er retningsgivende, er den ikke udtømmende, og hvorvidt der er tale om en ændring af et grundlæggende element, vil derfor altid være en konkret vurdering, som den pågældende ordregiver må foretage. Når ordregiver skal foretage denne vurdering, er det afgørende moment, om ændringen kan anses for at være væsentlig forskellig fra det, der fulgte af det oprindelige udbud, fordi dette peger i retning af, at parterne har haft en vilje til at genforhandle kontrakten.

Det vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. hvis 1) ændringen var egnet til at påvirke den potentielle og aktuelle konkurrence og dermed udbuddets udfald. Herved må ordregiver forestille sig, hvordan udbuddet ville være faldet ud, hvis ændringen havde været indarbejdet i det oprindelige udbudsmateriale.

Der vil desuden være tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, hvis 2) ændringen har påvirket den økonomiske balance i kontrakten til fordel for leverandøren, hvormed der forstås balancen mellem ydelse og modydelse. Endelig vil der være tale om ændring af et grundlæggende hvis 3) hvis ændringen udvider kontraktens anvendelsesområde betydeligt, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

4. Kontraktændringer i medhør af kontrakten

I dette afsnit beskrives baggrunden for udbudslovens § 179. Formålet med afsnittet er at klarlægge, hvornår ændringsklausuler er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

4.1 Baggrunden for udbudslovens § 179

Hvis udbudsmaterialet indeholder en ændringsklausul i overensstemmelse med udbudslovens § 179, kan ordregiver implementere den pågældende ændring i udførelsesfasen, uden at ordregiver vil være forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure efter udbudslovens § 178, stk. 1, idet at der i disse tilfælde vil være tale om en ændring *i medhør* af kontrakten og ikke *af* kontrakten.¹¹⁷ Ordregiver har derved mulighed for at skabe en vis fleksibilitet i kontrakten ved at indarbejde en ændringsklausul i udbudsmaterialet.

En klausul kan f.eks. give ordregiver muligheden for at tilkøbe supplerende ydelser fra tilbudsgiver, forlænge kontraktperioden¹¹⁸ eller at foretage en ændring af vilkårene for levering af ydelsen.¹¹⁹ Når ordregiver kan foretage disse ændringer uden at gennemføre en fornyet udbudsprocedure, skyldes det, at de mulige ændringer har været konkurrenceudsat i det oprindelige udbud.¹²⁰

Bestemmelsen i udbudslovens § 179 er en implementering af udbudsdirektivet art. 72, stk. 1, litra a. Der fandtes ingen lignende bestemmelse i udbudsdirektivet fra 2004,¹²¹ men bestemmelsen er i vid udstrækning en kodificering af EU-Domstolens praksis.¹²² EU-Domstolen har i sin praksis anerkendt, at ordregiver kan foretage kontraktændringer i kontraktens løbetid i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis ændringsmuligheden og betingelserne for dens anvendelse er beskrevet med klart, præcist og utvetydigt i udbudsmaterialet.

¹¹⁷ 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, s. 200

¹¹⁸ Berg, Claus: Udbudsret i byggeriet, 2012 (1. udgave), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 827

¹¹⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 30

¹²⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 31

¹²¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktivet nr. 2004/18/EF. af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægs-kontrakter.

¹²² Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 126 *samt* 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, s. 200

I sag C-496/99P, CAS Succhi di Frutta blev der foretaget en ændring af betalingsbetingelserne efter, at kontrakten var blevet tildelt en leverandør. Ændringen af betalingsbetingelser bestod i, at den ordregivende myndighed (Kommissionen) havde tilladt modtagelsen af ferskner som betaling i stedet for æbler og appelsiner med forskellige ækvivalenskoefficienter.¹²³ Baggrunden for ændringen var, at der ikke var en tilstrækkelig mængde æbler til rådighed, og at prisniveauet på markedet havde ændret sig.¹²⁴

EU-Domstolen udtalte i sin afgørelse, at ændringen havde været i overensstemmelse med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis Kommissionen i ”*licitationsbekendtgørelsen have fastsat en mulighed for under bestemte omstændigheder at ændre tilslagsmodtagernes betalingsvilkår ved navnlig præcist at bestemme, under hvilke betingelser den frugt, der udtrykkeligt er nævnt som betaling af de omhandlede leveringer, kan erstattes med anden frugt.*”¹²⁵

EU-Domstolen anerkender således i sin praksis, at ordregiver kan foretage ændringer i medhør af kontrakten, forudsat at ændringen er beskrevet i udbudsmaterialet, og at det fastsættes hvilke bestemte omstændigheder, der udløser ændringsmuligheden, samt de nærmere præcise betingelser for ændringsmulighedens anvendelse.¹²⁶

4.2 Udbudslovens krav til ændringsklausuler

Efter udbudslovens § 179 vil der ikke være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er:

- 1) forudset i udbudsmaterialet i *klare, præcise og entydige* klausuler, som
- 2) fastsætter *omfanget og arten* af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og *betingelserne* for dens anvendelse og
- 3) ikke ændrer kontraktens *overordnede karakter*

Klausulen skal være forudset i udbudsmaterialet. Ved udbudsmaterialet forstås de dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en

¹²³ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 27

¹²⁴ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 55

¹²⁵ Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 126 (mine understregninger).

¹²⁶ Se også EU-Domstolens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen

procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 36. Ændringsklausulen kan f.eks. indføres i kontraktudkastet.¹²⁷

Bestemmelsen opstiller krav til klausulens form, idet at klausulen skal formuleres klart, præcist og entydigt. Der opstilles desuden i bestemmelsen krav til ændringsklausulens indhold, idet at klausulen ikke må medføre, at kontrakten ændrer sin overordnede karakter, men der opstilles ikke i øvrigt nogen maksimal grænse for værdien af ændringen, uanset om der er tale om ændringer af kvalitativ eller kvantitativ karakter. Det følger tilsvarende af udbudsdirektivet art. 72, litra a, at ændringer vil kunne foretages i medfør af kontrakten, uanset ændringens pengemæssige værdi, forudsat at klausulen opfylder kravene i bestemmelsen. Udbudslovens § 179 er en implementering af udbudsdirektivet art. 72, litra a, og må derfor fortolkes i overensstemmelse hermed, jf. princippet om EU-konform fortolkning, jf. mere herom i afsnit 1.3.1.2.

Har ordregiver foretaget en ændring af et grundlæggende element i den tro, at ændringen kunne foretages i medhør af en ændringsklausul indeholdt i udbudsmaterialet, og hvis det efterfølgende viser sig, at klausulen ikke opfylder kravene i udbudslovens § 179, og hvis ændringen heller ikke kan rummes indenfor udbudslovens øvrige undtagelsesbestemmelser i § 180-184, har ordregiver foretaget en direkte ulovlig tildeling, og ordregiver risikerer, kontrakten bliver erklæret for uden virkning, jf. klagenævnsloven § 17, stk. 1, nr. 1.¹²⁸ For ordregiver vil det derfor være vigtigt at være opmærksom på, om klausulen opfylder kravene i udbudslovens § 179, idet at dette er en forudsætning for, at der kan støttes ret på klausulen.¹²⁹

4.2.1 Klare, præcise og entydige klausuler

Det følger af udbudslovens § 179, 1. pkt., at der ikke vil tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er forudsat i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler.

Udbudslovens § 179, 1. pkt., er en kodificering af krav, som følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og som ikke udelukkende gælder for ændringsklausuler men derimod alle bestemmelser og betingelser i forbindelse med tildelingen. Det er således alle bestemmelser og

¹²⁷ 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, s. 200

¹²⁸ Se Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen

¹²⁹ 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, s. 200.

betingelser i forbindelse med tildelingen, der må være klare, præcise og entydige.¹³⁰ Det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 179, at en ændringsklausul vil være klar, præcis og entydig, såfremt leverandørerne kan støtte ret på den ved en domstol, voldgift eller lignende.¹³¹

EU-Domstolen udtalte i sag C-496/99P, CAS Succhi di Frutta, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingen som følge af gennemsigtighedsprincippet skal formuleres *”klart, præcist og utvetydigt i licitationsbekendtgørelsen eller i kontraktmaterialet, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt.*”¹³².

Den første betingelse, der kan udledes af sag C-496/99P, CAS Succhi di Frutta samt af EU-Domstolens efterfølgende praksis,¹³³ er, at alle bestemmelser og betingelser i forbindelse med tildelingen, herunder ændringsklausuler, vil være formuleret tilstrækkeligt klart, præcist og utvetydigt, når

- 1) alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulernes rækkevidde og fortolke dem på samme måde.

Denne betingelse er væsentlig, da forståelsen af den nøjagtige rækkevidde af ændringsmuligheden er en forudsætning for, at mulige tilbudsgivere har det samme gennemsigtige grundlag for at vurdere, om de ønsker at deltage i udbudsprocessen. Kravet er derfor en forudsætning for, at der kan ske en effektiv konkurrenceudsættelse af ændringsklausulen i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, der har som sit formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem virksomhederne, hvilket indebærer, at samtlige bydende må gives lige chancer i forbindelse ved udformningen af deres bud, og at de samme betingelser må gælde for samtlige økonomiske aktører.¹³⁴ I tråd med dette har EU-Domstolen udtalt, at gennemsigtighedsprincippet indebærer, at *”alle tekniske oplysninger, som har betydning for forståelsen af udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsbetingelserne, på et så tidligt tidspunkt som muligt stilles til rådighed for samtlige virksomheder, [...], således*

¹³⁰ Se f.eks. dom af 6 november 2014, sag C-42/13, Cartier Dell ‘Adda SpA mod CEM Ambiente SpA, præmis 44 samt dom af 2. juni 2016 i sag C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl, præmis 36-39

¹³¹ 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, s. 200

¹³² Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 111 (min understregning).

¹³³ Dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen

¹³⁴ Dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 143

at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde".¹³⁵

Den anden betingelse, der kan udledes af *Succhi Frutta*-sagen samt af EU-Domstolens efterfølgende praksis, er, at alle bestemmelser og betingelser i forbindelse med tildelingen, herunder ændringsklausuler, vil være formuleret tilstrækkeligt klart, præcist og utvetydigt, når

- 2) ordregiver efterfølgende effektivt kan efterprøve, om tilbuddene opfylder de krav, som følger af ændringsklausulen.

Med andre ord skal ændringsmuligheden beskrives på en sådan måde, at det efterfølgende er muligt for ordregiver at vurdere, om tilbuddene er konditionsmæssige. Når klausulen er klar, præcis og entydig, og det dermed kan efterprøves, om tilbuddene er konditionsmæssige, vil det medføre, at den ordregivende myndighed ikke kan udøve favorisering og udsætte tilbudsgiverne for vilkårlig forskelsbehandling.¹³⁶

Når ændringen skal være forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, skyldes det også et hensyn til at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg med hensyn til at beslutte hvilke ændringer, der efterfølgende kan foretages i medhør af kontrakten.¹³⁷ Det følger tilsvarende af udbudsdirektivets præambel, at ændringsklausuler ikke må give ordregiver ubegrænset spillerum.¹³⁸ Dette kriterium kan ses som en form for nedre grænse, idet at en ændringsklausul, der giver ordregiver et ubetinget frit, aldrig kan være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. De formkrav, som en ændringsklausul må opfylde for at være i overensstemmelse med udbudslovens § 179, er således et udslag af grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skriver i sin vejledning, at parterne ikke vil have behov for at forhandle om hvilke ændringer, der kan foretages, og at parterne heller ikke vil have et behov for at forhandle om prisen, når ændringen er indeholdt i en ændringsklausul.¹³⁹ Der kan på den baggrund argumenteres for, at der må være en formodning for, at ændringsklausulen ikke opfylder kravet om tilstrækkelig klarhed, hvis parterne på baggrund af klausulen ser sig nødsaget til at forhandle om mere

¹³⁵ EU-Domstolens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 145

¹³⁶ EU-Domstolens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 144

¹³⁷ 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, s. 200

¹³⁸ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

¹³⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 30.

afgørende vilkår eller om prisen for den pågældende ændring, og at en sådan klausul derfor vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Det understøttes af, at EU-Domstolen i Pressetext-sagen lagde vægt på, at en ændring, der er afgørende forskellig fra den oprindelige kontrakt, er et udtryk for parternes vilje til at genforhandle kontrakten.¹⁴⁰ Det følger dog af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, at parterne kan forhandle teknikaliteter på plads i forbindelse med bestemmelsen f.eks. det præcise leveringstidspunkt indenfor den klare tidsramme, som er angivet i udbudsmaterialet.¹⁴¹

I modsætning til en option indebærer kravet om klarhed i ændringsklausulerne ikke, at det på baggrund af klausulen er muligt for de økonomiske aktører at afgive en fast pris i tilbuddet. Prisfastsættelsen kan være baseret på andre objektive mekanismer, så prisen fastlægges endeligt, når ændringen foretages.¹⁴² Af præambelen til udbudsdirektivet følger det, at en ændringsklausul kan give anledning til prisindeksering.¹⁴³ I disse tilfælde ligger prisen ikke fast men udregnes på baggrund af forudbestemte og objektive prismekanismer.

I Klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, Fynbus og Sydtrafik fandt klagenævnet det ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver efter kontraktindgåelsen i medhør af udbudsbetingelserne under visse betingelser kunne ændre en planlægningspris efter kontraktindgåelsen.

I udbudsbetingelserne indgik en planlægningspris (en pris udregnet af et it-system, der på baggrund af vognenes geografiske placering og timepris kunne udregne hvilke vogne, der kunne køre en konkret tur til den laveste pris) og afregningsprisen, som var den pris, som leverandørerne havde budt med. Planlægningsprisen havde betydning for, om vognmændene fik den konkrete køretur tildelt. Af udbudsbetingelserne fremgik det, at der efter kontraktindgåelsen kunne ske en reduktion eller forøgelse af planlægningsprisen under nærmere omstændigheder, og at det var muligt at aftale en forøgelse af køretidsfaktoren med 10 % for vogne med individuelle hastighedsbegrænsninger.

Klagenævnet fandt ikke, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt. Klagenævnet udtalte og lagde vægt på, at *"Muligheden for ændring af planlægningsprisen og for at forhøje køretid og pris for vogne med individuelle hastighedsbegrænsninger er beskrevet i udbuds-*

¹⁴⁰ Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 34

¹⁴¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 33

¹⁴² Liljenbøl, Morten Wahl; Jens Balle: "Ændringer af udbudte kontrakter II" i Karsted Hagel-Sørensen (red.): "Aktuel udbudsret II", 2016 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 424

¹⁴³ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

*betingelserne, og det er op til ordregiveren, om en tilbudsgiver skal fastholdes på den tilbudte pris”*¹⁴⁴. Det er værd at bemærke, at det var angivet i udbudsmaterialet hvilke omstændigheder, der kunne føre til en reduktion eller forøgelse i planlægningsprisen, og at det fulgte af udbudsbetingelserne, at forøgelsen af køretidsfaktoren kunne aftales til at være 10 %. Det var derfor ikke muligt at forhandle om en individuel forøgelse af køretidsfaktoren (fast omfang med 10 %). Det kan også have haft en betydning, at en forøgelse af køretidsfaktoren ville være til ulempe for den pågældende økonomiske aktør, der derved ville få færre køreture tildelt. Ændringen var således beskrevet med tilstrækkelig klarhed i udbudsmaterialet.

Kendelsen er afsagt på et tidspunkt, hvor udbudsdirektivet fra 2004 var gældende, hvorfor der ikke i kendelsen er henvist til de nugældende bestemmelser i udbudsloven om efterfølgende kontraktændringer men derimod til grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, der også på daværende tidspunkt afgrænsede ordregivers mulighed for at aftale efterfølgende kontraktændringer og satte krav til udformningen af udbudsmaterialet.

I Klagenævnets kendelse af 27. juni 2017, CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed nåede Klagenævnet frem til, at en ændringsklausul indeholdt i udbudsmaterialet ikke levede op til de krav, som følger af udbudslovens § 179. Sagen handlede om et udbud af en rammeaftale vedrørende indkøb af skrive- og tegnsprogstolkning. Efter kontraktindgåelsen gik en af rammeaftalens leverandører konkurs, og konkursboet overdrog rammeaftalen til et holdingselskab, der videreoverdrog aftalen til en nystartet tolkevirksomhed. Ordregiveren accepterede debitorskiftet. Efterfølgende klagede en af rammeaftalens andre leverandører til Klagenævnet for Udbud, idet at leverandørskiftet var sket uden fornyet udbud. Klagenævnet nåede frem til, at ordregiver i strid med udbudsloven havde ændret grundlæggende elementer i rammeaftalen uden at gennemføre en ny udbudsprocedure. Til ordregiverens påstand om, at leverandørskiftet var sket som følge af en ændringsklausul i udbudsmaterialet og dermed i medhør af kontrakten, udtalte Klagenævnet, at *”De konkrete rammeaftalers punkt 15, om muligheden for overdragelse af rammeaftalen, er reelt alene en beskrivelse af dansk rets almindelige betingelse for debitorskifte, med et vilkår om, at eventuel overdragelse skal ske ”uden værdiansættelse”.* Klausulen er ikke så klar, præcis og entydig som krævet i udbudslovens § 179.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ Klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, Fynbus og Sydtrafik, s. 30

¹⁴⁵ Klagenævnets kendelse af 27. juni 2017, CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed, s. 40

Kendelsen illustrerer, at der i hvert fald skal mere til at sikre kravet om tilstrækkelig klarhed end det, der følger af grundsætningen om debitorskifte, og at betingelserne i udbudslovens § 179 kan indskrænke almindelige aftale- og formueretlige principper i tilfælde af, at retstilstanden er uforenelig med den, der følger af udbudsloven.

4.2.2 Fastsættelse af art, omfang og betingelser

Det følger af udbudslovens § 179, 2. pkt., at en ændringsklausul skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer og ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse.

Udbudslovens § 179, 2. pkt. kan betragtes som en uddybning af, hvornår ændringsklausuler opfylder de generelle krav til alle bestemmelser og betingelser i forbindelse med tildelingen, som er kodificeret i 1. pkt., idet at en ændringsklausul, der ikke fastsætter omfanget, arten og betingelserne for ændringens anvendelse, ikke vil kunne betragtes som klar, præcis og utvetydig.

Det kan udledes af udbudslovens § 179, 2. pkt., at ændringsklausuler kan vedrøre både kvantitative og kvalitative ændringer (art og omfang). I præambelen til udbudsdirektivet opstilles produktudskiftning som et eksempel på en kvalitativ ændring. Det følger heraf, at en sådan ændringsklausul kan indarbejdes i udbudsmaterialet med henblik på at sikre, at produkter, der skal leveres over en længerevarende periode, er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet f.eks. hvis produktet markedsføres i en mere miljøvenlig eller i øvrigt en forbedret udgave f.eks. som følge af nye branchestandarder.¹⁴⁶ Det er desuden angivet i præambelen, at hvis der er tale om den situation, hvor sortimentet udvides med nye produkter, selvom de foregående endnu ikke er udfaset, skal ændringsklausulen klart og entydigt fastlægge hvilke krav, de nye produkter skal opfylde.¹⁴⁷ Herved forstås, at betingelserne for hvornår ændringen implementeres i udførelsesfasen skal være gennemsigtige og objektivt konstaterbare. Det vil således ikke være tilstrækkeligt, hvis betingelsen for implementeringen af ændringen er, at bygherren blot har et subjektivt ønske om produkt- eller materialeskifte.

Det følger af udbudsdirektivets præambel, at det bør være muligt under tilstrækkeligt klare revisionsklausuler at få tilpasset en kontrakt, hvis det bliver nødvendigt som følge af tekniske vanskeligheder, der er opstået under driften eller vedligeholdelsen, og at kontrakter f.eks. kan omfatte såvel almindelig

¹⁴⁶ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

¹⁴⁷ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

vedligeholdelse som ekstraordinære vedligeholdelsesforanstaltninger, der kan blive nødvendige for at sikre fortsættelse af en offentlig tjenesteydelse, forudsat at klausulerne er tilstrækkeligt klare.¹⁴⁸

Kendelsen Multi Trans mod Københavns Kommune handlede om en sag, hvor der i kontrakten var indsat en bestemmelse om, at ordregiver kunne forlange ændringer *”i den aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse, herunder som følge af omorganisering på området for madudbringning”*.¹⁴⁹

Klagenævnet udtalte, at det ikke var afgørende, om ændringen med hensyn til ydelsesomfanget var omfattet af kontrakten, men om ændringen var væsentlig eller ej. Klagenævnet fremhævede i afgørelsen, at der ikke i kontrakten var taget stilling til, om en ydelsesændring kunne medføre krav om regulering af prisen. Herefter foretog Klagenævnet en væsentlighedsvurdering og nåede frem til, at der var tale om en ændring, som skulle konkurrenceudsættes. Idet at Klagenævnet gik videre og foretog en vurdering af, om der var tale om en ændring af et grundlæggende element, bygger afgørelsen på den forudsætning, at formuleringen i kontrakten ikke var så tilstrækkelig klar, præcis og utvetydig, at der var tale om en ændring i medhør af kontrakten.

I Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen fandt Klagenævnet, at der var sket en ulovlig direkte tildeling, idet at ændringen ikke var beskrevet med tilstrækkelig klarhed og præcision i kontrakten, hvorfor den ikke var forudsigelig for aktuelle og potentielle tilbudsgivere. Klagenævnet henviste til udbudslovens § 179.

Sagen handlede om et udbud af en kontrakt vedrørende drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (et databasesystem kaldet SLS). På baggrund af udbuddet indgik ordregiver en kontrakt i 2012. I maj 2015 indgik ordregiver uden udbud en tillægskontrakt til den eksisterende kontrakt med leverandøren. Tillægskontrakten havde en værdi på næsten 29 mio. kr. og havde som formål at flytte driften og vedligeholdet af et andet it-system (HR-Løn) fra den dagældende leverandør til den leverandør, der havde vundet kontrakten vedrørende Statens Lønssystem i udbuddet i 2012.

Den hidtidige leverandør, der på daværende tidspunkt stod for driften og vedligeholdet af HR-Løn, klagede herefter til Klagenævnet for Udbud. Ordregiver gjorde gældende, at ydelsen var omfattet af udbuddet fra 2012 og dermed var en lovlig ændring i medhør af SLS-kontrakten. Klagenævnet udtalte, at det er anerkendt i EU-retten, at der kan indgå ændringsklausuler i udbudsmaterialet, hvorved

¹⁴⁸ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

¹⁴⁹ Klagenævnets kendelse af den. 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, s. 9. (min understregning).

ordregiver kan sikre fleksibilitet i kontrakten. Klagenævnet udtalte endvidere, at *”Det er en forudsætning, at klausulen beskriver, hvornår og hvordan ændringerne kan finde sted. Det skal med andre ord være gennemsigtighed for tilbudsgiverne, hvad de giver tilbud på, herunder hvad mulige ændringer omhandler. Hvis der er usikkerhed om arten om omfanget af en ændring, er ændringsklausulen i strid med ligebehandlingsprincippet.”*¹⁵⁰

I kendelsen gennemgås ordlyden i udbudsbekendtgørelsen og bilaget til kontrakten, og Klagenævnet fremhæver, at det fremgik af det oprindelige udbudsmateriale, at HR-Løn kontraktuelt var udenfor SLS-systemet. Det blev også fremhævet, at Økonomistyrelsen havde gennemført et andet udbud vedrørende driften og vedligeholdet af databasesystemet HR-Løn i 2009. Det fremhæves i kendelsen, at det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at den udbudte tjenesteydelse omfattede *”[l]øbende udviklingsopgaver, herunder programmering, test og implementering samt nye versioner og releases”*, [...] *”[d]et er muligt, at Moderniseringsstyrelsen i løbet af kontraktens løbetid ønsker at få gennemført en teknologifornyelse af systemet inden for kontraktens økonomiske rammer, herunder eksempelvis modning til et andet miljø, modularisering, udvikling af eksisterende funktionalitet til nyt programmel eller videreudvikling af ny funktionalitet”*¹⁵¹.

I kendelsen gengives også bilaget til SLS-kontrakten. Det fulgte af bilaget, at *”[l]everandøren skal kunne udføre vedligeholdelse og videreudvikling på systemet... ”*, og det er anført, at *vedligeholdelse og videreudvikling kan være nødvendiggjort af bl.a. ”maintainabilitykrav”, som dækker over ændringer til systemet, der er nødvendige at gennemføre for at sikre systemets fortsatte vedligeholdelsesmulighed og nutidighed.*¹⁵²

Klagenævnet lagde i sin afgørelse vægt på, at der var tale om en ydelse, som kontraktuelt ikke var omfattet af udbuddet. Der kan argumenteres for, at selv hvis der havde været tale om en ydelse, som kontraktuelt var omfattet af udbuddet, ville ændringen ikke kunne ske i medhør af kontrakten. Det skyldes, at der var tale om meget brede ændringsklausuler, der hverken fastlagde hverken arten eller betingelserne for ændringen.

Der kan f.eks. argumenteres for, at det ikke er gennemsigtigt og objektivt konstaterbart for aktuelle og potentielle tilbudsgivere, hvad der menes med *”løbende udviklingsopgaver”*, *”teknologifornyelse”* samt *”videreudvikling på systemet”*, og hvad den nøjagtige rækkevidde af disse ændringer er. Det

¹⁵⁰ Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen, s. 33 (min understregning)

¹⁵¹ Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen, s. 34 (min understregning)

¹⁵² Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen, s. 35 (min understregning)

forhold, at klagen var indgivet af den hidtidige leverandør, og at ændringen indebar et leverandørskifte, taler for, at ændringen var egnet til at fordreje konkurrencen, da den hidtidige leverandør af ydelsen var afskåret fra at afgive tilbud.

I Klagenævnets kendelse af 21. juni 2011, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland fandt Klagenævnet det ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at der i en rammeaftale kunne foretages visse justeringer af sortimentet i kontraktens løbetid. Klageren havde fremsat påstand om, at der i udbudsmaterialet var en utilstrækkelig beskrivelse af det sortiment, som tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på baggrund af. Af udbudsbetingelserne fremgik det, at *”Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at det modsvarer det aktuelle behov”*, og at *”ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisterne skal leverandøren have et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område”*.¹⁵³

Klagenævnet fandt, at der i den konkrete sag var tale om en justering af kontrakten, som forfulgte et sagligt formål, og at der ikke var tale om en efterfølgende kontraktændring. Beskrivelsen var dermed i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet udtalte om udbudsmaterialets klarhed, at *”Det udbudte er som nævnt for 80 procents vedkommende beskrevet ved opstilling af enkelte varer og varegrupper i tilbudslisterne, som viser de udbydende kommuners nuværende indkøbsflow. Det er umiddelbart ikke forventeligt, at alle potentielle tilbudsgivere kan tilbyde præcist samme varer, som kommunerne hidtil har indkøbt.”*¹⁵⁴ Herefter udtalte Klagenævnet, at det ved rammeaftaler som det pågældende var sagligt velbegrunder at give tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde varer, som svarerede til de hidtil indkøbte, men som ikke stemte præcis overens med beskrivelsen i tilbudslisten. I vurderingen af materialets klarhed lagde Klagenævnet dermed vægt på, hvordan udbudsmaterialet ville påvirke konkurrencen i udbuddet.

4.2.3 Kontraktens overordnede karakter

Det følger af udbudslovens § 179, 2. pkt., at en ændringsklausul ikke må ændre kontraktens overordnede karakter. Hvorvidt en implementering af en ændring medfører, at kontrakten ændrer sin overordnede karakter, vil bero på en konkret vurdering.¹⁵⁵ I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens

¹⁵³ Klagenævnets kendelse af 21. juni 2011, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune, s. 3

¹⁵⁴ Klagenævnets kendelse af 21. juni 2011, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune, s. 21

¹⁵⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 32

vejledning henvises til den væsentlighedsvurdering, som skal foretages efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4.¹⁵⁶

Det må dog antages, at der skal noget yderligere til i vurderingen af, hvornår en kontrakt ændrer sin overordnede karakter.¹⁵⁷ Det skyldes, at hvis vurderingen af, hvornår der er tale om en *ændring af et grundlæggende element* sidestilles med vurderingen af, om kontrakten *ændrer sin overordnede karakter*, vil der reelt ikke være tale om en udvidet adgang til at foretage kontraktændringer efter udbudslovens § 179. Bestemmelsen ville således miste sin relevans.

Det fremhæves i bemærkningerne til udbudsloven, at en kontrakt vil ændre sin overordnede karakter, hvis kontrakten efter implementeringen af ændringen henvender sig til et andet marked end det oprindelige udbud.¹⁵⁸ Hvis det oprindelige udbud henvender sig til ét marked, og indholdet i ændringsklausulen henvender sig til et andet marked, og hvis forskellen imellem de to markeder er så stor, at aktørerne på sidstnævnte marked vil afholde sig fra at deltage i udbudsprocessen trods forudgående kendskab til klausulen, kan der argumenteres for, at ændringsklausulen ikke har været konkurrenceudsat.

4.3 Ændringsklausulens hensigtsmæssighed

Kontraktens værdi er afgørende for ordregiver, idet kontraktværdien er bestemmende for, om og hvordan kontrakten skal udbydes. Det følger af udbudslovens § 30, stk. 1, 1. pkt., at ordregiver skal anslå værdien af kontrakten på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. I den forbindelse skal ordregiveren medregne enhver form for option, herunder forlængelser af kontrakten mm., jf. udbudslovens § 30, stk. 1, 2. pkt. Kontrakten må ikke opdeles med det resultat, at den udelukkes fra lovens anvendelsesområde, medmindre det er objektivt begrundet, jf. udbudslovens § 30 stk. 2.

Det medfører, at ordregiveren ved beregningen af kontraktværdien skal medtage værdien af ændringsklausulen. Der opstår herved en risiko for, at leverandørernes fokus flyttes fra hovedydelsen til

¹⁵⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013, s. 32

¹⁵⁷ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 787

¹⁵⁸ 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, s. 200

den ændring, som er fastsat i klausulen.¹⁵⁹ Det vil medføre, at ordregiveren må tildele kontrakten til den leverandør, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på hovedydelsen sammenlagt med den mulige ændring, uden at det overhovedet er sikkert, at ordregiver nogensinde benytter sig af ændringsklausulen.

Når ordregiveren udarbejder udbudsmaterialet, må ordregiver derfor gøre sig overvejelser om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at indskrive en ændringsklausul i udbudsmaterialet. Denne vurdering er en afvejning af hensynet til den fleksibilitet, som en ændringsklausul kan sikre, og på den anden side hensynet til kontraktberegningen og risikoen for, at tilbudsevalueringen skævvrides.

4.4 Delkonklusion

Efter udbudslovens § 179 skal en ændringsklausul være klar, præcis og entydig. Disse krav relaterer sig til klausulens form og indebærer, at klausulen skal fastlægge omfanget og arten af ændringsmuligheden samt betingelserne for dens anvendelse. Bestemmelsen indeholder ingen grænse for ændringens pengemæssige værdi. En ændringsklausul kan angå både kvalitative og kvantitative ændringer, men ændringsklausulen skal i begge tilfælde beskrive betingelserne for ændringsmulighedens anvendelse. Betingelserne for ændringens anvendelse skal være objektivt konstaterbare og gennemsigtige, så de potentielle og aktuelle tilbudsgivere opnår viden om, hvordan og hvornår ændringen kan implementeres.

Hvis ændringsklausulen opfylder kravene i udbudslovens § 179, kan parterne støtte ret på den. Bestemmelsen indeholder både form- og indholds krav. En ændringsklausul opfylder formkravene i bestemmelsen, såfremt 1) alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulens nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde, og når 2) ordregiveren kan efterprøve tilbuddene og vurdere, om de er konditionsmæssige, og når ordregiveren ikke som følge af ændringsklausulen har et frit valg med hensyn til hvilke ændringer, der kan foretages.

Den ændring, der foretages i medhør af kontrakten, må ikke medføre, at kontrakten ændrer sin overordnede karakter. Det er uklart, hvad der ligger i dette krav (indholds krav). Vurderingen efter udbudslovens § 178, stk. 1, kan være retningsgivende, men det må formodes, at der skal mere til, idet at der ellers ikke vil foreligge en udvidet adgang til at foretage kontraktændringer efter udbudslovens

¹⁵⁹ Liljenbøl, Morten Wahl; Jens Balle: ”Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II”, 2016 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 423

§ 179. Hvis ændringsklausulen ikke opfylder de krav, som opstilles i udbudslovens § 179, vil den være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og parterne vil ikke kunne støtte ret på den.

5. Ændringer i bygge- og anlægskontrakter

I dette afsnit beskrives først de særlige kendetegn, som knytter sig til længerevarende kontraktforhold, herunder længerevarende bygge- og anlægskontrakter. Herefter vil der blive foretaget en vurdering af udvalgte bestemmelser i AB 18.

5.1 Længerevarende kontraktforhold som transaktionstype

De længerevarende kontraktforhold har visse faktiske kendetegn, som adskiller sig fra andre type-transaktioner f.eks. transaktioner, der består af en enkelt opfyldelseshandling. Det er kendetegnende for de længerevarende kontraktforhold, at realydelsen leveres successivt over en længere tidsperiode, hvilket medfører, at der etableres en tættere kontakt imellem aftaleparterne.¹⁶⁰ Den tættere kontakt imellem aftaleparterne og den successive levering kommer til udtryk flere steder i AB 18 f.eks. skal bygherren løbende under udførelsesfasen indkalde til byggemøder med entreprenøren, jf. AB 18 § 31, stk. 1, og entreprenøren har ret til betaling to gange hver måned efter en skriftlig anmodning, jf. § 36, stk. 1.

Det er også kendetegnende for denne kontrakttype, at der er ofte tale om mere komplekse ydelser, som har en særlig betydning for samfundet, og at transaktionerne vedrører store værdier. Komplexiteten af realydelsen medfører, at aftalen kræver ressourcekrævende forberedelse, som undertiden forudsætter tæt forudgående kontakt imellem parterne.¹⁶¹ Længerevarende bygge- og anlægskontrakter kræver også ressourcekrævende forberedelse, idet at udførelsesfasen udføres på baggrund af projekteringsfasen¹⁶². Det er dermed også kendetegnende for entreprisekontrakter, der kræver omfattende forberedelse f.eks. med at projektere, indhente myndighedstilladelser mm. forud for selve udførelsen af entreprisen. Projekteringen kan have været genstand for et selvstændigt udbud, idet at projektering dog skal udbydes som en tjenesteydelseskontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 25, medmindre projekteringen indgår som led i totalentreprise, jf. udbudslovens § 24, nr. 23.

¹⁶⁰ Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 446

¹⁶¹ Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 446

¹⁶² Hansen, Ole: Entrepriseretlige mellemformer, 2013 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonom-forbundets Forlag, s. 21

De længerevarende kontraktforhold udgør et kompromis imellem behovet for henholdsvis stabilitet og fleksibilitet. På den ene side har aftaleparterne et behov for stabilitet og forudberegnelighed i forhold til vilkår, som er afgørende for aftalens gennemførelse f.eks. pris og leveringstid. Stabile om sætningsvilkår er særligt nødvendigt i en tid med teknologisk udvikling, ekspanderende markeder mv.¹⁶³ På den anden side må der i de længerevarende kontraktforhold tages hensyn til behovet for fleksibilitet, som kan opstå som følge af aftalens tidsmæssige udstrækning. Den tidsmæssige udstrækning kan medføre, at vilkårene for transaktionen ændrer sig, og realydelsens kompleksitet kan gøre det nødvendigt, at aftalens præcise indhold fastlægges efterfølgende.¹⁶⁴

Disse faktiske kendetegn kommer også til udtryk i AB 18, f.eks. ved at bygherren efter AB § 23, stk. 1, har en ret til at forlange ændringer i arbejdet, forudsat at ændringen har en *naturlig sammenhæng* med de *aftalte ydelser*. Denne mulighed for efterfølgende at kunne foretage en tilpasning eller justering af aftalens indhold i længerevarende kontraktforhold, er med til at afværge ressourcekrævende tvister imellem aftaleparterne, som kan stå i vejen for kontraktens gennemførelse.¹⁶⁵

5.1.1 Bygherrens ændringsbehov

Behovet for fleksibilitet i bygge- og anlægskontrakter er særligt et resultat af transaktionstypens faktiske kendetegn, herunder den tidsmæssige udstrækning samt realydelsens kompleksitet.

I den traditionelle byggeproces, hvor der er en klar opdeling imellem henholdsvis projekterings- og udførelsesfasen, kan ændringsbehovet opstå som følge af, at bygherren i takt med, at entreprenørens arbejde skrider frem, kan fortryde den oprindelige beskrivelse i projektet.¹⁶⁶ Et ændringsbehov kan også opstå som en følge af, at bygherren har behov for styring af byggeprocessen f.eks. et behov for at kunne forlange ændringer, hvis der er kommet nye materialer på markedet, eller som en følge af at den nærmere detailprojektering forudsætter, at tidlige dele af udførelsesfasen er påbegyndt.¹⁶⁷

¹⁶³ Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 447

¹⁶⁴ Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 449

¹⁶⁵ Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 450

¹⁶⁶ Johansen, Christian: Bygherrens ændringsret, 1999 (1. udgave, 1. oplag), Gad Jura, Forlaget Thomson A/S, s. 71

¹⁶⁷ Johansen, Christian: Bygherrens ændringsret, 1999 (1. udgave, 1. oplag), Gad Jura, Forlaget Thomson A/S, s. 72

I andre tilfælde kan der opstå et ændringsbehov hos bygherren som en følge af, at der foreligger udbudsmangler. Efter AB 18 § 4, stk. 2, skal udbudsmaterialet være entydigt formuleret, således at der er klarhed over ydelser og vilkår. Det skyldes, at entreprenøren må have et klart grundlag at udregne sit tilbud på baggrund af. Hvis det samlede udbudsmateriale ikke er entydigt og klart formuleret, er udgangspunktet, at dette må komme bygherren til skade.¹⁶⁸ Udbudsmangler og projektklarheder kan dermed medføre, at der opstår et ændringsbehov hos bygherren, der må betale for entreprenørens ekstraarbejder.

I andre tilfælde kan bygherrens ændringsbehov opstå som en følge af, at der opstår uforudsete hindringer. Det kan f.eks. dreje sig om asbestforekomst i bygningsværket, jf. T:BB 2020.80, hvor en underentreprenør var blevet påført ekstraarbejder ved renovering af en lejlighed som følge af asbestfund. Der kan også være tale om uforudsete jordbundsforhold, jf. T:BB 2013.316 VBA, hvor det var nødvendigt at foretage opgravning og ophugning i gammelt betonaffald, og hvor der var tale om ekstraarbejder. Efter AB 18 § 26, stk. 3, skal udbudsmaterialet indeholde oplysninger om foretagne undersøgelser vedrørende grundvands- og jordbundsforhold, forurening, ledninger, kabler, farlige stoffer og materialer samt andre hindringer. Hvis udbudsmaterialet ikke indeholder fyldestgørende oplysninger om disse hindringer, skal foranstaltninger og ulemper herved betales som ekstraarbejder, jf. AB 18 § 26, stk. 3, 2. pkt.

Den tidsmæssige udstrækning medfører ikke kun, at der kan opstå en behov for at kunne foretage ydelsesændringer. Den tidsmæssige udstrækning medfører også, der kan opstå et behov for at kunne foretage ændringer i forhold til kontraktens centrale vilkår f.eks. regulering af entreprisesummen efter aftaleindgåelsen.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 79

¹⁶⁹ Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 342

5.1.2 Entrepriseformens betydning – en ændring eller opfyldelse af kontrakten?

Det kan overvejes, hvilken betydning bygherrens valg af entreprisform har for fleksibiliteten i kontrakten i udførelsesfasen. Der kan sondres imellem henholdsvis på den ene side traditionelle organisationsformer som fag- og hovedentreprise og på den anden side totalentreprise.¹⁷⁰ Det er kendetegnende for de traditionelle organisationsformer, at der er klar faseopdeling imellem projekteringen og den efterfølgende udførelse af bygge- og anlægsprojektet. Udførelsesfasen igangsættes på baggrund af et færdigt projekt, som er udarbejdet af bygherrens tekniske rådgivere.¹⁷¹ Der består således et kontraktforhold imellem bygherren og de tekniske rådgivere. Det færdige projekt indgår efterfølgende som en del af udbudsmaterialet.¹⁷²

I modsætning hertil står totalentreprise. Som betegnelse er ”totalentreprise” dog ikke et entydigt begreb, og der vil være en glidende overgang til de traditionelle entreprisformer.¹⁷³ Ved totalentreprise forstås i AB-systemet en entreprise, der omfatter den væsentligste del af projekteringen og de fleste øvrige ydelser ved byggeriet eller anlægget, jf. ABT 18 § 2, stk. 1. AB 18 indeholder også bestemmelser om entreprenørens projektering¹⁷⁴, men skillelinjen er, at ABT 18 anvendes, såfremt entreprenøren foretager den *væsentligste del* af projekteringen.¹⁷⁵ En bygge- og anlægskontrakt i organisationsformen totalentreprise skal udbydes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 23, litra a og b. Hvis der er tale om en *traditionel totalentreprise*, vil bygherren ofte udbyde på baggrund af et byggeprogram, som er udarbejdet af bygherrens rådgiver, hvorfor totalentreprenøren vil stå for forslagsfasen og projekteringsfasen. Ved *sen totalentreprise* udbydes opgaven på baggrund af et projektforslag, men projekteringsfasen vil endnu ikke være påbegyndt. Desuden vil myndighedsprojektet være udarbejdet.¹⁷⁶

Hvis bygge- og anlægsprojektet udføres som totalentreprise, vil den væsentligste del af projekteringen foregå efter udbudsprocessen i modsætning til de traditionelle entreprisformer, hvor der udbydes på baggrund af et projekt, der i højere grad er detail- og færdigprojekteret. Denne forskel har betydning for indholdet og udformningen af udbudsmaterialet. Efter ABT § 4, stk. 2, skal udbudsmaterialet

¹⁷⁰ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 841

¹⁷¹ Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemformer*, 2013 (1. udgave, 1 oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 21

¹⁷² Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemformer*, 2013 (1. udgave, 1 oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 21

¹⁷³ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 844

¹⁷⁴ Se f.eks. AB 18 §§ 17-18

¹⁷⁵ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 63

¹⁷⁶ Se mere om de forskellige former for totalentreprise i betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 371

være entydigt formuleret. Afhængigt af materialets detaljeringsgrad og kravene til entreprenørprojektering skal udbudsmaterialet være udformet således, at der er klarhed over ydelser og vilkår, jf. ABT 18 § 4, stk. 2, 3. pkt. Det er kendetegnende for totalentreprise, at udbudsmaterialet oftere vil basere sig på funktionskrav, og at entreprenøren derved ikke vil være forpligtet til at benytte bestemte metoder.¹⁷⁷ Hvis bygge- og anlægsprojektet udbydes som funktionskrav, kan der argumenteres for, at bygherren efterfølgende i udførelsesfasen vil få en bredere skønsmargen til at tilpasse projektet.¹⁷⁸

Det er tidligere beskrevet, hvordan projekteringsfejl kan påvirke bygherrens ændringsbehov, jf. mere i afsnit 5.1.1. Der kan argumenteres for, at det forhold, at projektet ved totalentreprise sendes i udbud på et tidligere projekteringsniveau, har en betydning bygherrens ændringsbehov. Hvis der foreligger projekteringsfejl, som bevirker, at projektet skal justeres i entreprenørens udførelsesfase, kan der argumenteres for, at denne justering i højere grad må karakteriseres som totalentreprenørens udbedring af en projektmangel fremfor en ændring af kontrakten. Det skyldes, at totalentreprenøren efter ABT 18 § 19, stk. 1, har pligt og ret til at afhjælpe mangler ved sin projektering, der påvises ved leveringen af de enkelte faser efter §18 eller senere.

Det er også tidligere beskrevet, hvordan bygherrens ændringsbehov kan opstå som en følge af et behov for styring af byggeprocessen, jf. mere i afsnit 5.1.1. Det er kendetegnende for totalentreprise, at totalentreprenøren overtager styringen af byggeprocessen. Bygherren vil derfor ikke have det samme behov for at foretage ændringer for at styre byggeprocessen, når der er tale om totalentreprise. Der kan derfor argumenteres for, at tiltag som følge af totalentreprenørens behov for at styre byggeprocessen, kan kategoriseres som en del af kontraktopfyldelsen fremfor en kontraktændring.

Sammenfattende kan der således argumenteres for, at der vil være en bredere skønsmargen og mere fleksibilitet i kontrakten, hvis der er tale om totalentreprise. Det skyldes, at flere tiltag vil kunne karakteriseres som en opfyldelse af kontrakten fremfor en ændring af kontrakten.

¹⁷⁷ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 842

¹⁷⁸ Se mere om ordregiverens mulighed for at skabe en bredere skønsmargen ved en funktionsbeskrivelse af den ønskede ydelse, jf. mere i Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 282

5.2 Vurdering af udvalgte bestemmelser i AB 18

De fleste standardvilkår indeholder én eller flere ændringsklausuler, men selvom ændringsklausulerne er indarbejdet i standardvilkårene, og parterne har vedtaget standardvilkårene som en del af aftalegrundlaget, er det ikke ensbetydende med, at en ændring i udbudsretlig forstand kan betragtes som en ændring i medfør af kontrakten.¹⁷⁹ Der vil ikke være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen kan foretages i medhør af kontrakten, hvilket forudsætter, at bestemmelsen er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

En ændringsklausul skal være klar, præcis og entydig, jf. udbudslovens § 179, 1. pkt. Klausulen skal desuden fastsætte omfanget, arten samt betingelserne for klausulens anvendelse, jf. udbudslovens § 179, 2. pkt. Dette indebærer, at 1) alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulens nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde samt at 2) ordregiveren kan efterprøve tilbuddene og vurdere, om de er konditionsmæssige samt ikke har et frit valg med hensyn til hvilke ændringer, der kan foretages i medhør af kontrakten.

AB 18 indeholder flere bestemmelser, der medfører, at der kan ske ændringer med hensyn til ydelse, pris og tid efter aftaleindgåelsen. I det følgende gennemgås udvalgte bestemmelser i AB 18 med henblik på at vurdere, om bestemmelserne er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

5.2.1 Ydelsesændringer efter AB 18

Bestemmelserne i AB 18 §§ 23-24 vedrører de situationer, hvor der foretages ydelsesændringer. AB 18 § 23 vedrører bygherrens ensidige ændringsret. AB 18 § 24 vedrører reguleringen af entreprenørvederlaget i tilfælde af mer- eller mindrearbejder.

5.2.1.1 Bygherrens ændringsret, jf. AB 18 § 23

Efter AB 18 § 23 har bygherren en ensidig ret til at forlange ændringer i arbejdet i udførelsesfasen. Bygherrens ændringsret er udviklet igennem en lang entrepriseretlig tradition, hvilket kommer til

¹⁷⁹ Liljenbøl, Morten Wahl; Jens Balle: ”Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II”, 2016 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 426

udtryk ved, at bygherrens ændringsret kan genfindes i både AB 51 § 8, stk. 2, AB 72 § 8, stk. 1 og AB 92 § 14.¹⁸⁰

Bygherrens ensidige ret til at forlænge ændringer kan angå ydelsens *karakter, kvalitet, art og omfang*, jf. AB § 23, stk. 1, 2. pkt. Denne præcisering er en nyskabelse i forhold til AB 92 § 14, og den kan betragtes som en positiv definition af, at ændringsretten kun kan angå ændringer *i arbejdet*. Bygherrens ensidige ændringsret angår dermed ikke kontraktens vilkår f.eks. tidsfrister eller betaling.¹⁸¹ Bygherrens ændringsret angår også entreprenørens projektering efter AB 18 § 17, jf. AB 18 § 2, stk. 3, forudsat at det imellem parterne er aftalt, at entreprenøren skal projektere.¹⁸²

Efter AB 18 § 23, stk. 1, 1. pkt., har bygherren en ret til at forlange ændringer i arbejdet, når ændringen har en *naturlig sammenhæng* med *de aftalte ydelser*, hvilket er en videreførelse af AB 92 § 14, stk. 1, pkt. 1. Denne del af bestemmelsen fastslår, at bygherrens ændringsret ikke er ubegrænset. Den udgør dermed en retlige grænse for hvilke ændringer, der kan foretages i medhør af AB 18 § 23. Den retlige grænse i bestemmelsen (*naturlig sammenhæng* med *de aftalte ydelser*) er en retlig standard, hvorfor det er ikke muligt at foretage en nærmere afgrænsning af hvilke ændringer, der kan foretages i medhør af bestemmelsen, udover at det er muligt at konstatere, at der foreligger en retlig grænse.¹⁸³ Der vil være tale om en objektiv vurdering, hvorfor entreprenørens og bygherrens subjektive vurdering er uden relevans.¹⁸⁴ Efter AB 18 § 22, stk. 1, har bygherren ret til at give anvisninger om udførelsen af arbejdet. En anvisning om udførelsen udgør ikke en ændring arbejdet.¹⁸⁵ Når entreprenøren følger bygherrens anvisning, vil der i stedet være tale om en opfyldelse af kontrakten.

¹⁸⁰ Almindelige betingelser for arbejder og leverancer udfærdiget af Ministeriet for offentlige arbejder den 7. september 1951 (AB 51) *samt* Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Ministeriet for offentlige arbejder den 29. november 1972 (AB 72) *samt* Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Boligministeriet den 10. december af 1992 (AB 92)

¹⁸¹ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 120

¹⁸² Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 121

¹⁸³ Johansen, Christian: Bygherrens ændringsret, 1999 (1. udgave, 1. oplag), Gad Jura, Forlaget Thomson A/S, s. 182

¹⁸⁴ Johansen, Christian: Bygherrens ændringsret, 1999 (1. udgave, 1. oplag), Gad Jura, Forlaget Thomson A/S, s. 183

¹⁸⁵ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 119

5.2.1.1.1 Entreprenørens udførelsesret

Modstykket af bygherrens ændringsret (og dermed entreprenørens udførelses*pligt*), er entreprenørens udførelses*ret*. Bygherren kan ikke blot overlade ekstraarbejdet til en anden entreprenør, selvom denne entreprenør f.eks. tilbyder at udføre arbejdet billigere. Entreprenøren har således ret til at udføre de forlangte ændringer, medmindre bygherren påviser *særlige grunde* til at lade en anden entreprenør udføre arbejdet, jf. AB 18 § 23, stk. 2. Hvis bygherren tilsidesætter entreprenørens udførelsesret, risikerer bygherren at ifalde erstatningsansvar for entreprenørens positive opfyldelsesinteresse.¹⁸⁶

Det følger af bemærkningerne til AB 18-betænkningen, at en særlig grund til at lade en anden entreprenør udføre arbejdet kan være, at bygherren er forpligtet til at udbyde ændringsarbejdet efter udbudslovens bestemmelser.¹⁸⁷ Det vil medføre, at bygherren derved kan udbyde arbejdet uden at tilsidesætte entreprenørens udførelsesret og ifalde erstatningsansvar.

Hørlyck anfører, at udbudsreglerne for en praktisk betragtning navnlig som følge af undtagelsesbestemmelserne i udbudslovens § 181 og § 183 ikke indeholder indskrænkninger i en offentlig bygherres ændringsret, jf. AB 18 § 23, og at udbudsreglerne ikke vil udgøre en *særlig grund* til at lade en anden entreprenør udføre arbejdet.¹⁸⁸ I den forbindelse må det fremhæves, at AB 18 som tidligere beskrevet er et ”agreed document”, og at det forhold, at standardvilkårene er skabt i en forhandling imellem repræsentanter for byggeriets partere, giver vilkårene en særlig legitimitet, jf. mere herom i afsnit 1.3.1.6.

Bemærkningerne til den enkelte bestemmelse, som findes i betænkningen, er en uddybning af den forhandling, som har fundet sted imellem parterne. Derfor kan der argumenteres for, at også bemærkningerne skal tillægges en betydelig vægt i det interne retsforhold, hvis parterne har aftalt AB 18. Det taler for, at såfremt der foreligger en sag, hvor en ændring efter en konkret vurdering ikke kan rummes indenfor undtagelsesbestemmelserne i udbudsloven § 179-184, vil den offentlige bygherre kunne udbyde arbejdet i overensstemmelse med udbudsloven uden at ifalde erstatningsansvar, da der vil foreligge *en særlig grund*, jf. bemærkningerne til betænkningen.

¹⁸⁶ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 393

¹⁸⁷ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 121

¹⁸⁸ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer* af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 251

5.2.1.1.2 AB 18 § 23's overensstemmelse med udbudslovens § 179

Herefter er spørgsmålet, om AB 18 § 23 er i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorefter der *ikke* vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, jf. mere herom i afsnit 4.

Indenfor den entrepriseretlige grænse er det i teorien alene bygherrens subjektive mening f.eks. begrundet i en fortrydelse af den oprindelige beskrivelse af projektet, der afgør omfanget af ændringen og dens implementering i projektet. Der kan derfor argumenteres for, at betingelserne for ændringens anvendelse ikke er objektive og gennemsigtige. Det følger af udbudslovens § 179, 2. pkt., at en ændringsklausul skal fastsætte arten og omfanget af ændringsmuligheden. Den retlige afgrænsning for AB 18 § 23 er, at arbejdet skal have en *naturlig sammenhæng* med de *aftalte ydelser*. Der kan argumenteres for, at denne retlige afgrænsning ikke er tilstrækkelig til, at aktuelle og potentielle tilbudsgivere vil kunne forudse den nøjagtige rækkevidde af ændringsmuligheden.

I kendelsen Multi Trans mod Københavns Kommune fremgik det også af en kontraktbestemmelse i udbudsmaterialet, at der kunne aftales ændringer i "*aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse*".¹⁸⁹, og Klagenævnet fandt ikke, at der kunne foretages ændringer i medhør af kontrakten men gik derimod videre til at foretage en væsentlighedsvurdering af ændringen.

Ændringsarbejdet udføres som regningsarbejde, medmindre der gælder enhedspriser for det pågældende ændringsarbejde, jf. AB 18 § 24, stk. 3, hvilket i det væsentligste svarer til AB 92 § 14, stk. 4. Som prisform indebærer et regningsarbejde, at såfremt det pågældende ændringsarbejde fører til, at entreprenøren er berettiget til ekstrabetaling, må bygherren som udgangspunkt betale, hvad entreprenøren forlanger, for så vidt dette ikke anses for at være ubilligt, jf. princippet i købelovens § 5, stk. 1. Et regningsarbejde indebærer, at det er bygherren, der har den økonomiske risiko for, at arbejdet har et større omfang end antaget, og at f.eks. prisen på materialer stiger.¹⁹⁰ Der kan argumenteres for, at denne metode til at prissætte ændringsarbejdet ikke er tilstrækkelig gennemsigtig og præcis, idet at den retlige grænse alene er, at prisen ikke må være ubillig. Der er her tale om en skønsmæssig vurdering og ikke en objektiv prismekanisme.

¹⁸⁹ Klagenævnets kendelse af den. 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, Sundheds- og omsorgsforvaltningen, s. 5 (min understregning)

¹⁹⁰ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 150

Der kan på den baggrund argumenteres for, at ændringsklausulen i AB 18 § 23 ikke er retlig afgrænset i tilstrækkelig grad til, at bestemmelsen er så klar, præcis og utvetydig, at det vil være muligt for rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere at forstå den nøjagtige rækkevidde af ændringsklausulen og at fortolke den på samme måde. På den baggrund kan der argumenteres for, at bestemmelsen ikke er overensstemmelse med udbudslovens § 179.

Der må derfor foretages en vurdering af, om den konkrete ændring udgør en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178 stk. 2, og hvis det er tilfældet, må det vurderes, som ændringen kan henføres til udbudslovens øvrige undtagelsesbestemmelser i §§ 180-184.

5.2.1.2 Enhedsprissat mer- eller mindrearbejder

Det vil ofte være tilfældet, at entreprenøren har afgivet sit tilbud (delvist) på baggrund af enhedspriser. Herved forstås at prisen pr. arbejdstime eller pr. materialeenhed er angivet i tilbudslisten. Enhedspriser er som en følge heraf anvendelige, hvis mængden af arbejdet ikke kan fastlægges på forhånd.¹⁹¹

Der sondres i AB18-betænkningen imellem løse og faste enhedspriser. Ved en løs enhedspris forstås, at prisen pr. enhed er angivet uden, at der foreligger en anslået mængde. Ved en fast enhedspris forstås, at prisen er angivet pr. enhed på baggrund af en anslået mængde i udbudsmaterialet (stipulerede enhedspriser).¹⁹²

Det følger af AB 18 § 4, stk. 5, at hvis entreprenøren i sit tilbud foruden en samlet tilbudssum også skal afgive tilbud på enhedspriser, skal det fremgå af udbudsmaterialet, om enhedspriserne skal angives for en anslået mængde (stipulerede mængder). For entreprenøren er det et relevant vilkår at kende til, da det vil være lettere at beregne en balanceret enhedspris, hvis den anslåede mængde er kendt på forhånd. Der kan f.eks. være særlige fordele knyttet til et køb af en bestemt mængde, hvilket kan påvirke prisen. Hvis der bydes på baggrund af stipulerede mængder, skal tilbudslisten for hver post angive enhed og mængde, så entreprenøren i sit tilbud tilføjer pris pr. enhed og den samlede sum for posten, jf. AB 18 § 4, stk. 5. Det skal ses i sammenhæng med, at bygherren skal kunne foretage

¹⁹¹ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer* af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 261

¹⁹² Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 122

en sammenlignelig vurdering af de indkomne tilbud. Bestemmelsen i AB 18 § 4, stk. 5, er ny.¹⁹³ Enhedspriserne udgør grundlaget for enhedspriskontrakter, der særligt benyttes, når der er tale om anlægsarbejder, hvor den endelige mængde ikke kendes på forhånd.¹⁹⁴ Enhedspriserne udgør også grundlaget for anvendelsen af AB 18 § 24.

5.2.1.2.1 Merbetaling og besparelse, jf. AB 18 § 24

Det fastslås i AB 18 § 24, hvordan og i hvilket omfang entreprenørvederlaget skal reguleres, såfremt en ændring fører til mer- eller mindrearbejder. Har parterne ikke aftalt enhedspriser for det pågældende arbejde, skal arbejdet udføres som regningsarbejde, jf. AB 18 § 24, stk. 3. Entreprenøren skal i sin regning specificere arbejdstimer, materialer og materiel, jf. AB 18 § 24, stk. 4.

Det følger af AB 18 § 24, stk. 1, 1. pkt., at hvis der gælder enhedspriser for det pågældende arbejde, skal entreprisesummen reguleres i overensstemmelse hermed. Bestemmelsen indeholder variationsgrænser for henholdsvis 1) +/- 100 % af den enkelte post i tilbudslisten samt 2) den samlede entreprisesum, som ved merarbejde er indtil 20 % af den samlede entreprisesum og ved mindrearbejder indtil 10 % af den samlede entreprisesum.

Reguleringen af entreprenørvederlaget som følge af mindrearbejder er reguleret i AB 18 § 24, stk. 5. Udgangspunktet efter AB 18 § 24, stk. 5, 1. pkt., er, at entreprenøren skal godskrive bygherren de udgifter, som entreprenøren sparer eller burde have sparet ved ikke at udføre det pågældende arbejde. Herved forstås, at entreprenøren bibeholder sin fortjeneste og stilles, som om reduktionen ikke var foretaget.¹⁹⁵ Undtagelsesvist gælder, at hvis det pågældende mindrearbejder er omfattet af gældende enhedspriser, skal dette kun ske i det omfang, mindrearbejdet medfører, at entreprisesummen mindskes med mere end 10 %, jf. AB 18 § 24, stk. 5, 2. pkt. Bygherren kan således afbestille med op til 10 % af entreprisesummen, uden at entreprenøren kompenseres for sin mistede avance.

Det følger af AB 18 § 24, stk. 1, at hvis der imellem parterne er aftalt stipulerede enhedspriser, og hvis ekstraarbejdet (merarbejde) ligger indenfor variationsgrænsen på +100 % procent af den enkelte

¹⁹³ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 71

¹⁹⁴ Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 84

¹⁹⁵ Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 269

post i tilbudslisten *samt* indenfor variationsgrænsen på indtil 20 % procent af den samlede entreprisensum, skal afregningen af merarbejdet ske efter den aftalte enhedspris.

Hvis blot én af de to variationsgrænser overskrides, er retsvirkningen, at reguleringen fortsat skal ske efter enhedsprisen, medmindre det godtgøres, at *forudsætningerne for enhedsprisen* er ændrede, jf. AB 18 § 24, stk. 2. Det er en ændring i forhold til AB 92, idet at en overskridelse af variationsgrænserne efter AB 92 medfører, at den resterende del af arbejdet udføres som regningsarbejder, jf. AB 92 § 14, stk. 4. Denne ændring i AB-systemet er til bygherrens fordel, navnlig når det tages i betragtning, at det er entreprenøren, der må godtgøre, at der foreligger ændrede forudsætninger for den pågældende enhedspris, hvis entreprenøren ikke ønsker at afregne efter den enhedspris, som er angivet til tilbuddet.¹⁹⁶

Når der er tale om offentlige bygge- og anlægskontrakter omfattet af udbudslovens anvendelsesområde, opstår der er et særskilt spørgsmål om, hvorvidt det forhold, at entreprenøren afgav den første enhedspris som en del af en samlet kontrakt i en udbudsproces, udgør en ændret forudsætning for den pågældende enhedspris. Spørgsmålet er relevant, idet at udvalgte enhedspriser af udbudstaktiske årsager kan være prissat i tilbudslisten med henholdsvis en høj eller lav avance. Baggrunden for det er, at en entreprenør kan have spekuleret i, om bygherren efterfølgende vil kræve en specifik form for merarbejde samtidig med, at entreprenøren ønsker at optimere sin chance for at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed vinde kontrakten.¹⁹⁷

På den ene side kan der argumenteres for, at hvis bygherren kan fastholde entreprenøren på enhedspriserne udover variationsgrænserne, har bygherren ubegrænset adgang til at ”udhule” entreprenørens avance i entreprisekontrakten, hvis merarbejdet angår de enhedspriser, som er sat med en lav eller manglende avance. Der kan desuden argumenteres for, at udgangspunktet i formueretten er, at aftaler skal holdes, og at den ene part ikke ensidigt kan ændre aftalen.¹⁹⁸ Den entrepriseretlige adgang for bygherren til ensidigt at kræve ændringer efter aftaleindgåelsen er en undtagelse, og der kan argumenteres for, at der derfor bør være en retlig grænse for hvilke ændringer, entreprenøren skal udføre til den pågældende enhedspris.

¹⁹⁶ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 125

¹⁹⁷ Skovsgaard, TBB 2018.368: Nye regler på vej om ændringer, s. 3

¹⁹⁸ Skovsgaard, TBB 2018.368: Nye regler på vej om ændringer, s. 1

Der kan på den anden side argumenteres for, at hvis det forhold, at enhedspriserne i første omgang har været konkurrenceudsat i en udbudsproces, udgør en ændret forudsætning, vil en entreprenør, der arbejder på en offentlig bygge- og anlægskontrakt, altid kunne henvise til udbudsprocessen som ændret forudsætning. AB 18 § 24, stk. 2, vil i så fald miste sin relevans, når der indgås offentlige bygge- og anlægskontrakter. Der kan hertil argumenteres for, at entreprenøren ved at foretage en strategisk prissætning har påtaget sig en risiko, som entreprenøren må stå på mål for.

Det anføres i betænkningen, at ændrede forudsætninger f.eks. kan være, hvis enhedsprisen er baseret på et særligt tilbud fra en underentreprenør, som var begrænset til den anslåede mængde, eller hvis enhedsprisen var baseret på en særlig rabat, som ikke længere kan opnås, eller hvis enhedsprisen er fastsat ud fra en forudsætning om et bestemt leveringstidspunkt.¹⁹⁹ Disse situationer har det tilfælles, at ”ydre” omstændigheder har påvirket enhedsprisen, hvilket peger i retning af, at det forhold, at enhedsprisen i første omgang har været konkurrenceudsat i en udbudsproces, og at der derfor er blevet foretaget en strategisk prissætning, ikke i sig selv udgør en ændret forudsætning.

Det er omdiskuteret i den juridiske litteratur, om en overskridelse af variationsgrænserne og et forudsætningssvigt fører til, at merarbejdet skal udføres som regningsarbejde, eller om der fortsat skal ske en regulering efter enhedspris, som dog er udlignet for den ændrede forudsætning.²⁰⁰

5.2.1.2.1.1 Mer- eller mindrearbejder – en ændring af et grundlæggende element?

Det følger AB 18 § 24 stk. 1, 1. pkt., at hvis der gælder enhedspriser for den pågældende arbejde, skal entreprisen reguleres i overensstemmelse hermed, jf. AB 18 § 24, stk. 1, 1. pkt., jf. mere herom i afsnit 5.3.2.1. Det medfører, at parterne på forhånd kender reguleringsprincippet, såfremt der foretages ændringer af entreprisen indenfor variationsgrænserne.²⁰¹ Det vil altid være en konkret vurdering, hvorvidt der foreligger en ændring af et grundlæggende element, men nedenstående kan tages i betragtning.

Når AB 18 indgår som en del af udbudsmaterialet, og når en del af tilbuddet er afgivet med gældende enhedspriser, kan der argumenteres for, at ændringer indenfor variationsgrænserne har været konkur-

¹⁹⁹ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 124

²⁰⁰ Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 264. Hørlyck anfører, at der skal ske regulering efter en korrigeret enhedspris.

²⁰¹ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 395

renceudsat. De aktuelle og potentielle aktører har kendskab til, at der kan bestilles mindre- eller merarbejde reguleret efter gældende enhedspriser, jf. AB 18 § 24, stk. 1. Det peger i retning af, at en ændring indenfor variationsgrænserne ikke vil være egnet til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, idet at aktuelle og potentielle aktører har haft kendskab til ændringsmuligheden på tidspunktet for det oprindelige udbud.

Det kan herunder fremhæves, at den oprindelige ændringsmulighed reguleret efter gældende enhedspriser har sin hjemmel i den oprindelige kontrakt, hvorfor den økonomiske balance i kontrakten ikke ændres på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for. Der vil derfor heller ikke være tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

Det står i kontrast til den situation, hvor merarbejdet overstiger variationsgrænserne, og entreprenøren som følge af ændrede forudsætninger udfører det pågældende merarbejde som regningsarbejde. Denne pris har ikke været konkurrenceudsat, og der kan derfor argumenteres for, at der her er tale om en ændring, som ikke har hjemmel i den oprindelige kontrakt, hvorfor en sådan situation efter en konkret vurdering vil kunne henføres til udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

Efter udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3, er der tale om en ændring af et grundlæggende element, når der foretages betydelige udvidelser af kontraktens anvendelsesområde. Denne bestemmelse omfatter kvalitative og kvantitative ændringer. Værdien af kontraktudvidelsen skal vurderes i forhold til den oprindelige kontraktsum., jf. mere om denne bestemmelse i afsnit 3.2.3. Variationsgrænsen for merarbejde er + 100 % af den enkelte post i tilbudslisten samt 20 % af den samlede entreprisesum.

I Klagenævnets kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark nåede Klagenævnet frem til, at en tillægskontrakt på 88 mio. kr. (14,7 % af den oprindelige kontraktsum) udgjorde en ændring af et grundlæggende element. Der kan således argumenteres for, at er merarbejde reguleret efter gældende enhedspriser efter en konkret vurdering kan udgøre en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3, selvom arbejdet ligger indenfor variationsgrænserne.

5.2.1.2.1.2 AB 18 § 24's overensstemmelse med udbudslovens § 179

Herefter er spørgsmålet, om AB 18 § 24 er i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorefter der *ikke* vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er forudset i

udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler. En ændringsklausul skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer samt betingelserne for klausulens anvendelse. Betingelserne skal være gennemsigtige og objektivt konstaterbare, jf. mere herom i afsnit 4.

Der kan på den ene side argumenteres for, at det forhold, at kontraktsparterne kender reguleringsprincippet på forhånd, er med til at gøre kontrakten mere klar, præcis og entydig. Det taler for, at der er tale om en ændring i medhør af kontrakten, at enhedspriserne indenfor variationsgrænserne har været konkurrenceudsat. Der kan argumenteres for, at det forhold, at en overskridelse af variationsgrænserne i AB 18 som udgangspunkt fører til, at der fortsat skal ske regulering efter den konkurrenceudsatte enhedspris, fører til, at bestemmelsen i AB 18 i højere grad er i overensstemmelse med udbudslovens § 179 end tilfældet var i AB 92, hvor en overskridelse automatisk førte til, at merarbejdet skulle udføres som regningsarbejde, jf. AB 92 § 14, stk. 4.

På den anden side kan det fremhæves, at det er bygherrens subjektive ønske om merarbejde, der kan begrunde ændringens anvendelse, hvorfor betingelserne for ændringens anvendelse ikke kan betragtes som objektive og gennemsigtige. Hertil kan der argumenteres for, at det er usikkert, hvordan vederlagsreguleringen af mer- eller mindrearbejdet skal ske, når variationsgrænserne overskrides, hvorfor det er svært for aktuelle og potentielle tilbudsgivere at forstå den nøjagtige rækkevidde af bestemmelsen og fortolke den på samme måde.

På denne baggrund kan der argumenteres for, at AB 18 § 24 ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorfor det forhold, at en ændring kan henføres til denne bestemmelse, ikke i sig selv medfører, at der *ikke* er tale om en ændring af et grundlæggende element. Der må derfor foretages en væsentlighedsbedømmelse af den konkrete ændring efter udbudslovens § 178. Det spiller ind i denne vurdering, at der gælder enhedspriser for det pågældende mer- eller mindrearbejde, da ændringen derved har hjemmel i den oprindelige kontrakt, og enhedsprisen har været konkurrenceudsat.

5.2.2 Prisændringer efter AB 18

Det er tidligere beskrevet, hvordan en aftale vedrørende prisjusteringer risikerer at påvirke den økonomiske balance i kontrakten og derved at udgøre en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, jf. mere i afsnit 3.2.2. Prisen er et af de vigtigste parametre i en kontrakt, og en prisjustering, som ikke foretages i medhør af kontrakten, vil derfor ofte udgøre en

væsentlig ændring.²⁰² Det gælder også, hvis der sker en afvigelse fra en aftalt prisstruktur.²⁰³ Det er udgangspunktet, at det forhold, at materialepriser eller lønniveauet ændrer sig efter aftaleindgåelsen, ikke berettiger entreprenøren til regulering af entreprisesummen, medmindre aftalen indeholder en bestemmelse herom.²⁰⁴

Det er så sædvanligt, at bygge- og anlægskontrakter indeholder bestemmelser om prisregulering, at der efter entrepriseretlig praksis ikke skal meget til, før en kontrakt fortolkes således, at den indeholder en prisreguleringsbestemmelse.²⁰⁵ Principperne i cirkulære nr. 174 af 10/10/1991 med efterfølgende ændringer (pris- og tidscirkulæret) er indarbejdet i AB 18 §§ 34-35.²⁰⁶

5.2.2.1 Pris- og indeksregulering, jf. AB 18 § 34

Det følger af AB 18 § 34, stk. 1, at entreprisesummen er fast for den del af arbejdet, der udføres inden 12 måneder fra tilbudsdagen (fastprisperioden). Det følger desuden af AB 18 § 34, stk. 2, at for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen, skal prisen reguleres efter det bygge- og anlægsomkostningsindeks, der er aftalt, eller som – i mangel af aftale – er relevant for arbejdet. Disse bestemmelser er i overensstemmelse med princippet i § 3 i pris- og tidscirkulæret.²⁰⁷

Det vil normalt fremgå af udbudsmaterialet, hvilket indeks reguleringen foretages på baggrund af.²⁰⁸ Som grundlag for indeksregulering anvendes sædvanligvis Danmarks Statistiks kvartalsvise byggeomkostningsindeks for boliger.²⁰⁹ Bestemmelsen medfører, at beregningsmodellen er fastlagt på

²⁰² Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 111

²⁰³ Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune, s. 41

²⁰⁴ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer* af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 343

²⁰⁵ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer* af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 344 *samt* Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 180

²⁰⁶ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 140

²⁰⁷ Cirkulære om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v. nr. 174 af 10/10/1991 med efterfølgende ændringer. Se mere i betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 141

²⁰⁸ Boesgaard, Eric; Henrik Fausing, Mogens Hansen: *AB 18 for praktikere*, 2018 (1. udgave, 1. oplag), Molio – Byggeriets Videnscenter, s. 260

²⁰⁹ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 143

forhånd, hvilket er med til at skabe forudberegnelighed og gennemsigtighed omkring prisreguleringen.²¹⁰

5.2.2.1.1 AB 18 § 34's overensstemmelse med udbudslovens § 179

EU-Domstolen har fastslået, at prisændringer i aftalens gyldighedsperiode risikerer at medføre en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis der ikke i de oprindelige udbudsbetingelser foreligger en tilstrækkelig bemyndigelse til at foretage den pågældende prisændring.²¹¹ Herefter er spørgsmålet, om AB 18 § 34 er i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorefter der ikke vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, jf. mere herom i afsnit 4.

Der kan argumenteres for, at alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige økonomiske aktører vil kunne forstå ændringsklausulen nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde, idet er der – såfremt det klart fremgår af udbudsmaterialet, hvilket indeks reguleringen foretages på baggrund af – er tale om en objektiv prismekanisme. Det følger af AB 18 § 34, stk. 2, at den del af arbejdet, som udføres efter 12 måneder fra tilbuds dagen, vil være omfattet af prisreguleringen. Der kan derfor argumenteres for, at betingelserne for ændringens anvendelse er objektive og forudberegnelige. Det er derfor gennemsigtigt og forudberegneligt, hvornår og hvordan indeksreguleringen foretages.

Det følger herudover af udbudsdirektivet art. 72, litra a, at ændringsklausuler kan omfatte revision af priserne samt af præambelen til udbudsdirektivet, at en ændringsklausul f.eks. kan angå prisindeksering.²¹² Det følger også af udbudslovens § 184, stk. 1, at såfremt der foretages ændringer i henhold til §§ 180, 181 og 183, skal værdien beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en klausul om prisindeksering.

Der kan således argumenteres for, at alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulens nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde, og at prisjusteringer efter AB 18 § 34 derfor vil være i overensstemmelse med udbudslovens § 179, forudsat at det fremgår af udbudsmaterialet, hvilket indeks reguleringen foretages på baggrund af.

²¹⁰ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 143

²¹¹ Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 60 *samt* dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 121

²¹² Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111

5.2.2.2 Ekstraordinære prisstigninger på materialer, jf. AB 18 § 35, stk. 2-7

I bygge- og anlægsbranchen har der igennem en længere periode været fokus på de usædvanlige prisstigninger på byggematerialer, herunder stigende priser på jern, stål og træ.²¹³ Udgangspunktet er, at den entreprenør, der udfører tilbudsarbejde på baggrund af en fast pris, *ikke* har krav på, at enterprisesummen reguleres som følge af ekstraordinære prisstigninger på materialer.²¹⁴ Når entreprenøren afgiver tilbud på baggrund af en fast pris, må entreprenøren derfor indkalkulere et risikotillæg (fastpristillæg)²¹⁵, således at entreprenøren ikke risikerer, at stigende materialepriser ”udhuler” avancen i entreprisekontrakten. Hvis parterne har aftalt det – hvilket vil være tilfældet, såfremt AB 18 er en del af aftalegrundlaget – skal der undtagelsesvist ske en regulering af enterprisesummen.

De stigende materialepriser har derfor ført til en øget interesse for bestemmelserne i AB 18 § 35, stk. 2-7, der omhandler ekstraordinære prisstigninger på materialer. AB 18 § 35, stk. 2, er en videreførelse af § 9, stk. 1, 1. pkt., i pris- og tidcirkulæret om regulering af ekstraordinære prisstigninger på materialer og brændstof.²¹⁶ Efter AB 18 § 35, stk. 2-7, kan entreprenøren kræve regulering af enterprisesummen som følge af ekstraordinære prisstigninger på materialer, forudsat at entreprenøren kan bevise, at følgende betingelser er opfyldt.²¹⁷

1) Prisstigningen må ikke være omfattet af AB 18 § 35, stk. 1, der vedrører entreprenørens godtgørelse som følge af statslige indgreb.

2) Der skal være tale om materiale, som ”i færdig form eller på sædvanlig måde indgår i arbejdet”, jf. AB 18 § 35, stk. 2. Der kan alene kræves godtgørelse for prisstigninger for de materialer, der foreligger i den form, hvori de skal indgå i bygge- eller anlægsprojektet.²¹⁸

²¹³ Se f.eks. Af reaktionen, 21. oktober 2021, *Nu giver de stigende materialepriser problemer for det almene byggeri*, Mester Tidende, <https://www.mestertidende.dk/article/view/815390/nu-giver-de-stigende-materialepriser-problemer-for-det-almene-byggeri> (besøgt den 23.11.2021) samt Af Theis Lange Olsen mf., 9. september 2021, *Vilde prisstigninger på materialer og varemangel presser kommuner*, DR Nyheder, <https://www.dr.dk/nyheder/regionale/oestjylland/vilde-prisstigninger-paa-materialer-og-varemangel-presser-kommuner> (besøgt den 23.11.2021).

²¹⁴ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 180. Et tilbud på baggrund af en fast pris står i kontrast til den situation, hvor entreprenøren udfører regningsarbejde, hvor bygherren bærer den økonomiske risiko for stigende materialepriser.

²¹⁵ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 180

²¹⁶ Cirkulære om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v. nr. 174 af 10/10/1991 med efterfølgende ændringer.

²¹⁷ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer* af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 351

²¹⁸ Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018, s. 144

3) Prisstigningen skal være indtrådt efter *tilbudsdagen*, og inden aftalt indeksregulering er trådt i kraft, jf. AB 18 § 35, stk. 3, litra a. Der kan argumenteres for, at hensynet bag dette er, at entreprenøren ikke skal godtgøres for den samme prisstigning flere gange.

4) Prisstigningen skal være *generelt forekommende*, jf. AB 18 § 35, stk. 3, litra b. Det indebærer, at der skal være tale om en almindelig konstaterbar prisudvikling for det pågældende materiale.²¹⁹ Det vil således være uden betydning, hvad den pågældende entreprenør selv har indkøbt materialet til.

5) Prisstigningen skal fremgå af et *officielt prismateriale* eller kunne *dokumenteres på anden måde*, jf. AB 18 § 35, stk. 3, litra c. Det kan være et detailindeks for materialer offentliggjort af Danmarks Statistik.²²⁰

6) Prisstigningen på materialet skal være *ekstraordinær*. Entreprenørens godtgørelse omfatter den prisstigning, der overstiger 10 % af prisen på det pågældende materiale på tilbudsdagen. Der lægges 0,5 procentpoint til denne procentsats for hver måned, der forløber, jf. AB 18 § 35, stk. 4.

7) Summen af de beregnede reguleringsbeløb udgør mindst 0,5 % af entreprisesummen, jf. AB 18 § 35, stk. 5.

Hvis disse betingelser er opfyldt, må bygherren godtgøre entreprenøren for de ekstraordinære prisstigninger, som overstiger tålegrænsen, og som er forløbet imellem tilbudsdagen og indkøbstidspunktet, jf. AB 18 § 35, stk. 4. Der kan argumenteres for, at bestemmelsen er et udtryk for, at bygherren, når entreprenøren rammes af en udefrakommende og uforudsigelig ekstraordinær prisstigning, må bære en del af byrden ved, at byggeomkostningerne stiger.

5.2.2.2.1 AB 18 § 35's overensstemmelse med udbudslovens § 179

En prisjustering risikerer at påvirke den økonomiske balance i kontrakten og derved at udgøre en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2 og dermed også en tilside-sættelse af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. mere i afsnit 3.2.2.²²¹ Spørgsmålet er herefter, om AB 18 § 35 er i overensstemmelse med udbudslovens § 179,

²¹⁹ Boesgaard, Eric; Henrik Fausing, Mogens Hansen: AB 18 for praktikere, 2018 (1. udgave, 1. oplag), Molio – Byggeriets Videnscenter, s. 265

²²⁰ Boesgaard, Eric; Henrik Fausing, Mogens Hansen: AB 18 for praktikere, 2018 (1. udgave, 1. oplag), Molio – Byggeriets Videnscenter, s. 265

²²¹ Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 60 samt dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 121

eller om bygherren vil være nødt til at overveje, om ændringen kan henføres til de øvrige undtagelsesbestemmelser i udbudslovens §§ 180-184. En ændringsklausul skal være klar, præcis og utvetydig, jf. udbudslovens § 179, 1. pkt. Det indebærer, at betingelserne for ændringens anvendelse skal være objektivt konstaterbare og gennemsigtige, så de potentielle og aktuelle tilbudsgivere opnår viden om, hvordan og hvornår ændringen kan implementeres, jf. mere herom i afsnit 4.2.1.

Betingelserne for ændringens anvendelse (prisjusteringen) er, at der forekommer *ekstraordinære prisstigninger* på byggematerialer. Det er angivet i bestemmelsen, at en prisstigning vil være ekstraordinær, når den overstiger 10 % af prisen på det pågældende materiale på tilbudsdagen, og således at der lægges 0,5 procentpoint til denne procentsats for hver måned, der forløber efter tilbudsdagen, jf. AB 18 § 35, stk. 4. Der er herudover en forudsætning, at den beregnede godtgørelse overstiger 0,5 % af enterprisesummen, jf. AB 18 § 35, stk. 5. Parterne vil derfor ikke have grund til at forhandle om, hvornår prisstigningen betragtes som ekstraordinær, da priskriterierne er objektivt konstaterbare og fastlagt på forhånd. Der kan på den baggrund argumenteres for, at det er gennemsigtigt for aktuelle og potentielle tilbudsgivere, hvornår prisjusteringen kan finde anvendelse.

Hvis betingelserne i AB 18 § 35, stk. 2-7, er opfyldt, ydes entreprenøren godtgørelse for den prisstigning, som indtræder fra tilbudsdagen til indkøbstidspunktet, jf. AB 18 § 35, stk. 4. Det vil således være prisstigningen imellem tilbudsdagen og indkøbstidspunktet, der skal godtgøres. Selvom den endelige godtgørelse af prisstigningerne ikke kan fastlægges på forhånd, kan der argumenteres for, at omfanget er fastlagt i ændringsklausulen, da det ligger fast, hvordan godtgørelsen skal udmåles.

På den baggrund kan der argumenteres for, at alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulens nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde. Der kan derfor argumenteres for, at AB 18 § 35, stk. 2-7 om godtgørelse som følge af ekstraordinære prisstigninger på materialer, er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Det medfører, at prisjusteringer efter AB 18 § 35, stk. 2-7, kan betragtes som en ændring i medhør af kontrakten.

5.2.3 Tidsfristforlængelse efter AB 18

Hvis entreprenøren og bygherren af egen drift i udførelsesfasen – særligt hvis aftalen indgås kort tid efter kontraktindgåelsen – aftaler at forlænge en tidsfrist, kan der argumenteres for, at der efter en konkret vurdering vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 1, nr. 2, idet at der kan argumenteres for, at kontraktens økonomiske balance i så fald ændres til

fordel for leverandøren på en måde, som den oprindelige aftale ikke gav mulighed for. Der kan argumenteres for, at der er tale om en situation, hvor balancen mellem ydelse og modydelse forrykkes (den økonomiske balance i kontrakten), jf. nærmere i afsnit 3.2.2.

Der kan dog argumenteres for, at der vil være en bredere ramme, hvis parterne aftaler at fremrykke tidsplanen, jf. Klagenævnets kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet, hvor Klagenævnet fremhævede, at en fremrykning af tidsplanen var til leverandørens ulempe og derfor ikke var egnet til at påvirke den potentielle eller aktuelle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1. Der må sondres imellem tilfælde, hvor bygherren og entreprenøren gensidigt og af egen drift aftaler at forlænge en tidsfrist og så de tilfælde, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1.

5.2.3.1 Nærmere om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39

Der foreligger ansvarspådragende forsinkelse, hvis entreprenøren ikke har præsteret sin ydelse til det aftalte tidspunkt, uden at der foreligger en ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 40, stk. 1.²²² Det er bygherren, der har bevisbyrden for, at parterne har aftalt en tidsplan, jf. TBB 2015.269 VBA, hvori Voldgiftsnævnet udtalte, at en totalentreprenør havde bevisbyrden for, at der var indgået en bindende tidsplan med underentreprenøren. Har parterne ikke aftalt AB 18, kan entreprenøren fortsat kræve tidsfristforlængelse i tilsvarende situationer, idet at bestemmelsen i AB 18 § 39 er et udtryk for almindelige entrepriseretlige regler.²²³ I næsten alle større bygge- og anlægsprojekter opstår der spørgsmål om forsinkelse og derved om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse.²²⁴

Bestemmelserne i AB 18 om tidsfristforlængelse er et udtryk for, at forudsætningerne for kontraktens indgåelse er bristede, og at der må findes et rimeligt forhold mellem ydelse og modydelse.²²⁵ Entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, hvis 1) der er tale om en AB 18 § 39-begivenhed og 2) der er årsagssammenhæng imellem § 39-begivenheden og forsinkelsen i forhold til den aftalte tidsplan.²²⁶

²²² Mere om forsinkelsesbegrebet. Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 446-447

²²³ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 468

²²⁴ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 447

²²⁵ Hørlyck, Erik: *Entreprise – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck*, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 384

²²⁶ Severin, Mads: TBB. 2020.109: Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse efter AB 18, *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret*, s. 1

Efter AB 18 § 39, stk. 1, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse, når

- a) bygherren kræver ændringer i arbejdet, jf. AB 18 § 23, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra a.
- b) bygherrens forhold eller anden entreprenørs forsinkelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra b.
- c) force majeure, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra c.
- d) Usædvanligt vejrlig, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra d.
- e) Offentlige forbud eller påbud, som ikke skyldes entreprenørens forhold, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra e.

Har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse efter AB 18 § 39, stk. 1, vil entreprenøren ikke være i ansvarspådragende forsinkelse, og bygherren vil ikke kunne kræve erstatning eller – såfremt det er aftalt – dagbod, jf. AB 18 § 40, stk. 1 og 2.

Hvor mange arbejdsdage entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse i, afhænger af varigheden af den § 39-begivenhed, der er indtruffet.²²⁷ Efter AB 18 § 31, stk. 2, litra c, skal parterne på hvert byggemøde registreret antallet af dage, hvor arbejdet har ligget stillet (spilddage), årsagen til dette samt om spilddagene er indregnet i tidsplanen. Opgørelsen vil danne udgangspunktet for vurderingen af, hvor mange hele arbejdsdage entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse i. Hvis spilddagene ikke er indeholdt i tidsplanen, og hvis spilddagene er forårsaget af en § 39-begivenhed, og hvis entreprenøren kan godtgøre dette, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse i det pågældende antal spilddage.²²⁸

5.2.3.1.1 Entreprenørens økonomiske kompensation ved tidsfristforlængelse

Det er et særskilt spørgsmål, om entreprenøren har ret til at blive økonomisk kompenseret for det forhold, at entreprenøren i forsinkelsessituationerne er afskåret fra at udføre sit arbejde.²²⁹ I forhold til spørgsmålet om erstatning, kan forsinkelsessituationerne kan opdeles i tre forskellige kategorier.

²²⁷ Severin, Mads: TBB. 2020.109: Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse efter AB 18, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, s. 5

²²⁸ Severin, Mads: TBB. 2020.109: Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse efter AB 18, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, s. 5 *samt* Hørlyck, Erik: Entreprisen – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 391

²²⁹ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 539

1) Erstatning udmålt efter dansk rets almindelige regler om erstatning i kontraktforhold

Hvis forsinkelsen skyldes 1) bygherrens forhold, og hvis bygherren har udvist fejl eller forsømmelse, eller 2) hvis forsinkelsen skyldes en anden entreprenørs eller aftaleparts ansvarspådragende forsinkelse, har entreprenøren ret til erstatning udmålt efter dansk rets almindelige erstatningsregler, jf. AB 18 § 43, stk. 1, litra a og b. I disse situationer vil entreprenøren, forudsat at entreprenøren kan dokumentere sine krav, have ret til erstatning for sine udgifter og sin avance.²³⁰

2) Erstatning for entreprenørens tab (men ikke for fortjenesten og det videregående tab)

Hvis forsinkelsen skyldes 1) bygherrens forhold, uden at der foreligger fejl eller forsømmelse og forholdet ikke omfattes af bestemmelsens stk. 3, eller 2) hvis forsinkelsen skyldes en anden entreprenørs ikke-ansvarspådragende forsinkelse og forholdet ikke er omfattet af bestemmelsens stk. 3, eller hvis 3) der er tale om ændringer påkrævet af bygherren efter AB 18 § 23 eller 4) hvis forsinkelsen skyldes offentlige påbud eller forbud, som ikke skyldes bygherrens eller en andens entreprenørs forhold, har entreprenøren – forudsat at entreprenøren kan dokumentere sine tab – ret til erstatning for sit tab bortset fra den fortjeneste, som entreprenøren mister ved ikke at kunne udføre arbejdet samt entreprenørens videregående tab, jf. AB 18 § 43, stk. 2, litra a-d.

3) Ingen ret til erstatning

Hvis forsinkelsen skyldes 1) force majeure eller 2) vejrligshindringer, så har entreprenøren ikke ret til erstatning, jf. AB 18 § 43, stk. 3, litra a og b.

5.2.3.2 Tidsfristforlængelse – en ændring af et grundlæggende element?

Efter udbudslovens § 178, stk. 1, nr. 1-3, vil der være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt 1) ændringen er egnet til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence eller 2) den økonomiske balance ændring til fordel for entreprenøren på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for samt 3) der foretages en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde. Når det skal vurderes, om tidsfristforlængelse, jf. § 39, stk. 1, vil være en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, er der flere forhold, der må tages i betragtning.

²³⁰ Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 541

Det må for det første bemærkes, at i modsætning til den situation, hvor parterne på eget initiativ uden holdepunkter i kontrakten vælger at aftale at forlænge tidsplanen, så indebærer en tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, *ikke*, at den samlede tidsperiode, hvor entreprenøren har mulighed for at udføre sit arbejde, bliver udvidet, idet at reglerne om tidsfristforlængelse afspejler, at entreprenøren har været afskåret fra at udføre sit arbejde i en given periode på grund af udefrakommende omstændigheder (bortset fra de tilfælde, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra a som følge af bygherrens ændringsret, jf. AB 18 § 23 eller bygherrens culpøse forhold, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra b). På den måde adskiller en tidsfristforlængelse sig fra udvidelsen af kontraktvarigheden i f.eks. Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung Bunte mod Femern A/S, hvor Klagenævnet dog ikke fandt, at en udvidelse af kontraktens varighed var en ændring af et grundlæggende element.

Det taler for, at der ikke på samme måde, som hvis parterne på eget initiativ aftaler at forlænge afleveringsfristen, er tale om en situation, hvor den økonomiske balance forrykkes til entreprenørens fordel, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, idet at entreprenørens forudsætninger og vilkår for at udføre entreprisen ikke forbedres som følge af en tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1. Den samlede tid, hvori entreprenøren reelt har mulighed for at udføre entreprisen, er den samme som den, som var forudsat i udbudsmaterialet. En tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, er et udtryk for, at entreprenørens vilkår for at præstere realydelsen ikke skal forringes.

For det andet må det bemærkes, at selvom entreprenøren er berettiget til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, og derfor ikke rammes af dagbod eller krav om erstatning, vil den samlede ændring være til entreprenørens ulempe, når entreprenøren i disse situationer ikke har ret til erstatning, jf. AB 18 § 43, stk. 3, litra a og b, eller hvis entreprenøren udelukkende har ret til erstatning fra regnet for tjenesten, jf. AB 18 § 43, stk. 2, litra a-d. I begge disse situationer risikerer entreprenøren at lide et økonomisk tab, og den samlede kontrakt bliver mere byrdefuld for entreprenøren. Det taler for, at der ikke foreligger en ændring, som er egnet til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

På baggrund af det forhold, at den samlede tidsperiode, hvor entreprenøren kan udføre sit arbejde, ikke bliver længere, og det forhold at entreprenøren risikerer at lide et økonomisk tab, kan der argumenteres for, at der er tale om situationer, hvor der er en mindre risiko for, at ændringen er egnet til at påvirke den potentielle eller aktuelle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, eller at

tidsfristforlængelsen påvirker den økonomiske balance til leverandørens fordel, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

Hvis der er tale om en situation, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 39 § 39, stk. 1, og entreprenøren har ret til fuld erstatning, jf. AB 18 § 43, stk. 1, litra a og b, vil entreprenøren blot (i teorien) blive friholdt for sit økonomiske tab. I forlængelse af dette kan der argumenteres for, at der i ingen af tilfældene vil være tale om en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3, idet at entreprenøren ikke kan være berettiget til yderligere vederlag som følge af en tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, men derimod højst fuld erstatning efter dansk rets almindelige regler. Entreprenøren vil ikke få sin fortjeneste forøget som følge af en tidsfristforlængelse.

Det kan for det tredje anføres, at de forhold, der fører til, at entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1 – bortset fra tilfælde, hvor forsinkelsen skyldes bygherrens culpøse forhold eller ændringsretten, jf. AB 18 § 23 – afspejler, at uforudsete udefrakommende forhold f.eks. vejrligshindringer, offentlige påbud eller force majeure har afskåret entreprenøren for at udføre sit arbejde. På den baggrund kan der argumenteres for, at situationer, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, svært kan forenes med den situation, hvor parterne har haft en vilje til at genforhandle kontrakten, hvilket peger i retning af, at der ikke er tale om en ændring af et grundlæggende element.²³¹

Der kan på baggrund af ovenstående argumenteres for, at de situationer, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 39 § 39, stk. 1, i vid udstrækning vil være i overensstemmelse med udbudsloven, idet der i mange af situationerne ikke vil være tale om en ændring af et grundlæggende element. Denne vurdering står i modsætning til de situationer, hvor 1) parterne gensidigt på eget initiativ vælger af aftale en tidsfristforlængelse og dermed forrykker afleveringsfristen samt 2) situationer, hvor tidsfristforlængelse ikke afspejler antallet af spild dage, som § 39-begivenheden har forårsaget, således at entreprenøren får en længere tidsfristforlængelse end berettiget efter AB 18 § 39, stk. 1, samt 3) hvis tidsfristforlængelsen er en følge af bygherrens ændringsret, jf. AB 18 § 23, stk. 1, og hvis denne ændring ikke er i overensstemmelse med udbudsreglerne, kan der argumenteres for, at en tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39, stk. 1, litra a, heller ikke vil være det.

²³¹ EU-Domstolen har tidligere udtalt, at der vil være tale om en indgåelse af en ny aftale i udbudsretlig forstand, når ændringen ”er afgørende forskellige fra bestemmelserne i oprindelige kontrakt og derfor viser, at parterne har haft en vilje til at genforhandle kontrakten”, jf. dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 34.

5.2.3.3 AB 18 § 39's overensstemmelse med udbudslovens § 179

Herefter er spørgsmålet, om AB 18 § 39 er i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorefter der ikke vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen er forudsat i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler. Det indebærer, at det skal være gennemsigtigt for aktuelle og potentielle tilbudsgivere, hvordan og hvornår ændringen kan implementeres, jf. mere herom i afsnit 4.²³²

Efter AB 18 § 39, stk. 1, har entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse som følge af f.eks. ”bygherrens forhold”, ”usædvanlige naturbegivenheder”, når ”vejrlig forekommer i væsentligt større omfang end sædvanligt”. Der kan argumenteres for, at der er flere § 39-begivenheder, som forudsætter en skønsvurdering, som må foretages på baggrund af praksis. På den baggrund kan der argumenteres for, at bestemmelsen i AB 18 § 39 ikke er så klar, præcis og entydig, at det på forhånd vil være gennemsigtigt for aktuelle og potentielle tilbudsgivere, hvad den nøjagtige rækkevidde af en tidsfristforlængelse vil være, og hvordan og hvornår den kan implementeres. Der kan herudover argumenteres for, at hovedparten af § 39-begivenhederne skyldes uforudsigelige omstændigheder, hvilket gør det svært at forene bestemmelsen med udbudslovens § 179, der forudsætter, at ændringen er beskrevet klart og tydeligt i udbudsmaterialet.

Der kan på den baggrund argumenteres for, at AB 18 § 39, stk. 1, ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Bygherren må derfor foretage en væsentlighedsvurdering af, om der er tale om en ændring af et grundlæggende element, og hvis det er tilfældet, må bygherren overveje, om ændringen kan henføres til udbudslovens øvrige undtagelsesbestemmelser i §§ 180-184.

²³² Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 60 *samt* dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 121

5.3 Delkonklusion

Det konkluderes, at AB 18 § 23 om bygherrens ændringsret ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. AB 18 § 24 om regulering af entreprenørvederlaget som følge af mer- eller mindrearbejder er ikke i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Det gælder også for bestemmelsen i AB 18 § 39 om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse. Hvis der foretages ændringer med hjemmel i disse bestemmelser, skal der derfor foretages en væsentlighedsvurdering af den konkrete ændring, jf. udbudslovens § 178. Bestemmelsen i AB 18 § 34 om pris og indeksregulering er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Det er dog en forudsætning, at det fremgår af udbudsmaterialet hvilket indeks, der ligger til grund for reguleringen. I så fald kan ændringer med hjemmel i denne bestemmelse betragtes som ændringer i medhør af kontrakten. Bestemmelsen i AB 18 § 35, stk. 2-7, om ekstraordinære prisstigninger på materialer er ligeledes i overensstemmelse med udbudslovens § 179, hvorfor det ikke vil være nødvendigt for bygherren at foretage en væsentlighedsvurdering af en godtgørelse til entreprenøren som følge af ekstraordinære prisstigninger på materialer.

6. Konklusion

Hvis der foretages ændringer af et grundlæggende element, skal ordregiveren gennemføre en fornyet udbudsprocedure, jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen har været egnet til at påvirke den aktuelle eller potentielle konkurrence, jf. udbudslovens § 178, stk. 1, nr. 1. Ordregiver må derfor overveje, hvordan udbuddet var forløbet, såfremt ændringen var indarbejdet i udbudsmaterialet fra starten. Der vil også være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen indebærer, at den økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, eller hvis ændringen indebærer en betydelig udvidelse af kontrakten, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3. Bestemmelsen er en kodificering af EU-Domstolens praksis.

Det følger undtagelsesvist af udbudslovens § 179, 1. pkt., at der ikke vil være tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt at ændringen er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcis og entydige klausuler. Det indebærer, at ændringsklausulen fastsætter omfanget, arten og betingelserne for ændringens implementering. Betingelserne skal være gennemsigtige og objektivt konstaterbare. Ændringsklausulen skal beskrive, hvornår og hvordan ændringen kan finde anvendelse.

En ændringsklausul vil være i overensstemmelse med udbudslovens § 179, såfremt 1) alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå ændringsklausulens nøjagtige rækkevidde og fortolke den på samme måde, og når 2) ordregiveren kan efterprøve tilbuddene og vurdere, om de er konditionsmæssige, og når ordregiveren ikke som følge af ændringsklausulen har et frit valg med hensyn til hvilke ændringer, der kan foretages. Klausulen må ikke ændre kontraktens overordnede karakter, jf. udbudslovens § 179, 2. pkt.

En bygge- og anlægskontrakt omfattende af udbudslovens anvendelsesområde kan kategoriseres som et længerevarende kontraktforhold. Det er kendetegnende for denne transaktionstype, at der er tale om komplekse ydelser, som vedrører store værdier, som udføres på baggrund af ressourcekrævende forberedelse. Det er også et kendetegn for denne transaktionstype, at realydelsen leveres successivt, og at der derfor er en tæt kontakt imellem aftaleparterne, og at kontrakten har en længere tidsmæssig udstrækning. De faktiske kendetegn fører til, at der hurtigt kan opstå et ændringsbehov hos bygherren både hvad angår ydelsen og vilkår. Ændringsbehovet kan bl.a. opstå som følge af et behov for at styre byggeprocessen, fortrydelse af det oprindelige projekt i takt med, at byggeprocessen skrider frem,

projektklarheder, udbudsmangler, uforudsete hindringer eller som følge af ekstraordinære prisstigninger. Alene den tidsmæssige udstrækning kan også skabe et behov for prisjusteringer i form af prisindeksering.

Der er flere bestemmelser i AB 18, der hjemler ændringer i bygge- og anlægskontrakten efter aftaleindgåelsen. Det gælder bygherrens ændringsret, jf. AB 18 § 23, regulering af entreprenørvederlaget som følge af mer- eller mindrearbejder, jf. AB 18 § 24, regulering af entreprisesummen og godtgørelse, jf. AB §§ 34-35 samt entreprenørens ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 18 § 39. Det forhold, at parternes aftalegrundlag indeholder ændringsklausuler, medfører ikke, at ændringer henført til disse bestemmelser i udbudsretlig forstand nødvendigvis kan betragtes som ændringer i medhør af kontrakten. Det forudsætter, at ændringsklausulerne er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.

Det konkluderes om bygherrens ændringsret efter AB 18 § 23, at denne bestemmelse ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. AB 18 § 24 om regulering af entreprenørvederlaget som følge af mer- eller mindrearbejder er ikke i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Det gælder også for bestemmelsen i AB 18 § 39 om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse. Hvis der foretages ændringer med hjemmel i disse bestemmelser, skal der derfor foretages en væsentlighedsvurdering af den konkrete ændring, jf. udbudslovens § 178.

Det konkluderes om bestemmelserne i AB 18 § 34 om regulering af entreprisesummen på baggrund af et indeks samt AB 18 § 35, stk. 2-7, om entreprenørens godtgørelse som følge af ekstraordinære prisstigninger på materialer, at disse bestemmelser er i overensstemmelse med udbudslovens § 179. Såfremt der foretages ændringer med hjemmel i disse bestemmelser, vil der således være tale om ændringer i medhør af kontrakten, jf. udbudslovens § 179, og parterne kan støtte ret på disse bestemmelser.

Sammenfattende kan det således konkluderes, at den offentlige bygherre ved at anvende ændringsklausuler kan skabe en vis fleksibilitet i den offentlige bygge- og anlægskontrakt. En anvendelse af ændringsklausuler i overensstemmelse med udbudslovens § 179 vil i nogen grad kunne imødekomme bygherrens behov for at kunne foretage både ydelsesændringer samt ændringer af vilkår i offentlige bygge- og anlægskontrakter.

7. Litteraturliste

7.1 Love, direktiver mm.

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

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

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 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Traktaten om den Europæiske funktionsmåde, TEUF

Bekendtgørelse nr. 14 af 9. januar 2020 om støtte til almene boliger m.v.

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 12, 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, Tilbudsloven

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

Cirkulære om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v. nr. 174 af 10/10/1991 med efterfølgende ændringer (fastpriscirkulæret)

7.2 Standardvilkår fra AB-systemet

Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen den 21. juni af 2018 (AB 18)

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Boligministeriet den 10. december af 1992 (AB 92)

Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Ministeriet for offentlige arbejder den 29. november 1972 (AB 72)

Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer udfærdiget af Ministeriet for offentlige arbejder den 7. september 1951 (AB 51)

7.3 Praksis fra Den Europæiske Unions Domstol

Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta

Dom af 12. marts. 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki — Proigmena Systemata Tilepikoinon 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 25. april 1996 i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien

Dom af 1. februar 2001 i sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig

Dom af 6. november 2014 i sag C-43/13, Cartiera Dell'Adda mod CEM Ambiente

Dom af 3. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, m.fl.

Dom af 2. juni 2016 i sag C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl

Dom af 11. september 2014 i sag C-19/13, Ministero dell'Interno mod Fastweb SpA

7.4 Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnets kendelse af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune

Klagenævnets kendelse af 27. juni 2017, CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed

Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland

Klagenævnets kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet

Klagenævnets kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet

Klagenævnets kendelse af den. 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, Sundheds- og omsorgsforvaltningen

Klagenævnets kendelse af 3. december 1998, Højgaard og Schultz m.fl. mod Ørestadsselskabet

Klagenævnets kendelsen af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark

Klagenævnets kendelse af 21. juni 2011, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune

Klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, Fynbus og Sydtrafik

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

Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung Bunte mod Femern A/S

Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S

7.5 Afgørelser fra Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

T:BB 2020.80 VBA

T:BB 2013.316 VBA

7.6 Vejledninger, rapporter mm.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, status for offentlig konkurrence, december 2020

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vejledning om kontraktændringer, december 2013

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

Karnovs noter til udbudsloven § 178, note 801, kommenteret af Michael Ellehauge, landsdommer, ph.d., Torkil Høg, advokat, partner, ph.d., Bach Advokater og Claus Berg, advokat, Bech-Bruun

Af reaktionen, 21. oktober 2021, Nu giver de stigende materialepriser problemer for det almene byggeri, Mester Tidende, https://www.mestertidende.dk/article/view/815390/nu_giver_de_stigende_materialepriser_problemer_for_det_almene_byggeri (besøgt den 23.11.2021)

Af Theis Lange Olsen mf., 9. september 2021, Vilde prisstigninger på materialer og varemangel presser kommuner, DR Nyheder, <https://www.dr.dk/nyheder/regionale/oestjylland/vilde-prisstigninger-paa-materialer-og-varemangel-presser-kommuner> (besøgt den 23.11.2021)

7.7 Bøger

Berg, Claus: *"Udbudsret i byggeriet"*, 2012 (1. udgave), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Blume, Peter: *"Retssystemet og juridisk metode"*, 2020 (. udgave), Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Boesgaard, Eric; Henrik Fausing, Mogens Hansen: *"AB 18 for praktikere"*, 2018 (1. udgave, 1. oplag), Molio – Byggeriets Videnscenter

Bryde Andersen, Mads: *"Grundlæggende aftaleret"*, 2013 (4. udgave, 1. oplag), Gjellerup

Christensen, Andreas; Leah Elkan: "Kapitel 12: Ændring af kontrakt" i Steen Treumer (red.): *"Udbudsretten"*, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S

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 Økonomiforbundets Forlag

Fabricius, Jesper: *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017 (4. udgave, 1. oplag), Karnov Group Denmark

Fabricius, Jesper: *"Kapitel 2: Udbudsretlige principper"* i Steen Treumer (red.): *"Udbudsretten"*, 2019 (1. udgave, 1. oplag), Ex Tuto Publishing A/S

Hamer, Carina Risvig: *"Udbudsret"*, 2021 (2. udgave, 1. oplag), Djøf Forlag

Hansen, Ole: *"Entrepriseretlige mellemformer"*, 2013 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

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

Hørlyck, Erik: ”Entreprise – AB 18 med kommentarer af Erik Hørlyck”, 2019, (8. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Iversen, Torsten: ”Entrepriseretten”, 2016 (1. udgave, 2. oplag), Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Johansen, Christian: ”Bygherrens ændringsret”, 1999 (1. udgave, 1. oplag), GadJura, Forlaget Thomson A/S

Liljenbøl, Morten Wahl; Jens Balle: ”Ændringer af udbudte kontrakter II” i Karsted Hagel-Sørensen (red.): ”Aktuel udbudsret II”, 2016 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Trzaskowski, Jan (red); Thomas Riis mf.: ”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling”, 2020 (2. udgave, 1 oplag), Ex Tuto Publishing A/S

Treumer, Steen: ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, 2000 (1. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Artikler

Hansen, Ole: Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 124, 3-4/2011, s. 443–477. ISSN 0040-7143

Hamer, Carina Risvig; Rasmus Horskjær Nielsen: U.2020B.144 ”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”, Ugeskrift for Retsvæsen

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

Severin, Mads: TBB. 2020.109: ”Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse efter AB 18”, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

Skovsgaard, Kristian: TBB 2018.368: "Nye regler på vej om ændringer", Tidsskrift for Bolig- og Byggeret