



Ændring af kontrakter – uden genudbud

Majse Jarlov
BvHD

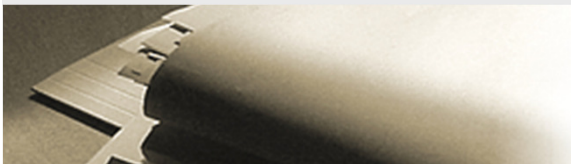
13.00 – 14.00

Ændring af kontrakter – uden genudbud

- Hvor trækkes grænsen for, hvad der må ændres?
- Hvordan håndteres ændringer i praksis?
- Hvordan håndteres det, hvis et produkt udgår af en leverandørs sortiment og erstattes af et andet (og dyrere) produkt?
- Hvordan håndteres det, hvis kontraktgiver går konkurs?
- Kan aftalen overdrages og hvad gælder?

Ændring af kontrakter – uden genudbud

- De udbudsretlige rammer for at ændre i kontrakten i perioden mellem tildelingen og kontraktindgåelsen
 - Der er adgang til at få afklaret de endelige kontraktvilkår
 - Konkurrencestyrelsens vejledning om standstill-perioden af september 2006: *“Standstill-perioden indebærer **alene et krav om, at kontrakten ikke underskrives** i denne periode. Udbyderen kan derimod godt arbejde videre med sagen og forberede de nødvendige dokumenter mv., således at alt ligger klart ved udløbet af standstill-perioden.”*
 - Ligebehandlingsprincippet forhindrer, at der ændres på grundlæggende elementer => risiko for brud på ligebehandlingsprincippet og identiteten mellem den udbudte og den tildelte kontrakt



- De udbudsretlige rammer for ændringer i kontraktforholdet **efter** kontraktindgåelsen
- Der er ofte et behov for ændring af kontrakter efter kontraktindgåelse
- Behovet for ændringer kan skyldes mange forhold:
 - Svært at præcisere og nedskrive sine behov i udbudsmaterialet
 - Uforudsete omstændigheder
 - Uklarheder og mangler i kravspecifikationen
 - Behovet ændrer sig
 - Ønske om at kunne tilpasse kontraktvilkår, så kontrakten er fordelagtig for begge parter igennem hele perioden



- Præciseringer og suppleringer af kravspecifikation kan vedrøre elementer, der udbudsretligt set har karakter af grundlæggende udbudsbetingelser:
 - Pris (anført i "forhandlingsforbuddet")
 - Tidsplan (ofte grundlæggende konkurrenceparameter)
- Ligebehandlingsprincip forhindrer ændring af grundlæggende elementer => risiko for brud på identiteten ml. udbudte kontrakt og den tilrettede => fornyet udbudspligt
- Der skal foretages en væsentlighedsvurdering
 - Elementer i væsentlighedsvurderingen:
 - Ændringernes tidsmæssige tilknytning til kontrakttildeling
 - Omgåelseshensynet
 - Forudseelighed – eksterne forhold
 - Almindelig udvikling i aftaleforholdet



- For parter **uden** for udbudsdirektivets regler gælder princippet om aftalefrihed
- Parter **omfattet** af udbudsdirektivets regler skal konkurrenceudsætte udbuddets genstand og i medfør af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed gælder dette krav også efter kontraktindgåelse. Dette bevirker, at ordregiver ikke umiddelbart må ændre indgåede kontrakter, på trods af enighed herom med leverandøren

- **Konsekvensen** af manglende genudbud er, at kontrakten kan erklæres uden virkning, jf. håndhævelsesloven § 17. Uden virkning medfører, at kontrakten skal bringes til ophør og kan indebære risiko for erstatningsansvar
- Dog undtagelse, såfremt væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten forsat skal have virkning

Hvor trækkes grænsen for, hvad der må ændres?

Hvor går grænsen?

- Ændringer i kontrakter
 - Det følger af EU-Domstolens praksis, at ændringer af en kontrakt med en ordregivende myndighed *kan* have en sådan karakter, at ændringerne ikke kan gennemføres uden fornyet udbud
 - Hvornår er en ændring af en kontrakt *af en sådan karakter*, at ændringen ikke kan gennemføres uden fornyet udbud?
 - EU-Domstolens dom i C-454/06, Presstetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig → Ledende dom på området.



Hvor går grænsen?

- C-454/06, Pressetext
 - Sagen angik et tilfælde, hvor den østrigske stat i 1994 (forud for Østrigs indtræden i EU) havde indgået en aftale med **nyhedsagenturet APA** om forskellige nyhedsagentur-ydelser, herunder søgning i APA's informationstjeneste
 - I 2000 blev APA **erstattet af datterselskabet APA-OTS** som aftalepart i aftalen, og der blev i 2001 og 2005 indgået tillæg til aftalen. Ændringerne bestod i at **priserne i aftalen blev omregnet til euro, rabatsatser blev øget fra 15 % til 25 %** og aftalens **uopsigelsesperiode blev forlænget med en 3-årig periode**
 - Der blev rejst et **præjudicielt spørgsmål** for EU-Domstolen om, hvorvidt udskiftningen af kontraktpart og/eller de indgåede tillæg kunne aftales uden afholdelse af udbud



Hvor går grænsen?

- C-454/06, Presstetext; fortsat
 - Generelt udtalte EU-Domstolen [34]:
 - *"Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale [..] indgåelse af en ny aftale [..], når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer [..]."*



Hvor går grænsen?

- C-454/06, Presstext; fortsat
 - Dommen fastsætter endvidere følgende tre momenter, som skal indgå i bedømmelsen af, om en ændring er så væsentlig, at den kræver fornyet udbud [35, 36 og 37]
 - *"En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget."*



Hvor går grænsen?

- C-454/06, Presstetext; fortsat
 - Dommen fastsætter endvidere følgende tre momenter, som skal indgå i bedømmelsen af, om en ændring er så væsentlig, at den kræver fornyet udbud [35, 36 og 37]
 - *"Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. [..]"*
 - *"En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser."*



Hvor går grænsen?

- C-454/06, Pressetext; fortsat
 - Momenter i Pressetext *ikke* udtryk for egentlige betingelser. Er et eller flere momenter til stede taler det for, at ændring *ikke* kan gennemføres uden nyt udbud
 - Såfremt ændringen kan henføres til *uforudsete forhold*, som er uden for den ordregivende myndigheds kontrol, kan det *ikke udelukkes*, at en ændring er tilladt, selvom et eller flere af de nævnte momenter er til stede

Hvor går grænsen?

- C-454/06, Presstext; fortsat
 - I afvejningen må **ordregivers alternativer** også inddrages, jf. Klagenævnets kendelse af 7. december 2010, Glaxo Smith Kline Pharma A/S mod Statens Serum Institut
 - Ved **misligholdelse** er rammerne bredere, jf. Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet

- Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet
 - Den 24. april 2007 gennemførte Økonomistyrelsen som en konkurrencepræget dialog et udbud vedr. **anskaffelse af kontrolrumssoftware** med dertil knyttede ydelser
 - Udbuddet skete i forlængelse af Økonomistyrelsens tidligere udbud af det landsdækkende, radiobaserede telekommunikationsnet, kaldt **SINE**



- Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet; fortsat
 - Tilbudsvurderingen resulterede i, at Terma A/S afgav **det økonomisk mest fordelagtige tilbud**, hvorfor Økonomistyrelsen indgik kontrakt (herefter "kontrolrumskontrakt) med Terma A/S den 4. februar 2008
 - Kontrakten havde ifølge udbudsbekendtgørelsen en varighed på **5 år** og estimeret kontraktsum på **527 mio. kr.**



- Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet; fortsat
 - Den 1. september 2008 overdrog Økonomistyrelsen kontrolrumskontrakten inklusiv den tidligere udbudte SINE-kontrakt til **Rigspolitiet, SINE-sekretariatet** (herefter "indklagede")
 - Længere tids problemer med opfyldelse af kontrolrumskontrakt medførte, at indklagede gældende, at der forelå **hævebegrundende misligholdelse** fra Terma A/S
 - Parter indgik en **tillægs-/forligsaftale** om begrænsning af kontrolrumsaftalen, (herefter "ændringsaftalen")



- Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet; fortsat
 - Ændringsaftalen indebar, at klager **ikke længere skulle** levere kontrolrumssoftware m.m., eller drive kontrolrumssoftware fra egne servere men blot levere nogle få radiodispatches til politiet inkl. en kortvarig vedligeholdelse
 - Ændringsaftalen indeholdt derudover et vilkår om **køb af servere**, som var nyt i forhold til kontrolrumskontrakten
 - Estimeret kontraktsum af ændringsaftalen var **85 mio. kr.**



- Klagenævnet udtaler (kendelse Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet);
 - *“En ordregivende myndighed kan – når en kontrakt er **nødlidende og muligvis væsentligt misligholdt** – forligsmæssigt og med henblik på at bringe kontrakten til ophør aftale, 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 virksomheden, som har til **formål** at bringe kontrakten til ophør inden for en passende kort periode.”*

- Klagenævnet udtaler (kendelse Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet); fortsat
 - *”På den ene side er sådanne aftaler et relevant alternativ – et surrogat – i forhold til at bringe kontrakten til ophør ved ophævelse. På den anden side ville det savne mening at pålægge ordregiveren at udbyde aftaler som de nævnte, som er uløseligt knyttet både til den oprindelige aftale og til denne aftales parter, og som derfor ikke eller kun med uforholdsmæssigt værdispild vil kunne opfyldes af andre virksomheder.”*



- Klagenævnet udtaler (kendelse Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet); fortsat
 - Klagenævnet konkluderede, at indklagede, **fsva. det reducerede køb**, var berettiget til at indgå ændringsaftalen uden forudgående udbud, idet der ikke var tale om en væsentlig ændring.



- Klagenævnet udtaler (kendelse Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet); fortsat
 - Klagenævnet konkluderede, at **overdragelse af servere** ikke var surrogat for en ophævelse af den oprindelige kontrakt men derimod en væsentlig udbudspligtig ændring
 - Klagers påstand om at erklære denne del af ændringsaftale for uden virkning ikke taget til følge, da indklagede havde offentliggjort en **§ 4-bekendtgørelse** samt overholdt en frivillig standstill-periode



Hvordan håndteres ændringer i praksis?

Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Kontraktregulering
 - Ændringsklausuler og opsigelsesafgang **bør** indarbejdes i kontrakten
 - *Ikke* muligt at indarbejde en "ændringsret" i kontrakten, som gør det muligt for ordregiver, lovligt, at ændre og/eller udvide alle tænkelige forhold

Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Kontraktregulering; fortsat
 - Ændringsklausulen skal være **klart og tydeligt defineret** i den udbudte kontrakt, herunder konsekvenserne af og vilkårene for disse ændringer og udvidelser. Jo mere klart forholdene er reguleret, jo **bredere må rammerne** for tilladelige ændringer antages at være (!)
 - Ved tvivl, overvej offentliggørelse af en **§ 4-bekendtgørelse**



Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Ændringsklausuler

- Formål: Skal medføre fleksibilitet i kontraktens løbetid
- Klausul skal tænkes ind i udbudsmaterialet, så ændring sker *i medfør af* kontrakt frem for en ændring *af* kontrakt
 - Ændring med medfør af kontrakt; alle tilbudsgivere har kendskab til klausul og har derfor haft mulighed for at tage højde herfor ved tilbudsafgivelsen.

Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Ændringsklausuler; fortsat
 - Det er vigtigt, at ordregiver sikrer sig, at opgaven, uanset den efterfølgende ændring, har været konkurrenceudsat, så tilbudsgiverne er bevist om de mulige ændringer
 - Ændringsklausuler skal være konkrete/præcise, forudsigelige og baseret på objektive omstændigheder



Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Optioner

- Option er ordregivers ret til at købe yderligere ydelser under i forvejen fastsatte vilkår. Optioner er en ændring i medfør af kontrakten
- Option skal være klart beskrevet i udbudsmaterialet, tilbud skal indeholde tilbud på option, som indgår i tilbudsvurderingen
- Option skal kunne bestilles uden forhandling mellem parterne
- Option skal medregnes ved beregning af kontraktværdi



Ændringshåndtering i praksis ■ ■ ■ BvHD

- Undtagelser

- Der kan imidlertid som følge af uforudsete omstændigheder eller ændrede samfundsmæssige og politiske behov opstå ønske om at inddrage ydelser i kontrakten, som ikke kunne forudses ved kontraktindgåelse
- Sådanne ændringer kan som udgangspunkt ikke ske, hvis de er betydelige
- Dog indgår i afvejningen, hvad ordregivers alternativ er



Hvis et produkt udgår af en leverandørs sortiment og erstattes af et andet (og dyrere) produkt – hvordan håndteres det?

- Ændringer - ydelser
 - **Udgangspunkt:**
 - Ændring af den udbudte ydelse er som udgangspunkt problematisk
 - **Undtagelse:**
 - Ydelsen er omfattet af en aftalt og prisfastsat option
 - Måske er ikke væsentlige ændringer af ydelsen ok, jf. forslag til nyt udbudsdirektiv (< 5 %)



- Ændringer - Pris
 - Ændring af pris vil ofte være en væsentlig ændring af kontrakten, da prisen udgør en vigtig betingelse i en offentlig aftale
 - Ændring af pris kan medføre en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgiverne
 - Nyt udbud, medmindre der er tale om minimale prisændringer og adgangen er reguleret i det oprindelige udbudsgrundlag
 - Indeksregulering af løbende priser, ex under henvisning til "markedsprisen" kræver formentligt *ikke* nyt udbud



- Kendelse af 7. december 2010, Glaxo Smith Kline Pharma A/S mod Statens Serum Institut
 - Ordregiver indgik i september 2007 kontrakt med Pfizer om levering af en meningitis-vaccine efter udbudsformen udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, da Pfizer er eneste leverandør med godkendt meningitis-vaccine



- Kendelse af 7. december 2010, Glaxo Smith Kline Pharma A/S mod Statens Serum Institut; fortsat
 - 30. marts 2009 opnår konkurrent markedsføringstilladelse til salg af vaccine
 - September 2009 ændres kontrakt med Pfizer til levering af en ny version af vaccine, som har en højere dækningsgrad men til samme pris
 - April 2010 iværksætter indklagede et udbud



- Kendelse af 7. december 2010, Glaxo Smith Kline Pharma A/S mod Statens Serum Institut; fortsat
 - Klagenævnet udtalte, at det offentlige udbud blev iværksat inden for rimelig tid, selvom udbuddet først blev iværksat ca. 1 år efter klagerens produkt var kommet på markedet. Klagenævnet accepterede herved, at udbuddet havde afventet Pfizers nye og bedre produkt
 - Da alternativ til en ændring af kontrakten med Pfizer havde været en videreførelse af kontrakten med et dårligere produkt til samme pris, var ændringen acceptabel



- Ændringer – Risikofordeling
 - Overførelse af risiko til leverandøren *mod* betaling → Udbudspligt
 - Overførelse af risiko til leverandøren *uden* betaling → Ikke fornyet udbudspligt

Hvis kontraktthaver går konkurs – hvordan håndteres det?

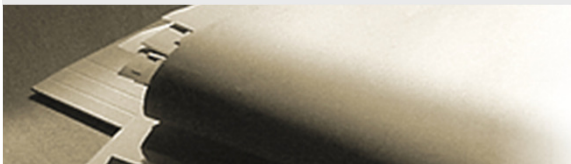
Kontrakthavers konkurs



- Det altovervejende udgangspunkt er, at udskiftning af den økonomiske aktør indebærer en væsentlig ændring, hvilket forudsætter et fornyet udbud



- Spørgsmålet er, om kurator for konkursboet kan overdrage kontrakter, der har været konkurrenceudsat i medfør af reglerne om EU-udbud
 - Overdragelse ved salg af kontrakter er ikke direkte reguleret i udbudsdirektiverne
 - Der er heller ikke retspraksis fra EU-domstolen vedrørende problemstillingen
 - Ganske få nationale domstole og klagenevner har forholdt sig til spørgsmålet
 - Kommissionen har ikke fastlagt en praksis på området, men har dog accepteret overdragelse i flere tilfælde



- Spørgsmålet er, om kurator for konkursboet kan overdrage kontrakter, der har været konkurrenceudsat i medfør af reglerne om EU-udbud; fortsat
 - Ganske få nationale domstole og klagenevæn har forholdt sig til spørgsmålet
 - Kommissionen har ikke fastlagt en praksis på området, men har dog accepteret overdragelse i flere tilfælde

- Ifølge Kommissionen kan kontraktoverdragelse uden udbud ske på følgende præmisser:
 - Der skal være tale om en ekstraordinær situation, der er objektiv konstaterbar
 - Kontraktens vilkår forbliver uændret
 - Køberen skal have de nødvendige kvalifikationer
 - Udbudsreglerne skal opfylde deres funktion



- Ifølge Kommissionen kan kontraktoverdragelse uden udbud ske på følgende præmisser; fortsat:
 - Overdragelse i konkurssituationen kan derfor ikke generelt udelukkes og der vil i flere situationer være mulighed for at overdrage kontrakter



- Nødvendige dækningskøb
 - I tilfælde af kontakthavers konkurs kan ordregiver foretage **nødvendige dækningskøb** uden forudgående EU-udbud i perioden og indtil der er indgået kontrakt med en alternativ økonomisk aktør på baggrund af et fornyet udbud
 - Dog må dækningskøb alene indgås for den periode, der svarer til den resterende løbetid af kontrakten



Kan aftalen overdrages og hvad gælder?

- Overdragelse
 - **Udgangspunktet** er, at udskiftning af den økonomiske aktør forudsætter et fornyet udbud
 - Udskiftning af medkontrahenter anses for at være en **væsentlig ændring** af den indgåede kontrakt
 - Dog ikke væsentlig ændring, hvis der i kontakten er truffet bestemmelse herom, fx som en underentreprise
 - Interne omstruktureringer anses dog heller ikke for at være en væsentlig ændring



- Ved salg af virksomheden til tredjemand
 - Her sker som udgangspunkt ændring af medkontrahenten, hvilket er en væsentlig ændring
 - Fusion, hvor kontraktparten fusioneres ind i et fortsættende firma er en væsentlig ændring, dog gælder reglerne om universalsuccession, hvorefter debitorskiftet er tvungent
 - Overdragelse af ejerandele i selskabet er ikke væsentlig ændring

- Ved salg af virksomheden til tredjemand
 - Overdragelse af samtlige aktiver og passiver til tredjemand er ikke væsentlig, dog under nærmere betingelser
 - Ved konkurs (se ovenfor)
 - Ved udskiftning af underleverandør kan være en væsentlig ændring, hvis anvendelsen af den specifikke underleverandør har været et afgørende element for indgåelse af kontrakten



- Betingelser for overdragelse
 - Ordregiver kan formentlig overdrage rettigheder og forpligtelser til tredjemand uden forudgående udbud, hvis følgende betingelser er opfyldt:
 - Kontrakten videreføres på **uændrede vilkår**,
 - Det er en **ekstraordinær situation**, uden for ordregivers rådighed, der nødvendiggør et debitorskifte,
 - Ordregiver kan **ikke bebrejdes**, at situationen opstod, og
 - Det er ikke et **omgåelsestilfælde**
 - Det beror på en konkret vurdering



Spørgsmål...?

Kontaktoplysninger



BvHD - www.bvhd.dk

Udbudsretligt nyhedsbrev
www.bvhd.dk/nyhedsbrev-tilmelding

Majse Jarlov

- Telefon: 72 24 12 12
- Direkte telefon: 39 14 16 22
- Mobil: 20 75 27 43
- E-mail: maj@bvhd.dk

