

DFFU – 7. juni 2022

SUNE TROELS POULSEN
ADVOKAT, PH.D.

Prisstigninger og offentlige kontrakter

Oversigt

SUNE TROELS POULSEN
ADVOKAT, PH.D.

- 1. Udgangspunktet** prisforhøjelse udgør en væsentlig ændring
- 2. Uforudsete forhold** kan begrunde ændring af en kontrakt
- 3. Krav om modydelse** merbetaling uden modydelse ikke tilladt
- 4. Statsstøttereglerne** merbetaling kan udgøre ulovlig statsstøtte

1. Udgangspunktet

- Ændring af en igangværende kontrakt kan ikke ske uden udbud
- 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.
- 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.
- Pressetext (sag C-454/06) præmis 35 og 37.

1. Udgangspunktet

SUNE TROELS POULSEN
ADVOKAT, PH.D.

- “This third situation ... means, most obviously, that the price cannot be increased without the addition of corresponding obligations.”
- “A price increase will be permitted where it merely represent reasonable compensation for additional work undertaken by the contracting partner.
- “... to ensure that the contract continues to reflect the outcome of the original award procedure....”
- Sue Arrowsmith, kapitel 6-277.

1. Udgangspunktet

- Hvorfor er reglerne sådanne?

- Ordregiver skal strengt overholde de kriterier, den selv har fastsat, ikke kun i løbet af licitationsproceduren som sådan, men frem til afslutningen af fasen for kontraktens opfyldelse.
- Såfremt ordregiver i løbet af kontraktopfyldelsesperioden var beføjet til frit at ændre selve licitationsbetingelserne, uden at være blevet udtrykkeligt beføjet hertil i de relevante bestemmelser, der finder anvendelse, ville de oprindeligt fastsatte regler for tildelingen af kontrakten blive omgået
- En sådan praksis vil uundgåeligt medføre en tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed og princippet om ligebehandling af de bydende, idet en ensartet anvendelse af licitationsbetingelserne og objektivitet i proceduren ikke længere vil være sikret.
- Cas Succhi di Frutta (C-496/99 P) præmis 115, 120 og 121.

2. Uforudsete forhold

- Ændringer af igangværende kontrakter uden udbud kan være tilladte.
- En normalt påpasselig ordregiver kunne ikke forudse den begivenhed, som er årsagen til behovet for at ændre kontrakten.
- Uforudsete omstændigheder:
 - Angreb af terrorister (9-11-2001).
 - Askesky fra Island.
 - Livsfarlige smitteudbud (pandemi).
 - Krig i Europa.

2. Uforudsete forhold

- Ændring af den økonomiske balance i kontrakten
 - En kontrakt er i økonomisk balance, hvis vederlaget til leverandøren er fastsat ved udbud.
 - Pr. definition vil en ændring af en kontrakt forhandlet direkte med leverandøren derfor ikke være i økonomisk balance, idet kontraktændringen ikke har været udsat for konkurrence.
 - Dette er imidlertid ikke nødvendigvis i strid med udbudsreglerne i en situation, hvor der foreligger uforudsete forhold.
 - Proportionalitetsprincippet sætter grænsen for den merbetaling, som ordregiver kan aftale med leverandøren; der skal være behov for ændringen, og merbetalingen skal være nødvendig for at opnå en tilfredsstillende aftale for ordregiver og forholdsmæssig hermed.

2. Uforudsete forhold

- **Udbudslovens § 183**

- § 183. Ændringer af en kontrakt anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer, når 1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, 2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres og 3) værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.
- Bestemmelsen er udtryk for, at det vil være uproportionalt i betydningen afbrydelse af en tjenesteydelse, en vareleverance eller et arbejde, sammenholdt med omkostningerne ved en ny udbudsprocedure, hvis der slet ikke var nogen muligheder for at ændre en igangværende kontrakt (selv uden en klausul herom).
- En sådan situation kan foreligge, hvor der tilstøder en udefrakommende, uforudset omstændighed, som nødvendiggør en ændring af en igangværende kontrakt.

3. Krav om modydelse

- Betingelse for at anvende udbudslovens § 183
 - Det er en nødvendig betingelse for at aftale en ændring af en kontrakt, at der foreligger uforudsete omstændigheder, som en påpasselig ordregiver ikke kunne forudse.
 - Det er imidlertid ikke en tilstrækkelig betingelse: Der skal som følge af uforudsete omstændigheder også foreligge et behov hos ordregiver for at aftale ændringen – ikke et behov hos leverandøren.
 - Dette harmonerer med udgangspunktet, hvorefter en prisforhøjelse uden modydelse udgør en væsentlig ændring af en kontrakt, idet en sådan prisforhøjelse alene er til fordel for leverandøren.
 - Der er således ikke mulighed for at aftale en merbetaling, som alene er til fordel for leverandøren.

3. Krav om modydelse

- Udbudslovens § 183
 - Ordregivers behov er i fokus, idet ordregiver som følge af uforudsete omstændigheder kan genforhandle kontrakten med sin leverandør; dvs. uden at afholde udbud. Genforhandlingen vil typisk fokusere på realydelsen og merbetalingen.
- 109. betragtning til udbudsdirektivets præambel
 - De ordregivende myndigheder kan komme ud for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten, navnlig når gennemførelsen af kontrakten dækker en længere periode. I dette tilfælde er det nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet, så kontrakten kan tilpasses disse omstændigheder uden en ny udbudsprocedure. Begrebet uforudsigelige omstændigheder henviser til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen 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. Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvis en ændring medfører, at arten af det samlede indkøb forandres, f.eks. ved at erstatte de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal indkøbes, med noget andet eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, da der i en sådan situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet.
- Det følger af 3. punktum, at en ændring af kontrakten også skal være til fordel for ordregiver.

3. Krav om modydelse

- Kan de aktuelle prisstigninger rummes af udbudslovens § 183?
 - Prisstigninger på varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsaktiviteter er normale i et marked og ordregiver kan sikre sig imod sådanne ved kontrakten. De er derfor ikke ”uforudsete.”
 - Krigen mellem Rusland og Ukraine som uforudset omstændighed og årsag til prisstigningerne – ja.
- Opfylder merbetaling til leverandøren et behov hos ordregiver?
 - Er der et objektivt og tungtvejende behov hos ordregiver for at fortsætte med samme leverandør?
 - Er der et objektivt behov for merbetalingen i form af,
 - at leverancerne ellers vil blive indstillet som følge af leverandørens konkurs, og
 - at ordregiver har ikke ligeværdige alternativer.
 - Er merbetalingen forholdsmæssig med den konstaterede prisstigning?
 - Krav om tidsbegrænsning af merbetalingen.

4. Statsstøtte

- Der foreligger ikke statsstøtte, hvis en kontrakt er tildelt efter udbud
 - Genforhandling af en igangværende kontrakt kan (derfor) medføre tildeling af statsstøtte.
- Merbetalinger til en leverandør for levering af en ekstra vare, ydelse mv. udgør ikke statsstøtte.
 - Merbetalinger til en leverandør uden modydelse kan udgøre statsstøtte.
 - Merbetalinger til en leverandør for at fortsætte leverancerne kan udgøre statsstøtte.
- Merbetalinger som følge af uforudsete omstændigheder (krigen i Ukraine)
 - Der foreligger ikke statsstøtte, hvis en privat leverandør i en tilsvarende situation også havde ydet en merbetaling (af samme størrelse) til leverandøren.
 - Dette kan være tilfældet, 1) hvis ordregiver har behov for leverancerne, 2) leverandøren som følge af prisstigningerne er konkurstruet, 3) merbetalingen vil sikre leverancerne, og 4) ordregiver ikke har ligeværdige alternative leverandører.