



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Kontraktændringer
Vejledning

2013

Kontraktændringer

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35

2500 Valby

Tlf.: +45 41 71 50 00

E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-554-3

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

December 2013

Indhold

Kapitel 1	
Justering af kontrakter kan være både nødvendigt og fornuftigt	4
1.1 Almindelige justeringer af offentlige kontrakter er tilladt.....	4
1.2 Hvorfor er ændringshåndtering vigtig?.....	4
Kapitel 2	
Ændringer af kontrakten	8
2.1 Hvornår sker der en ændring af kontrakten?	8
2.2 Hvornår medfører en ændring af kontrakten krav om nyt udbud?.....	8
2.3 Ændringer omfattet af bagatelgrænsen	9
2.4 Ændringer der ikke er omfattet af bagatelgrænsen	11
2.5 Ændringer af ydelsens omfang eller karakter	19
2.6 Ændringer af prisen	19
2.7 Ændringer af kontraktpart og underleverandører	21
2.8 Ændringer af kontraktens varighed samt tidsplan.....	25
2.9 Ændringer af risikofordelingen	27
2.10 Anvendelse af udbud med forhandling ved ændringer af indgåede kontrakter.....	28
Kapitel 3	
Ændringer i medfør af kontrakten.....	30
3.1 Hvornår sker der en ændring i medfør af kontrakten.....	30
3.2 Anvendelse af optioner og ændringsklausuler	30
3.3 Optioner og ændringsklausuler vedrørende ydelsens omfang og karakter	33
3.4 Ændringsklausuler vedrørende prisen.....	35
3.5 Ændringsklausuler vedrørende kontraktpart og underleverandører.....	37
3.6 Optioner vedrørende kontraktens længde.....	38
3.7 Ændringsklausuler vedrørende risikofordelingen	39

Kapitel 1

Justering af kontrakter kan være både nødvendigt og fornuftigt

1.1 Almindelige justeringer af offentlige kontrakter er tilladt

Offentlige ordregivere indgår aftaler med private virksomheder hver eneste dag. Parterne gør sig anstrengelser for at gøre aftalen til et praktisk redskab til at styre leverandørforholdet i løbet af aftalens levetid. Der er typisk taget stilling til, hvad der skal leveres, hvornår det skal leveres og hvordan det skal leveres. Der er taget stilling til, hvordan gevinst, tab og risiko skal fordeles mellem parterne, og der er formentlig også taget stilling til, hvordan eventuel konflikt skal håndteres.

Alt dette er der indgået aftale om med afsæt i den begrænsede viden, som parterne havde på aftaletidspunktet. Uanset hvor grundige parterne forsøger at være i en aftale, er det dog svært at spå... især om fremtiden. I den praktiske virkelighed er verden omskiftelig, og der vil ganske ofte opstå behov for at justere den kontrakt, der i sin tid blev indgået mellem parterne. Det kan være, at den tilbudte løsning ikke til fulde opfylder ordregiverens behov, eller det kan være, at ordregiverens kravspecifikation har vist sig mangelfuld. Der kan også være opstået uforudsete forhold, hvilket eksempelvis ses inden for bygge- og anlægsudbud, der ofte gør brug af ændringsarbejder i forbindelse med projekterne.

Udbudsreglerne giver mulighed for at foretage almindelige justeringer i de offentlige kontrakter. Denne vejledning har til formål at vejlede om, hvilke justeringer, der er tilladte, og hvilke, der medfører pligt til at konkurrenceudsætte aftalen igen. Herudover vil vejledningen redegøre for, hvordan mulighederne for at foretage justeringer kan udvides ved hjælp af ændringsklausuler i den oprindelige aftale.

1.2 Hvorfor er ændringshåndtering vigtig?

Offentlige aftaler indgås ofte for perioder, der strækker sig over flere år, og i tilfælde af eksempelvis offentligt-private partnerskaber for perioder på 15-25 år. Der vil derfor ofte i løbet af aftaleperioden være behov for, at aftalen kan ændres i forhold til det grundlag, der var genstand for udbuddet.

Det kan skyldes mange forskellige årsager. Ordregiveren har måske ikke, da udbudsmaterialet blev udarbejdet, fuldt ud været i stand til at beskrive sit behov, eller behovet har måske ændret sig. Det kan også være, at den teknologiske udvikling gør det nødvendigt at kunne købe andre ydelser, eller at prisen på de ydelser, aftalen omfatter, ændrer sig på en sådan måde, at det ikke er hensigtsmæssigt med en fast pris igennem hele aftaleperioden. Det kan også være, at ydre omstændigheder gør, at aftalen ikke kan opretholdes på de oprindelige vilkår. Det kunne eksempelvis være i tilfælde af leverandørens konkurs.

Hvis aftalens genstand og vilkår ikke kan ændres, kan det føre til en kommercielt uattraktiv kontrakt for både ordregiver og leverandør, og i værste fald kan det føre til, at ordregiver ender med en kontrakt, som er uanvendelig.

Hvor private parter har aftalefrihed og dermed frit kan ændre indgåede kontrakter, er offentlige ordregivere underlagt visse begrænsninger i forhold til, hvilke ændringer, der kan aftales

med leverandøren. Dette skyldes, at væsentlige ændringer af det aftalegrundlag, der var genstand for udbud, anses for indgåelse af en ny kontrakt, der dermed bliver udbudspligtig. I modsat fald vil en væsentlig ændring af en kontrakt uden udbud have den konsekvens, at kontrakten kan erklæres for uden virkning.

Hvis kontrakten ikke er underlagt udbudspligt - eksempelvis fordi der er tale om et in-house forhold - kan kontrakten frit ændres, uden det er nødvendigt at overveje, om ændringen er væsentlig. Enhver ændring af en kontrakt kræver dog samtykke fra samtlige parter i kontraktforholdet.

Boks 1.1
Offentlige ordregivere kan ikke frit ændre udbudspligtige kontrakter

Kontrakter, der ikke kan ændres, kan være kommercielt uattraktive eller blive decideret uanvendelige.

Ordregiver er også efter kontraktindgåelse bundet af udbudsreglerne og kan ikke frit ændre kontrakten.

Ændringer, der væsentligt ændrer aftalegrundlaget, kan kun ske, hvis ordregiver gennemfører et nyt udbud.

For at sikre den nødvendige fleksibilitet i aftaleforholdet, bør ordregiver dels være bevidst om, hvilke ændringer der kan ske, uden at dette medfører krav om et nyt udbud, dels være bevidst om, hvilke muligheder der er, for at skabe størst mulig fleksibilitet i kontrakten, inden denne indgås.

Det er i den forbindelse væsentligt at have for øje, at muligheden for ændringer afhænger af, om ændringen sker *af* kontrakten, eller om ændringen sker *i medfør* af kontrakten.

En ændring *af* kontrakten er en ændring, som slet ikke er beskrevet i kontrakten, eller som ikke er beskrevet tilstrækkeligt klart i kontrakten.

En ændring *i medfør* af kontrakten er en ændring, som er beskrevet tilstrækkeligt klart i kontrakten.

Der er stor forskel på, hvilke ændringer der kan foretages uden udbud afhængigt af, om ændringen sker *af* kontrakten eller *i medfør* af kontrakten. Ordregiver skal derfor, når det skal vurderes, om en ændring kan ske uden udbud, først og fremmest undersøge, om ændringen er en ændring *af* kontrakten eller en ændring *i medfør* af kontrakten.

Boks 1.2
Om en ændring kan ske uden udbud afhænger af, om ændringen sker af kontrakten eller i medfør af kontrakten

Ændringer *af* kontrakten kan ske uden udbud, hvis ændringen ikke er væsentlig. Rummet for ændringer er i denne situation begrænset.

Ændringer *i medfør* af kontrakten kan ske uden udbud, medmindre ændringen fører til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter. Rummet for ændringer er i denne situation betydeligt større.

Vejledningen vedrører et område, hvor der er truffet relativt få afgørelser i form af enten kendelser fra Klagenævnet for Udbud eller domme fra de danske domstole og EU-Domstolen. Der kan derfor rejses tvivl om retsstillingen, når man befinder sig i en af de situationer, som vej-

ledningen behandler. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hensigt at skabe klarhed på området. Det betyder, at hvor der ikke henvises til konkrete afgørelser eller bestemmelser i lovgivningen, vil beskrivelsen af ordregivernes muligheder alene være udtryk for styrelsens holdning uden støtte fra retspraksis. På en række punkter er der søgt inspiration fra det nye udbudsdirektiv, hvor der er indført en bestemmelse, der angår muligheden for at gennemføre efterfølgende ændringer.¹ Bestemmelsen er i vid udstrækning udtryk for en præcisering af gældende praksis på området, hvorfor den udgør et godt fortolkningsbidrag. På visse områder, bl.a. i forhold til bagatelgrænsen, jf. afsnit 2.3, er det dog ikke fuldt ud tilfældet. Der vil derfor ikke konsekvent kunne sættes lighedstegn mellem reglerne i det nye udbudsdirektiv og gældende praksis. KFST har forsøgt at tydeliggøre de steder, hvor det ikke synes at være tilfældet.

Kapitel 2 handler om ændringer af kontrakten. Hvis ordregiver skal vurdere, om en ændring i en kontrakt kan ske uden udbud, og ændringen ikke er beskrevet eller ikke er tilstrækkeligt klart beskrevet i kontrakten, er det dette kapitel, der er relevant at læse.

Kapitel 3 omhandler ændringer i medfør af kontrakten. Hvis ordregiver, inden kontrakten indgås, ønsker at skabe rum for ændringer, eller hvis ordregiver, når kontrakten er indgået, skal vurdere, om en ændring kan ske med henvisning til kontrakten, er det dette kapitel, der er relevant at læse.

De to kapitler kan naturligvis også med fordel læses i forlængelse af hinanden, hvis ordregiver ønsker et bedre indblik i, hvordan det undgås at havne i den situation, hvor en kontrakt ikke kan ændres, uden der gennemføres et nyt udbud.

Målgruppen for vejledningen er offentlige indkøbere og udbudskonsulenter, samt medarbejdere i virksomheder med salg til det offentlige.

Boks 1.3 Hovedkonklusioner

En ændring, der omfattes af en "bagatelgrænse" er tilladt uden fornyet udbud. En kontraktændring er omfattet af bagatelgrænsen, når følgende betingelser er opfyldt:

- » Ændringen kan opgøres til en økonomisk værdi,
- » ændringens værdi overstiger ikke tærskelværdien for den pågældende ydelse (varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder),
- » ændringens værdi overstiger ikke 10 pct. af den udbudte kontrakts oprindelige værdi for vare-kontrakter og tjenesteydelseskontrakter eller 15 pct. af den udbudte kontrakts oprindelige værdi for bygge- og anlægskontrakter, og
- » ændringen indebærer ikke, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.

En væsentlig ændring er som udgangspunkt ikke tilladt uden iværksættelse af et nyt udbud.

Ændringer vil i følgende tilfælde betragtes som væsentlige:

- » hvis der indføres betingelser, der ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage i udbuddet, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet tilbud end det, som blev antaget, såfremt betingelserne havde fremgået af det oprindelige udbud, eller
- » hvis aftalen i betydeligt omfang udvides til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri, eller
- » hvis aftalens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren, på en måde som ikke var forudsat i det oprindelige udbudsmateriale.

¹ Se forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), artikel 72.

Der kan ske en overdragelse af kontrakten fra leverandøren til en anden juridisk enhed i en række situationer, uden at dette udgør en væsentlig ændring. Det er dog en betingelse at:

- » den nye juridiske enhed opfylder de krav, der oprindeligt blev stillet til tilbudsgivernes egnethed,
- » der ikke foretages væsentlige ændringer i selve kontrakten, og
- » ved overdragelse af en kontrakt fra et konkursbo, er det dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at det vil være muligt at foretage væsentlige ændringer af kontrakten, hvis de er en direkte følge af konkursen og såfremt ændringerne er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Det er tilladt at foretage ændringer i medfør af aftalen, hvis ændringsbestemmelsen er beskrevet så klart, præcist og utvetydigt, at det er muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere at forstå disse bestemmelsers nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde. Dette gælder alle former for ændringer, inklusiv ændringer i pris.

Kapitel 2

Ændringer af kontrakten

2.1 Hvornår sker der en ændring af kontrakten?

En ændring af kontrakten er en ændring, som ikke er beskrevet i kontrakten, og hvor der derfor mellem parterne både skal opnås enighed om, hvilke ændringer, der kan foretages, samt prisen herfor.

I afsnit 2.2 beskrives, hvornår en ændring af kontrakten anses for væsentlig, og derfor medfører krav om udbud. I afsnit 2.3 beskrives de ændringer, der som udgangspunkt ikke er væsentlige. I afsnit 2.4 beskrives de kriterier, ordregiver skal inddrage i vurderingen af, om en ændring er væsentlig. I afsnit 2.5-2.9 beskrives en række eksempler på forhold, hvor der ofte kan opstå behov for ændringer af kontrakten.

2.2 Hvornår medfører en ændring af kontrakten krav om nyt udbud?

Ændringer af en kontrakt betragtes som indgåelse af en ny kontrakt, såfremt ændringerne er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer.² Afgørende for, om en ændring af kontrakten kan ske uden udbud, er dermed, om ændringen er *væsentlig*.

Hvis ændringen ikke er væsentlig, kan ordregiver og den private leverandør aftale ændringer af kontrakten, uden at der skal gennemføres et nyt udbud.

Almindelige små justeringer af aftalen kan som udgangspunkt ske, uden at dette indebærer, at aftalen skal udbydes på ny. For sådanne mindre ændringer gælder en formodning om, at ændringen ikke er væsentlig. I afsnit 2.3 behandles sådanne mindre ændringer, der ligger under denne grænse, som i resten af denne vejledning vil blive omtalt som "bagatelgrænsen".

Hvis ændringen ikke falder ind under denne bagatelgrænse, skal der foretages en konkret vurdering af, om ændringen er væsentlig. I denne vurdering indgår en række forskellige faktorer, der kan tale enten for eller imod, at en ændring er væsentlig. I afsnit 2.4 gennemgås de forhold, ordregiver skal inddrage i vurderingen af, om en ændring er væsentlig. I afsnit 2.5-2.9 gennemgås en række eksempler på konkrete ændringer af forskellige dele af kontrakten.

Vejledningen bygger på den sparsomme retspraksis, der eksisterer på området samt det nye udbudsdirektiv, som på dette område bygger på Domstolens retspraksis.³ Medlemsstaterne har opnået politisk enighed om det nye udbudsdirektiv, men det er endnu ikke offentliggjort i EU-Tidende.

² EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 44, EU-domstolens dom af 29. april 2004, sag C-496/99, Kommissionen mod Succhi di Frutta, præmis 115 og EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur mod Østrig, præmis 34. Dette er ligeledes afspejlet i forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72.

³ Se forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), betragtning 45.

Hvis ændringen sker med henblik på at omgå udbudsreglerne, må det forventes at Klagenevnet for Udbud og domstolene ikke vil udvise samme fleksibilitet, som der gives udtryk for i det følgende.

2.3 Ændringer omfattet af bagatelgrænsen

Hvornår er en ændring omfattet af bagatelgrænsen

For ændringer, der er af en karakter, som gør, at ændringen kan opgøres til en økonomisk værdi, formodes at gælde en bagatelgrænse. En sådan bagatelgrænse er i en vis udstrækning udviklet gennem retspraksis, og en konkret bestemmelse indføres i det kommende udbudsdirektiv.⁴ Gennemgangen af bagatelreglen i denne vejledning tager udgangspunkt i bestemmelsen i det kommende udbudsdirektiv. Klagenevnet for Udbud vil dog ikke være bundet af bestemmelsen, før det nye udbudsdirektiv er implementeret i dansk ret, men bestemmelsen er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse den bedst mulige vejledning til, hvordan bagatelreglen skal forstås og vil naturligvis gælde, når det nye udbudsdirektiv implementeres i dansk ret.

Hvis ændringen falder ind under bagatelgrænsen gælder det, at ændringen ikke er væsentlig. Det følger af forslaget til nyt udbudsdirektiv, at dette også gælder, selvom ændringen isoleret set og ud fra en vurdering af de øvrige omstændigheder må betragtes som væsentlig.⁵ De forhold, der er relevante for vurderingen af, hvornår en ændring er væsentlig, er beskrevet i afsnit 2.4.

For at en kontraktændring er omfattet af bagatelgrænsen indebærer, at følgende betingelser skal være opfyldt:

- » Ændringen skal kunne opgøres til en økonomisk værdi,
- » ændringens værdi må ikke overstige tærskelværdien for den pågældende ydelse (varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder), og
- » ændringens værdi må ikke overstige 10 pct. af den udbudte kontrakts oprindelige værdi for vare-kontrakter og tjenesteydelseskontrakter eller 15 pct. af den udbudte kontrakts oprindelige værdi for bygge- og anlægskontrakter, og
- » ændringen må ikke indebære, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.

Samtlige betingelser skal være opfyldt for, at ændringen falder ind under bagatelgrænsen.

Hvis der foretages flere ændringer af den samme kontrakt, skal alle ændringerne ses i sammenhæng. Dette indebærer, at det ikke er tilstrækkeligt at se på den enkelte ændring, når det skal vurderes, om en ændring ligger under bagatelgrænsen.

Hvis der tidligere er foretaget ændringer af den samme kontrakt, skal værdien af disse ændringer lægges sammen med den påtænkte ændrings værdi, når det skal vurderes, om ændringen er omfattet af bagatelgrænsen. Det er ligeledes nødvendigt at vurdere, om flere ændringer samlet set fører til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.

⁴ Se forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), betragtning 45. Se også i denne retning EU-domstolens dom af 22. april 2010, sag C-423/07, Kommissionen mod Spanien, præmis 70 og EU-domstolens dom af 29. april 2010, Kommissionen mod Tyskland, sag C-160/08, præmis 100 og 101 samt Klagenevnet for Udbuds kendelse fra Klagenevnet for Udbud af den 28. maj 1999, L.R. Service ApS mod Ringsted Kommune.

⁵ Se forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), artikel 72, stk. 2.

**Boks 2.1
Eksempel på en ændring
under bagatelgrænsen**

En kommune har indgået en kontrakt om affaldsafhentning. Kontrakten, der har en varighed på fire år, omfatter afhentning af dagrenovation og har en værdi på 20 mio. kr.

Kommunen ønsker at udvide kontrakten, så den i det sidste år af kontraktens varighed også omfatter afhentning af storskrald. Betalingen til leverandøren for afhentning af storskrald udgør 1,3 mio. kr.

Da ændringens økonomiske værdi både ligger under tærskelværdien for tjenesteydelser og ligger under 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt og ikke indebærer, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter, er ændringen omfattet af bagatelgrænsen og kan derfor ske uden udbud.

Ændringen skal kunne opgøres til en økonomisk værdi

For at ændringen kan være omfattet af bagatelgrænsen, er det en forudsætning, at ændringen kan opgøres til en økonomisk værdi.

En række ændringer vil umiddelbart kunne opgøres til en økonomisk værdi. Dette gælder bl.a. ændringer af kontraktens omfang, hvor kontrakten udvides med ydelser, der ikke oprindeligt var beskrevet i udbudsmaterialet. Her kan ændringens værdi opgøres som den yderligere betaling, ordregiver skal betale til leverandøren for de yderligere ydelser.

Men også prisændringer, ændringer af risikofordelingen, levering af andre ydelser eller ydelser i anden kvalitet samt forlængelse af kontrakten er eksempler på ændringer, hvor det er muligt at opgøre en økonomisk værdi af ændringen.

Ændringer, hvor det ikke er muligt at opgøre en økonomisk værdi af ændringen, vil derimod ikke kunne være omfattet af bagatelgrænsen. Som eksempel på ændringer, hvor det normalt ikke vil være muligt at opgøre en økonomisk værdi, kan nævnes udskiftning af kontraktpart og ændring af tidsplanen. For sådanne ændringer vil det være nødvendigt at se på, om ændringen kan anses som væsentlig efter de øvrige kriterier, som er beskrevet i afsnit 2.4.

Ændringens værdi må ikke overstige tærskelværdien

Det er en forudsætning for, at ændringen er omfattet af bagatelgrænsen, at ændringen hverken isoleret set eller sammenlagt med værdien af allerede udførte ændringer overstiger tærskelværdien for den type ydelse, ændringen vedrører. Værdien af den oprindelige kontrakt skal derimod ikke medregnes, når det vurderes, om værdien af ændringen overstiger tærskelværdien.

Hvis en ændring omfatter flere forskellige typer ydelser (varer og tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder eller varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder), skal det efter styrelsens opfattelse afgøres efter samme regler, som gælder for udbud af blandede kontrakter, hvilken tærskelværdi der finder anvendelse. Der henvises i den forbindelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne.

Ændringens værdi må ikke være betydelig i forhold til værdien af den oprindelige kontrakt

Ændringens værdi skal også ses i forhold til værdien af den oprindelige kontrakt. Det er her afgørende, om den oprindelige kontrakt er udbudt som et bygge- og anlægsarbejde eller en tjenesteydelse eller et varekøb.

Til forskel for hvad der gælder ved vurderingen af om tærskelværdien er overskredet som anført oven for, skal der ikke ses på, hvilken type ydelse ændringen vedrører, men hvilken type ydelse den udbudte kontrakt vedrører.

Hvis den oprindelige kontrakt er udbudt som et bygge- og anlægsarbejde gælder, at ændringens værdi sammenlagt med værdien af tidligere ændringer ikke må overstige 15 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Hvis den oprindelige kontrakt er udbudt som en tjenesteydelse eller et varekøb gælder, at ændringens værdi sammenlagt med værdien af tidligere ændringer ikke må overstige 10 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Ændringen må ikke medføre, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter

Selvom en ændring isoleret set har ingen eller kun ubetydelig økonomisk værdi, kan ændringen være af en sådan karakter, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.

Dette vil særligt være tilfældet, hvis ændringen indebærer, at andre leverandører end de oprindelige ville være interesserede i kontrakten, og kontrakten dermed henvender sig til et helt andet marked.

Dette vil være særligt relevant at overveje, hvis ændringen omfatter den ydelse, der skal leveres. Hvis den udbudte kontrakt eksempelvis omfatter levering af økologisk frugt direkte fra producenten, vil det være en grundlæggende ændring af kontraktens karakter, hvis kontraktens efterfølgende ændres til at omfatte levering af ikke-økologisk frugt. En sådan ændring medfører levering af et produkt med væsentlige anderledes karakteristika, og vil derfor udgøre en væsentlig ændring.

Men også ændring af de vilkår, ydelsen skal leveres under, kan indebære, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter. Hvis eksempelvis kontrakten omfatter køb, vil det være en grundlæggende ændring af kontraktens karakter, hvis kontrakten efterfølgende ændres til at omfatte leasing.

Når det skal vurderes, om en ændring grundlæggende ændrer kontraktens karakter, er det nødvendigt også at inddrage eventuelle tidligere ændringer af kontrakten. En ændring kan således godt isoleret set være af mindre betydning for kontrakten, men når denne ændring ses i sammenhæng med tidligere ændringer, fører det til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.

2.4 Ændringer der ikke er omfattet af bagatelgrænsen

Hvilke kriterier gælder for ændringer, der ikke er omfattet af bagatelgrænsen?

En ændring er ikke automatisk væsentlig, selvom den ikke er omfattet af bagatelgrænsen.

Hvis ændringen ikke er omfattet af bagatelgrænsen, skal der foretages en konkret vurdering af, om ændringen er væsentlig.

Hvis denne konkrete vurdering fører til, at ændringen ikke kan anses som væsentlig, kan ændringen ske uden udbud, selvom værdien af ændringen overstiger bagatelgrænsen eller slet ikke er omfattet af bagatelgrænsen, fordi ændringen ikke kan opgøres økonomisk.

En ændring er som udgangspunkt væsentlig i følgende tilfælde⁶:

⁶ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur mod Østrig, præmis 35-37. Dette er ligeledes afspejlet i forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72 (4).

-
- » Hvis der indføres betingelser, der ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage i udbuddet eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet tilbud end det, som blev antaget, såfremt betingelserne havde fremgået af det oprindelige udbud, eller
 - » hvis aftalen i betydeligt omfang udvides til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri, eller
 - » hvis aftalens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren, på en måde som ikke var forudsat i det oprindelige udbudsmateriale.

Hvis blot ét af ovenstående momenter er til stede, må ændringen som udgangspunkt anses for væsentlig, medmindre ændringen er omfattet af bagatelgrænsen.

Når det skal vurderes, om en ændring er væsentlig, er det nødvendigt også at inddrage betydningen af eventuelle tidligere ændringer af kontrakten. En ændring kan således godt isoleret set være af mindre betydning for kontrakten, men når denne ændring ses i sammenhæng med tidligere ændringer, fører det til, at ændringerne samlet set må anses for at være væsentlige. I den forbindelse må det tillægges betydning, om ændringerne vedrører samme eller forskellige forhold, og hvilken tidsmæssig sammenhæng ændringerne har.

Hvis flere successive ændringer vedrører samme forhold og sker inden for en kort periode, taler dette for, at ændringerne skal vurderes samlet, når ordregiver skal tage stilling til, om ændringerne er væsentlige.

Hvis ændringerne på den anden side vedrører forskellige forhold og sker med en betydelig tidsmæssig forskydning, taler dette for, at ændringerne skal ses hver for sig.

Der indføres betingelser, der ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere at deltage i udbuddet eller gjort det muligt at acceptere et andet tilbud

Når det skal vurderes, om en ændring af kontraktens vilkår ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere at deltage eller gjort det muligt at acceptere et andet tilbud, end det der blev antaget, skal ændringen vurderes i forhold til valget af de oprindelige tilbudsgivere.

Hvis ændringen ikke kan antages at ville have ført til, at et andet felt af tilbudsgivere ville have været interesserede, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.⁷

Hvis det derimod må antages, at ansøgerfeltet ville have været anderledes, hvis ændringen havde været kendt, da udbuddet blev gennemført, taler dette for, at ændringen må anses som væsentlig.

Ved vurderingen af, om ansøgerfeltet ville have været anderledes, kan det indgå, om udbuddet gennemføres som et begrænset udbud eller et offentligt udbud. Hvis udbuddet gennemføres som et begrænset udbud, er det primært relevant at se på, om ændringerne ville have ført til, at udbudsbekendtgørelsen ville have haft et andet indhold. Hvis dette ikke er tilfældet, fører det som udgangspunkt til, at ændringen ikke kan anses som væsentlig.⁸ Dette skyldes, at de enkelte ansøgere i et begrænset udbud vil basere deres beslutning om deltagelse udelukkende på indholdet af udbudsbekendtgørelsen.

⁷ EU-Domstolens dom af 13. april 2010, sag C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, præmis 38.

⁸ Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 18. januar 2007 i EU-Domstolens sag Kommissionen mod Finland, sag C-195/04, betragtning 65-78

Hvis der er tale om et offentligt udbud, må indholdet af udbudsmaterialet også inddrages, da der ved et offentligt udbud også vil være adgang til at se udbudsmaterialet for interesserede tilbudsgivere. I den forbindelse bør ordregiver også inddrage indholdet af spørgsmål og svar til udbudsmaterialet.

Boks 2.2
Hvornår fører en ændring til, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget?

Hvis der i udbudsmaterialet er stillet særligt byrdefulde vilkår, som kan afholde nogle tilbudsgivere fra at deltage i udbuddet, kan en ændring af sådanne vilkår medføre, at feltet af tilbudsgivere ville have set anderledes ud. Hvis kontrakten eksempelvis indeholder bestemmelser om ubegrænset ansvar for leverandøren i en kontrakt med en betydelig økonomisk risiko, kan ændring af dette vilkår, til at ansvaret er begrænset til en andel af kontraktsummen, føre til, at andre tilbudsgivere ville have været interesserede i at deltage i udbuddet.

De ydelser, som kontrakten omfatter, kan også have betydning for, hvilke tilbudsgivere der kan deltage i udbuddet. Hvis markedet er opdelt på en sådan måde, at det har stor betydning for muligheden for at deltage i udbuddet, hvilke ydelser der skal leveres, kan en ændring af ydelsernes karakter føre til, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget.

Hvis eksempelvis kontrakten omfatter både rengøring og vinduespolering, vil kun tilbudsgivere, der kan udføre både rengøring og vinduespolering, kunne deltage. Hvis kontrakten herefter ændres således, at der kun skal udføres vinduespolering, må det antages, at ansøgerfeltet ville have set anderledes ud, da også tilbudsgivere, der kun udfører vinduespolering, kunne have deltaget. Det samme gør sig også gældende den anden vej.

Hvis udbuddet på den anden side omfatter facility management, ville det næppe have ført til en anden sammensætning af tilbudsgiverne, hvis kontrakten udvides til at omfatte vanding af planter og håndtering af affald.

Hvis ændringen ikke kan antages at ville have ført til, at en anden tilbudsgiver havde vundet udbuddet, taler dette også for, at ændringen ikke er væsentlig.

Hvis det derimod må antages, at ændringen ville have ført til, at en anden tilbudsgiver kunne have vundet udbuddet, må ændringen anses for væsentlig.⁹ Hvis ændringen således ville have ført til, at en anden tilbudsgiver enten ville have haft den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud, må ændringen anses som væsentlig.

Boks 2.3
Hvornår fører en ændring til, at det havde været muligt at acceptere et andet tilbud?

Hvis den ændring, der foretages, ville have haft indflydelse på de forhold, der havde betydning ved tildelingen af kontrakten, eksempelvis prisen eller den tilbudte kvalitet, må det vurderes, om ændringen kunne have ført til en anden vinder. Hvis det vindende tilbud var væsentligt bedre end de øvrige tilbud, eller hvis der kun var ét konditionsmæssigt tilbud, vil der skulle mere til, for at ændringen ville have ført til et andet resultat, end hvis tilbuddene lå meget tæt.

Hvis der eksempelvis er stillet særlige krav til ydelsen, som er svære for tilbudsgiverne at opfylde, og dermed har haft en betydelig indflydelse på prisen, kan et frafald af sådanne krav føre til, at en anden tilbudsgiver ville have vundet udbuddet, også selvom dette ikke i sig selv fører til en forrykkelse af den økonomiske balance mellem leverandøren og ordregiver.

Det samme gør sig gældende, hvis vilkårene for aftalens opfyldelse ændres væsentligt. Hvis der eksempelvis er stillet krav om, at leverandøren skal stille en bankgaranti ved kontraktens indgåelse, må det antages at ville have haft betydning for tilbudsafgivelsen, hvis dette i stedet ændres til, at leverandøren kan stille en moderselskabsgaranti.

⁹ Klagenævnets kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions mod Kystdirektoratet

Når der foretages en ændring, må ordregiver således vurdere, om ændringen enten ville have ført til, at andre tilbudsgivere ville have været interesserede i at deltage i udbuddet, hvis de havde kendt de ændrede vilkår, eller om kontrakten ville være tildelt en anden tilbudsgiver med de ændrede vilkår. Denne vurdering må derfor tage udgangspunkt i, hvordan konkurrencesituationen var, da udbuddet blev gennemført.

Ændringer, der hverken kan antages, at ville have betydet et andet felt af tilbudsgivere, eller kan antages, at ville have ført til et andet resultat af tildelingen, er ikke væsentlige.

Aftalen ændres i betydeligt omfang til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri

Hvis en ændring indebærer en udvidelse af aftalen til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt fremgik af udbudsmaterialet, afhænger det af udvidelsens karakter, om ændringen er væsentlig.

En ændring af kontraktens genstand kan både omfatte ændringer i kontraktens kvantitative omfang - altså mere af det samme - og ændringer i karakteren af ydelsen - altså noget andet.

Hvis udvidelsen ikke er betydelig, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.

Hvis kontraktens genstand ændres *betydeligt*, udgør dette derimod en væsentlig ændring.

Betingelsen om, at kontraktens genstand ikke må ændres betydeligt, skal ses i sammenhæng med bagatelgrænsen, som er beskrevet i afsnit 2.3. Hvis udvidelsen af kontrakten falder ind under bagatelgrænsen, vil udvidelsen ikke være betydelig.

Hvis udvidelsen derimod overstiger bagatelgrænsen, skal det vurderes, om udvidelsen er betydelig.

Hvornår en udvidelse er betydelig, afhænger bl.a. af den oprindelige kontrakts størrelse. Værdien af ændringen skal ses i forhold til værdien af den oprindelige kontrakt. Hvis værdien af ændringen er relativ lille i forhold til værdien af den samlede kontrakt, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.¹⁰

**Boks 2.4
Eksempel på en udvidelse af kontrakten, der ikke er betydelig i en kontrakt med lille værdi**

En kommune har udbudt en konsulentaftale om gennemførelse af en optimeringsproces i den kommunale forvaltning med en værdi på 1,5 mio. kr.

Undervejs i opgaven ønsker kommunen at udvide opgaven til også at omfatte vej- og parkafdelingen. Værdien af udvidelsen udgør 300.000 kr. svarende til 20 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

En sådan udvidelse af kontrakten er ikke betydelig og udgør efter styrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring af kontrakten, selvom udvidelsen udgør 20 pct. af den oprindelige kontraktværdi. Dette skyldes, at udvidelsen i absolutte tal er ubetydelig, at ændringsarbejdet er af en karakter, der også var omfattet af den oprindelige kontrakt, samt at det ikke kan antages, at ændringen isoleret set ville have haft betydning for interessen i at deltage i udbuddet.

¹⁰ Klagenævnets kendelse af 3. december 1998, Højgaard og Schultz m.fl. mod Ørestadsselskabet. Forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72 (2).

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at der ikke gælder en absolut grænse for, hvor stor en udvidelse kan være. Værdien af en udvidelse af kontrakten kan derfor godt overstige tærskelværdien uden at dette indebærer, at ændringen er væsentlig.¹¹

Hvor store ændringer, der kan foretages, vil bero på en konkret vurdering.

Hvis udvidelsen ligger inden for rammerne af det udbudte, eksempelvis fordi ændringen kan holdes inden for beskrivelsen af det udbudte i udbudsbekendtgørelsen, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.¹²

Hvis udvidelsen ikke kan antages at ville have ført til, at andre virksomheder ville have udtrykt interesse for kontrakten, taler dette også for, at ændringen ikke er væsentlig. I den forbindelse kan der skeles til kriterium nr. 1, som er beskrevet ovenfor på side 13 og fremefter.

Dette indebærer, at ved kontrakter med en stor værdi vil de ændringer, der kan foretages uden gennemførelse af et nyt udbud, være betydeligt større i absolutte tal, end hvis kontraktens værdi er lille.

Boks 2.5
Eksempel på en udvidelse af kontrakten, der ikke er betydelig i en kontrakt med stor værdi

En statslig myndighed har udbudt en kontrakt om opførelse af en bro til en værdi af 2 mia. kr.

Under anlægsarbejderne konstateres det, at jordarbejderne er væsentligt mere omfattende, end det fremgår af udbudsmaterialet, og der er behov for at udføre jordarbejder til en yderligere værdi af 50 mio. kr. svarende til 2,5 pct. af entreprisesummen. Entreprisen indeholdt i udbudsmaterialet jordarbejder til en værdi af 100 mio. kr.

En sådan udvidelse af kontrakten er ikke betydelig, og udgør efter styrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring af kontrakten, selvom værdien af ændringen overskrider tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder. Dette skyldes, at kontraktens værdi er meget betydelig, at ændringen kun udgør en ubetydelig del af den oprindelige kontrakts værdi, at ændringsarbejdet er af en karakter, der også var omfattet af den oprindelige kontrakt, samt at det ikke kan antages, at ændringen isoleret set ville have haft betydning for interessen i at deltage i udbuddet.

På den anden side er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at der i kontrakter med en lav værdi vil være mulighed for ændringer, der udgør en større andel af den oprindelige kontrakts værdi, end i kontrakter med en stor værdi. Det har også betydning, om udvidelsen vedrører samme type ydelser som den udbudte kontrakt, eller om udvidelsen vedrører noget helt andet.

Hvis udvidelsen vedrører ydelser, der allerede er indeholdt i kontrakten - altså mere af det samme - vil det primært være relevant at vurdere, om den kvantitative udvidelse ville have haft betydning for markedets interesse i kontrakten. Medmindre udvidelsen er meget stor, vil dette ofte ikke være tilfældet.

¹¹ Der findes ikke praksis, der understøtter denne opfattelse, og konklusionen er derfor usikker. Se dog EU-Domstolens dom af 22. april 2010, sag C-423/07, Kommissionen mod Spanien, og EU-Domstolens dom af 29. april 2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, som begge synes at forudsætte, at det er et moment, der taler med betydelig vægt for, at en ændring er væsentlig, hvis tærskelværdien er overskredet.

¹² Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 18. januar 2007 i EU-Domstolens sag Kommissionen mod Finland, sag C-195/04, betragtning 65-78.

Hvis udvidelsen derimod vedrører helt andre ydelser, skal det vurderes, om det ville have haft betydning for markedets interesse, at disse andre ydelser var indeholdt. Hvis udvidelsen vedrører ydelser, der er meget forskellige fra de ydelser, den udbudte kontrakt omfattede, skal det vurderes, om det reelt er et andet marked, udvidelsen henvender sig til. Hvis dette er tilfældet, vil der skulle mindre til, for at udvidelsen kan anses for væsentlig.

Boks 2.6
Hvilke forhold skal ordregivere se på, når det skal vurderes, om ændringen af kontraktens omfang er betydelig?

Er ændringens værdi betydelig set i forhold til kontraktens oprindelige værdi? Er dette ikke tilfældet, taler det for, at ændringen ikke er væsentlig.

Ville andre virksomheder have været interesseret i at byde på kontrakten, hvis ændringen havde været en del af udbuddet? Er dette ikke tilfældet, taler det for, at ændringen ikke er væsentlig.

Er ændringen omfattet af den overordnede beskrivelse af kontraktgenstanden i udbudsbekendtgørelsen? Er dette tilfældet, taler det for, at ændringen ikke er væsentlig.

Aftalens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren på en måde, der ikke var forudsat i det oprindelige udbudsmateriale

Ved vurderingen af, om aftalens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren, skal det vurderes, om ændringen indebærer økonomiske fordele for leverandøren, ud over det der var forudsat i den udbudte kontrakt.

Hvis ændringen alene sker til fordel for den ordregivende myndighed, er ændringen som udgangspunkt ikke væsentlig.¹³

Hvis ændringen sker til fordel for leverandøren på en måde, som ikke var forudsat i kontrakten, er ændringen som udgangspunkt væsentlig.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at hvis ændringen både indeholder fordele og ulemper for leverandøren, skal man se på den samlede effekt af ændringen, ved vurderingen af om kontraktens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren.¹⁴

Hvis ændringen både indebærer fordele og ulemper for leverandøren, bliver det derfor også afgørende, om de ulemper, som ændringerne medfører for leverandøren, overstiger eller i hvert fald eliminerer de fordele, leverandøren får, således at den samlede økonomiske balance i kontrakten ikke ændres til fordel for leverandøren. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis kravene til den ydelse, leverandøren skal levere, sænkes, men samtidig bliver det gjort sværere for leverandøren at opnå bonus.

Da det er den økonomiske balance i kontrakten, der ikke må ændres til fordel for leverandøren, indebærer ikke enhver fordel for leverandøren en væsentlig ændring. Hvis eksempelvis kontrakten ændres til at omfatte yderligere ydelser, udgør det ikke en væsentlig ændring af kontrakten, at leverandøren modtager betaling for disse ydelser og i den forbindelse også oppebærer en fortjeneste ved salget. Dette skyldes, at det allerede i kontrakten var forudsat, at

¹³ Se dog klagenævnets kendelse af 2. juli 1998, FRI mod Københavns Lufthavne, hvor klagenævnet fandt, at en ændring, der alene var til fordel for ordregiver, var i strid med udbudsreglerne. Se også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 13. marts 2008, i EU-Domstolens sag, Pressetext, sag C-454/06, betragtning 90, hvoraf det fremgår, at generaladvokaten fandt, at en prisreduktion til fordel for ordregiver godt kan udgøre en væsentlig ændring.

¹⁴ Der findes ikke praksis, der tager stilling til denne situation, og synspunktet er derfor forbundet med nogen usikkerhed.

leverandøren ville oppebære et vist dækningsbidrag på de ydelser, kontrakten oprindeligt omfattede.¹⁵

Men hvis dækningsbidraget for de yderligere ydelser overstiger leverandørens dækningsbidrag på de ydelser, som aftalen oprindeligt omfattede, ændres den økonomiske balance til fordel for leverandøren, og derved bliver ændringen væsentlig.

Boks 2.7
Hvad betyder det, at den økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren?

Hvis kontrakten samlet set bliver mere attraktiv for leverandøren, og leverandøren får lettere ved at tjene penge på kontrakten, ændres den økonomiske balance.

Ændringer i kontrakten, der indebærer et højere dækningsbidrag for leverandøren, eller indebærer, at leverandørens risici mindskes, eller at leverandøren får bedre mulighed for at opfylde kontrakten, er eksempler på ændringer, der alle kan medføre, at den økonomiske balance i kontrakten ændres til fordel for leverandøren.

Yderligere momenter der kan indgå i vurderingen af, om en ændring er væsentlig

Ud over de ovennævnte forhold er der en række yderligere momenter, der kan indgå ved vurderingen af, om en ændring er væsentlig.

Hvis behovet for ændringer skyldes eksterne forhold, som parterne ikke kunne tage i betragtning, da udbuddet blev gennemført, og som parterne ikke har indflydelse på, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.¹⁶

Dette kunne eksempelvis være, hvis Danmark overgik til euroen, og dette ikke havde været muligt at forudse, da kontrakten blev udbudt. I så fald ville det ikke indebære en væsentlig ændring at ændre afregningsvalutaen til euro. Et andet eksempel kunne være, at der blev indført lovændringer, der medførte en pligt for parterne til at ændre aftalen.

En forudsætning er dog, at ændringerne vitterligt skyldes uforudsete eksterne forhold. Den omstændighed, at ordregiver ombestemmer sig, eller at ordregivers behov forventeligt ændrer sig i løbet af aftaleperioden, kan ikke i sig selv føre til, at mulighederne for ændringer udvides. Hvis ordregiver kan forudse, at der kan opstå et behov for ændringer, bør der derfor indarbejdes ændringsklausuler i aftalen. Ændringsklausuler er nærmere omtalt i afsnit 3.

Den tid, der er forløbet fra kontraktens indgåelse, og indtil ændringen gennemføres, har også betydning for, om ændringen kan anses for væsentlig. Hvis ændringen sker lang tid efter kontraktindgåelse, er adgangen til ændringer større, end hvis ændringen sker umiddelbart efter kontraktindgåelse.¹⁷

Kontraktens kompleksitet har også betydning. Hvis der er tale om en kontrakt om komplekse ydelser, såsom it-ydelser eller en OPP-kontrakt, er adgangen til at foretage ændringer også større, end hvis der er tale om en kontrakt om levering af simple hyldevarer.¹⁸

¹⁵ Klagenævnets kendelse af 29. september 2003, Unicomputer mod Greve Kommune, og klagenævnets kendelse af 7. december 2010, GlaxoSmithKline mod SSI

¹⁶ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 57. Forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72 (1)(c)

¹⁷ EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 51. Kommissionens Grøn bog om OPP, KOM (2004) 327, pkt. 47

¹⁸ EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 51. Kommissionens Grøn bog om OPP, KOM (2004) 327, pkt. 47. EU Kommissionens fortolkningsmeddelelse om institutionelt OPP, C (2007) 6661, af 5. februar

Hvis ændringen sker som led i en ophævelse af kontrakten, er adgangen til ændringer også større, end hvis ændringen sker som led i den almindelige kontraktbehandling.

Boks 2.8
Eksempel på en ikke væsentlig ændring, der aftales som led i et forligsmæssigt ophør af kontrakten

En ordregiver har udbudt en kontrakt om udvikling og levering af et it-system, der skal give offentligheden digital adgang til en række offentlige registre. Herudover skal leverandøren efterfølgende hoste og drifte systemet i en femårig periode.

Leverandøren meddeler et år inde i udviklingsforløbet, at det ikke vil være muligt at levere systemet til tiden, ligesom omkostningerne til udvikling af systemet vil stige med 35 pct. Der er mellem parterne uenighed om, om årsagen hertil skyldes ordregiver eller leverandøren, og ordregiver ønsker derfor ikke at ophæve aftalen som misligholdt. Parterne indgår i stedet et forlig, hvorefter leverandøren skal levere et mindre avanceret, men væsentligt anderledes system end det udbudte. Systemet vil kunne opfylde visse af kravene til det udbudte system. Som et led i forliget nedsættes vederlaget til leverandøren.

En sådan ændring er efter styrelsens opfattelse ikke væsentlig, da ændringen sker med henblik på at bringe kontraktforholdet til ophør og som alternativ til en voldgiftssag. Derimod vil det udgøre en væsentlig ændring, hvis ordregiver som led i forliget indgår aftale med leverandøren om at købe de servere, som systemet skulle være hostet på, da dette ikke er nødvendigt for at bringe aftalen til ophør.

Ordregiver kan således vælge som alternativ til et retsligt opgør at bringe kontrakten til ophør og i den forbindelse forligsmæssigt indgå en aftale med leverandøren om, at ydelserne i kontrakten skal leveres i mindre omfang og over en kortere periode end oprindeligt aftalt, og at det oprindelige vederlag følgelig også reduceres. Tilsvarende kan en ordregiver uden at overtræde udbudsreglerne indgå sådanne accessoriske aftaler med leverandøren, som har til formål at bringe kontrakten til ophør inden for en passende kort periode.¹⁹

De ændringer, som ordregiver aftaler med leverandøren, må dog ikke gå videre end nødvendigt for at bringe kontrakten til ophør. Eksempelvis kan ordregiver ikke aftale at købe andre ydelser fra leverandøren som et alternativ til de ydelser, den ophævede kontrakt omfattede, hvis dette ikke er nødvendigt i forhold til at bringe kontraktforholdet til ophør.

Boks 2.9
Hvilke andre forhold taler for, at ændringen ikke er væsentlig?

Hvis ændringen skyldes eksterne forhold, som parterne ikke kunne tage højde for ved udbuddet af kontrakten, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.

Hvis ændringen sker længe efter, at kontrakten er indgået, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.

Hvis kontrakten er kompleks, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.

Hvis ændringen sker som led i en ophævelse af kontrakten, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig.

2008, afsnit 3. KFST vejledning om udbudsdirektivet pkt. 11.5. Kommissionens afgørelse i London Underground OPP, C (2002) 3578, pkt. 102

¹⁹ Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne mod Rigspolitiet

2.5 Ændringer af ydelsens omfang eller karakter

Ændringer i den udbudte kontrakts kvantitative omfang - dvs. mere af det samme - eller ændringer i den udbudte kontrakts kvalitative omfang - dvs. noget andet - vil som altovervejende hovedregel kunne opgøres i en økonomisk værdi.

Afgørende for, om ændringen kan ske inden for bagatelgrænsen, vil derfor være - ud over ændringens værdi - om aftalen grundlæggende ændrer karakter som følge af ændringen.

Hvis der er tale om en kvantitativ udvidelse inden for de grænser, der er beskrevet i afsnit 2.3, vil udvidelsen efter styrelsens opfattelse ikke udgøre en grundlæggende ændring af kontrakten. En kvantitativ ændring, der ligger inden for bagatelgrænsen, vil derfor ikke være væsentlig.

Hvis der derimod er tale om en kvalitativ ændring, hvor der enten skal leveres *noget andet i stedet for* eller som *supplement* til den ydelse, den udbudte kontrakt beskriver, vil det afhænge af en konkret vurdering, om kontrakten grundlæggende ændrer karakter. Hvis ikke kontrakten grundlæggende ændrer karakter, vil en kvalitativ udvidelse inden for bagatelgrænsen ikke være væsentlig. Der henvises i den forbindelse til side 12 i denne vejledning.

Hvis ændringen indebærer, at der skal leveres *mindre*, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at dette som udgangspunkt ikke udgør en væsentlig ændring. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor en reduktion af kontrakten er så betydelig, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter. Dette vil være tilfældet, hvis kontrakten reduceres så betydeligt, at det reelt er et andet leverandørmarked, den reducerede kontrakt henvender sig til. I så fald vil en reduktion af kontrakten også udgøre en væsentlig ændring.

Hvis udvidelsen ikke falder inden for bagatelgrænsen, bliver det afgørende, om udvidelsen er betydelig. Hvis udvidelsen ligger over bagatelgrænsen, men ikke kan anses for betydelig, er ændringen ikke væsentlig. Det er nærmere beskrevet på side 15, hvornår en udvidelse er betydelig.

Boks 2.10 Eksempel på en ændring af ydelsens omfang, der ikke er væsentlig

En kommune har udbudt en aftale om rengøring af alle børnehaver i kommunen. Kommunen opfører efter kontraktindgåelse en ny børnehave og ønsker, at også rengøring i denne børnehave skal varetages af den leverandør, der vandt udbuddet af rengøringsopgaven.

En sådan ændring er efter styrelsens opfattelse ikke væsentlig.

2.6 Ændringer af prisen

Hvis værdien af prisændringen ligger inden for bagatelgrænsen, vil ændringen efter styrelsens opfattelse ikke være væsentlig. Dette gælder både i det tilfælde, at prisændringen sker til fordel for leverandøren - dvs. hvis prisen sættes op - og hvis prisændringen sker til fordel for ordregiver - dvs. hvis prisen sættes ned. Der henvises til afsnit 2.3 for en nærmere redegørelse for, hvornår en ændring er omfattet af bagatelgrænsen.

Ændringer i prisen vil efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke indebære en grundlæggende ændring af kontrakten, hvis værdien af prisændringen ligger inden for bagatelgrænsen. Værdien af prisændringen fremkommer som forskellen på vederlaget til leverandøren før og efter prisændringen. Ved værdifastsættelsen af prisændringen skal beregningen ske på samme måde som anvendes ved beregning af kontraktens værdi, når det skal vurderes, om værdien af en kontrakt overstiger tærskelværdien. Der henvises i den forbindelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne.

Hvis værdien af prisændringen ikke ligger inden for bagatelgrænsen, er det afgørende, om prisændringen sker til fordel for ordregiver eller til fordel for leverandøren.

Hvis prisændringen sker til fordel for leverandøren, vil en prisændring med en værdi ud over bagatelgrænsen som udgangspunkt være væsentlig.²⁰

Ændringer af prisen ud over bagatelgrænsen, der sker til fordel for ordregiver, vil i visse tilfælde kunne ske, uden at dette udgør en væsentlig ændring.²¹ Dette forudsætter dog, at leverandøren ikke får andre indrømmelser, der samlet set fører til, at den økonomiske balance forrykkes til fordel for leverandøren. Leverandøren vil nemlig ofte kræve noget igen, hvis der skal indrømmes ordregiver en fordel.

Samtidig forudsætter det, at prisnedsættelsen ikke indebærer, at leverandøren derved opnår en mere gunstig konkurrencemæssig position i forhold til resten af markedet.

Eksempelvis kunne det være, at leverandøren tilbyder ordregiver en rabat på køb på en rammeaftale, hvis ordregiveren på sin side forpligter sig til at foretage alle sine indkøb hos den pågældende leverandør og måske endda forpligter sig at aftage en vis mængde varer.

Hvis den udbudte rammeaftale ikke var eksklusiv for leverandøren og med en aftageforpligtelse for ordregiveren, vil en sådan ændring forrykke den økonomiske balance i aftalen til fordel for leverandøren, selvom leverandøren tilbyder en rabat. Dette skyldes, at den afsætningsrisiko, der ellers var for leverandøren, bliver elimineret. En sådan ændring kan derfor være væsentlig, selvom en del af ændringen - nemlig rabatten - sker til fordel for ordregiver.

Boks 2.11
I hvilke tilfælde er en prisændring ikke væsentlig

En prisændring er ikke væsentlig hvis:

- » Prisændringen ligger under bagatelgrænsen, eller
- » Prisændringen sker til fordel for ordregiver, og prisændringen ikke fører til, at leverandøren opnår en mere gunstig konkurrencemæssig position i forhold til det øvrige marked.

Hvis ikke der i kontrakten er indsat bestemmelser, der eksplicit regulerer adgangen til at ændre priserne i kontraktens løbetid, kan priserne som udgangspunkt ikke ændres ud over de ovennævnte tilfælde. Dette gælder også, selvom ændringerne skyldes udefrakommende omstændigheder, såsom eksempelvis stigning i råvarepriserne.

Dette kan medføre en række ulemper, idet tilbudsgiverne enten vil lægge en betydelig risikomargin oven i priserne for at dække risikoen for prisstigninger, eller også risikerer ordregiver at gå glip af prisfald hos leverandøren. Det anbefales derfor, at ordregiver indsætter bestemmelser om prisregulering i kontrakten. Ændringsklausuler vedrørende prisen er nærmere omtalt i afsnit 3.4.

²⁰ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 61, og EU-Domstolens dom af 29. april, sag C-496/99, Succhi di Frutta, præmis 111. Se også Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune.

²¹ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 37.

2.7 Ændringer af kontraktpart og underleverandører

I tilfælde af, at en af parterne ønsker at overdrage kontrakten til en anden juridisk enhed, skal det vurderes, om dette udgør en væsentlig ændring. Det samme gælder, hvis leverandøren ønsker at lade dele af kontrakten udføre af andre underleverandører.

Der findes ingen bestemmelse i de nuværende udbudsregler, der konkret tager stilling til denne situation, og der er relativt få domme og kendelser, der berører spørgsmålet. Gennemgangen i det følgende er derfor udtryk for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurdering af, hvad der må gælde i en situation, hvor en kontraktpart skiftes ud. Til udarbejdelsen af denne vurdering har styrelsen hentet inspiration i det nye udbudsdirektiv, der forventes vedtaget i starten af 2014, og hvis indhold der blev opnået politisk enighed om i juli 2013.²²

Udskiftningen af en kontraktpart betragtes som udgangspunkt, som en væsentlig ændring.²³ Der kan dog ske en overdragelse af kontrakten fra leverandøren til en anden juridisk enhed i en række situationer, uden at dette udgør en væsentlig ændring.²⁴ Fælles for alle disse situationer er dog to krav:

- » Den nye juridiske enhed skal opfylde de krav, der oprindeligt blev stillet til tilbudsgivernes egnethed
- » Der må ikke foretages andre væsentlige ændringer i kontrakten

Overdragelse af ejerandele

For det første udgør overdragelse af ejerandele i den private leverandør ikke en væsentlig ændring.²⁵ Hvis den private leverandør eksempelvis er et kapitalsekskab, kan ejerandelene heri frit overdrages, uden at dette udgør en væsentlig ændring af kontrakten. Det samme gælder efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, hvis leverandøren ikke er et kapitalsekskab, men eksempelvis en personligt drevet virksomhed eller et interessentskab.

Selskabsretlige omstruktureringer

For det andet udgør selskabsretlige omstruktureringer ikke en væsentlig ændring.²⁶

Hvis kontrakten eksempelvis er indgået med et selskab, som er moderselskab til et andet selskab, vil overdragelse fra moderselskabet til datterselskabet ikke udgøre en væsentlig ændring, såfremt moderselskabet i tilstrækkelig grad forsikrer ordregiveren om, at ændringen udelukkende er udtryk for en intern omstrukturering. En sådan forsikring kunne eksempelvis være:

- » At datterselskabet er 100 pct. ejet af moderselskabet
- » At moderselskabet har instruktionsbeføjelser over datterselskabet
- » At der foreligger en aftale om overførsel af indtægter og tab mellem moder- og datterselskab
- » At moder- og datterselskab hæfter solidarisk
- » Og at der ikke foretages væsentlige ændringer i den offentlige kontrakt

²² Se forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD).

²³ Se EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 40, samt forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 4, litra d.

²⁴ Denne opfattelse finder støtte i forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 1, litra d.

²⁵ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 51-52.

²⁶ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 44. forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72 (1).

Det samme gælder, hvis der er tale om overdragelse af kontrakten som følge af andre selskabsretlige omstruktureringer, såsom fusioner og spaltninger. Det er også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at selskabsretlige omstruktureringer, hvorved den private kontraktpart eksempelvis omdannes fra et anpartsselskab til et aktieselskab vil kunne ske, uden dette udgør en væsentlig ændring. I disse situationer følger det af selskabsloven, at der sker universalsuccession, hvilket vil sige, at det nye selskab indtræder i alle det gamle selskabs rettigheder og forpligtelser.

Virksomhedsoverdragelse

For det tredje udgør det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring, hvis kontrakten overdrages som led i en virksomhedsoverdragelse af alle virksomhedens aktiver. Det er dog en forudsætning, at overdragelsen sker som led i en samlet overdragelse af virksomheden og ikke kun af den enkelte kontrakt. Herved kommer virksomhedsoverdragelsen til at minde om en fusion.

Overdragelse af en del af en virksomhed kan også tillades på betingelse af, at den solgte andel af virksomheden udgør et selvstændigt forretningsområde, der kan udskilles som en selvstændig virksomhed. Det er dog en betingelse, at der er tale om en reel virksomhedsoverdragelse med dertilhørende overførsel af ejerskab over en del af den oprindelige virksomheds aktiver .

Konkurs

For det fjerde udgør det efter styrelsens opfattelse i visse tilfælde ikke en væsentlig ændring, hvis kontrakten overdrages til en ny leverandør i forbindelse med den oprindelige leverandørs konkurs.²⁷

Hvis konkursboet for eksempel i medfør af konkurslovens regler indtræder i aftaleforholdet, udgør det efter styrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring, hvis boet udnytter denne ret. Konkursboet vil dog ofte ikke ønske at indtræde og videreføre aftalen, da dette medfører, at krav mod boet bliver massekrav.

Det er også styrelsens opfattelse, at boet under visse forudsætninger også vil kunne overdrage aftalen til en ny kontraktpart, uden at dette udgør en væsentlig ændring.²⁸

Det er ligeledes styrelsens opfattelse, at ordregiver uden boets mellemkomst under visse forudsætninger vil kunne overdrage kontrakten til en ny kontraktpart, uden dette udgør en væsentlig ændring.²⁹

I begge tilfælde, vil det være et krav, at den nye leverandør opfylder de oprindelige krav til egnethed og at der ikke er tale om omgåelse af udbudsreglerne. I praksis vil der ofte være

²⁷ Dette er ligeledes afspejlet i forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 1, litra d.

²⁸ Der foreligger ikke retspraksis fra EU-Domstolen, de danske domstole eller Klagenævnet for Udbud herom, og det er derfor uafklaret, hvilken mulighed boet har for at overdrage aftalen. Praksis fra en række andre EU-lande viser, at boets overdragelse af en kontrakt anses som en væsentlig ændring, jf. Treumer i UfR 2013.409B. Praksis fra Klagenævnet for Udbud indikerer dog, at klagenævnet generelt har en mere lempelig tilgang, når kontraktforholdet er nødlidende, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af af 3. november 2011, Finn Frogne mod Rigspolitiet og kendelse af af 8. april 2013, Dojo Software mod Region Nordjylland. Det har endvidere støtte i forslaget til det nye udbudsdirektiv, at kontrakten kan overdrages i tilfælde af konkurs, jf. forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 1, litra d.

²⁹ Der findes ikke praksis fra EU-Domstolen, de danske domstole eller Klagenævnet for Udbud der tager stilling til dette spørgsmål, og det er derfor uafklaret, om kontrakten kan overdrages som følge af leverandørens konkurs. Der henvises til ovenstående fodnote.

behov for at foretage ændringer af en kontrakt udover selve overdragelsen til en ny leverandør. Dette gælder især i byggesager, hvor eksempelvis tidsplan og risikoen for allerede leverede arbejder nødvendiggør en vis genforhandling af kontraktvilkårene. Spørgsmålet opstår derfor, hvorvidt sådanne ændringer også er tilladte i konkurssituationer.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at der vil være en videre adgang til at foretage ændringer af kontrakten, hvis det som følge af konkursen ikke er muligt at videreføre kontrakten på de oprindelige vilkår.³⁰ Dette kunne eksempelvis være tilfældet, såfremt tidsplanen i en entreprise bliver forsinket som følge af konkursens indtræden. I dette tilfælde vil det som udgangspunkt være tilladt at ændre tidsplanen, så der tages højde for den forsinkelse der er forårsaget af konkursen.

Ved vurderingen heraf kan indgå overvejelser om samfundsmæssigt spild ved at kontrakten skal genudbydes som følge af konkursen.

Det skal dog understreges, at der ikke er ubegrænset adgang til at foretage ændringer. Ændringerne skal være en direkte følge af konkursen og må ikke gå længere end, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med det oprindelige udbud.

Som udgangspunkt udgør udskiftning af leverandøren i andre end de ovennævnte tilfælde en væsentlig ændring. Dette indebærer, at ordregiver ikke er frit stillet i forhold til at acceptere, at den private part ønsker at overdrage sine rettigheder og forpligtelser i henhold til aftalen til en anden part.³¹

Begrænsningen omfatter kun en fuldstændig overdragelse af leverandørens rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten. En delvis overdragelse af leverandørens rettigheder - såkaldt kreditorkifte - som efter dansk rets almindelige regler kan ske uden samtykke fra debitor, udgør således ikke en væsentlig ændring.

Leverandøren kan eksempelvis, medmindre det modsatte fremgår af kontrakten, overdrage fordringerne på betaling af købesummen til sin bank eller lignende i form af et factoringarrangement, uden at dette er at anse som en væsentlig ændring.

Boks 2.12
Hvornår er udskiftning af leverandøren ikke en væsentlig ændring?

Udskiftning af leverandøren er efter styrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring hvis:

- » Der alene sker overdragelse af ejerandele i leverandørselskabet.
- » Overdragelsen sker som led i en selskabsretlig omstrukturering, og den virksomhed der overtager kontrakten, opfylder egnethedskravene.
- » Overdragelsen sker som led i en virksomhedsoverdragelse af alle leverandørens aktiver eller et selvstændigt forretningsområde, og den virksomhed der overtager kontrakten, opfylder egnethedskravene.
- » Overdragelsen sker som følge af leverandørens konkurs og den virksomhed, der overtager kontrakten, opfylder egnethedskravene

³⁰ Der findes ikke praksis, der tager stilling til denne situation, og synspunktet er derfor uafklaret, i hvilket omfang konkurssituationen udvider rummet for ændringer. Alternativt kan det overvejes, om undtagelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra c, om tvingende grunde som følge af uforudsigelige omstændigheder kan anvendes. Se i den forbindelse klagenævnets kendelse af 8. april 2013, Dojo Software mod Region Nordjylland.

³¹ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 40, samt forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 4, litra d.

Udskiftning af underleverandør

Et særligt spørgsmål er, om udskiftning af underleverandører udgør en væsentlig ændring.

Udgangspunktet er, at udskiftning af en underleverandør ikke udgør en væsentlig ændring. Dette skyldes, at udskiftning af en underleverandør ikke indebærer en udskiftning af kontraktpart, da ordregiver ikke har et direkte aftaleforhold med underleverandørerne.

Der kan dog være tilfælde, hvor udskiftning af en underleverandør kan udgøre en væsentlig ændring. Hvis det har været afgørende for leverandørens mulighed for at få tildelt kontrakten, at leverandøren anvendte en bestemt underleverandør, vil det udgøre en væsentlig ændring, hvis underleverandøren udskiftes.³²

Hvis eksempelvis den underleverandør, som tilbudsgiveren i sin ansøgning eller tilbud har anført vil udføre opgaven, besidder helt særlige kompetencer inden for sit område eller har eksklusive rettigheder til den tilbudte løsning, og dette har haft betydning for leverandørens mulighed for at få tildelt kontrakten, ville leverandøren ikke blot have kunnet anføre en anden underleverandør i ansøgningen eller tilbuddet. I så fald ville leverandørens tilbud have været væsentligt anderledes. Udskiftningen af en underleverandør i sådanne tilfælde vil udgøre en væsentlig ændring.

Hvis ordregiver har tildelt flere parallelle rammeaftaler om samme ydelse, vil det normalt ikke udgøre en væsentlig ændring at udskifte en underleverandør. Dette skyldes, at det i denne situation ville have været muligt at få tildelt kontrakten, også selvom der blev anvendt en anden underleverandør, medmindre alle leverandører har anvendt den samme underleverandør.

Ud over sådanne helt særlige tilfælde vil udskiftning af en underleverandør ikke udgøre en væsentlig ændring.

Ændring i sammensætningen af et konsortium

En anden særlig problemstilling er, i hvilket omfang der kan ske ændringer i sammensætningen af et konsortium.

Som udgangspunkt gælder de samme regler for ændringer i konsortiers sammensætning, som der gælder for udskiftning af andre leverandører. Det vil sige, at ændring af et konsortiums sammensætning er at anse som udskiftning af leverandøren. Dette skyldes, at et konsortium ikke er en selvstændig juridisk enhed, og at ordregiver derfor indgår kontrakten direkte med alle konsortiedeltagerne.

Som udgangspunkt udgør ændringer i konsortiets sammensætning i andre end de ovennævnte tilfælde en væsentlig ændring.³³

Da et konsortium er sammensat af mindst 2 deltagende virksomheder, vil der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse dog også være situationer, hvor ændringer i sammensætningen efter en konkret vurdering kan tillades netop som følge af at et konsortium består af flere deltagende virksomheder, der udbudsretligt skal betragtes som en enhed. I modsat fald ville både konsortium og ordregiver i praksis blive stillet urimeligt ringe.

³² EU-Domstolens dom af 13. april 2010, C-91/08, Wall, præmis 39.

³³ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 40, forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 4, litra d.

Således vil selv en mindre ændring i sammensætningen af et konsortium formelt set udgøre en ændring af konsortiet. Det er dog ikke ubetinget, at denne mindre ændring i alle tilfælde skal sidestilles med udskiftning af kontraktpart i en kontrakt med en enkeltstående virksomhed, hvis ændringen reelt ikke påvirker konsortiet som helhed.

Der kan således fx forekomme den særlige situation, at et medlem af et konsortium ønsker at udtræde, uden at der indtræder andre virksomheder i stedet for. Hvis dette er tilfældet, udgør det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring, forudsat konsortiet også ville opfylde kravene til egnethed uden den udtrædende konsortiedeltager.

Svaret på hvilke ændringer der lovligt kan foretages er komplekst, og vil ofte bero på en konkret vurdering af flere forhold, herunder fx karakteren og omfanget af den ønskede ændring, tidspunktet, årsagerne til den ønskede ændring, og på hvilken måde de ønskede ændringer vil påvirke kontrakten med ordregiver og konsortiets evne til at opfylde kontrakten - herunder om konsortiet fortsat besidder de økonomiske og/eller tekniske ressourcer, der evt. måtte være tillagt betydning under udbudsprocessen.

2.8 Ændringer af kontraktens varighed samt tidsplan

Hvis en kontrakt er tidsbegrænset, udgør det ikke en ændring at lade kontrakten fortsætte med at løbe.³⁴

Hvis der i kontrakten er indsat en bestemmelse om uopsigelighed i en vis periode, udgør det som udgangspunkt ikke en væsentlig ændring at forlænge uopsigeligheden, hvis ikke der er konkrete holdepunkter, der taler for, at ordregiver ville have opsagt kontrakten ved uopsigelsesperiodens udløb.³⁵ Forudsat bestemmelsen om uopsigelighed ikke systematisk bliver forlænget, er det således ikke noget problem at forlænge en uopsigelsesperiode.

Ordregiver skal være opmærksom på, at rammeaftaler omfattet af udbudsdirektivet som udgangspunkt højst kan have en varighed på fire år, og syv år for rammeaftaler omfattet af forsvarsdirektivet. Dette indebærer også, at en rammeaftale ikke må være tidsbegrænset.³⁶

Boks 2.13 Eksempel på en ændring af kontraktens varighed der ikke er væsentlig

I en offentlig aftale uden en fast udløbsdato er fastsat, at kontrakten er uopsigelig fra parternes side i de første to år, hvorefter den kan opsiges med seks måneders varsel.

Efter to år aftaler parterne, at kontrakten også de næste to år skal være uopsigelig. Aftalen har hidtil forløbet uden problemer, og der er intet der indikerer, at parterne ønsker at opsige aftalen ved uopsigelsesperiodens ophør.

En sådan ændring er efter styrelsens opfattelse ikke væsentlig.

Hvis kontrakten er tidsbegrænset, udgør det som udgangspunkt en væsentlig ændring, såfremt ordregiver forlænger kontrakten, uden dette beror på en option om forlængelse, der var en del af den udbudte kontrakt.³⁷

³⁴ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 74. Kontrakter bør dog normalt ikke have en varighed, som er længere, end der er sagligt behov for.

³⁵ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetext, præmis 79. Det skal dog bemærkes, at pressetext sagen vedrører en særlig situation, hvor kontrakten var indgået, inden Østrig blev medlem af EU og efterfølgende havde løbet i en betydelig årrække.

³⁶ Klagenævnets kendelse af 27. april 2006, Unicomputer mod SKI.

Der er dog tilfælde, hvor det ikke vil udgøre en væsentlig ændring at forlænge kontrakten, selvom kontrakten er tidsbegrænset og ikke indeholder en option på forlængelse.

For det første vil det efter styrelsens opfattelse ikke udgøre en væsentlig ændring, hvis værdien af forlængelsen af kontrakten falder under bagatelgrænsen som nærmere redegjort for i afsnit 2.3.

Hvis ændringen består i en forlængelse af kontrakten, vil værdien skulle opgøres som den yderligere betaling, der skal ske til leverandøren i den periode, kontrakten forlænges med. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at en forlængelse af kontrakten, der har en værdi, der ligger under bagatelgrænsen, ikke vil udgøre en grundlæggende ændring af kontrakten.

For det andet er det Konkurrence og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at det ikke nødvendigvis vil udgøre en væsentlig ændring at forlænge kontrakten, selv hvis værdien overstiger bagatelgrænsen, hvis behovet for at forlænge kontrakten skyldes³⁷:

1. eksterne forhold som ordregiver ikke har kunnet forudse, og
2. kontrakten ikke forlænges for en periode, der går ud over, hvad der er nødvendigt, og
3. hvis en forlængelse af kontrakten er nødvendig, eksempelvis for at opretholde forsynings-sikkerheden for ydelser, der kun svært kan undværes.

Det vil således bero på en konkret vurdering, om forlængelse af en tidsbegrænset kontrakt uden option på forlængelse indebærer en væsentlig ændring.

Boks 2.14
Hvilke forhold taler for, at forlængelse af en tidsbegrænset kontrakt ikke er væsentlig?

Hvis ordregiver i god tid før udløbet af den igangværende kontrakt har igangsat et udbud med henblik på indgåelse af en ny kontrakt, før den nuværende kontrakt udløber, udgør det som udgangspunkt ikke en væsentlig ændring, hvis ordregiver som følge af uforudsete forhold i forbindelse med udbuddet ikke kan nå at indgå en ny kontrakt, inden den igangværende kontrakt udløber. Sådanne uforudsete forhold kan eksempelvis være:

- » Der modtages ingen tilbud eller ingen forskriftsmæssige tilbud.
- » Der foreligger en saglig grund til at aflyse udbuddet og gennemføre et nyt udbud.
- » Der indgives klage over udbudsprocessen.
- » Der opstår andre uforudsete forhold, som ordregiver ikke kunne tage højde for ved tilrettelæggelse af udbuddet.

Hvis det som følge af uforudsete eksterne forhold er uhensigtsmæssigt at gennemføre et udbud, når den igangværende kontrakt udløber, vil det som udgangspunkt ikke udgøre en væsentlig ændring at forlænge den igangværende kontrakt med en kortere periode. Dette kan eksempelvis skyldes, at lovgrundlaget for levering af den pågældende ydelse står over for en revidering, og det derfor er uhensigtsmæssigt at igangsætte et udbud, før lovgrundlaget ligger fast. I dette tilfælde vil ordregiver kunne aftale med den nuværende leverandør, at kontrakten forlænges, indtil et udbud hensigtsmæssigt kan gennemføres.

³⁷ Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland m.fl. KFST udtalelse af 13. november 2008.

³⁸ Der findes ikke praksis, der direkte tager stilling til, om en forlængelse i sådanne tilfælde kan ske, uden dette udgør en væsentlig ændring. Fortolkningen kan dog finde støtte i udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra c, om udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Se i den forbindelse klagenævnets kendelse af 8. april 2013, Dojo Software mod Region Nordjylland. Det er Konkurrence og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at der gælder mindre restriktive krav i forhold til muligheden for at forlænge en allerede eksisterende kontrakt i de nævnte tilfælde end der gælder for anvendelsen af udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra c, herunder i forhold til kravet om at årsagen ikke må kunne tilskrives ordregiver.

Der vil ofte være indeholdt en tidsplan for levering af ydelsen i det udbudsmateriale, der danner grundlag for konkurrenceudsættelsen. Ændringer i tidsplanen, som er til fordel for leverandøren, eksempelvis fordi leverandøren får længere tid til at udføre en given opgave, eller fordi opgavens start- eller sluttidspunkt udskydes, medfører, at den økonomiske balance i kontrakten ændres til fordel for leverandøren. Ændringer i tidsplanen til fordel for leverandøren, som ikke har hjemmel i kontrakten, udgør derfor som udgangspunkt en væsentlig ændring.³⁹

Hvis ændringen i tidsplanen alene indebærer en mindre udskydelse til fordel for leverandøren, og kontrakten har en betydelig varighed, er det dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at tidsplanen kan udskydes til fordel for leverandøren, uden dette indebærer en væsentlig ændring.

Hvis udskydelsen skyldes udefrakommende forhold, eksempelvis fordi udbudsprocessen er blevet forsinket, er det ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at en parallelforskydning af tidsplanen vil kunne ske uden nyt udbud, selvom udskydelsen sker umiddelbart efter kontraktindgåelse.⁴⁰

Boks 2.15
Eksempel på en ændring af tidsplanen der ikke er væsentlig

En ordregiver har udbudt et byggeri med byggestart den 1. januar 2012 og aflevering af byggeriet den 1. januar 2014. I henhold til udbudstidsplanen skulle kontrakten indgås den 31. oktober 2011. Som følge af forsinkelse i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, underskrives kontrakten først den 31. december 2011.

En parallelforskydning af tidsplanen, hvorefter byggestart udskydes til 1. marts 2012, og aflevering udskydes til 1. marts 2014, udgør ikke en væsentlig ændring.

2.9 Ændringer af risikofordelingen

Ved ændringer af risikofordelingen forstås, at forhold, som den ene part bærer risikoen for i henhold til kontrakten, overlades til den anden parts risiko.

Boks 2.16
Eksempler på ændring af risikofordelingen

Det er aftalt, at leverandøren i en kontrakt om vedligeholdelse af autoværn langs motorvejen modtager en fast betaling, som bl.a. omfatter en forpligtelse til at genoprette autoværn efter trafikulykker. I dette tilfælde bærer leverandøren risikoen for antallet af skader på autoværnet som følge af trafikulykker og har indregnet dette i sin pris. Hvis parterne aftaler, at den ordregivende myndighed skal betale for den faktiske mængde arbejde, overtager ordregiver risikoen for antallet af skader som følge af trafikulykker. Dette vil indebære en ændring af risikofordelingen.

Det er endvidere aftalt, at leverandøren skal betale bod ved forsinket udførelse af opgaven, også i tilfælde af at forsinkelsen skyldes tredjemands forhold. Hvis parterne aftaler, at leverandørens forsinkelse ikke udløser bod, hvis forsinkelsen skyldes tredjemands forhold, vil dette også indebære en ændring af risikofordelingen.

³⁹ Det er fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at forbehold over for tidsplanen i forbindelse med tilbudsafgivelse er at anse som forbehold over for et grundlæggende element, som dermed gør tilbuddet ukonditionsmæssigt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 16. december 2008, Elindco Byggefirma A/S mod Universitets- og Byggestyrelsen, klagenævnets kendelse af 11. november 2009, Yding A/S mod Viborg Kommune, og klagenævnets kendelse af 18. oktober 2011, Jytas A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen. Dette indebærer efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at det som udgangspunkt også vil være en væsentlig ændring at ændre tidsplanen til fordel for leverandøren efter kontraktindgåelse.

⁴⁰ Klagenævnets kendelse af 10. juli 2013, ATKI ApS m.fl. mod Rigspolitiet.

Hvis en ændring af risikofordelingen kan opgøres som en økonomisk værdi, vil en ændring af risikofordelingen ikke være væsentlig, hvis ændringen ligger under bagatelgrænsen. Der henvises i den forbindelse til afsnit 2.3.

En ændring af risikofordelingen kan føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter. Hvis kontrakten eksempelvis er en koncessionskontrakt - dvs. en kontrakt, hvor vederlaget består i retten til at udnytte en tjenesteydelse eller et bygge- og anlægsarbejde, og hvor den økonomiske risiko forbundet med udnyttelsen heraf påhviler leverandøren - vil det udgøre en grundlæggende ændring af kontrakten, hvis ordregiver påtager sig den økonomiske risiko, som oprindeligt lå hos leverandøren.

Ændringer af risikofordelingen til fordel for leverandøren, som ikke er omfattet af bagatelgrænsen, vil næsten altid være væsentlige, da den økonomiske balance forrykkes til fordel for leverandøren.

Hvis ændringen af risikofordelingen derimod alene sker i ordregivers favør, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at ændringen ikke vil være væsentlig.

Man skal dog være opmærksom på, at enhver ændring af en kontrakt kræver samtykke fra samtlige parter, og at det normalt ikke vil være gratis at vælte risiko over på leverandøren. Hvis ordregiver derfor skal betale for, at leverandøren påtager sig en yderligere risiko, kan dette udgøre en væsentlig ændring som nærmere beskrevet på side 17 og side 21.

2.10 Anvendelse af udbud med forhandling ved ændringer af indgåede kontrakter

Der er også mulighed for at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse til justering af en kontrakt. Muligheden eksisterer for både køb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver.⁴¹

Betingelserne for anvendelse af denne mulighed er ikke helt de samme for varekøb, som for tjenesteydelser og bygge- og anlæg. Ved varekøb kan ordregiveren uden udbud gå til sin hidtidige leverandør, når der er tale om supplerende leverancer, der ikke var omfattet af den oprindelige aftale. Der følger dog visse krav til anvendelsen af denne mulighed:

- » Den supplerende leverance er til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller udvidelse af allerede foretagne leveringer, og
- » et leverandørskifte ville medføre, at ordregiver skulle købe udstyr, som pga. en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder, og
- » løbetiden for kontrakten om den supplerende leverance må ikke overstige 3 år.

Ved tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver kan ordregiveren uden udbud gå til sin hidtidige leverandør, når der er tale om supplerende ydelser, der ikke var omfattet af den oprindelige aftale, og som på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for udførelsen af tjenesteydelserne eller arbejderne.

Der følger dog visse krav til anvendelsen af denne mulighed:

- » At den supplerende ydelse er blevet nødvendig for udførelsen af den oprindelige ydelse på grund af uforudsete omstændigheder, og

⁴¹ Se direktiv 2004/18/EF artikel 31, stk. 2, litra b for varekøb og artikel 31, stk. 4, litra a for bygge- og anlægsopgaver.

-
- » at ydelsen ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige ydelse uden væsentlige ulemper for udbyderen, eller at ydelsen, selvom den kan adskilles fra den oprindelige ydelse, er blevet absolut nødvendig af hensyn til den fuldstændige gennemførelse af den oprindelige aftale.

Den supplerende ydelse må samtidig ikke overstige 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.

Boks 2.17
Eksempel på tilladt supplerende leverance

Eksempler fra bygge- og anlægsområdet vil typisk dreje sig om tilfælde, hvor der under et bygge- og anlægsarbejde opstår et problem, som man ikke har taget højde for ved planlægningen af byggeriet.

Dette kan for eksempel være problemer med byggeriets fundament, der først bliver opdaget, når arbejdet med selve fundamentets opførelse igangsættes.

Bestemmelsen om supplerende vareindkøb er derfor noget lettere at anvende end bestemmelsen om supplerende tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver, idet behovet for at supplere et vareindkøb ikke behøver at være uforudset, ligesom der heller ikke er en grænse på 50 pct. af den oprindelige kontrakt.

Begge bestemmelser er dog undtagelser til hovedreglen om udbudspligt, og skal derfor fortolkes indskrænkende. Det betyder, at de kun kan anvendes, når der ikke er tvivl om, at betingelserne for undtagelserne er opfyldt.

Kapitel 3

Ændringer i *medfør* af kontrakten

3.1 Hvornår sker der en ændring i medfør af kontrakten

En ændring i medfør af kontrakten er en ændringsmulighed, som er beskrevet i kontrakten, og hvor der derfor ikke er behov for, at parterne bliver enige om, hvilke ændringer der kan foretages eller prisen herfor, da dette følger af kontrakten.

Hvis muligheden for at ændringen kan ske, er beskrevet tilstrækkeligt klart i kontrakten, udgør det som udgangspunkt ikke en væsentlig ændring af kontrakten.⁴² Der vil i disse tilfælde derfor ikke være behov for at foretage de vurderinger, der er beskrevet i kapitel 2.

I afsnit 3.2 gives en forklaring på, hvad optioner og ændringsklausuler er, ligesom kapitlet redegør for de forhold, som ordregiver skal være opmærksom på, når der indarbejdes optioner og ændringsklausuler i udbudsmaterialet. I afsnit 3.3-3.7 gives eksempler på udarbejdelse af optioner og ændringsklausuler i en række typetilfælde, hvor det ofte vil være hensigtsmæssigt at have fleksible kontraktvilkår.

3.2 Anvendelse af optioner og ændringsklausuler

Hvad er en option?

En option indebærer en ret, men normalt ikke en pligt for ordregiver til at købe yderligere ydelser fra leverandøren. En option vil normalt vedrøre levering af flere eller andre varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder.

Anvendelse af optioner forudsætter, at ordregiver i udbudsmaterialet klart har beskrevet optionen på et detaljeringniveau, som gør det muligt, at tilbudsgiverne enten kan give en fast pris eller en enhedspris for optionen på tidspunktet for tilbudsafgivelsen. En option beskriver således entydigt, hvilke ydelser, der kan tilkøbes alternativt udgå af kontrakten. På den måde har optioner samme kendetegn som en rammeaftale.

Et eksempel på en option er tilkøb af yderligere licenser til et it-program eller forlængelse af kontraktperioden.

Hvad er en ændringsklausul?

En ændringsklausul kan både omfatte ændringer af ydelsen og ændringer af vilkårene for levering af ydelsen. En ændringsklausul kan således omfatte levering af flere eller andre varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, men den kan også omfatte ændring af de vilkår - eksempelvis prisen - som ydelserne skal leveres under.

⁴² EU-Domstolens dom af 29. april 2004, sag C-496/99, *Succhi di Frutta*, præmis 111. EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, *Pressetext*, præmis 35-37. Forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD). art. 72, stk. 1, litra a.

Til forskel fra en option indebærer en ændringsklausul ikke, at ændringen skal være beskrevet så klart, at det er muligt at give en fast pris allerede i tilbuddet, men kan eksempelvis være baseret på andre objektive mekanismer for prisfastsættelse, således at prisen først endeligt fastlægges, når ændringen foretages. Hvor optionen klart beskriver, præcist hvilke ændringer der kan foretages, fastlægger ændringsklausulen rammerne for, hvilke ændringer der kan foretages, uden at det klart er beskrevet, præcis hvilke ændringer der kan ske.

Et eksempel på en ændringsklausul er en prisreguleringsmekanisme, hvorefter prisen reguleres på baggrund af et indeks.

Hvilke krav gælder til formuleringen af optioner og ændringsklausuler?

Hvis der i optionen eller ændringsklausulen i det oprindelige udbudsmateriale er beskrevet, hvilke ændringer der vil kunne foretages i kontraktens løbetid, har også ændringen været konkurrenceudsat, og der er derfor ikke behov for at overveje, om ændringen skal konkurrenceudsættes igen, når ordregiver udnytter sin ændringsret.

En forudsætning herfor er dog, at optionen eller ændringsklausulen er beskrevet så klart, præcist og utvetydigt, at det er muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere at forstå disse bestemmelsers nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde.⁴³

Det betyder, at følgende skal beskrives:

- » Hvilken type ændringer, der kan foretages,
- » Den forventede rækkevidde heraf,
- » Hvornår ændringerne kan ske,
- » Samt hvordan ændringerne skal implementeres.

Endvidere skal det være fastlagt på objektive grundlag, hvordan prisfastsættelsen af ændringerne sker.

Dette indebærer imidlertid ikke, at ændringsmulighederne nødvendigvis skal være beskrevet på et niveau, som gør, at tilbudsgiveren kan give en fast pris. Men det skal være muligt for tilbudsgiverne at forudse, hvilke ændringer der kan ske, ligesom det skal være muligt at prissætte ændringerne på det tidspunkt, hvor ændringer foretages, uden at det overlades til parterne at forhandle om prisen.⁴⁴

Boks 3.1
Hvilke krav gælder der til formulering af optioner og ændringsklausuler for, at ændringen kan anses for at ske i medfør af kontrakten?

- » De typer af ændringer, og omfanget af de ændringer der kan foretages, skal være klart afgrænset
- » Det skal være beskrevet, i hvilke tilfælde ændringerne kan ske samt, hvordan ændringerne implementeres.
- » Det skal være muligt at prissætte ændringerne på objektive grundlag.

⁴³ EU-Domstolens dom af 29. april 2004, sag C-496/99, *Succhi di Frutta*, præmis 111. Rettens dom af 12. marts 2008, sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen (Cordis)*, præmis 144-145.

⁴⁴ Klagenævnets kendelse af 21. april 2009, *Hoffmann mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo*.

Hvornår fører en option eller ændringsklausul til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter?

Optionerne eller ændringsklausulerne må ikke føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter.⁴⁵ Ændringsmulighederne må således ikke have et sådant omfang, at kontrakten kan ende med at adskille sig så markant fra udgangspunktet, at der reelt bliver tale om en anden kontrakt.

Hvornår kontrakten grundlæggende ændrer karakter vil bero på en konkret vurdering.

Hvis de ændringer, der er beskrevet i kontrakten, vil føre til, at det marked, kontrakten henvender sig til, vil være væsentligt forskelligt afhængigt af, om ændringerne implementeres eller ikke, vil det udgøre en grundlæggende ændring af kontrakten.

Boks 3.2 Hvornår kan en ændring i medfør af kontrakten føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter?

En option eller en ændringsklausul kan føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter i følgende tilfælde⁴⁶:

- » Hvis den implementerede ændring fører til, at kontrakten vil henvende sig til et andet marked. Eksempelvis leasing i stedet for køb.
- » Hvis den ydelse, der skal leveres efter en implementeret ændring er så væsentlig forskellig fra den oprindelige ydelse, at kontrakten vil henvende sig til et andet marked. Eksempelvis ikke-økologisk frugt i stedet for økologisk frugt.
- » Hvis mængden af de ydelser der skal leveres, såfremt ændringen implementeres, vil medføre, at kontrakten vil henvende sig til et andet marked. Eksempelvis levering af rengøring til alle kommunens institutioner i stedet for rengøring på en enkelt skole.

Hvornår noget er en grundlæggende ændring, vil derfor afhænge af en konkret vurdering. Der henvises i øvrigt til side 12 i denne vejledning vedrørende forståelsen af begrebet ”grundlæggende ændringer.”

Hvis en ordregiver ønsker at ændre kontraktens grundlæggende karakter, må der gennemføres et nyt udbud.

Hvilke forhold skal ordregiver overveje vedrørende anvendelse af optioner og ændrings-klausuler?

Ordregiver skal i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet nøje overveje, hvilke optioner eller ændringsklausuler, der er behov for. Risikoen er nemlig, at fokus flyttes fra kontraktens primære ydelse til de sekundære muligheder for ændringer med den følge, at ordregiver ender med at tildele kontrakten til en tilbudsgiver, der ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud (eller den laveste pris), hvis ændringerne ikke sker. På den anden side er det vigtigt, at ordregiver søger at skabe mest muligt fleksibilitet i kontrakten.

Kunsten er derfor at balancere behovet for fleksibilitet over for ønsket om, at ordregiver ender med det tilbud, der er det bedste, hvis ikke ændringerne sker. I den forbindelse skal ordregiver også gøre sig bevidst om, at for stor usikkerhed om, hvilke ydelser, der skal leveres, og under hvilke vilkår dette vil ske, kan have en negativ indflydelse på prisen eller helt afholde nogle tilbudsgivere fra at afgive tilbud.

⁴⁵ Dette finder støtte i forslag til nyt udbudsdirektiv, dokument nr. 11745 af 12. juli 2013, 2011/0438 (COD), art. 72, stk. 1, litra a.

⁴⁶ Cluster 8 til forslag til nyt udbudsdirektiv, 2011/0438 (COD) af 14. juni 2012

Det er derfor nødvendigt, at ordregiver i hvert tilfælde konkret tager stilling til, i hvilket omfang der skal medtages optioner eller indarbejdes ændringsklausuler i aftalen.

3.3 Optioner og ændringsklausuler vedrørende ydelsens omfang og karakter

Der vil ofte være behov for at ændre den udbudte ydelse, enten i form af "mere af det samme" eller i form af en anderledes ydelse. Hvis kontrakten eksempelvis omhandler it-produkter, vil ordregiver have en naturlig interesse i løbende at kunne købe den nyeste version, i stedet for at være bundet til at købe den version, der var på markedet, da udbuddet blev gennemført. Såfremt der ikke er taget hånd om sådanne ændringer i kontrakten, vil det være nødvendigt at vurdere, om ændringen er væsentlig som beskrevet i afsnit 2.

Optioner vedrørende ydelsens omfang og karakter

Optioner er én mulighed for at sikre fleksibilitet i kontrakten.

Hvis ordregiver ønsker, at der skal være mulighed for at anvende optioner, skal dette angives allerede i udbudsbekendtgørelsen. Værdien af optionerne skal også medregnes, når ordregiver skal beregne kontraktens værdi.

Optionen skal være beskrevet så klart i udbudsmaterialet, at det er muligt for ordregiver at bestille ydelsen uden forhandling mellem parterne. Dog kan parterne forhandle teknikaliteter på plads i forbindelse med bestillingen, fx det præcise leveringstidspunkt, forudsat at tidsrammen for levering er angivet i udbudsmaterialet, og at fastlåsningen af det præcise leveringstidspunkt ikke medfører en ændring af prisen.

Boks 3.3
**Eksempel på en klart
beskrevet option vedrø-
rende ydelsens omfang**

Ordregiver har i et udbud om indkøb af busser beskrevet, hvilke krav der stilles til den bus, ordregiver ønsker at erhverve. Kontrakten omfatter levering af 100 busser. Optionen lyder:

Ordregiver kan med et varsel på 30 kalenderdage afgive bestilling på i alt op til 400 yderligere busser, der skal være identiske med de busser, leverandøren skal levere som en del af aftalen. Ordregiver skal afgive bestilling på mindst 10 busser per ordre. Leverandøren skal levere busserne inden for de i tidsplanen anførte tidsfrister, der regnes fra tidspunktet fra ordregivers afgivelse af bestilling. Ordregiver skal betale den i prislisten anførte stykpris per bus, idet stykprisen afhænger af ordrens størrelse som nærmere reguleret i prislisten

Fordelen ved optioner er, at prisen fastsættes allerede i udbuddet, og dermed har været konkurrenceudsat. Anvendelsen af optioner indebærer dermed ikke alene en fordel i forhold til udbudsreglerne, men indebærer også en klar kommerciel fordel for ordregiver.

Som anført ovenfor, er der dog en risiko for, at anvendelsen af optioner kan skævvride tilbudsevalueringen. Hvis optionen tillægges for lille betydning i tilbudsevalueringen, risikerer ordregiver, at prisen og løsningen på optionen ikke er skarp nok. Hvis optionen tillægges for stor betydning, er risikoen, at optionen får for stor betydning i forhold til hovedydelsen.

Det er også vigtigt at være opmærksom på, at både ordregiver og tilbudsgiverne skal anvende ressourcer på at beskrive og afgive tilbud på optionerne.

Boks 3.4
Eksempel på en klart beskrevet option vedrørende ydelsens karakter

Ordregiver har, i et udbud om opførelse af en skole, anmodet om en grundpris med almindelige termoruder. Derudover har ordregiver anmodet om en tillægspris, såfremt der i stedet installeres energiruder.

Optionen lyder:

Bygherren kan senest 30 kalenderdage efter aftalens indgåelse meddele entreprenøren, om der i stedet for termoruder skal installeres energiruder. Bygherrens meddelelse om installation af energiruder giver ikke entreprenøren ret til tidsfristforlængelse. Såfremt bygherren ønsker, at der installeres energiruder, forøges entreprisens summen som angivet i entreprenørens tilbud, idet entreprenøren derudover ikke har ret til merbetaling.

Ændringsklausuler vedrørende ydelsens omfang og karakter

Ændringsklausuler kan skabe større fleksibilitet end optioner, idet ændringsklausuler ikke på samme måde som optioner fastlåser de ændringer, der kan foretages.

Ændringsklausuler, der blot beskriver metoden for implementering af ændringen, evt. kombineret med principper for håndtering af uenigheder om prissætningen af ændringen og konsekvenser for tidsplan osv. kan imidlertid i reglen ikke begrunde, at en bestilt ændring skal betragtes som en ændring i medfør af kontrakten.

Såfremt ændringsklausulen skal indebære, at ændringen kan anses som en ændring i medfør af kontrakten, er det et krav, at det fremgår, hvilke ydelser der kan ændres samt omfanget af ændringsretten. Det må således ikke være overladt til parternes frie forhandling at blive enige om, hvilke ændringer der foretages, og hvad prisen herfor skal være.⁴⁷

Boks 3.5
Eksempel på en ændringsklausul vedrørende ydelsens omfang og karakter i it-kontrakt

I statens standardkontrakt for længerevarende it-projekter baseret på en agil-metode - K03 arbejdes med to forskellige typer af ændringer - agile tilpasninger og egentlige ændringer.

Agile tilpasninger er karakteriseret ved at være ændringer, hvor det på forhånd er defineret, hvilke type ændringer der kan foretages, og hvor konsekvenserne af ændringerne også er defineret. Sådanne agile tilpasninger er at anse som ændringer i medfør af kontrakten.

Egentlige ændringer er andre ændringer af kontrakten, hvor det ikke nærmere er defineret, hvilke ændringer der kan foretages, og hvor konsekvenserne af ændringerne ikke er defineret i kontrakten. Sådanne egentlige ændringer er at anse som ændringer af kontrakten.

Hvis ikke det er muligt at fastlægge prisen ved hjælp af eksempelvis enhedspriser, hvilket ofte ikke vil være muligt, må ordregiver i stedet indarbejde andre objektive kriterier for, hvordan prisen fastsættes. Dette kan eksempelvis være i form af en rabat, der beregnes på grundlag af leverandørens til enhver tid gældende listepri⁴⁸, eller det kan være i form af en på forhånd defineret dækningsgrad, som leverandøren kan lægge oven i sin kostpris.

Hvis ændringsklausulen vedrører udskiftning af et produkt med en ny model, kan prisen på den nye model eksempelvis fastlægges på den måde, at ordregiver er berettiget til at erhverve den nye model til samme pris som den gamle model, der var prissat i udbuddet.

⁴⁷ Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multitrans mod Københavns Kommune.

⁴⁸ Klagenævnets kendelse af 27. april 2006, Unicomputer mod SKI.

Det kan endvidere være en god idé at tilrettelægge ændringsklausulen på en sådan måde, at ændringen aktiveres af objektive omstændigheder. Fordelen er, at forudsigeligheden øges, idet ændringen i så fald er foranlediget af den beskrevne objektive omstændighed. Et eksempel herpå er, at udskiftning af en gammel model med en nyere model skal ske, når leverandøren begynder at markedsføre den nye model i Danmark.

Boks 3.6
Eksempel på en ændringsklausul vedrørende opdatering af varer med ny model

Ordlyd af klausul:

Ved leverandørens markedsføring af nye varer til hel eller delvis erstatning af varer, der indgår i sortimentet (eksempelvis fordi varen leveres i en opdateret version), kan leverandøren senest samtidig med, at de nye produkter annonceres for leverandørens øvrige kunder, anmode køber om optagelse af produkterne i sortimentet (herefter "den substituerende vare"). Sådan opdatering dækker også tilknyttede ydelser og kundetilpasning (såsom service af udstyr, uddannelse, tilpasning til kundespecifikke forhold mv.) i samme omfang som gældende for andre varer i den pågældende produktkategori.

Den substituerende vare skal opfylde følgende betingelser:

- » Den substituerende vare skal mindst have samme funktionelle, tekniske egenskaber, samme kvalitet og høre under samme CPV kode, som den udgåede vare.
- » Den substituerende vare skal som minimum opfylde de gældende krav i kravspecifikationen og leverandørens tilbud for den udgåede vare (som de fremgik af udbudsmaterialet).
- » Den substituerende vare må ikke allerede findes i aftalen.
- » Køber skal kunne godkende substitutionen.

Såfremt der optages substituerende varer i sortimentet, som anført ovenfor, skal prisen fastsættes svarende til den vare i sortimentet, som den substituerende vare erstatter. Er der tale om varer, der sælges i pakker med flere styk, gælder stykprisen.

Herudover gælder aftalen uændret.

3.4 Ændringsklausuler vedrørende prisen

Da ændringer af prisen, som ligger over bagatelgrænsen, som udgangspunkt indebærer en væsentlig ændring som anført i afsnit 2.6, bør ordregiver nøje overveje muligheden for at medtage bestemmelser i kontrakten, der indebærer, at prisen kan ændres i kontraktens løbetid.

Ændringsklausuler vedrørende prisen er særligt relevante, hvis kontrakten har en længere løbetid, og hvor de ydelser, der leveres, er underlagt betydelige prisændringer over tid. Dette gælder både i tilfælde af, at ydelserne falder i pris, og i tilfælde af, at ydelserne stiger i pris.

I tilfælde af, at prisen på ydelserne falder, har ordregiver en naturlig interesse i, at de priser, der betales for ydelserne, følger med ned sammen med resten af markedet for ikke derved at komme til at betale en for høj pris for ydelserne.

I tilfælde af at prisen for ydelserne stiger, har ordregiver også en interesse i, at priserne kan følge den generelle prisudvikling. Hvis ikke dette er tilfældet, vil tilbudsgiverne nemlig typisk lægge en betydelig risikomargin oven på sine priser for at sikre sig mod prisstigninger. Dette vil ofte resultere i, at ordregiver kommer til at betale for meget for ydelserne.

Såfremt der indarbejdes klausuler, der indebærer, at prisen kan ændres, er det et krav, at ændringerne baseres på objektive, målbare og gennemsigtige kriterier. Ændringsklausuler,

der indebærer, at priserne frit kan ændres, uden at dette er baseret på objektive kriterier, vil ikke indebære, at ændringen sker i medfør af kontrakten.

En ændringsklausul, hvorefter parterne kan genforhandle prisen efter en årrække, eller hvor prisen kan ændres som følge af prisstigninger hos leverandøren, kan derfor ikke anses for at udgøre en ændring i medfør af kontrakten.⁴⁹

Boks 3.7
Hvilke krav gælder der til en prisreguleringsklausul?

Ændringsklausulen skal være baseret på objektive, målbare og gennemsigtige kriterier.

Ændringsklausulen må ikke indebære, at parterne frit kan forhandle prisen.

Ændringsklausulen må ikke indebære, at leverandøren ensidigt kan forhøje sine priser, medmindre dette sker på baggrund af objektive eksterne kriterier såsom et prisindeks.

En prisændringsklausul kan eksempelvis være baseret på et prisindeks, således at prisen løbende reguleres med udgangspunkt i ændringerne i prisindekset.⁵⁰

Ved et prisindeks forstås et offentliggjort indeks, der viser prisudviklingen inden for forskellige brancher over tid. Prisindeks kan også vise udviklingen i eksempelvis lønninger. I Danmark udgiver Danmarks Statistik en lang række prisindeks, der viser prisudviklingen i Danmark, men der findes også prisindeks, der viser prisudviklingen i resten af verden - eksempelvis OECD's prisindeks.

For at indeksreguleringen opfylder den tiltænkte funktion, er det imidlertid vigtigt, at det eller de indeks, der benyttes som grundlag for prisreguleringen, er relevante i forhold til de ydelser, kontrakten omhandler. Hvis kontrakten eksempelvis omhandler vejvedligeholdelse, hvori bl.a. indgår arbejdskraft og asfalt, vil regulering i henhold til nettoprisindekset (som viser prisudviklingen for en række varer og tjenesteydelser, der indgår i det private forbrug) ikke sikre, at priserne i kontrakten følger prisudviklingen i markedet for vejvedligeholdelse.

En prisændringsklausul kan også gå ud på, at leverandørens priser altid maksimalt må svare til leverandørens laveste offentliggjorte dagspris eventuel fratrukket en rabat, som har været genstand for konkurrenceudsættelse. Dette forudsætter naturligvis, at kontrakten omhandler en ydelse, hvor leverandøren har en offentliggjort dagspris, og er derfor mest relevant for køb af varer mellem virksomheder og forbrugere.

En prisreguleringsklausul, der er bundet op på leverandørens offentliggjorte prisliste, kan også føre til, at prisen stiger.⁵¹ Dette kan principielt give anledning til problemer, hvis leverandøren selv kan ændre sine priser i opadgående retning. En forudsætning for, at prisen også kan bevæge sig i opadgående retning i sådanne tilfælde er derfor, at leverandørens offentliggjorte priser ikke ensidigt kan ændres af leverandøren, men at de styres af det pågældende marked. Eksempelvis er konsumvarer med dagspriser - såsom mælk - konkurrenceudsatte, mens vejledende prislistes - som det eksempelvis kendes fra vvs-branchen - ikke er konkurrenceudsatte.

Ændringsklausulen kan også indebære, at leverandøren er forpligtet til at nedsætte prisen til den laveste pris, som ordregiver kan købe ydelsen til på markedet, eventuelt i form af en

⁴⁹ Konkurrencestyrelsens udtalelse af 18. juni 2002

⁵⁰ EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 53.

⁵¹ Klagenævnets kendelse af 27. april 2006, Unicomputer mod SKI

benchmarking klausul.⁵² Ved en benchmarking klausul forstås, at det på baggrund af en marktest overlades til en uvildig tredjemand at fastslå, om den pris, leverandøren tilbyder, svarer til markedsprisen.

Dette vil dog forudsætte, at de ydelser, der sammenlignes med, skal være mere eller mindre identiske med de ydelser, leverandøren leverer. Hvis leverandørens ydelser er unikke, vil en sådan bestemmelse derfor sjældent være relevant.

Ændringsklausulen kan også udformes i form af open-book-prissætning. Ved open-book-prissætning er der fuld transparens omkring, hvordan tilbudsgiverne har prissat ydelserne i tilbuddet i form af oplysninger om kostpriser, overhead og dækningsgrad. Ved udbuddet sker både en konkurrenceudsættelse af prisen og den dækningsgrad, leverandøren tilbyder. I kontraktperioden kan prisen herefter reguleres, således at leverandørens dækningsgrad ikke overstiger den dækningsgrad, der oprindeligt blev budt ind med. Hvis der sker ændringer af ydelsen, kan disse også prissættes ved brug af de samme kalkuler, der blev anvendt ved den oprindelige prissætning, hvorved ordregiver undgår, at priser for ændringer bliver prohibitivt dyre.

3.5 Ændringsklausuler vedrørende kontraktpart og underleverandører

Uden for de tilfælde, hvor kontrakten kan overdrages, uden at dette udgør en væsentlig ændring af kontrakten som beskrevet i afsnit 2.7, er rummet for at udskifte kontraktparten ganske snævert, selvom muligheden er foreskrevet i kontrakten.

I det omfang ordregiver ser et behov for, at kontrakten kan overdrages i andre tilfælde, er det et krav, at kontrakten klart foreskriver, under hvilke omstændigheder overdragelse kan ske, samt at disse omstændigheder skal være knyttet op på objektive kriterier. Endvidere skal der være en ret for parterne til at kræve, at kontrakten overdrages i disse tilfælde.

Såfremt ændringsklausulen blot er en kodificering af dansk rets almindelige regler om debitorskifte, hvorefter en debitor kan overdrage sine forpligtelser, såfremt kreditor samtykker hertil, sker ændringen ikke i medfør af kontrakten.

Samtidig er det et krav, at den nye kontraktpart opfylder de krav, der oprindeligt blev stillet til tilbudsgivernes egnethed og at de øvrige aftalevilkår ikke ændres væsentligt.

Boks 3.8 Eksempel på ændringsklausul vedrørende udskiftning af leverandøren

Såfremt leverandøren nedlægger det forretningsområde, hvorunder aftalen henhører, er leverandøren berettiget til at overdrage samtlige rettigheder og forpligtelser i henhold til aftalen til en af leverandøren valgt tredjepart.

Kunden er forpligtet til at acceptere, at den af leverandøren valgte tredjepart indtræder i aftalen på samme vilkår som leverandøren, såfremt følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- » Leverandøren ophører med at levere ydelser i Danmark af den type, aftalen omfatter.
- » Overdragelse af aftalen sker som en del af en samlet overdragelse af det forretningsområde, hvorunder aftalen henhører, og alle øvrige aftaler leverandøren har indgået om samme type ydelser overdrages samtidig med aftalen.

⁵² Klagenævnets kendelse af 18. november 1994, Danmarks Optikerforening mod Aalborg Kommune.

- » Leverandøren leverede på tidspunktet for indgåelse af aftalen ydelser af den type, aftalen omfatter til andre kunder end kunden.
- » Den tredjepart, der indtræder i aftalen, opfylder de krav til økonomisk og teknisk egnethed, der var gældende ved udbuddet af aftalen.

Udskiftning af underleverandører kan, som angivet i afsnit 2.7, ske frit, medmindre anvendelsen af en bestemt underleverandør har været afgørende for leverandørens mulighed for at få tildelt kontrakten.

Dette indebærer, at adgangen til at anvende ændringsklausuler om udskiftning af underleverandører er større i forhold til ændringsklausuler, der vedrører udskiftning af leverandøren.

Såfremt ændringen skal ske i medfør af kontrakten, skal det dog fremgå, i hvilke tilfælde udskiftning kan ske, ligesom der skal være en ret til at kræve udskiftning.

Boks 3.9

Eksempel på ændringsklausul vedrørende udskiftning af en underleverandør

Ordlyd af ændringsklausul:

Ordregiver kan ved gentagne tilfælde af en underleverandørs mangelfulde udførelse af arbejdet, kræve at leverandøren udskifter den pågældende underleverandør.

Det er et krav, at ordregiver over for leverandøren forinden skriftligt har påtalt den pågældende underleverandørs mangelfulde udførelse af arbejdet, uden at dette har ført til, at underleverandøren har rettet op på den mangelfulde udførelse.

3.6 Optioner vedrørende kontraktens længde

Som anført i afsnit 2.8 er der principielt ikke noget til hinder for, at en offentlig kontrakt er tidsbegrænset, idet der dog kan være en forpligtelse for ordregiver til at udbyde kontrakten med et vist mellemrum. Som anført i afsnit 2.8 gælder dette ikke for rammeaftaler.

Ordregiver kan vælge enten at udbyde kontrakten som en tidsbegrænset kontrakt med mulighed for forlængelse eller som en tidsbegrænset kontrakt med et opsigelsesvarsel eventuelt kombineret med en uopsigelsesperiode.

Hvis ordregiver udbyder kontrakten som en tidsbegrænset kontrakt og ønsker mulighed for at kunne forlænge kontrakten, skal denne mulighed fremgå af udbudsbekendtgørelsen samt af den udbudte kontrakt i form af en option på at forlænge kontrakten. Ved beregning af kontraktens værdi skal ordregiver medtage værdien af det forventede indkøb i hele kontraktperioden inklusive option på forlængelse.

Optionen kan udformes som en mulighed for at forlænge kontrakten én eller flere gange med en på forhånd defineret periode. Afgørende er i den forbindelse, at optionen angår en retligt bindende forpligtelse for parterne. Det skal således være en ret for en af parterne at kræve, at kontrakten forlænges. En klausul, der går ud på, at kontrakten kan forlænges efter nærmere aftale mellem parterne, vil ikke indebære, at ændringen sker i medfør af kontrakten.

Hvis ordregiver udbyder kontrakten som en tidsbegrænset kontrakt, kan ordregiver indsætte en bestemmelse om uopsigelig i kontrakten. Eksempelvis kan det anføres, at kontrakten er uopsigelig i de første to år, hvorefter hver af parterne kan opsiges den med seks måneders varsel.

Som et alternativ til en option på forlængelse i eksempelvis tre år + to år kan kontrakten udformes på den måde, at kontrakten er tidsbegrænset til fem år, men med mulighed for at ordregiver kan opsiges kontrakten med eksempelvis en måneds varsel efter tre år.

Såfremt der indsættes en opsigelsesmulighed i kontrakten, bør ordregiver tage højde for, at der kan være betydelige omkostninger for leverandøren forbundet med opstart af kontrakten, eksempelvis i form af investeringer i maskiner. I så fald bør der tages højde for dette ved at fastsætte en periode, hvor kontrakten er uopsigelig, således at leverandøren kan være sikker på at få dækket sine initialomkostninger.

Boks 3.10
Hvordan kan en option på forlængelse af kontrakten udformes?

- » Kontrakten kan være tidsbegrænset med ret for en eller begge parter til at kræve kontrakten forlænget ved kontraktens ordinære udløb.
- » Kontrakten kan være tidsbegrænset med mulighed for at opsiges kontrakten eventuelt suppleret med en uopsigelsesperiode.
- » Kontrakten kan - hvis det ikke er en rammeaftale - være tidsubegrænset med mulighed for at opsiges kontrakten eventuelt suppleret med en uopsigelsesperiode.

3.7 Ændringsklausuler vedrørende risikofordelingen

Udarbejdelse af ændringsklausuler, der åbner mulighed for, at risikofordelingen i aftalen ændres, vil ofte indebære betydelige vanskeligheder. Dette skyldes, at ændringer i risikofordelingen som udgangspunkt vil indebære en ændring af den økonomiske balance i kontrakten, som ikke er mulig på forhånd at beskrive objektivt.

En mulighed er, at det på forhånd fastsættes, i hvilke situationer risikoen overgår fra den ene part til den anden. Det er i så fald et krav, at det objektivt beskrives, dels i hvilke situationer risikoen overgår fra den ene part til den anden, dels at det fremgår, hvad konsekvensen bliver af, at risikoen overgår fra den ene part til den anden.