

NOTAT

Dato: 22. marts 2022

Sag: 22/02719-1

Sagsbehandler: /kaal

Udbudsretlige problemstillinger vedrørende ændring af kontrakter og rammeaftaler, som følge af konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Ruslands invasion af Ukraine kan medføre udfordringer i forhold til manglende leveringer, fald i udbud af varer samt prisstigninger på råstoffer og andre produkter. Dette kan indebære en række udbuds- og kontraktretlige udfordringer for offentlige ordregivere og leverandører.

ERHVERVSMINISTERIET

I dette notat beskrives de juridiske rammer for ændringer af *igangværende* kontrakter som følge af konsekvenserne af krigen.

Reglerne om ændringer af kontrakter

Reglerne om ændringer af offentlige kontrakter¹ omfattet af udbudsloven er indeholdt i udbudslovens §§ 178-184.²

Udgangspunktet for kontraktændringer i udbudsloven er, at en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt skal betragtes som indgåelse af en ny kontrakt, der kræver fornyet udbud, jf. udbudslovens § 178.

Dog findes der i udbudslovens §§ 179-183 en række undtagelsesbestemmelser, hvilket betyder, at hvis en ændring kan henføres til en af disse bestemmelser, vil ændringen ikke udgøre en ændring af kontraktens grundlæggende elementer. Den mest centrale bestemmelse i den nuværende situation er formentlig § 183 om uforudsete forhold.

Nedenfor gennemgås de relevante ændringsbestemmelser i udbudsloven:

- § 179 - Ændringsklausuler
- § 180 - Bagatelgrænsen

¹ I relation til udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer, anvender hverken udbudsloven eller udbudsdirektivet konsekvent angivelsen ”kontrakter **og** rammeaftaler”. Det har dog aldrig været intentionen i hverken direktivforhandlinger eller forhandlingerne om udbudsloven at sondre imellem kontrakter og rammeaftaler, når det kommer til mulighederne for at foretage ændringer. Udbudslovens regler om ændringer finder således anvendelse i relation til både kontrakter og rammeaftaler.

² Reglerne om kontraktændringer i udbudsloven er i udtryk for kodificering af EU-domstolens retspraksis. Der findes tilsvarende regler i forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) artikel 89. Der findes imidlertid ikke tilsvarende regler i forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF). For kontrakter, omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, kan reglerne i udbudsloven anvendes som fortolkningsbidrag til vurderingen af mulige ændringer.

- § 183 - Uforudsete forhold
- § 178, stk. 2 - Ændring af grundlæggende elementer

§ 179 - Ændringsklausuler

I henhold til udbudslovens § 179 skal ændringer af en kontrakt, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, ikke betragtes som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Derimod er der tale om såkaldte ”ændringer i medfør af kontrakt”.

Som tommelfingerregel skal en klausul være så "klar, præcis og entydig", at der kan støttes ret på den ved en domstol, voldgift o.l. En klausul må således ikke medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. En ændringsklausul kan fx omfatte prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på at sikre, at der kontinuerligt leveres tidssvarende varer.³

Det må derfor først undersøges, hvorvidt kontrakten indeholder klausuler, der regulerer, hvordan og i hvilket omfang den pågældende kontrakt kan ændres. Det må antages, at klausulerne skal være så klare, at de relevante ændringer af kontrakten kan gennemføres uden forhandling mellem ordregiveren og leverandøren.

Det er også en betingelse, at ændringsklausulen ikke må forandre kontraktens overordnede karakter. Hermed menes, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.

Beskriver ændringsklausulen ikke de ændringer, der skal foretages klart, præcist og entydigt, kan ændringen ikke foretages efter denne bestemmelse.

§ 180 – Bagatelgrænsen

Det følger af udbudslovens § 180, at ændringer under tærskelværdien⁴ og under 10 pct. af den oprindelige værdi for varer- og tjenesteydelseskontrakter og under 15 pct. for bygge- og anlægskontrakter ikke anses for at ændre grundlæggende elementer og kan dermed foretages.

Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen. Det er endvidere en betingelse

³ Jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 111.

⁴ Tærskelværdierne er fastsat i udbudslovens § 6 og opdateres hvert andet år. De opdaterede tærskelværdier findes på kfst.dk.

for anvendelsen af reglen, at ændringen ikke berører kontraktens overordnede karakter.

§ 183 – Uforudsete forhold

Udbudslovens § 183 indeholder en mulighed for at ændre en kontrakt som følge af uforudsete forhold. Uforudsete forhold kan fx være ændringer i markedet, lovændringer m.v., som ordregiver ikke kunne forudse på tidspunktet for indgåelse af kontrakten.

Betingelserne for at anvende bestemmelsen er, at der skal være tale om forhold, som:

- ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver
- ikke berører den overordnede kontrakts karakter
- ikke medfører en forøgelse på over 50 pct. af den oprindelige kontrakts værdi.

Af udbudsdirektivets præambelbetragtning 109 følger, at uforudsete omstændigheder er

”omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensynstagen til de tilgængelige midler, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi.”

Hvorvidt der er tale om uforudsete forhold, vil bero på en konkret vurdering af de anførte momenter på tidspunktet for den oprindelige kontrakts tildeling. Det må således også antages at være et krav, at ændringsbehovet skyldes udefrakommende forhold.

I forhold til de konsekvenser som krigen mellem Rusland og Ukraine har medført, eller kan medføre, i form af uforholdsmæssigt store prisstigninger, varemangel, leveringsproblemer mv., så kan der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være tale om begivenheder, der ikke med rimelighed kunne have været forudset af ordregiveren før den 24. februar 2022.

Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine efter en konkret vurdering kan danne grundlag for anvendelse af § 183, hvis ændringen overholder betingelserne i § 183 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.

Ved ændringer af en kontrakt efter § 183, har ordregiver pligt til at offentliggøre en bekendtgørelse herom i EU-tidende, jf. udbudslovens § 184, stk. 2.

§ 178, stk. 2 - Ændring af grundlæggende elementer

Kan en ændring ikke henføres under en af de ovenstående undtagelsesbestemmelser, skal det vurderes, om ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten.

En ændring skal efter udbudslovens § 178, stk. 2 anses for en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- 2) kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
- 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde eller
- 4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.

En ordregiver skal være særligt opmærksom på nr. 1 om ændringer i forhold til den konkurrence, der har været om kontrakten, samt nr. 2, om ændring af kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel.

I forhold til nr. 1 skal det fx overvejes, om ændringen angår frafald af et mindstekrav, som – hvis ændringen havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure – ville have åbnet konkurrencen for yderligere deltagere. Det skal også overvejes, om ændringen angår en konkurrenceparameter, som konkret har haft betydning for tildelingen af den pågældende kontrakt.

Ordregiver skal foretage en konkret vurdering af, om ændringen ville have medført en anden kreds af tilbudsgivere eller en anden vinder af udbuddet, hvis havde den været kendt fra starten.

I forhold til nr. 2 skal ordregiveren overveje, om kontraktens økonomiske balance ændres på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for. Leverandøren må således ikke stilles på en måde, der er mere fordelagtig for denne, end oprindeligt forudsat i kontrakten.

Såfremt ændringen angår kontraktens grundlæggende elementer, jf. § 178, stk. 2, kan den kun gennemføres ved en ny udbudsprocedure. Hvis ordre-

giveren har behov for at foretage ændringen, skal ordregiver således hurtigst muligt iværksætte en ny udbudsprocedure. Ordregiver kan her også overveje at bruge hasteprocedure⁵, såfremt et akut behov hos ordregiveren ikke gør det muligt at overholde tidfristerne for modtagelse af ansøgninger eller tilbud ved en almindelig udbudsprocedure. Såfremt ordregiverens behov er så akut, at det ikke kan imødekommes med en hasteprocedure, så kan ordregiveren i stedet overveje at foretage indkøb uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5.⁶

⁵ Jf. udbudsloven § 57, stk. 5 for offentlige udbud som hasteprocedure eller §§ 59, stk. 3 og 60, stk. 6 for begrænsede udbud som hasteprocedure.

⁶ Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat "[Udbudsretlige problemstillinger vedrørende COVID-19](#)" af 12. marts 2020 for en gennemgang af betingelserne for, hvornår § 80, stk. 5 kan finde anvendelse.