

Dansk Forening for Udbudsret

De nye regler om ændringer

Kristian Hartlev, partner, advokat (H)

har@kammeradv.dk

+45 25 43 03 11

2 ”ændringsregler” i høringsudkastet

- › Regel om ændring af ansøgere (mellem prækvalifikation og tildeling)/tilbudsgivere (mellem tildeling og underskrift) under udbudsprocessen (Jeg vil i dag ikke berøre spg. om ændring af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen) => § 145
- › Regel om ændringer efter kontraktindgåelse, både ændring af kontrahent og ændring af kontrakten => § 176-183

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › § 145 kommer ikke fra det nye udbudsdirektiv, ren dansk regel
- › Behov initieret af 5-7 klagenævnskendelser + SMV ønske
- › KLFU: (måske) krav om identitet mellem tilbudsgiver og prækvalificeret, men der findes også 1-2 mere pragmatiske kendelser => praksis er svær at blive klog på
- › Bl.a. delkendelsen 28/1-14 MTH/Züblin mod BDK: Aarsleff & Pihl var i udbud med forhandling prækvalificeret som konsortium/interessentskab. Pihl går konkurs. BDK lader Aarsleff byde alene. MTH/Züblin klager. KFLU: I strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at lade Aarsleff vinde, da denne tilbudsgiver ikke var prækvalificeret. Verserer for EUD. KLFU til EUD: ”Lægge til grund, at Aarsleff var blevet prækvalificeret, hvis Aarsleff i sin tid havde søgt alene.”

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › § 145. En ordregiver kan (ikke: skal) acceptere ændringer hos ansøgere/tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2 (ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet) i følgende tilfælde:
 - › 1) **Udskiftning af støttende selskaber:** Hvis en ansøger/tilbudsgiver erstatter en virksomhed, som denne baserer sin økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen på, når det skyldes forhold, der påviseligt er uden for ansøgerens/tilbudsgiverens kontrol. Dog ej udskiftning, når virksomheden har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til egnethedskrav, udvælgelse eller tilbudsevalueringen. (Nb. snitflade til § 142, stk. 3 og 6.)

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › **Forarbejder** (gælder også i nr. 2-4-situationerne):
- › Udg.pkt. er at udskiftning ikke er lovlig. Ret – ikke pligt – for ordregiver til at acceptere udskiftning i situationerne i nr. 1-4
- › Behov for ny støtte skal være forårsaget af forhold, som er uden for ansøgers kontrol, fx støttende virksomheds konkurs og formentlig misligholdelse af støttetilsagn (ej i nr. 2 & 4-situation)
- › Udskiftningen må ikke have haft betydning for PQ'en/tilbudsevalueringen:
 - › Pihl/Aarsleff scenariet: Færre ansøgere end pladser + ingen min.krav => nogenlunde sikker vurdering
 - › Det svære scenarie: Flere ansøgere end pladser => Ordregiver sandsynliggøre (?) at udfald havde været det samme med ny støtte
- › Formentlig ok at forlænge tilbudsfrist (ej pligt)

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › 2) **Pihl/Aarsleff eks. hvor 1 (el. flere) forsvinder uden ny(e) kommer ind:** Hvis en deltager i en sammenslutning udgår, forudsat at deltageren ikke har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til egnethedskravene, udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen.
- › Konsortie-situationen
- › Ej krav om uden for kontrol
- › Samme vurdering som i nr. 1: Må ej påvirke det oprindelige udfald

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › 3) **1 ud, ny ind:** Hvis en deltager i en sammenslutning erstattes, forudsat at udskiftningen af deltageren skyldes forhold, der påviseligt er uden for de øvrige deltageres kontrol. Der kan ikke ske udskiftning, når deltageren har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til egnethedskravene, udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen.
- › Igen konsortie-situationen
- › Mit bud: Må gerne styrke konsortiet med ny, stærkere og/eller bedre virksomhed end den oprindelige
- › Samme vurdering som i nr. 1: Må ej påvirke det oprindelige udfald

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › 4) **Div. omdannelser (større, mindre, ny identitet):** Hvis en ansøger eller tilbudsgiver fusionerer eller på anden måde foretager en virksomhedsmæssig omstrukturering. Ændring kan kun tillades, hvis vurderingen i forhold til egnethedskravene, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen ikke ville have medført et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget tidligere.
- › Ej krav om uden for kontrol
- › Samme vurdering: Må ej påvirke det oprindelige udfald
- › **Forarbejder:**
 - › Fusion/køb af ny afdeling/på anden måde større: Formodning om ok
 - › Bliver mindre, fx fordi salg af afdeling/division: Konkret vurdering
 - › Sælger afdeling med relevante referencer: Formodning for ej ok
 - › Fra personlig drevet firma til selskab (ændret selskabsform el. lign.): ok

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › *Stk. 2.* Ordregiver kan alene acceptere ændringer, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter ændringen lever op til de fastsatte **minimumskrav** for øko./finansielle formåen & teknisk/faglig formåen. **Forarbejder:** Hvis ordregiver agter at acceptere ændring, skal ordregiver bede om nye PQ-oplysninger mhp. at tjekke disse, inden accept gives.
- › *Stk. 3.* Ordregiver skal kontrollere, at ansøger/tilbudsgiver også efter en ændring omfattet af stk. 1 ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde og (evt.) de frivillige udelukkelsesgrunde (hvis ordregiver har anført, at de vil medføre udelukkelse). Igen: Tjekkes inden accept gives.

Ændring af ansøgere/tilbudsgivere

- › *Stk. 4. **Altid forbudt!*** Ordregiveren kan ikke acceptere, at en enkeltbyder eller et konsortium udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristen!
- › *Stk. 5.* Ved begrænset udbud kan ordregiver opfordre en ny ansøger til at afgive tilbud, når én af de oprindeligt prækvalificerede ikke kan afgive tilbud på grund af forhold, der ligger uden for ordregiverens kontrol [**Forarbejder:** Fx konkurs, men vel også hvis for mange opgaver]. Ordregiver skal i givet fald sikre, at ansøgerne har tilstrækkelig tid til at lave tilbud. Den nye ansøger skal udpeges i overensstemmelse med den allerede foretagne udvælgelse, således at den nye ansøger skal være den, som bedst opfylder kriterierne for udvælgelse blandt de ansøgere, der ikke blev udvalgt. **Forarbejder:** Give nr. 6 mulighed for at byde (hvis PQ af 5). Ok at forlænge tilbudsfrist; evt. pligt hertil.

Ændringer efter kontrahering

- › Væsentlige kontraktændringer er at sidestille med indgåelse af en ny kontrakt og kan kun ske efter gennemførelse af et (gen)udbud + overveje profylakse
- › Følger forudsætningsvis af fx nuværende udbudsdirektivs art. 31 (2) b & 31 (4) a om suppleringskøb og af ”basisprojekt-reglen” i art. 31 (4) b
- › Og af retspraksis fra EUD (og klagenævnet) fx
- › C-454/06 – Pressetext
- › C-91/08 - Wall
- › Eksplicit regulering i art. 72 i nyt udbudsdir. = §§176-183

Ændringer efter kontrahering

- › § 176. Ved en ændring af **grundlæggende elementer** i en offentlig kontrakt eller rammeaftale skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne lov.

- › Stk. 2. Ændring af grundlæggende elementer = **væsentlig forskellig** fra den oprindelige kontrakt. Medmindre andet følger af §§ 177-181 anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når [=Presstext]:

Ændringer efter kontrahering – Pressetext læren

- › 1) der indføres betingelser, som ville have givet **adgang for andre** ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller givet mulighed for at **acceptere et andet tilbud** end det oprindeligt accepterede, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i 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 ordregiver oprindeligt havde tildelt kontrakten, bortset fra de tilfælde, der er nævnt i § 180.

Ændringer efter kontrahering - ændringsklausul

- › § 177. **Ændringsklausuler:** Ændringer af en kontrakt, der er forudset i udbudsmaterialet i **klare, præcise og entydige** klausuler betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Ændringsklausulen skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer/ændringsmuligheder, samt betingelserne for klausulens anvendelse, og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.
- › Ændring *i medfør af kontrakten*, ikke ændring *af* kontrakten
- › Så konkret som muligt – ej abstrakt
- › Ej behov for forhandling, især ikke om pris – udover om detaljer
- › Optioner, enhedspriser, fastlagte leveringsvilkår etc.

Ændringer efter kontrahering – Nyt: Bagatelregel

- › § 178. Ændringer af en offentlig kontrakt eller rammeaftale betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringerne er lavere end:
 - › 1) tærskelværdierne i § 6, **OG**
 - › 2) 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter/15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.
- › *Stk. 2.* Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt eller rammeaftale, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen (dvs. summen af ændringerne...nettoværdien?).
- › *Stk. 3.* Stk. 1 gælder ikke ændringer, der vedrører kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

Ændringer efter kontrahering – supplerende...

- › § 179. Ændringer vedrørende supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer fra den oprindelige leverandør betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når de er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten (altså den oprindelige), **OG** når anvendelse af en anden leverandør:
 - › 1) ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af enten økonomisk eller teknisk art, **OG**
 - › 2) vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger.
- › *Stk. 2.* Værdien af supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer må ikke overstige 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.
- › *Stk. 3.* Ved flere successive ændringer gælder 50 % begrænsning for hver enkelt ændring (dvs. ej lægge dem sammen? Sml. § 178, stk. 2)

Ændringer efter kontrahering – ny kontrahent...

- › § 180. Udskiftning af den oprindelige leverandør, er ikke en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftning sker som følge af:
 - › 1) utvetydig ændringsklausul/-mulighed, jf. § 177, **ELLER**
 - › 2) (a) hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af dennes omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, (b) når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, (c) og såfremt udskiftningen ikke medfører andre væsentlige ændringer af kontrakten (d) og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov.

Ændringer efter kontrahering – uforudsete...

- › § 181. Ændringer af en kontrakt er ikke en ændring af grundlæggende elementer, når følgende betingelser er opfyldt:
- › 1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,
- › 2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres, og
- › 3) den samlede værdi af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt (hvad gælder, hvis flere ændringer henover en årrække? Nettoeffekten? Sml. § 178, stk. 2 og § 179, stk. 3)

Ændringer efter kontrahering

- › **§ 182.** Den maksimalt tilladte ændring i værdi, jf. §§ 178-179 samt § 181, beregnes på grundlag af ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakt omfatter en prisindekseringsklausul.

- › *Stk. 2.* Ordregiver skal ifm. ændringer af en kontrakt i overensstemmelse med § 179 og § 181 (men ikke ved bagatellerne i § 178) offentliggøre bekendtgørelse i EUT. BEK skal indeholde de i bilag V, del G anførte oplysninger (bl.a. beskrive omstændigheder der har gjort ændringen nødvendig).