

Aarhus 10. august 2021

Mette Høgh
Senioradvokat

T +45 72 27 35 12
meth@bechbruun.com

Sagsnr. 038345-0101 tbr/meth/dla
Dok.nr. 27864290.1

Udvidelse af Grenaa Idrætscenter

Vurdering af mulighed for delvis tildeling af kontrakt

1. Indledning

Norrdjurs Kommune har sammen med Grenaa Idrætscenter udbudt en udvidelse af idrætscentret ved en indbudt licitation. Forud for udvælgelsen af de indbudte tilbudsgivere blev der rettet henvendelse til 8-10 potentielle tilbudsgivere af hensyn til at sikre, at der var interesse for projektet hos de indbudte. De adspurgte entreprenører tilkendegav interesse for at byde på kontrakt, og ud af disse blev 4 tilbudsgivere udvalgt til at afgive tilbud. Under tilbudsfasen blev kommunen imidlertid kontaktet af flere tilbudsgivere, der af forskellige årsager meddelte ikke at ville afgive tilbud. Kommunen modtog således alene ét tilbud, hvilket tilbud ligger langt over budgettet.

Som følge af risikoen for, at der ikke kan opnås finansiering til det fulde projekt, har Norrdjurs Kommune og Grenaa Idrætscenter overvejet, om der under det igangværende udbud blot kan indgås kontrakt om en del af det udbudte projekt. Projektet er således naturligt opdelt i to dele i form af to primære bygninger, og rent praktisk vil kontrakten således godt kunne reduceres til det ene delprojekt.

Norrdjurs Kommune har på denne baggrund bedt Bech-Bruun om at vurdere, om Norrdjurs Kommune inden for rammerne af det igangværende udbud kan tildele en kontrakt på en del af det udbudte projekt.

2. Konklusion

Det afgørende for, om Norrdjurs Kommune inden for rammerne af det igangværende udbud kan reducere omfanget af den udbudte kontrakt vedrørende en udvidelse af Grenaa Idrætscenter, er, om ændringen må anses for at udgøre en ændring af aftalens grundlæggende elementer.

Da kontrakten reduceres med ca. 50%, kan det ikke udelukkes, at feltet af relevante tilbudsgivere og omfanget og indholdet af modtagne bud ville have været anderledes, hvorved også udfaldet af udbuddet ultimativt kunne have været et andet. Hertil kommer, at ændringen ønskes foretaget på et tidspunkt, hvor kontrakten ikke er indgået, hvilket skærper vurderingen af, om der er tale om en væsentlig ændring.

Det er således samlet set vores vurdering, at en reduktion af den udbudte kontrakt til alene at omfatte den ene af to tilbygninger udgør en sådan væsentlig ændring af kontrakten, at ændringen ikke kan foretages uden et fornyet udbud.

3. Vurdering

Det udbudte projekt er beskrevet som ét samlet projekt omfattende blandt andet etablering af en tilbygning mod øst såvel som en tilbygning mod vest. Tilsvarende er udbudsmaterialet kun vedlagt én kontrakt, og det er således meget tydeligt, at projektet er forudsat etableret ved én samlet kontrakt. En reduktion af projektet omfattet af udbuddet vil dermed utvivlsomt udgøre en ændring af den udbudte kontrakt, som ikke har været forudsat i kontrakten.

Idet ændringen først ønskes foretaget efter modtagelsen af tilbud, vil ændringen mest nærliggende skulle vurderes som en ændring af en indgået kontrakt. Det bemærkes dog, at adgangen til at foretage ændringer *inden* en kontraktindgåelse efter klagenævnspraksis er mere snæver, end det er tilfældet når kontrakten er indgået. Ræsonnementet bag dette er, at når behovet for en ændring kendes allerede inden kontrakten indgås, er der ikke noget behov for at foretage ændringen, idet der så i stedet blot kan ske et genudbud af kontrakten i den ændrede form. En ændring af en kontrakt, der sker forud for kontraktindgåelsen, vil således med andre ord hurtigere blive anset for at udgøre en ændring af et grundlæggende element, end hvis ændringen først foretages i kontraktens løbetid.

Tilbudsloven indeholder ikke udtrykkelige bestemmelser omkring adgangen til at foretage ændringer af indgåede kontrakter, men det er derimod relevant at seke til reglerne herom i udbudsloven, idet disse regler er udtryk for en kodificering af praksis fra EU-domstolen baseret på de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilke også gælder for udbud efter tilbudsloven.

Det afgørende for, om der efter udbudslovens regler kan ske en ændring af en igangværende kontrakt uden et fornyet udbud, er, om der foretages ændringer af kontraktens grundlæggende elementer. Herved forstås en ændring der bevirker, at kontraktens karakter er væsentlig forskellige fra den oprindelige kontrakt, herunder når:

- "1) ordregiveren indfører 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 ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten."*¹

Vurderingen af, om en kontraktændring er væsentlig, vil altid bero på en konkret vurdering.

I forhold til den konkrete sag er det oplyst, at ydelserne omfattet af kontrakten og den håndværksmæssige kompleksitet for de to primære dele af kontrakten er nogenlunde ens, hvilket taler for, at en reduktion af kontrakten er uvæsentlig. Omvendt er det ligeledes oplyst, at værdien af de to dele af kontrakten (de to tilbygninger) er nogenlunde den samme. Uanset hvilken del af kontrakten, der måtte ønskes udskilt og

¹ Udbudslovens § 178, stk. 2.

realiseret, vil der være tale om en meget væsentlig del af kontrakten. En sådan væsentlig reduktion af kontrakten taler meget vægtigt til støtte for, at kontrakten dermed ændres væsentligt. Ved en sådan reduktion af kontraktværdien kan det således ikke udelukkes, at markedets interesse i kontrakten ville have været anderledes, end det er tilfældet for det fulde projekt.

En væsentlig reduktion af kontrakten kan således (på samme vis som en udvidelse heraf) tiltrække andre tilbudsgivere/ændre feltet af relevante tilbudsgivere og dermed også ultimativt ændre udfaldet af udbuddet. Dette understøttes af, at nogle af de inviterede tilbudsgivere efter det oplyste afslog at afgive tilbud under henvisning til kapacitetsproblemer. I en sådan situation er det meget nærliggende, at en reduktion af kontrakten (såvel som en potentiel tidsmæssig forskydning af projektet), kan ændre markedets lyst til at byde på kontrakten såvel som den pris, der i givet fald ville blive budt ind med. Ændringerne ligger således inden for de kriterier, der er oplyst i udbudslovens § 178, stk. 2.

Hertil kommer, at ændringen ønskes foretaget på et tidspunkt, hvor kontrakten ikke er indgået, hvilket jf. ovenfor skærper vurderingen af, om der er tale om en væsentlig ændring. Der er således ikke noget til hinder for, at der blot foretages et genudbud af den relevante del af kontrakten. Tvært imod vil et sådant genudbud hurtigt kunne gennemføres på grundlag af det eksisterende udbudsmateriale.

På baggrund heraf er det samlet set vores vurdering, at en reduktion af den udbudte kontrakt til alene at omfatte den ene af to tilbygninger udgør en sådan væsentlig ændring af kontrakten, at ændringen ikke kan foretages uden et fornyet udbud.

Aarhus, den 10. august 2021
Tina Braad

Mette Høgh