

Copenhagen Business School

17. maj 2016

Cand.Merc.Jur

Kandidatafhandling

Et uforudset behov for ændring i en offentlig kontrakt

An unforeseen need for change in a public contract

Lavet af:

Martin Mehlsen

Vejledere:

Anja Piening

Henrik Klem Lassen

Anslag: 181.607

Sider: 79

Indholdsfortegnelse

Executive summary	4
1 Problemidentifikation	5
1.1 Indledning	5
1.1.1 Problembeskrivelse og formål	6
1.2 Problemformulering	7
1.2.1 Juridisk problemstilling	7
1.2.2 Økonomisk problemstilling.....	7
1.2.3 Integreret problemstilling	7
1.3 Synsvinkel	7
1.4 Afgrænsning	8
1.5 Metode	8
1.5.1 Juridisk metode	8
1.5.2 Økonomisk metode.....	11
1.5.3 Integreret metode	14
1.5.4 Struktur.....	14
1.6 Begrebs- og forkortelsesliste	15
2. Ændringer i den offentlige kontrakt	16
2.1 Indledning	16
2.2 Ligebehandlingsprincippet	17
2.3 Adgangen til at ændre i indgåede kontrakter	20
2.3.1 Udbudsloven § 179	22
2.3.2 Udbudsloven § 180	23
2.3.3 Udbudsloven § 181	23
2.3.4 Udbudsloven § 182	24
2.3.5 Udbudsloven § 183	25
2.4 Betingelserne i udbudsloven § 183	26
2.4.1 Et uforudset behov for ændring	26
2.4.2 Kontraktens overordnede karakter må ikke ændres.....	30
2.4.3 Ændringen må ikke overstige 50 procent af kontraktens værdi, pr. gang	32
2.5 Udbudslovens § 183 og ligebehandlingsprincippet	33
2.5.1 Det uforudsete behov	34
2.5.2 Kontraktens overordnede karakter	36
2.5.3 Værdien af kontrakten.....	39
2.6 Delkonklusion	43
2 – Økonomisk analyse	44
2.1 Indledning	44
2.2 Redegørelse for case opbygning	45
2.3 Transaktionsomkostningsteori	46
2.3.1 Styringsstruktur.....	46
2.3.2 De to dimensioner	47
2.3.3 Markedet, organisationsformer eller hybrid	47
2.4 Generel P/A teori	48
2.5 P/A i en offentlig kontrakt	48
2.6 Case analyse af Nordhavnsvej projektet	50
2.6.1 Transaktionsomkostninger i Nordhavnsvej projektet.....	51
2.6.2 Principal-agent problematik i Nordhavnsvej projektet.....	57
2.7 Delkonklusion	67

3	Integreret analyse	68
3.1	Indledning.....	68
3.2	Spillet om ændringer i kontrakten.....	68
3.3	Den efficiente løsning	71
3.4	Hvad <i>bør</i> gældende ret være?	72
3.5	Delkonklusion	76
4	Konklusion.....	77
5	Kapitel - Litteraturliste.....	80
5.1	Bøger og artikler.....	80
5.2	Retskilder.....	81
5.3	Domsregister	81
5.4	Internetsider.....	82
6	Bilag.....	83

Executive summary

The purpose of this thesis was to investigate the new public procurement regulation in Denmark with regard to changes in an on-going tender contract between a public entity and a contractor.

Firstly the equal treatment principle was explained to give a frame of how to use the principle in public tenders. The different rules concerning changes in public tenders were afterwards analysed to find out which rule gave the broadest possibilities of changing an on-going contract. The thesis has therefore been focusing on an unforeseen need for change in a public contract because using this rule gives the broadest possibilities and most flexible conditions to change a contract. The rule was further analysed to see how broad changes could be done. It was afterwards concluded that two of the three conditions in the rule allowed too broad a possibility to change and therefore were in conflict with the equal treatment principle.

In the next section the transaction cost analysis gave response as to which governance structure was best to use, and at the same time enlightened that the contractor could show opportunism by speculating in taking advantages by using higher prices when need for contract changes. It was afterwards relevant to investigate if the possibilities for the contractor to change the contract actually gave opportunity for the contractor to take advantage of the possibility by using prices for work, which was not a part of original contract, because the public entity does not have the possibility to see if the used prices are as competitive as the original ones. Due to the fact that the public entity did not specify the exact result that was expected when changes of the contract occurs the public entity could not compensate for the right result. This means that the contractor would rather spend time on work that is being compensated for and thereby given opportunity for the contractor to take advantage of the changes in work by using prices that was not specified in the original contract.

In the last chapter a game between the public entity and the contractor is created to find the economically efficient solution. This was found where both sides chose a limited possibility to change the contract because the equal treatment principle would be respected and the contractor would increase the possibility of getting the contract. This was followed by an analysis of how the law should be to create what is economically efficient, which concluded in a suggestion on how the law can contribute in creating the economically efficient solution.

1 Problemidentifikation

1.1 Indledning

Grønne vægge præger bybilledet i København næsten overalt man kommer, hvor man nysgerrigt får lyst til at kigge ind bagved for at få øje på det store projekt, der skal skabe en ny fremtid for infrastruktur i København. Cityringen hedder det famøse byggeprojekt, der har en oprindelig værdi af 21,3 mia. kr. Denne værdi forventes at stige til 25,6 mia. kr. når byggeriet engang er færdigt, hvilket primært skyldes omkostninger på grund af forsinkelse samt forhindringer undervejs.¹ Af flere sager kan nævnes byggeriet af DR byen, der oversteg budgettet i omegnen af 1,7. mia. kr. Denne overskridelse skyldtes primært forlængelse af byggeperioden, uforudsete krav fra entreprenører og kontrakter med uafhandlede dele, herunder genforhandling af entreprisekontrakter, idet de forudsatte budgetter ikke var dækkende. Senest har en ændring i aftalen i Nordhavnsvej projektet medført en forøgelse på 627 mio. kr. fordi et tilkoblingsanlæg skulle gøres klar til at tage imod den kommende tunnel.² Disse projekter har alle til fælles, at omkostninger er forøget undervejs i kontraktens løbetid. Det er imidlertid næsten umuligt at undgå henset til, at det i store byggeprojekter kan være tæt på umuligt at forudse behov og problemer langt ude i fremtiden. I daglig praksis ude på byggepladserne kan der pludselig opstå uforudsete omstændigheder, der er nødt til at blive taget hånd om for at projektet kan fortsætte, hvilket kan kræve ændring af kontrakten. Som eksempel var der i byggeriet af DR byen problemer med jordforholdende ved opsættelsen af Koncerthuset, der medførte væsentlig omkostninger til ekstra fundering, fordi der var en kløft i kridtlaget.³ Henset til ændringerne i diverse byggerier kan altså være relevant at undersøge, hvorvidt kontraktændringer egentlig også kan skyldes stigning i priser, der ikke oprindeligt var en del af kontrakten.

¹ www.ing.dk, den 12. januar 2016, ”Forsinkelse og underbudgettering: Cityringens støjende historie”

² Se bilag 3 – Tillægsbevilling

³ www.ing.dk, den 29. september 2006 ”DR-byens historie”

1.1.1 Problembeskrivelse og formål

Efter det seneste udbudsdirektiv⁴ er blevet vedtaget har det øget mulighederne for at ændre i indgåede kontrakter med henblik på at skabe større fleksibilitet for ændringer i kontrakten. Dette er blevet kodificeret gennem udbudslovens §§ 178-184 og kommer efter ønske fra ordregivere og leverandører, hvor behovet for ændringer af en indgået kontrakt ofte er til stede.⁵ Den ideelle løsning ville være at komplette kontrakter blev udfærdiget på tidspunktet for indgåelse, hvilket dog af gode grunde ikke kan lade gøre, da kontrakt vilkårene kun kan tage højde for den viden man har på det pågældende tidspunkt for indgåelsen. Derfor vil der ofte være et behov for ændringer, hvilket især ses i større bygge- og anlægs kontrakter.⁶ Den øgede fleksibilitet skaber imidlertid en konsekvens for vægtningen af ligebehandlingsprincippet, hvor ligebehandlingsprincippet skaber den effektive konkurrence ved at sørge, at ingen bliver fordelagtiggjort i selve udbudsprocessen og derved en effektiv konkurrence med optimal anvendelse af det offentliges midler. Udbudslovens ændringsbestemmelser anvender som udgangspunkt ligebehandlingsprincippet til skabe begrænsninger for hvor meget der må ændres i indgåede kontrakter, men der synes alligevel at være mulighed for at kunne ændre mere i kontrakten, end hvad der i bund og grund er nødvendigt. De ændringer, der bliver foretaget i større bygge- og anlægsprojekter fører ofte til at projekterne bliver dyrere end først antaget, hvilket skaber et interesse felt, der omhandler hvad en af årsager til denne fordyrelse kan være. Hertil er det relevant, hvorvidt ændringerne reelt anvender udbudskonkurrencedygtige priser i forhold til det oprindelige udbud.

Kommende afhandling vil således behandle området for, hvorvidt ændringer som følge af et uforudset behov i tilstrækkelig grad er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Derudover vil udgangspunktet i Nordhavnsvej projektets særlige betingelser være i hvordan bygherren sikrer sig mod opportuniste i transaktionen ex ante og hvorledes der er mulighed for at entreprenøren kan udnytte ændringsmuligheden når først ordregiveren har fået et behov for ændring af kontrakten. Dette skal danne fundamentet for om den nugældende lovbestemmelse er samfundsøkonomisk efficient og hvis ikke, hvordan dette så opnås for at opnå højere grad af ligebehandling og samtidig opnå en tilpas fleksibilitet af udbudsreglernes bestemmelser om ændringer i en indgået kontrakt. Formålet med afhandlingen er at blive belyse om der er for store

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

⁵ Liljenbøl og Balle, 2016, s. 388

⁶ Se hertil bilag 2 om Nordhavnsvej projektet, hvor en tillægskontrakt var nødvendig for at gøre vejen klar til tunnelen.

muligheder for at ændre i en offentlig kontrakt og hvorvidt det giver entreprenøren mulighed for at udnytte forholdet for at opnå en højere indtjening ved at anvende priser, som ikke er taget højde for i det oprindelige udbud. Formålet er derfor også at udlede, om lovgivningen kunne udformes anderledes, der tilgodeser både ligebehandlingsprincippet og fleksibiliteten i offentlige kontrakter.

1.2 Problemformulering

1.2.1 Juridisk problemstilling

I hvilken grad er ændring af kontrakten i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, når ændringen ikke har kunnet forudses, ikke ændrer på kontraktens overordnede karakter, samt når ændringen ikke overstiger 50% af værdien af den oprindelige kontrakt?

1.2.2 Økonomisk problemstilling

Hvordan sikrer bygherren sig mod opportunisme i Nordhavnsvej transaktionen og hvorledes har entreprenøren mulighed for at udnytte ændringer i den tilhørende kontrakt?

1.2.3 Integreret problemstilling

Hvad er samfundsøkonomisk efficient i forhold til mulighederne for at ændre i en offentlig kontrakt ved et uforudset behov for ændring og hvordan opnås det?

1.3 Synsvinkel

Afhandlingens første del vil anvende en samfundsmæssig synsvinkel vil betragte forskellige sider af problemet for at udlede gældende ret nærmere. Dette gøres fordi det er i samfundets interesse at have en samfundsefficient lovgivning. Herefter vil der i afhandlingens kapitel 3 blive anvendt en offentlig bygherre synsvinkel, idet det er bygherren, der gør sig overvejelser, samt træffer beslutninger og foranstaltninger i henhold til problemstillingen. I afhandlingens kapitel 4 vil der igen blive anvendt i samfundsmæssig synsvinkel, hvilket begrundes i ønsket om at udlede den løsning, der er samfundsøkonomisk efficient og i forlængelse her stille forslag til lovgiver, der skaber større samfundsmæssig værdi.

1.4 Afgrænsning

Der vil i afhandlingen blive afgrænset fra ændringer på baggrund af uforudsete behov, der søger at ændre kontrakten som følge af misligholdelse, herunder bringe kontrakten til ophør, idet ligebehandlingsprincippet bliver tilgodeset ved at bringe kontrakten til ophør. Ligebehandlingsprincippet i denne afhandling anvendes til at begrænse mulighederne for at ændre i en igangværende kontrakt, der har til sinde at fortsætte.

Det ville være nærliggende at undersøge forholdet, hvor meget selve ændringsarbejderne vedrører yderligere suppleringskøb i forhold til hvor meget prisen stiger. Det ville give et svar på, hvor stor del af ændringen, der rent faktisk skyldes agentens udnyttelse af ændringsarbejder, ved at skjule prisstigninger, som principalen ikke kan overvåge. Det har imidlertid ikke været muligt grundet empiriens utilstrækkelig omfang for at dække denne problemstilling.

1.5 Metode

Kommende afsnit vil gøre læseren opmærksom på, hvilke metodiske tilgange, der danner grundlag for løsning af problemstillingen. Afsnittet vil først gennemgå den juridiske metode, der herefter følges op af den økonomiske metode, mens der til slut vil blive gennemgået metode for det integrerede afsnit.

1.5.1 Juridisk metode

I afhandlingen er benyttet en retsrealistisk tilgang til løsning af det juridiske problemfelt. Det tilstræbes derfor, at analysen for det juridiske problemfelt vil benytte retskilder som en domstol ville gøre det.⁷ For at kunne analysere, hvorvidt et uforudset behov for ændring i kontrakten opfylder kravet til ligebehandling foretages analysen derfor ud fra en retsdogmatisk metode for at udlede gældende ret.

Retskilderne, som det forventes, at domstolene benytter til at udvinde gældende ret består af regulering, retspraksis, retssædvane samt forholdets natur, der alle er baseret på førnævnte Alf Ross' retsrealistiske teori.⁸ Heri ligger også, at retskilderne ikke har forrang for hinanden, men at

⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 389

⁸ Ibid.: s. 73

f.eks. regulering er mere objektiveret af end praksis. Med objektivering af en retskilde menes hvor meget en retskilde præsenterer en dommer for en færdigformuleret retsregel – eller i modsat tilfælde, hvor den først efter dommerens behandling udformes til en regel.⁹ Nærværende afsnit redegør udelukkende for de retskilder, der findes nødvendige til løsning af problemformuleringen.

EU-retspraksis gennemført ved afgørelser foretaget af EU-Domstolen er af væsentlig betydning for fortolkningen af gældende ret inden for udbudsretten. De danske domstole, herunder klagenævn, finder ofte inspiration i EU-Domstolens praksis. Afhandlingen vil benytte sig af domme afsagt af EU-Domstolen til at supplere i analyse af gældende ret. Afhandlingen vil herunder benytte sig både af en formålsfortolkning, som EU-Domstolen også ofte anlægger, samt en ordlydsfortolkning af enkelte præmisser i domme, der kan skabe præcedens og samtidig bidrage til løsningen af problemstillingen.

Afhandlingen vil indledningsvist præsentere problemstillingen og derefter starte med at redegøre for ligebehandlingsprincippet for at skabe rammen om, hvilken betydning ligebehandlingsprincippet har samt hvordan det anvendes i praksis. Ligebehandlingsprincippet behandles fordi det er et af de grundlæggende principper af betydning for udbud, hvilket også fremgår af betragtning 1 til seneste udbudsdirektiv.¹⁰ Heri fremgår det, at ligebehandling er afledt af de grundlæggende friheder i Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).¹¹ I den danske udbudslov¹² fremgår, at ordregivere forpligtes til at overholde ligebehandlingsprincippet jf. § 2. For at definere ligebehandlingsprincippet anvendelse nærmere vil EU-retspraksis blive inddraget i form af *Manova mod Undervisningsministeriet*¹³ samt *Kommissionen mod Danmark*¹⁴, hvoraf forhandlingsforbuddet også bliver introduceret. Dommene bidrager til at forstå ligebehandlingsprincippets betydning for at opretholde en ufordrejet konkurrence og lige vilkår for tilbudsgiverne.

⁹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 73

¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

¹¹ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 83

¹² Udbudsloven lov nr. 2564 af 15/12/2015

¹³ *Manova-dommen*, Sag C- 336/12

¹⁴ *Storebælt-dommen*, Sag C-243/89

Udbudsdirektivet¹⁵ er en del af bindende sekundærregulering i EU, hvilken er blevet implementeret gennem udbudsloven, der trådte i kraft den 1. januar 2016 og omhandler udbud af offentlige kontrakter. Det er derfor relevant for afhandlingen at inddrage EU-retspraksis, hvor dansk retspraksis ikke giver tilstrækkelig bidrag til løsning af problemformuleringen. Udbudsloven anvendes, idet det er i denne, at adgangen til ændringer i en offentlig kontrakt reguleres i §§ 178 – 184. Herefter anvendes *Presstext-dommen*¹⁶ til forstå baggrunden for udbudsloven § 178 og de tilhørende undtagelser i §§ 179- 183, samt ligebehandlingsprincippet betydning heri. Dette følges af en kort undersøgelse af §§ 179 - 183 for at afklare hvilken af bestemmelserne, der giver den største mulighed for at ændre i en indgået kontrakt.

Udbudsloven § 183 vil efterfølgende blive uddybet i tilstrækkelig grad for at danne et fundament for senere analyse med ligebehandlingsprincippet. For at klarlægge udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 1 vil forarbejderne til bestemmelsen sammen med udbudsdirektivets artikel 71, stk. 1, litra c bidrage hertil. Ydermere vil en objektiv ordlydsfortolkning blive anvendt for at berøre ordlydens afgrænsede betydning, hvilket dog suppleres af en subjektiv formålsfortolkning for at forstå den samlede betydning af betingelsen. Ud over dette vil en afgørelse¹⁷ fra Klagenævnet for Udbud bidrage med en begrænsning af hvad der forstås ved eksterne og uforudsete omstændigheder. I tillæg hertil vil *Presstext-dommen*¹⁸ supplere med en forståelse af, hvad der forstås ved et uforudset behov for ændring. Analysen af udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 2 vil ligeledes anvende forarbejderne til undersøge muligheden for at ændre i kontrakten. Dette kombineres med en fortolkning af forarbejderne til § 179 for at forstå betydningen af ”*et helt andet marked*”¹⁹, idet denne orienterer om hvad der skal forstås ved betingelsen i § 183, stk. 1, nr. 2. For at komme nærmere betingelsens betydning bliver den sammenholdt med udbudsloven § 178, stk. 1, der foreskriver fornyet udbudspligt ved ændring af de grundlæggende betingelser. Herefter vil samme betingelse i udbudsdirektivet sammen med betragning 109 blive anvendt for at fortolke nærmere på betingelsens anvendelighed. En sammenligning bliver derefter foretaget med det forrige udbudsdirektiv²⁰ for at forstå hensigten med den nye betingelse. Den sidste betingelse i

¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

¹⁶ *Presstext-dommen*, Sag C.454/06

¹⁷ Klagenævnet for udbud, J.nr.: 2015-13909 Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark af 14. December 2015

¹⁸ *Presstext-dommen*, Sag C.454/06

¹⁹ Udbudsloven lov nr. 2564 af 15/12/2015 Note 793 til § 179

²⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 3 vil blive undersøgt for at klarlægge ændringsmulighederne i bestemmelsen, hvilket forarbejderne også vil bidrage med. Pressetext-dommen²¹ bidrager til at alle værdier ikke nødvendigvis kan måles i kroner og øre, hvilket skaber besværligheder ved at anvende betingelsen.

Alle tre gennemgåede betingelser til udbudsloven § 183 vil efterfølgende blive sammenholdt med ligebehandlingsprincippet for at undersøge, hvorvidt analogier af ligebehandlingsprincippet kan bidrage til at udlede, om bestemmelsen er for vidtgående i forhold til at overholde ligebehandlingsprincippet og på baggrund heraf udlede gældende ret.

1.5.2 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse i afhandlingen tager udgangspunkt i den nyinstitutionelle økonomi, hvor der er begrænset rationalitet samtidig med, at der ikke er fuldkommen information i markedet. I tillæg hertil er parterne egennyttmaksimerende, hvorfor opportuniste også er en grundlæggende forudsætning.

Der vil i den økonomiske analyse blive anvendt et case studie af en offentlig byggekontrakt, for at løse problemstillingen. Selve case studiet består af et single-case design, der anvendes med et kritisk rationale som bidrag for at udvide forståelsen for incitament fordelingen i praksis i en offentlig kontrakt.²² Når der bruges et single-case design medfører det en omhyggelig undersøgelse af casen for at minimere chancerne for fejlfortolkning.²³ Single-case designet vil i Nordhavnsvej projektet ydermere benytte sig af et holistisk case studie, der kun fokuserer på én enhed i forhold til helheden, i relation til transaktionsomkostnings teorien samt i form af principal agent teorien.²⁴ Foruden dette er analysen bygget op af et forklarende case studie, hvor formålet er at forklare, hvorvidt entreprenøren kan udnytte ændringer i en offentlig bygge kontrakt til øget indtjening.

Formålet med Williamsons transaktionsomkostningsteori, som en del af den nyinstitutionelle økonomi, er at forklare, hvorfor visse transaktioner omlægges fra at være internt organiserede samt

²¹ *Pressetext-dommen*, Sag C.454/06

²² Yin, 2014, s. 51

²³ *Ibid.*: s. 53

²⁴ *Ibid.*

forklare skift fra én organisationsform til en anden, som følge af organisationsfejl.²⁵ Der vil i analysen blive anvendt transaktionsomkostningsteori til at udlede den effiente styringsstruktur, der er anvendt i Nordhavnsvej projektet samt hvilke foranstaltninger, der er gjort for at gardere sig imod opportuniste. Ud over dette er formålet med analysen også at lokalisere noget af den usikkerhed, ved ændring af kontrakten. I selve analysen er det bevidst fravalgt at anvende dimensionen ”frekvensen i transaktionen” fordi hovedtransaktionen i Nordhavnsvej projektet består af selve det ordinære udbud og derved kun én transaktion.

I principal agent teorien fokuseres der på hvordan man i situationer med asymmetrisk information og med nyttemaksimerende aktører kan indrette optimale og incitamentsforenelige kontrakter.²⁶ Formålet hermed for at opnå overensstemmelse mellem principalens og agentens målsætninger, hvorved egoistisk adfærd fra agenten nogenlunde svarer til den adfærd principalen ønsker.²⁷ Milgrom og Roberts²⁸ principper vil blive anvendt som analysegrundlag i Nordhavnsvej projektet for at undersøge, hvorvidt incitamentsstrukturen sikrer, at agenten leverer den indsats principalen forventer i relation til resultater som principalen ikke kan observere.

1.5.2.1 Validitet, reliabilitet og generaliserbarhed²⁹

Det indsamlede data består af særlige betingelser til kontrakten i Nordhavnsvej projektet. De særlige betingelser har desværre ikke været mulige at få stillet til rådighed i deres fulde omfang hvilket medfører, at analysen er underlagt få empiriske begrænsninger. Omfanget af data bidrager alligevel tilstrækkeligt til at kunne løse problemstillingen.

Validiteten i casen omhandler gyldighed og relevans.³⁰ Den generelle overensstemmelse mellem teori og empiri synes at være tilpas, i og med, at de særlige betingelser tillader en praktisk anvendelse af de teoretiske begreber for at forklare og undersøge forhold i kontrakten ex ante samt ex post nærmere. Her bidrager de særlige betingelser med fordeling af ansvar med dertilhørende konsekvenser for misligholdelse af forholdet. Empirien synes at have god relevans i forhold til

²⁵ Knudsen, 1997, s. 210

²⁶ Ibid., 1997, s. 168

²⁷ Ibid., s. 168

²⁸ Milgrom and Roberts, 1992, s. 219-232

²⁹ Andersen, 2010, s. 83 samt s. 35

³⁰ Ibid.: s. 83

teoriene, da transaktionsomkostningsteori berører overvejelser i transaktionen og principal agent teorien vedrører en optimal incitamentsfordeling, hvilket de særlige betingelser giver input til. Hvilket også stemmer godt overens med problemformuleringen.

Reliabilitet berører hvor nøjagtigt data måles og hvor pålideligt det målte data er.³¹ Det data, der bliver anvendt i casen anses at være pålideligt, men hvor der alligevel eksisterer usikkerhed resultatets værdi, idet dataene kun tager udgangspunkt i én kontrakt og ikke flere forskellige fra andre offentlige bygherrer for at give et mere retvisende billede. Således er det ikke med sikkerhed, at en ny case med en stor offentlig byggekontrakt vil give de samme resultater, som denne case gør. Herudover gøres der opmærksom på, at de særlige betingelser er det endelige udkast inden kontrakten blev skrevet under, hvorfor overstregninger og tilføjelser fra kilden findes i dokumentet. Dette nedsætter pålideligheden for materialet, idet det ikke kan bekræftes, hvor mange ændringer, der er foretaget før kontrakten blev skrevet under, ud over kildens påstand om, at der ikke er blevet ændret i materialet efterfølgende. Alligevel eksisterer der nogen grad af pålidelighed, idet de særlige betingelser er konkret data fra kontrakt i en offentlig byggekontrakt. Løsningen på casen må alligevel underlægges kritik i mangel på sammenlignelig data. På trods af det, giver løsningen en god forståelse for problematikken, ved at vise en enkelstående forklaring herpå, hvilket kan ligge til grund for yderligere undersøgelse af området. Hertil er det nødvendigt at præcisere, at løsningen kun repræsenterer en af mulighederne hertil og ikke repræsenterer andre mulige årsager udtømmende. Dette nedsætter også casens pålidelighed, men skaber mulighed for yderligere fokus.

Generaliserbarhed omhandler, hvorvidt casens løsning kan generaliseres til at omhandle andre offentlige bygherrer.³² Heri bidrager betragtninger fra de to forgående afsnit med synspunkter på, hvor meget der kan generaliseres ud fra casen. Datamaterialet omhandlede kun særlige betingelser til én kontrakt, hvilket gør det svært at generalisere ud fra. Et større datamateriale kunne have omfavnet problemstillingen i højere grad, hvilket kunne have støttet et generel grund til entreprenørens muligheder for at udnytte ændringsmulighederne. Alligevel kan der godt udledes lidt generelt fra casen, idet det er svært at forestille sig, hvad ordregiveren mere kunne gøre for at undgå entreprenørens muligheder for at udnytte ændringskontrakten. Det generelle, der kan udledes vil derfor bestå i, at ordregivere ikke kan løse problematikken tilstrækkeligt på egen hånd, men er

³¹ Andersen, 2010, s. 83

³² Ibid.: s. 35

nødt til at få hjælp fra lovgiver for at begrænse entreprenørens muligheder for at udnytte ændringer i kontrakten.

1.5.3 Integreret metode

Det integrerede afsnit har til formål at undersøge, hvad der er samfundsøkonomisk efficient i forhold til hvad der løsningerne i kapitel 2 og 3. Heraf vil en retspolitisk analyse danne grundlag for hvad retten bør være, heraf *de lege ferenda*. Det integrerede afsnit vil indlede med et spil mellem en ordregiver og en privat leverandør, der tager udgangspunkt i resultaterne fra de forrige kapitler. Spillet vil skabe rammen for analysen, hvorefter en Nash-ligevægt vil blive udledt, hvor det derefter undersøges, hvorvidt Kaldor-Hicks er sammenfaldende med denne. Kaldor-Hicks anvendes som efficiens for at opnå den samlede højeste samfundsøkonomiske værdi. Spilteori vil blive anvendt fordi den giver et godt udgangspunkt for aktørernes sandsynlige ageren. Herefter vil en retspolitisk analyse ud fra Kaldor-Hicks resultatet stille forslag til hvad gældende ret *bør* være som følge af spillets resultater. Retspolitik anvendes for at stille forslag til, hvordan den samfundsøkonomiske efficiens opnås gennem loven og anses samtidig som en metode, hvorpå gældende ret fra den juridiske analyse kan suppleres af de økonomiske implikationer ved reglerne og herigennem fremkomme med retspolitiske anbefalinger i forsøget på at forbedre samfundsøkonomiske forhold ved en justering af den pågældende regulering.³³

1.5.4 Struktur

Opgaven vil i kapitel 1 starte med en problemidentifikation, hvor en indledning vil præsentere problemfeltet samt formålet med afhandlingen. Herefter vil følge en problemformulering, der danner grundlag for opgavens undersøgelsesfelt. Denne danner en naturlig overgang til synsvinklen samt afgrænsningen af relevante emner, der ikke vil blive berørt af opgaven. Dernæst følger en gennemgang af valgte metodiske tilgange, herunder begrundelse for valgte retskilder, teorier samt empiri til løsning af problemformulering. Strukturen følger herefter og kapitlet afsluttes derefter med en begrebsafklaring.

Kapitel 2 vil omhandle den juridiske analyse med udgangspunkt i det juridiske problemfelt i problemformuleringen. Kapitlet vil kort redegøre for problemfeltet og herefter gennemgå en ramme

³³ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 453

for ligebehandlingsprincippet anvendelse. Efterfølgende vil en kort analyse af ændringsbestemmelserne i udbudsloven danne grundlag for hvilken bestemmelse, der anses at give bredest mulighed for at ændre i igangværende offentlig kontrakt. Udbudsloven § 183 vil herefter blive analyseret mere dybdegående, hvor de efterfølgende vil blive sammenholdt med ligebehandlingsprincippet for at udlede hvorvidt ligebehandlingsprincippet krænkes og heraf gældende ret.

Kapitel 3 omhandler den økonomiske analyse og vil starte med at redegøre for en case, der skal skabe analysegrundlaget for kapitlet. De grundlæggende teorier vil efterfølgende blive redegjort for. Herefter følger en analyse af transaktionsomkostningerne i Nordhavnsvej projektet med henblik på at udlede en make-or-buy transaktion samt hvordan bygherren beskytter sig mod opportuniste. Denne følges af en principal agent analyse i Nordhavnsvej projektet, hvor nogle af Milgrom and Roberts principper om incitament³⁴ vil blive anvendt til at løse problemstillingen.

Kapitel 4 vil kombinere løsningerne fra de øvrige kapitler i et spil mellem parterne i kontraktforholdet for at foretage en analyse af hvad det økonomisk efficiente resultat er. Resultatet følges af en retspolitisk analyse af problemstillingen, der udleder hvad gældende ret bør være.

Kapitel 5 vil givet en samlet konklusion på hele afhandlingen.

1.6 Begrebs- og forkortelsesliste

TEUF: Er en forkortelse af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (2010/C 83/01)

Udbudsdirektivet: Original titel er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Udbudsloven: Forkortelse af den danske udbudslov lov nr. 2564 af 15/12/2015

Ordregiver: Betegnelse for en ordregivende myndighed

P/A: Vil blive brugt som forkortelse af principal og agent.

Bygherre: Anvendes i den økonomiske analyse i stedet for ordregiver samt principal

Entreprenør: Anvendes i den økonomiske analyse i stedet for leverandør samt agent.

³⁴ Milgrom and Roberts, 1992, s. 219-232

2. Ændringer i den offentlige kontrakt

2.1 Indledning

I Danmark købte den offentlige sektor i 2014 ind for ca. 285 mia. kr.³⁵ Det svarede til ca. 15 procent af den samlede BNP i Danmark, hvilket må anses at være en anseelig størrelse, hvor en effektiv fordeling af de offentlige ressourcer derfor danner grundlag for et lov reguleret område. EU fællesskabet har derfor via udbudsdirektivet³⁶ udstukket nogle bestemmelser og præambler, der har skabt rammen for medlemsstaterne, hvorved medlemsstaterne er bevidste om, hvilken retning de nationale lovgivninger, vedrørende offentlige anskaffelser, skal tage. Her er udbudsloven seneste skud på stammen i intern ret, som på bedste vis har forsøgt at implementere EU's udbudsdirektiv i henhold til formålet om effektiv konkurrence. Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016 og stipulerer hvorledes offentlige indkøb skal foregå.

Udbudsloven koncentrerer sig primært om det pre-kontraktuelle, altså inden kontrakten bliver underskrevet, men loven indeholder også bestemmelser vedrørende hvordan ændringer af kontrakten skal foregå, når kontrakten først er påbegyndt.³⁷ Til en vis grad er det nødvendigt at kunne præcisere eller ændre i en kontrakt uden at det skaber fornyet udbudspligt, hvilket er grundlaget for at have lovregulerede bestemmelser for ændringer i kontrakten.³⁸ Disse bestemmelser bidrager til at sammenflette forskelligrettede hensyn heriblandt ligebehandlingsprincippet, der i modsætning til traditionelle private kontraktparadigmer er i højsædet. I traditionelle kontrakter er det kontraktparternes aftalefrihed, der danner rammen, mens den effektive konkurrence i offentlige kontrakter bedst støttes ved at vægte ligebehandlingsprincippet og herved det regulerede kontraktforhold. Disse bestemmelser er angivet i udbudsloven §§ 178-183. Det relevante ved bestemmelserne er imidlertid, hvorvidt de faktisk vægter ligebehandlingsprincippet tilpas højt så den effektive konkurrence sikres, og at det offentliges midler anvendes mest hensigtsmæssigt, hvilket i bund og grund er formålet med reguleringen af udbud.

³⁵ www.kfst.dk, december 2015, ”status for offentlig konkurrence”

³⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

³⁷ Se udbudsloven § 178-183, Lov nr. 2564 af 15/12/2015

³⁸ Liljenbøl og Balle, 2016, s. 388

Med andre ord er der tale om, hvorvidt adgangen til at ændre i kontrakten efter den er blevet tildelt i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvilket denne analyse vil behandle nærmere. Kapitlet vil starte med at redegøre for ligebehandlingsprincippet og opstille rammer for, hvordan ligebehandlingsprincippet i praksis bliver anvendt. Efterfølgende vil en gennemgang af ændringsbestemmelserne udlede den bestemmelse, der tillader den største mulighed for at ændre i kontrakten. Hensigten hermed er, at analysere den udvalgte bestemmelse i forhold til ligebehandlingsprincippet for at udlede, hvorvidt bestemmelsen tillader for store ændringer i forhold til formålet.

2.2 Ligebehandlingsprincippet

I udbudsloven § 2 står følgende angivet:

”En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.”

Det væsentlige er, hvad der forstås ved ligebehandlingsprincippet, andet end det implicite af at behandle alle lige. I note 2 til udbudsloven står angivet, at ligebehandlingsprincippet er centralt for alle udbud.³⁹ I tillæg hertil står også angivet, at princippet skal anvendes i overensstemmelse med udbudsdirektivet samt TEUF. Det er altså et væsentligt element ved udformningen af udbud. I udbudsdirektivet foreskrives det, at *”udbuddet ikke må udformes med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelse eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrence betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.”*⁴⁰. Denne bestemmelse uddyber hensigten med ligebehandlingsprincippet.

EU-Domstolen har gennem retspraksis fastlagt, at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet.⁴¹ Dette præmis illustrerer kort, at ligebehandlingsprincippet skal respekteres og kun kan fraviges såfremt det er objektivt begrundet.

³⁹ Udbudsloven, note 2 til § 2

⁴⁰ Artikel 18 i udbudsdirektivet

⁴¹ *Fabricom-dommen*, Sag C-21/03 og 34/03, præmis 27

For at gøre det mere klart, hvordan ligebehandlingsprincippet benyttes er det relevant at inddrage supplerende retspraksis. I Manova-dommen udtalte EU-Domstolen, at:

“Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf.”⁴²

”Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger.”⁴³

Disse udtalelser giver en indikation om meningen med ligebehandlingsprincippet i offentlige kontrakter. Ligebehandlingsprincippet er ikke et mål i sig selv, men derimod et redskab til at opnå de overordnede mål i offentlige indkøb, herunder at sikre den frie bevægelighed for bl.a. varer og tjenesteydelser samt adgang til en ufordrejet konkurrence og derved udnyttelse af de offentlige midler bedst muligt.

I den nævnte Manova-dom blev ligebehandlingsprincippet af EU-Domstolen fortolket således, at princippet ikke er til hinder for ordregivende myndigheder at indhente supplerende oplysninger såfremt disse objektivt kunne konstateres eksisterende inden udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.⁴⁴ I tillæg til denne udtalelse gjorde EU-Domstolen også opmærksom på, at såfremt udbudsmaterialet specifikt krævede den manglende oplysning eller dokument, da ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet, påhviler det den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.⁴⁵ Det betyder, at såfremt den ordregivende myndighed indhenter supplerende oplysninger, der fremgik som mindstekrav af udbudsannoncen at være nødvendige for at komme i betragtning, vil det være i strid med ligebehandlingsprincippet uagtet oplysningerne objektivt kunne konstateres værende til stede på tidspunktet før fristen for

⁴² Manova-dommen, Sag C-336/12, præmis 28

⁴³ Ibid.: præmis 29

⁴⁴ Ibid.: præmis 39

⁴⁵ Ibid.: præmis 40

anmodning om prækvalifikationen udløb. Denne dom er med til at præcisere brugen af ligebehandlingsprincippet, der igen refererer til en måde, hvorpå man kan sikre fri bevægelighed for bl.a. tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence ved at ligebehandlingsprincippet anvendes til at fremme den effektive konkurrence ved at tillade offentlige myndigheders adgang til at indhente supplerende oplysninger eller berigtige allerede modtagne oplysninger. Dommen giver en indikation på, hvor stringent ligebehandlingsprincippet fortolkes i selve udbudsprocessen, mens selve essensen er ordregiverens forpligtelse til strengt at overholde sine egne fastsatte kriterier.

I *Storebælt-dommen*⁴⁶ argumenterede Kommissionen for, at Danmark havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at tillade et bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Efterfølgende havde parterne i udbuddet gennemført forhandlinger, der resulterede i, at den indgåede kontrakt indeholdt ændringer af betingelserne for alternative tilbud til fordel for denne ene tilbudsgiver og som havde indflydelse på prisen.⁴⁷ EU-Domstolen stadfæstede i dommen, at ligebehandlingsprincippet var til hinder for at ordregiveren kunne tillade alternative tilbud, der ikke opfyldte de grundlæggende bestemmelser i udbudsmaterialet og at den afledte følge medførte, at ordregiveren ikke måtte indgå forhandlinger på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt tilbud.⁴⁸ EU-Domstolen nævnte i dommen også, at princippet om ligebehandling af tilbudsgivere medførte, at samtlige tilbud skulle være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at kunne sikre en objektiv sammenligning af indkomne tilbud.⁴⁹ Denne fortolkning af ligebehandlingsprincippet fulgte også af formålet med dagældende direktiv, der tog sigte på at udvikle en effektiv konkurrence.⁵⁰ Igen i denne dom ses det, at ligebehandlingsprincippet bruges som en middel til at sikre den effektive konkurrence gennem at alle tilbudsgivere stilles lige, ved at samtlige tilbud er underlagt samme vilkår og en objektiv vurdering.

Af hensynet til at stille alle tilbudsgivere lige er forhandlingsforbuddet også blevet udledt af *Storebælt-dommen*⁵¹. Det drejer sig om udbudsformerne offentlig og begrænset udbud. På trods af tidligere praksis fremgår forbuddet mod forhandling hverken af seneste Udbudsdirektiv eller Udbudsloven, men behandles som en del af ligebehandlingsprincippet. I *Storebælt-dommen*

⁴⁶ *Storebælt-dommen*, Sag C-243/89

⁴⁷ *Ibid.*: præmis 35

⁴⁸ *Ibid.*: præmis 41-44

⁴⁹ *Ibid.*: præmis 37

⁵⁰ *Ibid.*: præmis 33

⁵¹ *Ibid.*: præmis 32

påpegede Kommissionen, at forhandlinger mellem A/S Storebæltsforbindelse og European Storebælt Group havde medført, at den endelige kontrakt indeholdte ændringer af udbudsbetingelserne for denne ene tilbudsgiver og som havde indflydelse på prisen.⁵² Ved ændringer af udbudsbetingelserne var der i sagen tale om forbehold for visse grundlæggende betingelser, hvilket EU-Domstolen gjorde opmærksom på var i strid med ligebehandlingsprincippet og udelukkende kunne tillades, såfremt der eksplicit var givet mulighed for det i udbudsbetingelserne.⁵³ Retsgrundlaget for ligebehandlingsprincippet blev derved udvidet til at omfatte et forhandlingsforbud også.

I 1994 blev forhandlingsforbuddet suppleret med en fælleserklæring fra Rådet og Kommissionen, hvori retsstillingen ved forhandlingsforbuddet behandles nærmere.

”Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentlig eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted med ansøgere og bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling”⁵⁴

Med denne udmelding gøres forhandlingsforbuddet mere klart og giver en god forståelse for ligebehandlingsprincippets betydning for udformningen. På trods af, at erklæringen er fra 1994 må den til stadighed tillægges en vis betydning for udbudsretten, da den bidrager med en grundlæggende betingelse for adgangen til at forhandle i udbudsprocesserne ved offentlig og begrænset udbud.

2.3 Adgangen til at ændre i indgåede kontrakter

I Pressetext-dommen⁵⁵ udtalte EU-domstolen, at med henblik på at sikre ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale en indgåelse af en ny aftale,

⁵² *Storebælt-dommen*, Sag C-243/89, præmis 35

⁵³ *Ibid.*: præmis 40

⁵⁴ EF Tidende L 111/114, af 30. april 1994, s. 114

⁵⁵ *Pressetext-dommen*, Sag C-454/06

når ændringerne er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle.⁵⁶ Med andre ord strider det altså imod ligebehandlingsprincippet at ændre i grundlæggende betingelser i en offentlig aftale. Dette er blevet kodificeret gennem Udbudslovens § 178, hvoraf ændring af grundlæggende elementer forekommer når kontraktens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Herunder fremgår det også af samme bestemmelse stk. 2, at en ændring altid anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når:⁵⁷

1. Ordregiveren indfører betingelser, der kunne have givet adgang for flere eller andre ansøgere end de oprindelige eller kunne have givet adgang for at ændre de oprindelige tilbud.
2. Kontraktens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel, som ellers ikke ville være muligt efter den oprindelige kontrakt
3. Ændringen medfører betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde eller
4. En ny leverandør erstatter den, som ordregiveren havde tildelt kontrakten.

Bestemmelsen foreskriver, hvornår ændringer i kontrakter skal udsættes for konkurrence, men også inden for hvilke rammer en ordregiver og en leverandør har mulighed for at ændre i kontrakten. Denne bestemmelse giver derfor mulighed for, at ligebehandlingsprincippet også anvendes i selve kontraktforholdet. Udbudslovens § 178 skal ses som hovedreglen, der foreskriver ny udbudsprocedure ved ændring af grundlæggende elementer. Hertil følger §§ 179-183, der kan anses som undtagelser til hovedreglen, hvor ændringer ikke anses at vedrøre grundlæggende elementer i kontrakten uagtet § 178, stk. 2 er opfyldt. Disse undtagelser er derfor en mulighed for at komme uden om fornyet udbudspligt, der ellers er konsekvensen ved overtrædelse af bestemmelserne. Nedenstående figur 2.1 illustrerer kort hvilke krav i Udbudsloven, der skal opfyldes for at ændringer i kontrakter ikke anses for at være en ændring af de grundlæggende elementer.

⁵⁶ *Pressetext-dommen*, Sag C.454/06, præmis 34

⁵⁷ Udbudsloven § 178, stk. 2, nr. 1-4

Hovedregel

Undtagelser (medfører ikke udbudspligt)



Figur 2.1

De krav, der stilles for at kunne foretage en ændring uden fornyet udbudspligt vil kort blive gennemgået for at vurdere, hvilken bestemmelse, der giver bredest adgang til at ændre i kontrakten med det formål at analysere bestemmelsen i forhold til ligebehandlingsprincippet.

2.3.1 Udbudsloven § 179

Ændringer i kontrakter kan jf. Udbudslovens § 179 kommes i forkøbet såfremt en ordregiver på forhånd har indlagt klausuler, der bemyndiger til at foretage ændringer af kontrakten. Der kræves blot, at klausulerne skal være klare, præcise og entydige, hvilket stiller krav til ordregiveren, at denne skal kunne forudse behovet for ændringerne. Det er også et krav, at klausulerne ikke må ændre på kontraktens overordnede karakter. Der er gennem denne bestemmelse som udgangspunkt ikke mulighed for at ændre på kontrakten medmindre ændringen tillades af en klausul, hvilket

betyder at både ordregiver og tilbudsgiver har været opmærksomme på muligheden for ændringen i tilbudsfasen, og at tilbudsgiver derved har kunne fastsætte en pris i overensstemmelse hermed. Herved er ligebehandlingsprincippet overholdt, idet samtlige tilbudsgivere har kunne tage klausulen i betragtning. Der er derfor ikke yderligere mulighed for at ændre i kontrakten ud fra denne bestemmelse medmindre det fremgår af en klausul.

2.3.2 Udbudsloven § 180

Jf. udbudslovens § 180 indebærer ændringer, der ligger under en vis værdimæssig grænse, aldrig en ændring af grundlæggende elementer. Kravene i bestemmelse er, at værdien af ændringerne skal være lavere end tærskelværdierne i udbudsloven § 6 og skal være mindre end 10 procent af værdien af den oprindelige kontrakt hvad angår tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter og mindre end 15 procent af værdien af den oprindelige kontrakt i bygge- og anlægskontrakter. Denne bestemmelse begrænser sig til mindre ændringer af kontrakter og bidrager til at kunne justere en kontrakt uden fornyet udbudspligt. Uden denne ændring vil kontrakter ikke kunne små-justeres medmindre en af de andre bestemmelser er opfyldt. I denne bestemmelse er der heller ikke den store adgang til at ændre i kontrakten, da den kun tillader ændringer op til en bestemt værdimæssig grænse. Alligevel kan det der godt opstå konflikt med ligebehandlingsprincippet, da bestemmelsen reelt tillader en prisstigning på 10-15 procent uden modtagelsen af en svarende ydelse. Dog skal værdistigningen stadig være under tærskelværdierne, hvilket begrænser anvendelsesmuligheden.

2.3.3 Udbudsloven § 181

Jf. Udbudsloven § 181 foreligger muligheden for ændringer vedrørende supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer i kontrakten. Ændringerne skal være nødvendige for gennemførelsen af kontrakten og det må ikke kunne lade sig gøre at bruge en anden leverandør uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art. Herunder er der krav til at brugen af en anden leverandør vil skabe betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger. Hertil følger, at værdien af ændringerne ikke må overstige 50 procent af værdien på den oprindelige kontrakt. Der er tale om successive ændringer, hvilket medfører, at der sagtens kan foretages flere efter hinanden suppleringskøb så længe det enkelte suppleringskøb ikke overstiger

værdistigningen på de 50 procent.⁵⁸ Når der jf. Udbudslovens § 181 gives mulighed for at kunne ændre på op til 50 procent af kontraktens værdi må det anses som en bred mulighed for suppleringskøb, der dog begrænses af, at suppleringskøbet skal være direkte relateret til den oprindelige kontrakt. Alligevel må bestemmelsen have en vis begrænsning i muligheden for at ændre kontrakten, da kriteriet om nødvendigheden for kontraktens gennemførelse også kan give begrænset spillerum. Heri må det formodes, at der kræves specifikke omstændigheder, hvor det ikke er muligt at benytte en anden leverandør, eller i så tilfælde, vil medføre betydelige omkostninger hermed. Her kan f.eks. nævnes bygge- og anlægsbranchen, hvor supplerende arbejder i komplekse byggeprojekter kan medføre store omkostninger ved at lave nyt udbud i form af både tiden og kompleksiteten ved opgaven herunder relationen til igangværende arbejder. Det må umiddelbart stille beviskrav til bygherren at dokumentere nødvendigheden for ændringen sammenholdt med den økonomiske og tekniske ulempe ved at benytte en anden leverandør, der kan forårsage væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger.⁵⁹ Denne bestemmelse har til formål at udrede situationer, hvor suppleringskøb er nødvendig for gennemførelsen af kontrakten kombineret med, at kompleksiteten i kontrakten kan skabe for store omkostninger og forsinkelser ved at lave et nyt udbud. Muligheden for at ændre i kontrakten er derfor ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, hvilket også betyder at bestemmelsen ikke giver en for bred en mulighed for at ændre selvom det er muligt at ændre op til 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt.

2.3.4 Udbudsloven § 182

Der er jf. Udbudslovens § 182 også mulighed for at udskifte den oprindelige leverandør, og derved ændre i kontrakten, såfremt der er en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller mulighed jf. § 179 eller hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering. De oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse skal være opfyldt og udskiftningen af leverandør må ikke skabe andre grundlæggende ændringer af kontrakten og må samtidig ikke have til formål at omgå udbudsloven. Bestemmelsen har til hensigt at tillade omstruktureringer uden, at der skabes fornyet udbudspligt, da udskiftning af leverandør normalt kan anses som en grundlæggende ændring af kontrakten. Mulighederne for at ændre i kontrakten efter denne bestemmelse er forholdsvis små, idet bestemmelsen udelukker andre muligheder for at ændre væsentligt i kontrakten og egentlig kun tillader den nye leverandør at træde

⁵⁸ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 355

⁵⁹ Ibid.

i den oprindelige leverandørs sted med de samme rettigheder. Det essentielle i denne bestemmelse er, at offentlige kontrakter ikke bliver afbrudt når leverandøren er en del af en omstrukturering, selvom ligebehandlingsprincippet kunne tale for, at der sker en tilpas stor ændring til, at det burde skabe fornyet udbudspligt. Alligevel taler hensynet til den oprindelige kontrakt mere for at den nye leverandør, som følge af omstruktureringen, træder direkte i den forriges sted uden øvrige betingelser bliver ændret, henset til, at de oprindelige forpligtelser stadig er intakte. Derfor synes ligebehandlingsprincippet ikke at blive krænket, idet der er tale om en indtrædelse i den oprindelige leverandørs sted uden andre grundlæggende ændringer.

2.3.5 Udbudsloven § 183

Der kan også foretages ændringer af kontrakten når en påpasselig ordregiver ikke har kunnet forudse behovet for ændringen.⁶⁰ Ændringerne vil efter denne bestemmelse heller ikke vil blive anset for ændring af grundlæggende elementer når kontraktens overordnede karakter ikke ændres. Herudover må ændringen ikke overstige 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt. Her er 50 procent kravet også udvidet således, at værdiansættelsen sker per ændring og at ændringerne dermed samlet godt kan indebære en værdistigning på over 50 procent, når blot ændringerne ikke har til formål at omgå udbudsloven.⁶¹ Det er en betingelse, at ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for ændring af kontrakten på trods af rimelige og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure.⁶² Kravet om, at kontraktens overordnede karakter ikke må ændres bliver i noterne til udbudsloven beskrevet som, at kontrakten ikke må henvende sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.⁶³

Kravene jf. udbudslovens § 183 lader til at være rimelig fleksible og bredden af bestemmelsen for at undgå et nyt udbud, kan synes at være i den store ende. Det skyldes, at der, på trods af omhyggelige forberedelser, stadig kan være usikkerhed i betydningen af ”*behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver*”⁶⁴. Herudover er betingelsen om, at kontraktens overordnede karakter ikke må ændres en anelse bred, idet det kan være tvivlsomt, hvornår en kontrakt henvender

⁶⁰ Udbudsloven § 183

⁶¹ Ibid.: note 809 til § 183

⁶² Ibid.: note 807 til § 183

⁶³ Ibid.: note 793 til § 179

⁶⁴ Ibid.: § 183, stk. 1, nr. 1

sig til ”et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure”⁶⁵. At kontrakten kan ændres med op til 50 procent af den oprindelige kontrakts værdi per ændring kan også synes at være i den høje ende, idet den tillader en væsentlig værdiændring af kontrakten, hvilket umiddelbart både kan virke omfangsrigt, men også som en begrænsning afhængig af kontraktens kompleksitet og øvrige omstændigheder. Herudover er bliver 50 procent betingelsen ikke begrænset på samme måde som i udbudsloven § 181, hvilket giver en mere vidtgående mulighed for at ændre. Der er derfor sandsynlighed for at ligebehandlingsprincippet bliver krænket, grundet for store muligheder for at ændre i kontrakten.

Muligheden for at ændre i kontrakten på grund af uforudsete omstændigheder anses som den bestemmelse, hvor der er størst adgang til at ændre i kontrakten fordi den vækker mistanke til, om den ændringsmulighederne er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Derfor vil bestemmelsen blive sammenholdt med ligebehandlingsprincippet for at diskutere, hvorvidt bestemmelsen tillader for vidtgående ændringer i forhold til ligebehandlingsprincippet og derved går mere bredt end nødvendigt for at opfylde formålet med den.

2.4 Betingelserne i udbudsloven § 183

Nærværende afsnit vil beskæftige sig grundigt med betingelserne i udbudslovens § 183 med henblik på at uddybe disse. Afsnittet er delt ind i tre underafsnit, hvoraf hver betingelse i bestemmelsen vil blive analyseret og konkretiseret for senere at sammenholde med ligebehandlingsprincippet, hvor muligheden for at ændre i kontrakten vil blive diskuteret.

2.4.1 Et uforudset behov for ændring

Jf. udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 1 kræves, at behovet for ændringen i en kontrakt ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver. Heri skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud.⁶⁶ Der er tale om en afvejning imellem indkøbets størrelse, kompleksitet mv. over for ordregivers indsats i forbindelse med forberedelsen

⁶⁵ Ibid.: Note 793 til § 179, jf. note 808

⁶⁶ Udbudsloven Note 807 til § 183

af anskaffelsen.⁶⁷ Ud fra ovenstående elementer skal det vurderes, hvorvidt der er tale om en påpasselig ordregiver og derved udlede om behovet for ændringen kunne forudses eller ej. Betingelsen lyder som følger:

”...*behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver...*”⁶⁸

Ordlyden besvarer ikke, hvad der kan skyldes behovet for ændringen, men blot at behovet for ændringen ikke har kunnet forudses. Af noterne til bestemmelsen fremgår det ikke, hvad der kan være årsagen til, at behovet for ændringen er opstået.⁶⁹ Det ligger altså uklart, hvad der skal forstås ved årsagen til behovet for ændringen. Her antager lovgiver i noterne til udbudsloven, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet, hvori står angivet, at 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.⁷⁰

Det kan virke bemærkelsesværdigt, hvorfor udbudsloven åbner op for bredere anvendelsesmuligheder i § 183 ved blot at benytte sig af ordlyden ”*Behovet for ændringen ikke har kunnet forudses...*” og ikke som i udbudsdirektivet, hvor artikel 72, stk. 1, litra c skal anvendes i lyset af betragtning 109. En objektiv ordlydsfortolkning af udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 1 vil umiddelbart lede til, at der generelt åbnes op for, at der blot skal være tale om et behov for en ændring, der ikke kunne forudses uden at have nogen begrænsning tilknyttet sig, andet end de to andre betingelser i udbudslovens § 183. Behovet for ændringen kunne f.eks. dreje sig om supplerende indkøb, der ikke kunne forudses fra starten af udbuddet eller køb af andre produkter end oprindeligt aftalt blot fordi ordregiver har ændret præferencer, men som ordregiver heller ikke kunne forudse. Der skal derfor blot være tale om et behov som ordregiver ikke kunne forudse.

På grundlag af ovenstående vurderes det som en korrekt antagelse fra lovgivers side, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af udbudsdirektivet, hvoraf anvendelsesområdet indsnævres til

⁶⁷ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 256

⁶⁸ Udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 1

⁶⁹ Ibid.: Note 807 til § 183

⁷⁰ Udbudsdirektivet, betragtning 109

at omhandle ”eksterne omstændigheder”⁷¹. Det medfører, at behovet for ændring ikke må skyldes ordregiverens egne ændrede præferencer eller ønsker.⁷² Denne subjektive formålsfortolkning stemmer også godt overens med dansk retspraksis, jf. Abbott-dommen⁷³. Behovet for ændringen skal derfor være opstået ved eksterne omstændigheder, men kan samtidig betyde, at de eksterne omstændigheder også kan medføre ændrede præferencer eller ønsker, som følge af de eksterne omstændigheder, der har ledt til ændringen. Dermed sagt, at betingelsen i udbudslovens § 183 ikke begrænser sig til kun at omhandle den helt præcise nødvendige ændring i kontrakten, men åbner op for en bredere fleksibel anvendelse, som følge af en uforudset omstændighed.

I Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark sagen var der ikke tale om eksterne og uforudsete omstændigheder, da kontraktændringerne alene skyldtes Region Syddanmarks egne forhold.⁷⁴ At der ikke forelå uforudsete omstændigheder fremgik også af, at Region Syddanmark i en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed havde anført, at ”det må have fremstået som åbenbart”, at regionen ville købe forbrugsstoffer, hvis regionen benyttede optionen på køb af procesudstyr. Det er imidlertid relevant, at Klagenævnet hverken kom frem til, at det supplerende køb kunne høre under optionen eller, at der var tale uforudset omstændighed. Dommen kan bruges til at understøtte den retning Klagenævnet ønsker at fortolke udbudsdirektivet. Heraf kan udledes, at Klagenævnet fortolker i overensstemmelse med præambelbetragtning 109, der foreskriver, at ændringerne skal skyldes eksterne omstændigheder og ikke en ordregivers ændrede præferencer eller ønsker.

Der er altså ikke noget krav til årsagen for, hvordan behovet for ændringen er opstået, ud over, at det skal være forårsaget af eksterne omstændigheder, som ikke skyldes ordregiverens forsømmelighed, ændring af præferencer eller ønsker. Derved er der skabt en objektivisering af begrebet omstændigheder som ikke kunne forudses og at der ved større og mere værdifulde projekter må forventes en større indsats fra ordregiverens side i forbindelse med forberedelsen af anskaffelsen for at udvise tilstrækkelig påpasselighed, jf. vurderingen i note 807 til udbudslovens §

⁷¹ Udbudsdirektivet, betragtning 109

⁷² Udbudsloven, note 807 til § 183

⁷³ Klagenævnet for Udbud, sag J.nr.: 2015-13909 Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark af 14. December 2015, s. 15 og 30

⁷⁴ Ibid.

183, stk. 1, nr. 1⁷⁵, men at det samtidig, jf. betragtning 109 i udbudsdirektivet, er nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet når kontrakten dækker en længere periode.⁷⁶

Som følge af overgangen til euro blev der i *Pressetext-dommen* foretaget en ændring af kontrakten i form af, at priserne skulle omregnes fra national valuta til euro.⁷⁷ Heri konstaterede EU-Domstolen, at der ikke var tale om en væsentlig kontraktændring, men blot en tilpasning af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder. Heraf fremgår det, at nødvendige ændringer af kontrakten skulle tillades uden fornyet udbudspligt, hvilket virker tilforladeligt, idet leverandøren ikke havde nogen indflydelse på ændringen. Alligevel er det en sandhed med modifikationer, for i det konkrete tilfælde var valutaændringen kombineret med en prisnedsættelse. EU-Domstolen udtalte, at omregningen til euro godt kunne ledsages af en tilpasning af deres reelle værdi, uden at det førte til en indgåelse af en ny aftale, såfremt tilpasningen var ubetydelig og kunne forklares på en objektiv måde.⁷⁸ Der var ifølge EU-Domstolen tale om et ubetydeligt beløb samtidig med at prisnedsættelsen havde til formål at lette gennemførelsen af aftalen.⁷⁹ Ud over dette skal det også bemærkes, at prisjusteringen ikke var til fordel for tilslagsmodtageren, men egentlig til skade for denne, der alt andet lige måtte understøtte, at kontrakten fortsat var konkurrencedygtig i forhold til det oprindelige udbud, selvom der ikke var krævet fornyet udbud af valutaændringen. Hertil bør det bemærkes, at EU-Domstolen altså tillod ændringer af priserne, selvom prisjusteringerne ikke umiddelbart var en nødvendig ændring som følge af den uforudsete omstændighed, såsom overgangen til euro. EU-Domstolens afgørelse understøtter dermed tesen om, at behovet for ændringer, som følge af uforudsete omstændigheder, ikke udelukkende fokuserer på en ændring af kontrakten, der er begrænset til det nødvendige for at kontrakten kan fortsætte. Den åbner derimod op for, at der sagtens kan foretages flere ændringer når blot ændringen er ubetydelig og objektivt begrundet. Såfremt prisjusteringen tippede til tilslagsmodtagerens fordel ville den med mindre sandsynlighed være blevet godtaget selvom prisjusteringen stadig var ubetydelig og objektivt begrundet.

⁷⁵ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 356

⁷⁶ Udbudsdirektivet, betragtning 109

⁷⁷ *Pressetext-dommen*, Sag C-454/06 præmis 57

⁷⁸ *Ibid.*: præmis 61

⁷⁹ *Ibid.*: præmis 61 og 62

2.4.2 Kontraktens overordnede karakter må ikke ændres

Af udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 2 fremgår den næste betingelse, der skal være opfyldt, for at ændring af kontrakten ikke anses som ændring af grundlæggende elementer og dermed fornyet udbudspligt. Af denne betingelse er følgende krævet:

”... kontraktens overordnede karakter ikke ændres...”⁸⁰

Ved ændringer i kontrakten må kontraktens overordnede karakter ikke ændres, da det ellers strider imod ligebehandlingsprincippet. Af udbudslovens note 808 til nævnte bestemmelse henvises der til udbudslovens § 179, hvilken har en tilsvarende betingelse, blot om at klausuler for eventuelt ændringsmuligheder i kontrakten ikke må ændre på kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Note 793, der anvendes til fortolkning af udbudslovens § 179, beskriver kort, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.⁸¹ Bestemmelsen kan fortolkes bredt, idet noten sætter relativt store rammer for hvornår en ændring af kontrakten anses for at være en ændring af kontraktens overordnede karakter. Dels med ordlyden *”et...andet marked”*⁸² men især også med tilføjelsen *”et **helt** andet marked”*⁸³ må det fortolkes som, at ændringerne kan være store uden at det medfører fornyet udbudspligt. Et *”helt”* andet marked må forstås sådan, at ordregiver bevæger sig over på et marked, hvor produkter eller ydelser adskiller sig væsentligt fra det oprindeligt aftalte eller hvor leverandøren slet ikke har tilstrækkelige kompetencer inden for markedet til at være konkurrencedygtig på det pågældende marked. Uden tilføjelsen af *”helt”* ville betingelsen kunne snævres en smule ind, men der ville stadig være tvivl om retsvirkningen af betingelsen. Det skyldes, at grænsen for, hvornår ændring af kontraktens overordnede karakter, hverken med eller uden *”helt”*, ikke er tydelig. En afgørende vurdering kan være om andre typer af leverandører end de oprindelige ville være interesserede i kontrakten, hvis de havde kendt til ændringen, hvorved der menes, at kontrakten med ændringen i det oprindelige udbud ville henvende sig til et helt andet marked.⁸⁴

Kontraktens overordnede karakter synes på baggrund af ovenstående at give bredere adgang til at ændre i kontrakten end kravet til fornyet udbudspligt ved ændring af kontraktens grundlæggende

⁸⁰ Udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 2

⁸¹ Udbudsloven, note 793 til § 179

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ www.kfst.dk, december 2014, Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 787

elementer, som ellers bliver brugt i udbudslovens § 178. Disse to kan ikke sidestilles, da adgangen til at ændre i kontrakten som følge af et uforudset behov ikke vil være bredere end den generelle adgang til at forhandle ændringer, hvorved hensigten med udbudslovens § 183 ville miste sin betydning.⁸⁵ Implicit betyder dette, at ændringerne efter udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 2 tillader ændring af kontraktens grundlæggende betingelser.

Den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet bidrager også med fortolkning i betragtning 109, hvilket artikel 72 stk. 1, litra c skal fortolkes i lyset af. Heri præciseres, at en ændring af kontrakten ikke må forandre arten af det samlede indkøb som 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 sådan en situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet. Heraf kan udledes, at forandre arten og ændring af indkøbstypen også kan fortolkes som en bred adgang til at ændre i kontrakten uden påvirkning af kontraktens overordnede karakter. Brugen af ”...forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet.”⁸⁶ må fortolkes som en tung bevisbyrde ordregiver bærer for, at ændringen ikke ændrer på kontraktens overordnede karakter, i og med, at betydningen må være ordregivers opstillede indflydelse på udfaldet, hvor ordregiver formoder, at ændringen holder sig inden for kontraktens overordnede karakter, selvom det i praksis vil være virkelighedsfjernt at foretage ændringen når den henvender sig til et andet marked end det oprindelige.

I artikel 31, stk. 4, litra a i tidligere udbudsdirektiv fra 2004⁸⁷ var bestemmelsen mere begrænset og omhandlede udelukkende supplerende arbejder eller tjenesteydelser. Artikel 31, stk. 4, litra a var mere begrænset fordi supplerende indkøb, som følge af uforudsete forhold, var underlagt et nødvendighedskrav. Herved menes, at de supplerende arbejder eller ydelser skulle være uadskillelig fra den oprindelige kontrakt eller strengt nødvendigt for kontraktens gennemførelse.⁸⁸ På denne måde blev det sikret, at ligebehandlingsprincippet blev overholdt, hvor man som ordregiver ikke kunne tillade supplerende arbejder eller tjenesteydelser mere end nødvendigt for at gennemføre kontrakten. I henhold til det nye udbudsdirektiv samt udbudsloven har det, som nævnt, åbnet op for større ændringsmuligheder. Fordelen ved udbudsloven er § 183, stk. 1, nr. 2 er, at der bliver skabt

⁸⁵ www.kfst.dk, december 2014, Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 787

⁸⁶ Udbudsdirektivet, betragtning 109

⁸⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004

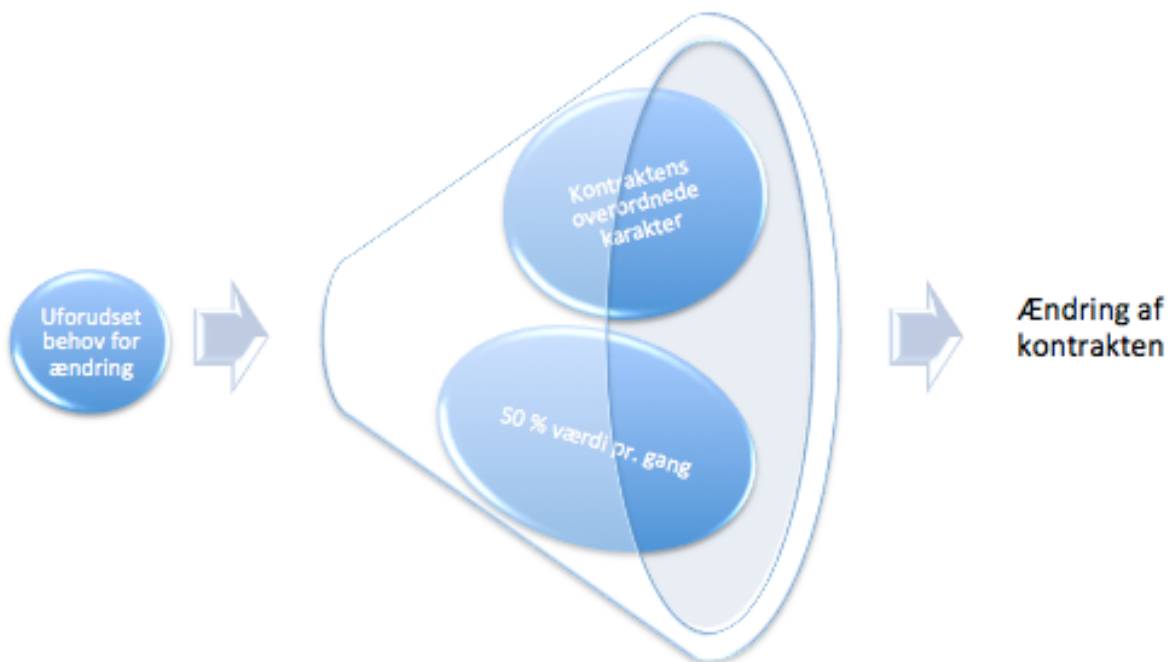
⁸⁸ Treumer, 2014, s. 293

mere fleksibilitet til at tilrettelægge kontrakten således, at den bedste løsning bliver fundet og ikke kun det nødvendige for kontraktens gennemførelse. Den fleksibilitet kan sikre, at ordregiveren både finder en bedre løsning samtidig med, at omkostningerne holdes nede og formentlig også kan spare tid. Ulempen er imidlertid, at de fleksible muligheder kan risikere at krænke ligebehandlingsprincippet.

2.4.3 Ændringen må ikke overstige 50 procent af kontraktens værdi, pr. gang

Det er af hensyn til ligebehandlingsprincippet, at ændringen ikke overstige 50 procent af den oprindelige kontrakt værdi. Af note 809 til udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 3 fremgår det, at flere successive ændringer godt samlet må overstige 50 procent af værdien, men at ændringerne må ikke have til hensigt at omgå udbudsloven. Umiddelbart taler muligheden for så stor en ændring for, at ligebehandlingsprincippet bliver forsømt, i og med, at kontrakten basalt set kan ændre væsentlig karakter. Det bliver især suppleret med muligheden for successive ændringer, der tilsammen gerne må overstige 50 procent grænsen, blot ikke individuelt. Det bliver dog en smule begrænset når ændringen ikke må overstige 50 procent af den oprindelige kontrakt værdi, idet hver enkelt ændring, der bliver foretaget skal måles op imod den oprindelige kontrakt værdi og ikke værdien efter ændringerne er foretaget. Bestemmelsen har dog begrænset virkning som alene stående, idet man vil kunne ændre hele kontraktens fundament, på trods af omgåelses begrænsningen. Betingelsen giver sammen med udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 2 en bedre begrænsning i anvendelsen, idet kontrakten ikke længere kan ændre sig så markant. Muligheden for at ændre fuldstændig om på kontrakten er dog stadig tilstede så længe ændringerne holder sig inden for kontraktens overordnede karakter. Det kan desuden være svært at måle, hvor meget ændringens værdi består af. Her kan det f.eks. af *Pressetext dommen*⁸⁹ ses, at en ændring i den anvendte valuta medførte en uforudset omstændighed, der berettigede til ændring af kontrakten. I denne sammenhæng, kan prisjusteringen som følge af valutaændringen godt kan måles, men ikke selve det udslagsgivende uforudsete behov for ændring. Betingelsen vurderes samlet til at have for brede muligheder for at ændre i kontrakten, idet tilstrækkelig begrænsning for at ændre ikke synes at være tilstede.

⁸⁹ *Pressetext-dommen*, Sag 454/06, præmis 57



Figur 2.2

Figur 2.2 giver en illustration af forholdet de tre betingelser i mellem. Størrelsen på cirklerne angiver muligheden for at ændre i kontrakten, hvor det uforudsete behov for ændring illustrerer selve adgangen til at ændre, hvorfor cirklen er lille. Det uforudsete behov har en forholdsvis lille indgang fra venstre mod højre, for at blive aktiveret, hvorefter rammerne udvides og kan skabe en større ændring end behovet oprindeligt var.

2.5 Udbudslovens § 183 og ligebehandlingsprincippet

I afsnit 2.2 blev ligebehandlingsprincippet i udbudsprocessen overordnet gennemgået, hvoraf det tydeligt fremgik, at ligebehandlingsprincippet og det deraf afledte forhandlingsforbud skal anvendes med henblik på at eliminere fordele for visse tilbudsgivere. Dette gør sig gældende for udbudsformerne offentlig og begrænset udbud. Det relevante fra afsnit 2.2 er, hvorvidt synspunkterne kan bidrage til at fortolke på bredden for udbudslovens § 183 anvendelsesområde, i og med, at udbudslovens § 183 må anses som en undtagelse til ligebehandlingsprincippet med den forskel, at § 183 omhandler forløbet efter en kontrakt er blevet tildelt og dermed ikke i samme grad stiller krav til ligebehandling, idet den oprindelige kontrakt allerede har været udbudt. Alligevel spiller ligebehandlingsprincippet en central rolle i vurderingen af om ændringen af kontrakten skal sendes i et nyt udbud eller tilføjes til den igangværende leverandør. Det skyldes, at princippet

bidrager dels selvsagt til ligebehandling og dels til en effektiv konkurrence mens en række andre hensyn taler for at lade ændringen blive tilføjet den igangværende kontrakt.

Af ovenstående afsnit 2.3 samt 2.4 blev der argumenteret for, at når først den uforudsete omstændighed, og derved behovet for ændringen, er blevet udløst, er der store muligheder for at tillade ændringer i kontrakten, hvorfor ligebehandlingsprincippet skal bruges til at diskutere denne adgang til at ændre i kontrakten i forhold til den stringente anvendelse i udbudsprocessen.

2.5.1 Det uforudsete behov

Første betingelse, der er blevet gennemgået foroven omhandler, at behovet for ændringen skal være uforudset for ordregiver. At der i det hele taget er adgang til at ændre i kontrakten som følge af uforudsete behov strider imod ligebehandlingsprincippet, hvorfor bestemmelsen er en undtagelse til udbudslovens § 178, der foreskriver, at væsentlige ændringer medfører fornyet udbudspligt. Kravet om uforudselighed skyldes hensynet til at kunne tilpasse en indgået kontrakt de omstændigheder, der kan opstå i et igangværende kontraktforhold.⁹⁰ Uden bestemmelsen ville en anvendelse af ligebehandlingsprincippet medføre fornyet udbudspligt hver gang et større uforudset behov for ændring skulle foretages for at tilpasse kontrakten, hvilket ikke vil være hensigtsmæssigt for hverken ordregiver eller tilbudsgiver, hvorfor det er nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet for at kunne tilpasse kontrakten det uforudsete behov. Et uforudset behov er ikke klart defineret, men alligevel skal det skyldes eksterne omstændigheder, dog uden begrænsninger heri. Det vigtigste er blot, at det uforudsete behov ikke må skyldes ordregivers ændrede præferencer eller ønsker, hvilket må være i strid med ligebehandlingsprincippet, selvom det uforudsete behov for ændringen i tillæg åbner muligheden for også at ændre ordregiverens præferencer og ønsker, da udbudslovens § 183 ikke begrænser sig til det nødvendige for at behovet er dækket tilstrækkeligt.

Kravet om uforudselighed skal ikke vurderes ud fra selve årsagen til behovet for ændringen, men snarere ordregivers påpasselighed i udbudsfasen, hvoraf påpasseligheden i mindre komplekse kontraktforhold forventes at have taget højde for samtlige ændringsbehov, hvorfor det ofte kun vil

⁹⁰ Berg, 2012, s. 811

være en ekstern omstændighed, der kan påvirke kontraktens ydelse og dermed behovet for ændringen.⁹¹

Ved længerevarende og komplekse kontrakter vil behovet for at kunne ændre i en kontrakt være forøget da den påpasselige ordregiver kan have svært ved at forudse behov netop på grund af kompleksiteten og varigheden på kontrakten, men hvor den påpasselige ordregiver samtidig forventer, at der vil forekomme behov for ændringer, da ændringsbehovet kommer som en naturlig følge af kontraktens karakter.⁹² Det er værd at bemærke, at netop hensynet til de uforudsete behov i længerevarende komplekse kontrakter også bør være et relevant argument for at ændringsbehovet skal konkurrenceudsættes med henblik på at sikre den effektive konkurrence og derved den bedst mulige anvendelse af de offentlige midler, som foreskrevet i udbudslovens § 1. Herved sikres ligebehandlingsprincippet også. Det skyldes, at ændringsbehovet ved uforudsete omstændigheder i længerevarende kontrakter kan skyldes ændringer, der har skabt fornyet muligheder og udvikling i markedet over tid, hvilket i høj grad taler for at konkurrenceudsætte behovet. Det kan især ses i relation til antagelsen om, at behovet skal være skabt som følge af ”eksterne omstændigheder”, hvor det, alt andet lige, kan have ændret markedsvilkårene på det pågældende marked. Ved højere prioritering af ligebehandlingsprincippet i løbetiden for kontrakten vil ligebehandlingsprincippet derfor tale for nødvendigheden af at konkurrenceudsætte ændringsbehovet for at sikre potentielle tilbudsgivere får mulighed for at byde ind på udbuddet og derved sikre en effektiv konkurrence med konkurrencedygtige priser. Omvendt kan en kontrakt være så kompleks, at fordelene ved fornyet udbud sjældent vil overstige ulempen ved tidsforsinkelsen og omkostningen til at foretage udbud til det ændrede behov. Ligebehandlingsprincippet bør blive anvendt forskelligt i forhold til hvilken type offentlig kontrakt der er tale om. Såfremt det er en mindre kompleks kontrakt med forholdsvis kort løbetid vil ligebehandlingsprincippet skulle anlægges en indskrænkende fortolkning, da udbudslovens § 183 i forvejen stiller høje krav til ordregiverens påpasselighed, hvilket indskrænker anvendelsesmulighederne i disse kontrakter. Mens det i længerevarende og komplekse kontrakter giver god grund at fortolke ligebehandlingsprincippet mere lempeligt.

Kravet til et uforudset behov for ændring må synes at opfylde kriteriet for om ligebehandling og samtidig ikke går videre end nødvendigt for at nå formålet med den. Det skyldes, det stærke krav,

⁹¹ Christensen og Cesar, 2016, s. 445

⁹² Ibid.

der er til ordregivers påpasselighed. Kravet til påpasselighed falder i takt jo længere kontrakt forholdet varer, fordi det er svært at forudse fjern fremtid. For at ordregiveren kan gøre brug af ændringsbestemmelsen er det nødvendigt, at denne har gjort sig grundige overvejelser inden udbuddet og samtidig taget hensyn til alle tænkelige forhold. Først der, er det muligt for ordregiveren at anvende bestemmelsen. Det giver god mening at tillade ændringer som følge af et uforudset behov for at kunne tilpasse omstændigheder som ordregiveren eller leverandøren ikke er herre over. Kravet til et uforudset behov går fint i spænd med ligebehandlingsprincippet, i og med, at ændringen ikke må skyldes ordregiveren ændrede præferencer eller ønsker som Abbott dommen også statuerede, idet ordregiveren kunne have taget højde for behovet for anskaffelser til Universitetshospitalet, hvorfor der ikke var tale om et uforudset behov, men snarere ændrede præferencer og i øvrigt ikke kunne lade sig gøre under den option, der oprindeligt var indlagt i udbuddet.⁹³ I Preetext dommen ville det have skabt unødvendige omkostninger at skulle foretage et nyt udbud på grund af ændringer som ingen af parterne var skyld i, men som var grundet en politisk beslutning, samt at prisjusteringen var ubetydelig og objektivt begrundet.⁹⁴ Betragtningen om nye markeds muligheder ved eksterne omstændigheder er dog værd at have med i overvejslen såfremt ligebehandlingsprincippet skulle vægtes højere ved et uforudset behov for ændring.

2.5.2 Kontraktens overordnede karakter

I forhold til det artikel 31, stk. 4, litra a i det tidligere udbudsdirektiv⁹⁵ anvender artikel 72, stk. 1, litra c i det nye udbudsdirektiv, samt udbudslovens § 183 en mere fleksibel tilgang til uforudsete omstændigheder grundet bestemmelsen omhandler alle slags ændringer og at kravet til nødvendigheden for kontraktens gennemførelse er erstattet med, at kontraktens overordnede karakter ikke må ændres.⁹⁶ Som nævnt i afsnit 2.4.2 åbner bestemmelsen op for en bred adgang til at ændre i kontrakten end hvad der nødvendigvis søges tilsigtet med bestemmelsen. Jf. afsnit 2.4.1 menes, at bestemmelsen giver flere muligheder for at ændre i kontrakten når blot det har relation til behovet for ændringen, herunder muligheden for ændrede præferencer eller ønsker. Udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 2 sætter en ramme for, hvor bredt ændringerne må foretages ved uforudsete

⁹³ Klagenævnet for Udbud, sag J.nr.: 2015-13909 Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark af 14. December 2015, s. 30

⁹⁴ *Preetext dommen*, Sag C-454/06, præmis 61

⁹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004

⁹⁶ Treumer, 2014, s. 293

omstændigheder. Problematikken ligger midlertidigt i, hvorvidt bestemmelsen er for vidtgående i forhold til hensigten med den og med ligebehandlingsprincippet taget i betragtning.

Alene den betragtning, at kontrakten kan ændres mere end nødvendigt taler for, at den strider imod ligebehandlingsprincippet. Bestemmelsen søger på den ene side at skabe bedre fleksibilitet for leverandørerne, men på den anden side begrænses anvendelsesmulighederne ikke tilstrækkeligt for at tilgodese ligebehandlingsprincippet og potentielle tilbudsgivere. Betingelsen foreskriver, at der først er krav om fornyet udbud, når kontraktens overordnede karakter ændres. Af en rapport foretaget af udvalget om dansk udbudslovgivning fremgår følgende beslutning:

“Det har desuden indgået i udvalgets overvejelser, hvorvidt mulighederne for at foretage ændringer i offentlige kontrakter skal begrænses i forhold til udbudsdirektivet. For at sikre størst mulig fleksibilitet og bedst mulig anvendelse af de offentlige ressourcer, har udvalget foreslået at implementere udbudsdirektivets fulde fleksibilitet.”⁹⁷

Gennem fokus på størst mulig fleksibilitet skaber det en negativ konsekvens for ligebehandlingsprincippet, idet fleksibiliteten giver større mulighed for at ændre på en kontrakt uden fornyet udbudspligt. Lovgiver har efter få ændringer vedtaget lovudkastet, som rapporten dannede grundlag for. Valget har bevidst været at prioritere større fleksibilitet i de indgående kontrakter end tilnærmelsen af ligebehandlingsprincippet, ligesom udbudsdirektivet muliggør. Selvom udbudslovens § 183, stk. 1 foreskriver, at ændringer ikke anses som en ændring af grundlæggende elementer når de tre betingelser er opfyldt, må det alligevel have en betydningsfuld indflydelse i vurderingen af, hvor meget der må ændres i kontrakten før ligebehandlingsprincippet krænkes. Der bør naturligvis være en bredere adgang til at ændre end i udbudslovens § 178, stk. 2, idet ændringen konkret skyldes et uforudset behov, der ikke må tilskrives ordregivers manglende påpasselighed, hvilket stadig taler for højere fleksibilitet så kontraktforholdet ikke bliver straffet for eksterne omstændigheder, men har mulighed for at tilpasse sig dem. At ændringerne ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked må imidlertid være for vidtgående i forhold til at hensigten med hele § 183 må være at tilpasse kontrakten de uforudsete omstændigheder, der har skabt behovet for ændringen.

⁹⁷ www.kfst.dk, december 2014, Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 792

Det vil være nærliggende at sammenligne betingelsen med udbudslovens § 181 om supplerende indkøb, hvor ligebehandlingsprincippet synes at blive vægtet højere, idet de supplerende anskaffelser er knyttet op til nødvendigheden for kontraktens gennemførelse og ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af teknisk eller økonomisk art, samt vil forsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger. Heraf kan udledes, at der er væsentlig mindre adgang til supplerende anskaffelser. Det kan argumenteres, at behovet for ændringen, der skyldes uforudsete omstændigheder bør have større fleksibilitet for at sikre den bedst mulige anvendelse af de offentlige ressourcer. Heri er muligheden netop, at betingelsen tillader, at kontrakten kan skræddersyes til det ændrede behov og herved opnå bedst mulig anvendelse af de offentlige ressourcer. Problematikken i forhold til udbudslovens § 181 vil midlertidig være, at ændringen ikke bliver tilpasset kontrakten på den mest optimale måde, men udelukkende på den mest nødvendige måde. Transaktionsomkostningerne vil formentlig være lavere ved at knytte behovet for ændringen op mod et nødvendighedskrav for kontraktens gennemførelse end ved at tillade en fleksibel tilgang til kontraktændringer.

Af Storebælt dommen blev det udledt, at ligebehandlingsprincippet medførte, at samtlige tilbud skulle være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at kunne sikre en objektiv sammenligning af de indkomne tilbud.⁹⁸ Denne fortolkning af ligebehandlingsprincippet, hvor bestemmelserne skal være i overensstemmelse med de oprindelige udbudsbetingelser må til stadighed stræbes efter at skulle opfyldes. Hvoraf et behov for ændring kan ændre på de oprindelige betingelser må medføre, at de oprindelige betingelser kun må ændres minimalt og nødvendigt for stadig at sikre ligebehandlingsprincippet. Derfor kan ligebehandlingsprincippet analogt fortolkes til at omhandle uforudsete behov for kontraktændringer, hvoraf en ændring af de oprindelige udbudsbetingelser kan medføre fornyet udbudspligt, såfremt det ikke er strengt nødvendigt med ændringen når den ændrer på de oprindelige udbudsbetingelser. Dette kan suppleres af tanken bag af udbudsloven § 179, stk. 2, nr. 1, der foreskriver fornyet udbud såfremt grundlaget for kontraktgenstanden ændres, således, at det oprindelige udbud ville have tiltrukket andre tilbudsgivere end de oprindelige. Udbudsloven § 179, stk. 2, nr. 1 sikrer en fair behandling af samtlige aktører, hvorfor denne bestemmelse kan anvendes til at indskrænke anvendelsesområde for § 183, stk. 1, nr. 2. Ligebehandlingsprincippet vil ikke skulle fortolkes så restriktivt, idet udbudslovens § 183 ville være overflødig, men sondringen af, om markedet udvides til at omfatte

⁹⁸ *Storebælt-dommen*, Sag C-243/89, præmis 37

andre aktører end de oprindelige fra samme marked kan anskues som en mulighed for at begrænse bredden for at ændre i kontrakten og herved prioritere ligebehandlingsprincippet højere og samtidig tillade en vis grad af fleksibilitet i kontraktforholdet.

2.5.3 Værdien af kontrakten

Ændringsbetingelserne i udbudslovens § 183 tager et udgangspunkt, der må være til fordel for den leverandør, der oprindeligt fik tildelt kontrakten, idet der er brede muligheder for at foretage ændringer når først et uforudset behov er opstået. Ud fra et økonomisk perspektiv giver det god mening ikke at udskifte leverandøren når der forekommer et uforudset ændringsbehov, både af hensyn til kompleksiteten og varigheden af den igangværende kontrakt, men også omkostningerne ved at foretage et nyt udbud i form af de besværligheder forbundet med den anden igangværende leverandør. Herunder eventuelle erstatningskrav for at afvige den oprindelige kontrakt. Hertil kommer også problematikken med f.eks. grænseflader i et byggeprojekt, hvor en kompleks aftale taler for at bevare den igangværende kontrakt med tilføjelsen af en tillægskontrakt af ændringsbehovet.⁹⁹ Hertil kan udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 3 – vedrørende 50 procents værdigrænsen - synes overflødig, i og med, at kompleksiteten i kontrakten kan medføre, at det tids- og omkostningsmæssigt ikke vil være forsvarligt at finde en ny leverandør til at foretage ændringen, uanset hvor meget værdi ændringen besidder. Af tillægskontrakten til Nordhavnsvej projektet ses det, at en ændring med anslået værdi af ca. 440 mio. kr. er nødsaget til at blive foretaget af den oprindelige leverandør, fordi: ”... der vil være betydelige grænsefladeproblematikker ved at skulle lade arbejderne på Nordhavnsvej udføre af to forskellige entreprenører i henhold til to forskellige aftalegrundlag. Det konkluderes på baggrund i notatet, at en fremgangsmåde med to forskellige entreprenører er behæftet med betydelige risici for bygherren på de tekniske/ansvarsmæssige/kontraktuelle områder, der må påregnes at skabe store praktiske vanskeligheder med at udforme klare og entydige udbudsbetingelser til de bydende, således at bygherren på tekniske og især kontraktuelle områder under udførelsen havner i et uoverskueligt spil mellem to entreprenører.”¹⁰⁰

Det oprindelige udbud har en værdi af ca. 1,14 mia. kr.¹⁰¹ og værdien af ændringen er under 50 procent. En forøgelse af omkostningerne i tillægsprojektet medførte dog, at den samlede bevilligede

⁹⁹ Se evt. bilag 2 – Bekendtgørelse om tillægskontrakt

¹⁰⁰ Bilag 2 – Bekendtgørelse om tillægskontrakt

¹⁰¹ Ibid.

sum endte på 627 mia. kr.¹⁰², i forhold til den oprindelige kontraktværdi, hvilket er over 50 procent, dog uden, at der er blevet stillet spørgsmålstejn til det, hvilket formentlig skyldes muligheden for at successive ændringer gerne må overstige de 50 procent af den oprindelige kontraktværdi. Det er dog værd at undersøge om ændringen er successiv eller om den skal ses som en forlængelse af den oprindelige ændring. Løsningen er, det omhandler samme ændring, hvorfor ændringen strider imod udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 3 med en værdi på over 50 procent. Det skyldes, at det de 440 mio. kr. blot er en anslået værdi, hvilket så er blevet dyrere. Det centrale er, at det vedrører samme ændring i kontrakten og ikke omhandler en ændring i ændringen. Alligevel bliver krænkelsen ikke påberåbt af andre leverandører, hvilket formentlig både skyldes, at øvrige leverandører ikke er opmærksomme på kontraktændringsværdierne og samtidig hellere vil lægge sine kræfter i andre projekter end at få prøvet ændringsarbejderne ved Klagenævnet for Udbud for først derefter at få mulighed for at byde på kontrakten eller få erstatning, såfremt klagen får medhold. Ud over dette vil der stadig være sandsynlighed for, at leverandøren ikke engang får tildelt kontraktændringen. Samtidig vil kompleksiteten af den oprindelige kontrakt formentlig afholde øvrige leverandører at byde på ændringen til kontrakten, både i form af ansvarsfordeling og problematikken ved selve udførelsen samtidig med de oprindelige dele af kontrakten bliver udført. Det er stadig værd at bemærke, at selvom ændringen havde haft en værdi af f.eks. 700 mio. kr. ville argumentationen stadig være stærk, og den samme, som følge af samlebegrebet kompleksitet i kontrakten. Kompleksiteten taler derfor for, at det ikke vil kunne svare sig at finde en anden leverandør, idet kompleksiteten bevirker, at omkostningen til den nærtbeslægtede ændring fortsat vil gøre det for dyrt at lade en anden leverandør træde ind end at lade den oprindelige leverandør påtage sig opgaven. Hertil skal det også tilføjes, at udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 2 ikke begrænser denne anvendelse, da ændringen ikke henvender sig til et helt andet marked. Kompleksiteten taler derfor for at betingelsen om 50 procent af den oprindelige kontraktværdi er overflødig.

Hvad angår ligebehandlingsprincippet er relevant at undersøge, hvorvidt løsningen med at ændringen ikke må overstige 50 procent af den oprindelige kontraktværdi til ligebehandlingsprincippet – især i forhold til successive ændringer, der tilsammen gerne må overstige 50 af værdien af den oprindelige kontrakt, når blot ændringerne ikke har til formål at omgå udbudsloven. Betingelsen har mulighed for at kunne ændre på en væsentlig del af kontrakten, hvilket kun begrænses af kontraktens overordnede karakter samt omgåelsesforbuddet. For at

¹⁰² Bilag 3 Tillægsbevilling

begrænse ændringsmulighederne vil ligebehandlingsprincippet og det heraf udledte forhandlingsforbud bidrage til at begrænse ændringens omfang. Forhandlingsforbuddet skal ved offentlig og begrænset udbud fortolkes restriktivt således, at ingen forhandling er tilladt andet end præcisering og uddybning. En analog anvendelse af forbuddet vil føre til, at der ikke burde tillades ændring og forhandling af kontrakten i perioden for kontraktens udførelse, hvilket i praksis vil være utopisk at forestille sig gældende. Alligevel bør grænsen være lavere end 50 procent for at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Det ses blandt andet af Storebælt dommen¹⁰³, hvor en forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver ledte til et ændret udbudsmateriale til fordel for den pågældende tilbudsgiver. En restriktiv anvendelse af forhandlingsforbuddet skal ikke lægges til grund i ændringer, fordi muligheden for at ændre i kontrakten ellers vil være envejs uden nogen konkurrencesituation, hvilket tilbudsgiveren vil kunne udnytte. Alligevel kan hensynet bag forhandlingsforbuddet bruges til at argumentere for, at udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 3 er for vidtgående og tillader for store ændringer af kontrakten, for så vidt angår tilnærmelsen af ligebehandlingsprincippet, idet det ikke bør være muligt at ændre på de grundlæggende betingelser i det oprindelige udbudsmateriale når det vil åbne op for tilbud fra nye tilbudsgivere. Muligheden for at kunne ændre på de grundlæggende betingelser ved uforudsete omstændigheder bør alene foreligge når det er nødvendigt for at opfylde behovet for ændringer eller når valg af anden leverandør vil skabe visse særlige vanskeligheder. Flere successive ændringer, der tilsammen overstiger 50 procent i værdi af kontrakten taler derfor i særdeleshed for, at ligebehandlingsprincippet krænkes, da ændringerne tilsammen kan medføre store ændringer af kontrakten, men stadig inden for rammen af kontraktens overordnede karakter. At kontrakten kan ændres i sådan en grad må ofte være tilstrækkeligt til at andre tilbudsgivere kan bidrage til en optimal løsning på ændringen.

Ligeledes fremgår det af Manova dommen, at ordregiver strengt forpligtes til at overholde sine egne udbudsbetingelser.¹⁰⁴ Her var der tale om, at ordregiveren indhentede supplerende informationer, der ellers fremgik af udbudsbetingelser som krav for at kunne prækvalificeres. Ved at indhente supplerende informationer, som i dommen, ville to tilbudsgivere blive fordelagtiggjort, hvor ligebehandlingsprincippet derfor krænkes. Ved at anvende ligebehandlingsprincippet analogt i forhold til Manova dommen vil det pålægge ordregiver strengt at overholde sine egne

¹⁰³ *Storebælt-dommen*, Sag C-243/89, præmis 35

¹⁰⁴ *Manova-dommen*, Sag C- 336/12, præmis 40

udbudsbetingelser uden at fordelagtiggøre nogen tilbudsgivere. I kontraktforholdet vil ligebehandlingsprincippet tale for, at leverandøren ikke bør fordelagtiggøres og at ordregiver samtidig er forpligtet til at overholde sine egne betingelser, hvorfor et uforudset behov for ændring ikke må være for vidtgående i forhold til, hvornår behovet er dækket. Her vil en 50 procent værdigrænse skabe for meget rum til at ændre i kontrakten samtidig med, at leverandøren fordelagtiggøres ved i forvejen at være leverandør. En mere lempelig anvendelse af ligebehandlingsprincippet bør dog være den rigtige tilgang, idet det skal være muligt til en vis grad at ændre på de udbudsbetingelser for at tilpasse kontrakten til det uforudsete behov for ændring. For at minimere fordelen for leverandøren vil et tilpas niveau for ændring være det nødvendige for at behovet for ændring er opfyldt. Ligebehandlingsprincippet er vigtigt for at sikre den effektive konkurrence og fair behandling af alle men ud over at udbudsloven § 183 generelt tillader for store ændringer, så bør opvejningen også bestå af at finde den løsning, hvor de samlede omkostninger ved ændringen er færrest.

2.6 Delkonklusion

I den gennemgåede analyse af udbudslovens § 183 kan det konkluderes, at når først kravet om en uforudset behov for ændring er opfyldt vil det medføre for bred en adgang til at ændre. Selve udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 1 konkluderes som en betingelse, der opfylder ligebehandlingsprincippet grundet behovet for at tilpasse sig eksterne omstændigheder, der ikke kan forudses kombineret med kravet til ordregiverens påpasselighed.

Den anden betingelse omhandler, at kontraktens overordnede karakter ikke må ændres, hvilket sluttes at være for vidtgående en mulighed for at ændre, når det først begrænses af, at det oprindelige udbud ville have henvendt sig til et helt andet marked. Ved at anvende ligebehandlingsprincippet analogt på kontraktforholdet, vil anvendelsesmulighederne for betingelsen blive begrænset ved ikke at måtte ændre på de oprindelige udbudsbetingelser. Hertil er det relevant, hvorvidt andre tilbudsgivere end de oprindelige ville være interesseret i udbuddet, såfremt ændringen var tilstede ved det oprindelige udbud. Alligevel skal ligebehandlingsprincippet ikke fortolkes så restriktivt, i og med, at det uforudsete behov for ændring godt kan begrunde en ændring af de oprindelige udbudsbetingelser, dog under betingelse af, at det er strengt nødvendigt. Betingelsen konkluderes derfor at være for vidtgående og i strid med ligebehandlingsprincippet.

Den tredje og sidste betingelse vedrører, at ændringen ikke må overstige 50 procent af den oprindelige kontrakt. En analog anvendelse af forhandlingsforbuddet medfører at forhandling ikke kan foretages i kontraktforholdet, hvilket ikke er en tilpas begrænsning, men hensynet bag kan imidlertid godt anvendes for at sikre ligebehandling. Konklusionen er nemlig, at det ikke bør være muligt at ændre på de grundlæggende betingelser i det oprindelige udbudsmateriale når det ville åbne op for tilbud fra nye tilbudsgivere, medmindre det er nødvendigt for at opfylde behovet for ændringen. Dertil tillader flere successive ændringer endnu større mulighed for at ændre på kontrakten, hvilket kun begrænses af kontraktens overordnede karakter. Når kontrakten kan ændres i sådan en grad, må det være tilstrækkeligt til at andre tilbudsgivere kan bidrage til en optimal løsning på ændringerne. En Leverandør bør ikke have større fordel som leverandør end nødvendigt, hvor ændringer op til 50 procent konkluderes at være for stor. For at minimere fordelene for leverandøren bør ændringen kun tillade det nødvendige for at behovet for ændring er opfyldt.

2 – Økonomisk analyse

2.1 Indledning

Cityringen er et storslået byggeprojekt, der aktuelt har strækket sig over en årrække og forsat vil gøre det. Det er blevet forsinket og det har medført fordyrelse af det samlede projekt.¹⁰⁵ Ifølge daværende transportminister skyldes det forhandlinger og ændringer af kontrakten. Dette åbner op for muligheden for om entreprenøren har mulighed for at udnytte ændringer i kontrakten, når disse ikke er angivet med en udbuds enhedspris. Dette støttes til af kapitel 2, hvor det blev udledt, at når først udbudslovens § 183, stk. 1, nr. 1 om uforudset behov for ændring var opfyldt medfører det en bred adgang til at ændre i kontrakten, hvilket konkluderes i strid med ligebehandlingsprincippet. Indeværende kapitel vil behandle problemstillingen for, hvordan ordregiver dækker sig ind for, at leverandøren ikke udnytter adgangen til at ændre mere end nødvendigt med henblik på maksimering af sin egen nytte. Analysen vil bygge på et case studie, hvor Nordhavnsvej projektet bliver genstand for analyse af, hvilke incitament er kontrakten indeholder.

Kapitlet vil starte med en redegørelse for case studiet, hvilket efterfølges kort af teorien om transaktionsomkostninger. Derefter følger en generel gennemgang af P/A teori, hvor de nærmere begreber om information mellem parterne vil blive belyst. Begreberne adverse selection og moral hazard vil herunder også blive behandlet. Herefter vil der blive redegjort for de forskellige risikoprofiler, der knytter sig til henholdsvis principalen og agenten, samt muligheden for at flytte risikoen og skabe incitament.

Dette leder opmærksomheden hen på definition af principalen og agenten i en offentlig kontrakt med dertilhørende argumenter for nytteoptimering, der suppleres af risikoprofiler for netop dette kontraktforhold. Moral hazard vil herefter blive introduceret i kontraktforholdet mellem en offentlig myndighed og en leverandør, hvoraf der vil blive argumenteret for moral hazard i selve udnyttelsen af ændringsmuligheden for agenten.

Efterfølgende vil Nordhavnsvej projektet danne rammen for analysen, hvor teorien bliver sammenholdt med realiteterne i et stort byggeprojekt. Casen vil danne rammen for et indicium, der søger at afklare, hvordan bygherren dækker sig ind for en opportunistisk entreprenør samt om

¹⁰⁵ www.information.dk den 20. august 2014, ”Metrobyggeri forsinkes og bliver én milliard dyrere”

entreprenører har mulighed for at udnytte ændringsarbejder til for at skabe øget indtjening. Herunder vil transaktionsomkostnings teori danne grundlag for en make-or-buy betragtning, der skal analysere en ex ante opportunistiske problemstilling. Dette vil blive efterfulgt af en P/A analyse for at komme nærmere ex post problematikken. Herunder vil relevante Milgrom and Roberts (1992) principper¹⁰⁶ om incitament strukturen skabe analysen ved at måle på hvilke incitamenter, der er i kontraktforholdet, samt deres effekt på forholdet. Til slut vil det konkluderes, hvorledes bygherren dækker sig overfor opportunistiske og hvorvidt entreprenøren har mulighed for at udnytte ændringer som følge af et uforudset behov for ændring.

2.2 Redegørelse for case opbygning

Casen vil tage sit udgangspunkt i en transaktionsomkostningsanalyse af Nordhavnsvej transaktionen, der har til formål at udlede, hvorvidt styringsstrukturen er efficient samt hvordan bygherren dækker sig ind for opportunistiske fra entreprenøren. Heri er formålet også at lokalisere noget af den usikkerhed, der ligger i transaktionen.

Ifølge P/A teorien skal der skabes incitamenter for at agenten leverer i overensstemmelse med det af principalen forventede i forhold til kontrakten. Derfor vil den førnævnte kontrakt blive nærmere beskuet for at undersøge, hvordan incitamentsstrukturen i Nordhavnsvej projektet er fordelt, med henblik på at udlede, hvorvidt agenten har incitament til at levere det resultat som principalen ønsker ved ændringer i kontrakten.

Begge analyser vil blive bygget op som et case studie, hvor spørgsmålet vil omhandle hvordan bygherren dækker sig ind mod opportunistiske i transaktionen og hvorledes agenten har mulighed for at udnytte ændringer i den tilhørende kontrakten. Datamaterialet består af særlige betingelser i en byggekontrakt, hvor der er foretaget ændringer i kontrakten med tilhørende værdistigning i kontrakten. Analysen vil derfor fokusere på fordelingen af incitament for, at agenten leverer de resultater som principalens ønsker, herunder hvorvidt agenten kan påvirke kontrakten for sin højere egennytte gennem et ikke-observerbart resultat for principalen. I og med, at initiativet til ændringen ligger hos principalen vil kravet om et uforudset behov automatisk anses for opfyldt når ændringen skal udformes.

¹⁰⁶ Milgrom and Roberts, 1992, s. 219-232

2.3 Transaktionsomkostningsteori

Følgende afsnit vil redegøre for en make-or-buy situation for ordregiveren, hvor spørgsmålet er om den ordregivende myndighed selv bør udføre transaktionen til dets eget behov eller om den ordregivende myndighed skal udbyde transaktionen til det frie marked. Heri er det relevant for en make-or-buy situation, om den marginale omkostning ved at foretage transaktionen internt i organisationen overstiger prisen for at foretage transaktionen på markedet eller ved at organisere sig i en anden organisation.

Selve teorien om transaktionsomkostning har til formål at udlede, om en transaktion bedst kan betale sig at udbyde til markedet eller til organisationen i form af et fokus på omkostningsminimering. Heraf forstås udtrykket transaktionsomkostninger både som de omkostninger, der er knyttet til markedstransaktioner samt de interne transaktioner.¹⁰⁷ Transaktionsomkostningsteorien bygger på antagelsen om begrænset rationelle og opportunistisk adfærd.¹⁰⁸ Den begrænsede rationalitet defineres som begrænsninger i evnen til at forudsige begivenheder af interesse for gennemførelsen af en transaktion.¹⁰⁹ Den opportunistiske adfærd medfører forfølgelsen af selviske mål og egeninteresse med svig.¹¹⁰

2.3.1 Styringsstruktur

Styringsstruktur er begrebet for, hvorvidt en transaktion skal udbyde til markedet eller holdes inden for organisationen, f.eks. i form af en vertikalt integreret virksomhed. For at undersøge hvilken styringsstruktur, der er bedst at anvende vil det være nærliggende at fokusere på transaktionens specifikke karakteristika. Disse karakteristika kan i afhandlingen beskrives ved følgende to dimensioner: Behovet for aktivspecifikke investeringer samt graden af usikkerhed/kompleksitet i transaktionen.¹¹¹

¹⁰⁷ Douma, Sytse og Hein Scgreuder, 2002, s 189

¹⁰⁸ Ibid.: s 190

¹⁰⁹ Koch, 2007, s. 88

¹¹⁰ Knudsen, Christian, 1997, s. 213

¹¹¹ Koch, 2007, s. 91

2.3.2 De to dimensioner

2.3.2.1 Aktivspecifikke investeringer

De aktivspecifikke investeringer beror sig på investeringer foretaget i forbindelse med transaktionen. Disse aktiver kan deles op i flere typer, hvoraf de væsentligste er sted- specificitet, fysisk aktivspecifitet og human aktivspecifitet.¹¹² Såfremt aktivet ikke kan udnyttes i alternativ anvendelse uden væsentlig reduktion af aktivets værdi vil aktivet være transaktionsspecifikt.¹¹³ I denne forbindelse bliver begrebet kvasirente også relevant, idet højere aktivspecifitet medfører højere kvasirente, hvor genstanden for parterne vil være at opnå enighed om fordelingen heraf. Dette skaber spillerum for opportunistisk adfærd mellem parterne. En høj aktivspecifitet taler for at etablere en specialiseret reguleringsstruktur, såsom en vertikalt integreret virksomhed.

2.3.2.2 Graden af usikkerhed/kompleksitet

Graden af usikkerhed og kompleksitet er også en relevant vurdering for transaktionen, da det kan være svært at omfavne samtlige konsekvenser ved en given transaktion. Såfremt der måtte eksistere mange forskellige handlingsmuligheder eller få men ukendte muligheder vil det medføre ringe muligheder for detaljeret planlægning.¹¹⁴ Det samme gør sig gældende for lange komplekse kontrakter, hvor usikkerheden spiller en naturlig rolle grundet manglende klart definerede mål og behov, samt hensynet til eksterne forhold såsom den samfundsmæssige udvikling, herunder lovgivning.¹¹⁵ Adfærdsmæssig usikkerhed er en afledt faktor, hvor opportunistiske aktører er underligt en vis usikkerhed. Herunder vil det være muligt at bryde indgående aftaler og kontraktforhold, samtidig med at dette kan tilsløres med misvisende eller usand information.¹¹⁶

2.3.3 Markedet, organisationsformer eller hybrid

Når transaktionen har været genstand for en analyse af de forskellige dimensioner består efficients testen af at lokalisere den styringsstruktur, der er anses for at være mest økonomiserende i forhold til transaktionen og derved fremstår mere efficient end de øvrige styringsstrukturer.

¹¹² Koch, 2007, s. 92

¹¹³ Douma, og Schreuder, 2002, s. 197

¹¹⁴ Knudsen, 1997, s. 215

¹¹⁵ Lange kontrakter skal forstås som længere end 10 år.

¹¹⁶ Knudsen, 1997, s. 216

De tre væsentligste styringsstrukturer består af markedet, organisationsformer og hybrider. Markedet skal forstås som, hvor transaktionen bliver udbudt til markedets prismekanismer. Organisationsformer skal forstås som forskellige former for organisationer/hierarkier, der alle søger at afdække, hvorvidt det kan betale sig at foretage en intern strukturering af transaktionen. Hybrider skal forstås som en styringsstruktur, der ligger midt imellem markedet og organisationsformer såsom et joint venture eller franchise.

Samlet set vil det blive udledt af case analysen, hvilken styringsstruktur er mest efficient i henhold til Nordhavnsvej projektet samt hvordan der dæmmes op for opportunistisk adfærd.

2.4 Generel P/A teori

P/A forholdet karakteriseres ved en relation mellem en principal og en agent, hvor agenten engageres til at udføre en række opgaver eller træffe beslutninger for principalen og i dennes interesser.¹¹⁷ P/A problematikken opstår når målene for principalen og agenten er forskellige fra hinanden kombineret med, at der foreligger asymmetrisk information mellem parterne. I forbindelse med, at principalen og agenten har forskellige mål, bygger P/A teorien på forudsætningen at begge parter handler efter egne interesser. Asymmetrisk information er kendetegnet ved, at agenten har flere informationer om sine egne indsats og handlinger end principalen har, hvilket kan medføre, at agenten følger sine egne interesser i stedet for principalen og uden at blive opdaget af denne.¹¹⁸ Som følge af asymmetrien søger P/A teorien mod en incitamentsforenelig kontrakt, hvor det bliver i agentens egeninteresse at handle på en måde, der er i overensstemmelse med principalens interesser.¹¹⁹

2.5 P/A i en offentlig kontrakt

Nærværende afsnit vil redegøre for P/A forholdet i en offentlig kontrakt mellem en offentlig myndighed og en leverandør. Formålet med afsnittet er at skabe et grundlag for forståelsen af

¹¹⁷ Knudsen, 1997, s. 164

¹¹⁸ Ibid.: s. 164

¹¹⁹ Ibid.

incitamentsfordelingen mellem en offentlig myndighed og en privat virksomhed, hvilket vil blive benyttet i analysen af incitamenterne i Nordhavnsvej projektet.

I en offentlig kontrakt vil den offentlige myndighed typisk være principalen, der i dette tilfælde er bygherren og den private virksomhed, agenten, vil være entreprenøren.

Normalt anses bygherren for at være den part med mest information i forholdet mellem bygherren og entreprenøren, men i forhold til den konkrete case vil bygherren være den mest informerede part, hvad angår rammerne for aftalen og entreprenøren ses som den specialiserede inden for området, hvorfor entreprenøren ikke nødvendigvis er underlegen i forholdet mellem de to, men hvor informationerne parterne imellem kan være forskellig. Der eksisterer derfor et asymmetrisk informationsforhold mellem de to. Heri er det interessant, hvorvidt bygherren kan få entreprenøren til at handle i overensstemmelse med principalens ønsker.

Moral hazard kan forekomme i en offentlig aftale i form af, at entreprenøren skjuler sin egen lave indsats gennem resultater, der ikke kan observeres af principalen. Dette skyldes entreprenøren ikke får noget ud af at gøre en ekstra indsats og derved maksimerer sin egen nytte, idet indsatsen kan ses som en omkostning for entreprenøren, samt at bygherren kun kan observere resultatet. I relation til kontrakten kan moral hazard forekomme når bygherren ikke kan observere entreprenørens ændring af kontrakten til sin egen fordel. Det er der sandsynlighed for når der, i forbindelse med ændringen, tilføjes nye enheder og/eller nye arbejder, hvilket medfører nye priser, der ikke var en del af det oprindelige udbud. Heraf har bygherren ikke mulighed for at sikre, at priserne lever op til de oprindeligt aftalte priser og vilkår fordi kontrakten ikke giver mulighed for sammenlignelse, hverken med det oprindelige tilbud eller konkurrerende tilbud. Den skjulte handling ligger derfor i, at entreprenøren kan vælge en dyrere pris på enheder, der ikke var en del af det oprindelige tilbud, hvorfor det derfor ikke er muligt for ordregiveren at kontrollere de nye priser.

Bygherren har ikke det samme formål som en privat virksomhed, agenten, der sigter mod profitmaksimerende resultater for egen eksistens og bagvedliggende ejere skyld, hvilket er derfor de handler efter profitmaksimerende incitament. Bygherren varetager politiske hensyn, hvilket primært finansieres af skatter, hvorfor bygherren ikke selv har for mål at skabe profit. Finansiering gennem skatter medfører, at bygherren er underlagt budgetter allokateret til bestemte formål for at

sikre midlerne bliver anvendt mest hensigtsmæssigt. Ved brugen af midlerne er den offentlige myndighed underlagt lovgivningen hvilket bidrager til en optimal udnyttelse af det offentlige midler samtidig at sikre en effektiv konkurrence. Bygherren er derfor ikke profitmaksimerende, men det antages i stedet, at denne søger at maksimere sin nytte gennem omkostningsminimering, hvor prisen på tilbuddet ofte vægter højt. Dette skyldes de begrænsede midler den offentlige myndighed har fået stillet til rådighed gennem skatterne.

Bygherren er risikoneutral. Dette skyldes, at bygherrens finansielle ressourcer ikke er bundet til denne ene kontrakt samt at bygherren har mulighed for at diversificere sin risiko over flere leverandører. Ligeledes gælder det for entreprenøren, der er en privat virksomhed, at denne er i stand til at sprede sin risiko over flere projekter og derfor også er risikoneutral.

2.6 Case analyse af Nordhavnsvej projektet

Indeværende afsnit vil starte med at orientere kort om Nordhavnsvej projektet hvilket efterfølges af en analyse af Nordhavnsvej projektet i forhold til henholdsvis transaktionsomkostningsteori og P/A teori med henblik på at undersøge entreprenørens muligheder for at udnytte ændringer i kontrakten.

Der blev tilbage i 2010 truffet beslutning om iværksættelse af byggeri projektet Nordhavnsvej. Nordhavnsvej er første del af projektet om at lave en omfartsvej fra Nordhavn og ud til starten af Helsingør motorvejen, hvor der ved strandvænget skal bygges en tunnel mellem Nordhavn og Strandvænget. Dette projekt er kun første trin i processen om at skabe en omfartsvej uden om indre by i København, hvilket skal forbinde Helsingør motorvejen med Amagermotorvejen via Nordhavn. Bygherren er en underafdeling af Teknik- og Miljøforvaltningen i Københavns Kommune ved navn Center for Anlæg og Udbud. Casen vil blot benytte betegnelsen bygherren. Entreprenøren er repræsenteret ved Nordhavnsvej konsortiet med konsortium deltagerne E. Pihl & Søn A/S samt Ed. Züblin AG. E. Pihl & Søn gik tilbage i 2013 konkurs hvilket resulterede i, at Züblin overtog hele entreprenør rollen¹²⁰. Züblin bliver i casen omtalt entreprenøren. Til udfærdigelsen af casen danner Nordhavnsvej projektets særlige betingelser grundlag for analysen, dog udelukkende i det omfang materialet giver mulighed herfor. Materialet er stillet til rådighed i begrænset omfang og omfatter

¹²⁰Fagbladet 3F, den 27. Aug. 2013, ”Tysk entreprenør overtager Pihl-projekt”

ikke samtlige dokumenter i de særlige betingelser, men størstedelen heraf. Dette skyldes Københavns Kommunes ønske om fortrolighed og forretningshemmeligheder.

2.6.1 Transaktionsomkostninger i Nordhavnsvej projektet

Første del af case analysen vil behandle transaktionsomkostninger i Nordhavnsvej projektet, hvor den gennemgåede teori vil blive anvendt i en analyse af kontrakten ex ante med det formål vurdere den anvendte styringsstruktur gennem en analyse af de forskellige dimensioner. Analysen af dimensionerne vil også danne grundlag for at lokalisere opportuniste, samt hvordan der dæmmes op for denne.

2.6.1.1 De relevante dimensioner

2.6.1.1.1 Graden af aktivspecifitet

Bygherren er en kommune, der varetager en meget bred vifte af opgaver, hvorfor den ikke umiddelbart må forventes at have en stor produktionskapacitet i form af fysiske aktiver ved store byggeprojekter, såsom store maskiner og anden relevant materiel. Derfor vil det blive relevant at skulle investere i en masse fysiske aktiver for at kunne foretage transaktionen inden for rammerne af organisationen. I denne betragtning kombineret med bygherrens begrænsede ekspertise inden for bygge- og anlæg er det en nærliggende mulighed at lade arbejdet foretages af en entreprenør, der er specialiseret inden for området. En yderligere fordel herved er også, at entreprenøren i forvejen har en række fysiske aktiver, i form af deres virke som entreprenør med ekspertise inden for bygge- og anlæg mm., hvorfor det ikke er nødvendigt at foretage store investeringer forud for kontrakten med bygherren. I de særlige betingelser fremgår intet, der kunne give anledning til at tro, at entreprenøren skulle være forpligtet til at investere i bestemte aktiver inden kontrakten kunne påbegyndes. Umiddelbart udledes det, at ingen større investering er blevet gjort i aktiver i forbindelse med kontrakten hvilket taler for at graden af fysiske aktivspecifitet er relativ lav. Det modsatte resultat kunne, alt andet lige, gøre entreprenøren sårbar overfor bygherrens handlinger.

I de særlige betingelser fremgår det af § 18, stk. 1¹²¹, at der i selve kontraktforløbet stilles krav til, at såfremt entreprenøren ønsker at udskifte entreprisederen eller andre nøgle personer skal disse som

¹²¹ Bilag 4, "Særlige betingelser" s. 20 af 61

minimum skal have samme kvalifikationer eller tilsvarende kompetencer. Ydermere tilføjes det, at bygherren skal godkende denne udskiftning. Af dette kan udledes, at det har været et krav ex ante, at entreprisedeviser og relevante nøglepersoner skulle have en vis kompetence og at dette har en betydning for kontrakten. Denne human aktivspecifitet taler for en højere grad af aktivspecifitet, idet der af bygherren stilles krav til bestemte kompetencer. Det kan dog tales ned, at erstatninger godt kan findes for disse kompetencer, hvilket også ses af, at der i det oprindelige udbud var tre tilbudsgivere. Hvorvidt det specifikt er en investering entreprenøren har gjort sig forud for kontrakten vides ikke, men den kontrakt de to parter imellem har formentlig været betinget af, at entreprenøren skulle vinde udbuddet, såfremt disse nøglepersoner ikke oprindeligt var ansat hos entreprenøren. Såfremt personerne i forvejen var ansat hos entreprenøren ville omkostningen ikke være forbundet med en investering, da de i forvejen har budgetteret med disse. Det må i det hele taget ligges til grund, at en stor del af ansættelserne i et stort byggeri må baseres på en projektansættelse fra entreprenørens side. Af den grund, at ansættelsen af entreprisedeviser og nøglepersoner enten må bero på en betingelse af at vinde udbuddet eller at disse personer i forvejen var fastansat hos entreprenøren, må det udledes, at entreprenøren ikke har haft en særlig stor risiko forbundet med investeringer i human aktivspecifitet ex ante.

Samlet for aktivspecifiteten gælder det, at entreprenøren ikke forud for kontrakten har investeret i tilstrækkelig aktivspecifitet til, at denne grad medfører sandsynlighed for hold-up fra bygherren. Dette kan dels skyldes, at bygherren, er en kommune, der gennem udbud opnår konkurrence dygtige priser, hvorfor disse ikke kan presses mere, men samtidig ikke er interesseret i hold-up, da det kan medføre tidsforsinkelse og sandsynlighed for sammenbrud, der ikke fremstår som en god efficient anvendelse af de offentliges midler, da hele proceduren for udbud skal foretages igen. Brugen af udbud medfører konkurrence dygtige priser, såfremt konkurrence fungerer effektivt og at der er flere tilbudsgivere, uagtet aktivspecifiteten. Hvis der eksisterede en høj aktivspecifitet ville det stadig gøre sig gældende for alle tilbudsgiverne, at deres tilbud var nødt til at være konkurrencedygtigt for at komme i betragtning om at vinde udbuddet, idet det fremgår af tildelingsbekendtgørelsen, at prisen i udbuddet vægtes med 65 procent af det samlede tilbud.¹²² På denne måde ville en kvasirente som følge af høj aktivspecifitet blive fordelt mellem bygherren og entreprenøren, hvorfor opportunisme og hold-up sandsynligheden mindskes væsentligt. Den asymmetriske information ville også blive nedsat væsentligt, i og med, at det udelukkende er

¹²² Se bilag 2 – Bekendtgørelse om tillægskontrakt

entreprenøren, der kender sine egne kostpriser, men denne information får mindre betydning, når udbuddet medfører, at priserne bliver presset ned til et konkurrencedygtigt niveau. Det kan dog skabe incitament for entreprenøren at indhente fortjeneste andre steder i, som f.eks. ved ændringer af kontrakten.

2.6.1.1.2 Graden af usikkerhed/kompleksitet

Nordhavnsvej projektet er et stort byggeprojekt og det kan være svært at afklare alle fremtidige potentielle uklarheder, som man ikke nødvendigvis er bevidst om når kontrakten udfærdiges. Den usikkerhed stiger typisk i takt jo længere og mere kompleks kontrakten er, især fordi det kan være svært at forudse et bestemt behov langt ude i fremtiden. I forhold til Nordhavnsvej er de særlige betingelser meget opmærksomme på entreprenørens forpligtelser og hvordan denne skal agere i kontrakten, hvilket er for at minimere usikkerheden samt placering af ansvar. I § 14, stk. 4 i de særlige betingelser, vedrørende ændringer i arbejdet, forsøger bygherren på bedste vis at udligne usikkerheden ved at pålægge entreprenøren udførlige forpligtelser og instruktioner ved ændringer i arbejdet, når de oprindelige udbuds enhedspriser ikke kan anvendes.¹²³ Netop ændringer i arbejdet er stedet hvor lovgivningen for offentlige udbud behandler kontraktforholdet ex post, hvorfor det er nødvendigt for bygherren at have ændringshåndteringen under kontrol, kombineret med at omkostninger ikke må øges ukontrolleret og udokumenteret. Usikkerheden ligger i, at sandsynligheden for, at der skal foretages ændringer og tilpasninger af kontrakten i et stort byggeri som Nordhavnsvej er forholdsvis stor, idet byggeriet strækker sig over en række år og samtidig indeholder mange forskellige arbejder som gør kontrakten tilpas kompleks. Et eksempel på dette er behovet for en tillægsaftale som bygherren var nødt til at foretage, fordi det var blevet nødvendigt at forlænge tunellen med 300 meter for at gøre den mere ”fremtidssikret”¹²⁴.¹²⁵ Forlængelsen medfører, at projektet forsinkes cirka halvandet år, da den oprindelige del af projektet var færdigt, men ændringen kræver, at bunden skal hakkes op igen for at lave et nyt tilkøblingsanlæg.¹²⁶ Ændringen skyldtes en politisk beslutning om at forberede tilkoblingen til tunellen til Nordhavn, hvilket øger bygherrens omkostninger.

¹²³ Bilag 4, s. 17 af 61 i ”særlige betingelser”

¹²⁴ Med ”fremtidssikret” forstås ifølge artiklen, at man ikke skulle stoppe anvendelsen af broen senere hen for at bygge den om igen.

¹²⁵ Se bilag 2, Bekendtgørelse om tillægskontrakt

¹²⁶ www.fdm.dk, den 27. juni 2014, ”Københavns trafikåre forsinkes halvandet år”

Forhandling af den nye kontrakt kan skabe opportunistisk adfærd fra entreprenørens side, idet kontraktens kompleksitet gør bygherren mere afhængig af entreprenøren end i starten af kontraktforløbet. Her kan usikkerheden i kontrakten resultere i, at entreprenøren ønsker en højere pris for sine ydelser fordi det er for omkostningsfuldt for bygherren at finde en ny entreprenør, hvorfor der ligger en potentiel hold-up trussel fra entreprenørens side.

På grundlag af den længerevarende og komplekse transaktion vil der også være usikkerhed i form af forsinkelse af projektet, netop fordi alle omstændigheder ikke kan blive taget højde for, hvorfor en forsinkelse ikke kan elimineres fuldstændigt.

En anden usikkerhed, der også eksisterer i transaktionen er omkostningens størrelse. Usikkerheden ligger i forlængelse af, at alle fremtidige behov ikke kan forudses i et længerevarende kontraktforhold, der samtidigt er komplekst, hvorfor omkostningen størrelse ikke kan garanteres.

2.6.1.2 Styringsstruktur

Det styrende moment i hvilken styringsstruktur, der bør anvendes i Nordhavnsvej projektet, er når den marginale omkostning ved at organisere sig internt er lig med eller overstiger den marginale omkostning ved at organisere sig i en anden virksomhed eller udbyde til markedet. Hertil bidrager de to analyserede dimensioner til at definere den styringsstruktur, der er efficient i forhold til sandsynligheden for opportuniste samt fokus på omkostningsminimering.

Ved aktivspecifitet blev det udledt, at der i Nordhavnsvej projektet ikke var blevet investeret i aktiver i tilstrækkelig grad forud for kontrakten. Det skal dog bemærkes, at der alligevel er en vis grad af aktivspecifitet, i og med, at bygherren har stillet krav om kompetencer til entreprenørleder samt til relevante nøglepersoner. Aktivspecifiteten stiger en smule, men alligevel ikke i væsentlig grad, da disse personer har knap så høj kvasirente, idet den næstbedste anvendelse af deres kompetencer inden for byggeri må synes relativt høj. Dette kombineret med muligheden for, at ansættelsen er sket på et betinget projekt basis hos entreprenøren taler dette ned for aktivspecifitet. Alligevel taler specialiseringen inden for store byggerier for, at aktivet besidder nogen grad af aktivspecifitet. En lav til middel aktivspecifitet skal ses i sammenhæng med usikkerheden for at give en vurdering af, hvad transaktionen bedst egner sig til af styringsstruktur.

Graden af usikkerhed i transaktionen Nordhavnsvej begrundes med, at kontrakten er længerevarende og samtidig kompleks, hvilket gør det svært at forudse fremtidige behov og tilpasninger. Samtidig er det relevant, at transaktionen alligevel er så specifik, at omkostningerne til forberedelsen af transaktionen må have været høje. Det betyder også, at transaktionen alligevel ikke har så stor grad af usikkerhed, idet transaktionen er forberedt med størstedelen af behovet for transaktionen. Nordhavnsvej projektet er meget detaljeret og der er taget højde for rigtig mange områder. Alligevel er der via ændringer i aftalen mulighed for opportuniste fra entreprenøren, i og med, at usikkerheden og kompleksiteten kan resultere i omstændigheder, hvor kontrakten er nødt til at blive ændret og at ændringsarbejderne ikke fremgår af tilbudslisten med enhedspriser, hvilket oprindeligt var en del af tilbuddet. Af denne grund kan bygherren ikke sikre den lave pris, der oprindeligt var aftalt af tilbudslisten. Ændringerne i aftalen har en naturlig sammenhæng med forlængelse af fristen samt fordyrelse af projektet, hvorfor det er selve ændringen der skaber grund for graden af usikkerhed og kompleksitet. Graden af usikkerhed og kompleksitet må vurderes til at være forholdsvis lav, i og med, at transaktionen er velbegrunderet og gennemtænkt på størstedelen af mulige scenarier, undtagen for dem, der ikke kan forudses.

Samlet set skaber dimensionerne en lav til middel grad af aktivspecifitet og en lav grad af usikkerhed/kompleksitet, hvilket taler en for markedsbaseret transaktion. I dette tilfælde er en markedsbaseret transaktion den mest effektive styringsstruktur. Dette skyldes, at prisen fastsættes gennem markedet og at opportunisten er tilstrækkelig lav til at omkostningerne til kontrolforanstaltninger er forholdsvis små, hvorfor det ikke kan betale sig at foretage transaktionen internt i organisationen (vertikal integration). Omkostningerne til kontrolforanstaltningerne er forholdsvis lave fordi bygherren stiller mange krav til dokumentation og redegørelser inden entreprenøren træffer vigtige beslutninger. Derfor er bygherren med inde over alle større beslutninger og en stram økonomistyring pålagt entreprenøren skaber også kontrol for bygherren. Det taler også for markedsmekanismen, at der er flere udbydere til at konkurrere om udbuddet, hvilket gør det forholdsvis nemt at udskifte entreprenøren, hvis man ser bort fra kompleksiteten.

Der vil også være omkostninger til kontrol, såfremt transaktionen skulle foretages af organisationen, da medarbejdere kunne udnytte den manglende overvågning til at udføre minimal indsats, hvis der ingen gevinst er ved den ekstra indsats. Transaktionen i organisationen vil

yderligere medføre øget sandsynlighed for fejl fra ledernes side, da størrelsen på organisationen kan skabe informationssvigt ledelsesniveauerne imellem.

2.6.1.3 *Hvordan sikrer bygherren sig mod opportunistme?*

Bygherren har på forhånd benyttet sig af muligheden for at nedsætte informations asymmetrien ved at benytte sig af screening metoden. Denne metode kommer til udtryk gennem udbud af projektet, hvor flere tilbudsgivere er presset til at give den lavest mulige pris for at vinde udbuddet. Den information tilbudsgiverne sidder inde med omkring deres egen kostpris vil stadig være tilbageholdt, men grundet konkurrencen er asymmetrien nedsat væsentligt.

Der eksisterer en lav grad af usikkerhed i transaktionen, fordi det ikke er muligt at kende til fremtidige omstændigheder, hvorfor der ikke kan tages højde for dem i transaktionen. Den opportunistiske adfærd opstår fra entreprenørens side, når det ikke er muligt for bygherren at føre kontrol med dennes adfærd ex ante. Det er opportunistisk adfærd, såfremt entreprenøren spekulerer i, at en potentiel kontraktændring kan skabe øget indtjening for ham. Heraf kommer det, at netop de ændringsarbejder, der fra bygherren forsøges at dække sig ind for alligevel giver plads til opportunistisk adfærd ex post når det vedrører ændringsarbejder, der ikke er angivet udbuds enhedspriser på, hvilket ellers er udbuds-konkurrencedygtige priser. I bestemmelsen i de særlige betingelser foreskrives det, at entreprenøren skal anvende en gennemsnitsfortjeneste angivet af Dansk Arbejdsgiverforening for de relevante fag.¹²⁷ Denne gennemsnitfortjeneste for de relevante fag må, alt andet lige, være højere end en udbuds-konkurrencedygtig pris, hvorfor entreprenøren kan udvise opportunistme ved at foretrække gennemsnitprisen i stedet for en konkurrencedygtig pris, som bygherren alligevel ikke kan kontrollere. For at gardere sig imod forsøget på opportunistme har bygherren i kontrakten indført en procedure for betaling af ekstraarbejder eller tillægsarbejder, der består af, at *”Kan kontrakten enhedspriser ikke anvendes skal entreprenøren begrunde dette og udfærdige en velbegrundet kalkulation for kravet”*¹²⁸. Begrundelsen samt kalkulationen skal efterfølgende til bygherren for at opnå enighed om kravet. Garderingen synes ikke at have anden effekt end ”skræmme” effekt, da bygherren reelt ikke har nogen mulighed for at kontrollere om prisen er konkurrencedygtig eller ej. Bygherren kan udelukkende sammenligne med den gennemsnitspris fra Dansk Arbejdsgiverforening, der tillader entreprenøren at tage en højere

¹²⁷ Bilag 4, side 17 af 61 i ”særlige betingelser”, ad § 14, stk. 4

¹²⁸ Bilag 4, ”Særlige betingelser” side 44 af 61

pris sammenlignet med den udbuds-konkurrencedygtige pris, hvilket efterlader entreprenøren med større fortjeneste. Muligheden for at foretage en kontrolforanstaltning, hvor der sikres de bedste priser med lav sandsynlighed asymmetrisk information, hvad prisen angår, er ex ante gennem screening af tilbudsgiverne, men som dog ikke tilstrækkeligt afdækker entreprenørens opportunistiske adfærd ved at spekulere i sandsynligheder for at ændringer skal foretages.

I forbindelse med usikkerheden ved fristforlængelsen har bygherren sikret sig, at muligheden for fristforlængelse ikke skyldes tilfældigheder, men rent faktisk skyldes omstændigheder, som denne ikke kunne have forudset ved udfærdigelsen af kontrakten. Såfremt fristforlængelsen skyldes entreprenørens ansvarspådragende forsinkelse hjælper dagbøder til at minimere forsinkelsen.¹²⁹ Dette nedsætter sandsynligheden for at entreprenøren bidrager med en lav indsats, da incitamentet for at minimere ekstra omkostninger medfører højere indsats, under alle omstændigheder, for at projektet bliver færdig til tide.

Ud over dette kan det også argumenteres, at kontraktens kompleksitet kan skabe opportunistik ved genforhandling af kontrakten, da kompleksiteten gør det besværligt at udskifte leverandøren uden øgede omkostninger. Her kan potentielt ligge en hold-up trussel, hvilket dog bliver opvejet af en sikkerhedsstillelse for entreprisens udførelse, som bygherren har krævet i kontrakten, jf. ad § 6, stk. 1.¹³⁰

2.6.2 Principal-agent problematik i Nordhavnsvej projektet

I Nordhavnsvej projektet forudsættes det at både bygherren og entreprenøren handler begrænset rationelt, samt at parterne agerer nyttemaksimerende.¹³¹ P/A forholdet, de to imellem, omhandler hvordan problemstillingen med deres forskellige mål skal løses, heraf hvordan bygherren motiverer entreprenøren til at levere resultater i bygherrens interesser. Bygherrens mål er nyttemaksimering gennem minimering af sine omkostninger, mens entreprenørens nyttemaksimering består af indtjeningen minus omkostningen forbundet med at yde en ekstra indsats. Kontrakten i Nordhavnsvej projektet indeholder ikke en form for compensation, der kan bidrage til at skabe incitament hos entreprenøren til at handle efter bygherrens ønsker. Incitamenterne for at levere høj

¹²⁹ Bilag 4, "Særlige betingelser" s. 27 af 61

¹³⁰ Ibid.: s. 11 af 61

¹³¹ Hansen, 2007, s. 23

indsats, i overensstemmelse med bygherrens ønsker, er derimod i form af sikkerhedsstillelsen, konventionalbod samt muligheden for, at bygherren vælger en anden entreprenør til at udføre arbejdet. Kompensation vil i nærværende analyse bestå af, at entreprenøren ikke bliver straffet for dårlige resultater.

2.6.2.1 Incitamentsstrukturen i Nordhavnsvej projektet

I Nordhavnsvej projektet er der som nævnt ikke indlagt decideret kompensation for ønsket adfærd men derimod er der indlagt sikkerhedsstillelser, der er bundet op på flere elementer i de særlige betingelser.¹³² Den overordnede sikkerhedsstillelse består af en arbejdsgaranti, der sikrer at arbejdet bliver udført efter ønsket fra bygherren. Herudover er der en sikkerhedsstillelse for tilbagebetaling af forskudsbetaling, der sikrer, at bygherren får forskudsbetaling tilbage såfremt entreprenøren skulle gå konkurs eller misligholde kontrakten.¹³³ Ud over disse er der også en sikkerhedsstillelse for drift og vedligehold af M&E (mekaniske og elektroniske installationer) & ITS (intelligente transport systemer).¹³⁴ Disse sikkerhedsstillelser nedskrives forskelligt alt efter hvilket hensyn de tilser. Sikkerhedsstillelsen for arbejdsgarantien består af 15 procent af den samlede entreprisensum og øges såfremt entreprisen forøges med mere end 5 procent, således at sikkerhedsstillelsen igen svarer til 15 procent af den samlede sum. Disse sikkerhedsstillelser fungerer som sikkerhed for bygherren, idet de sikrer, at entreprenøren opfylder sine forpligtelser ved, at bygherren kan påstå misligholdelse af kontrakten for at få udbetalt sikkerhedsstillelsen. Såfremt entreprenøren er uenig i denne påstand lader det være op til et voldgiftsnævn at beslutte, hvorvidt udbetalingskravet er berettiget jf. AB 92 § 6, stk. 7 samt de særlige betingelser.¹³⁵ Kompensationen består derved af, at bygherren ikke kræver udbetaling af sikkerhedsstillelsen.

I forhold til meddelsomhed parterne i mellem er det relevant for bygherren at angive de elementer i kontrakten som det er muligt for ham at måle på. Dette gøres for, at entreprenøren er opmærksom på, hvad der forventes af ham og for at angive, hvilken risiko han påtager sig. I de særlige betingelser er en række betingelser angivet, hvor det udførligt er skrevet, hvad entreprenøren er ansvarlig for. Herunder er der en række krav til entreprisens ydelser, økonomistyring, planlægning og rapportering, samt krav til dokumentation. Disse krav giver alle mulighed for at kontrollere

¹³² Bilag 4, "Særlige betingelser", s. 12 af 61

¹³³ Ibid.: s. 39 af 61

¹³⁴ Ibid.: s. 40 af 61

¹³⁵ Ibid.: s. 35 af 61

entreprenørens resultater. Her er det især relevant hvilke bestemmelser det er muligt for bygherren at kontrollere bliver overholdt kombineret med formuleringen af bestemmelsen. F.eks. står der angivet i Ad § 10, stk. 1 at ”*Alt arbejde skal tilrettelægges på en sådan måde, at det udføres med mindst mulige gener, herunder støj- og støvplage for brugere og naboer...*”¹³⁶. Der hviler altså en forpligtelse for entreprenøren, at arbejdet skal udføres med mindst mulige gener for brugere og naboer, hvilket dog er svært, når de særlige betingelser ikke angiver, hvad et acceptabelt niveau er, og hvordan bygherren kontrollerer om der er brud på denne bestemmelse. Derfor vil der være minimal incitament for entreprenøren til at foretage stor indsats på dette område, hvilket også skyldes lav intensitet i incitamentet, hvorfor det er svært for bygherren at overvåge og kontrollere. Den lave intensitet i incitamentet skyldes også manglen på præcision i forhold til, hvilken indsats der bliver mål på hos entreprenøren. I forhold til andre bestemmelser i de særlige betingelser foreligger der ikke ens compensation, hvilket medfører, at entreprenøren formentlig vil forsømme denne bestemmelse og i stedet koncentrere sig om de bestemmelser, der bliver fokuseret mere intenst på af bygherren, som f.eks. at levere til tiden og undgå dagboder. Derved kan holdningen hos entreprenøren være, at få effektueret arbejdet så hurtigt som muligt uden at tage hensyn til støj og gener for at undgå dagboder. I tilfælde af, at naboer klager over støj og gener fra byggeriet kan det i sidste instans ende med politiske omkostninger, i form af deciderede restriktioner på, hvor meget gene der må skabes, hvorfor risikoen stadig bæres af entreprenørens, selvom intensiteten i incitamentet ikke er stort og hvor det samtidig er svært at overvåge generne. Den politiske omkostning, der kan bestå af politiske interesser varetager visse borgeres interesser og er derfor er interesseret i at få bekæmpet generne ved arbejderne. Den risiko entreprenøren bærer er derfor risikoen for usikkerheder i kontrakten, hvilket entreprenøren formentlig har krævet en høj pris for at skulle varetage, fordi det er risiko, der ikke kan kontrolleres. Såfremt entreprenørens forpligtelser involverer mange usikkerheder vil det betyde en væsentligt højere pris for, at entreprenøren påtager sig risiko, der ikke kan kontrolleres og samtidig er uden for entreprenørens kontrol.

Det gør sig også gældende for det ansvar, der påhviler entreprenøren at sørge for ydelser, materialer samt udførelse skal leve op til, hvad der i branchen forstås ved tidssvarende kvalitet på tidspunktet for ydelsen udførelse.¹³⁷ Disse to eksempler i kontrakten kan karakteriseres som vage bestemmelser, der kan være svære at håndhæve fordi subjektive vurderinger kan præge, hvad den

¹³⁶ Bilag 4, ”Særlige betingelser”, s. 14 af 61

¹³⁷ Ibid.

rigtige fortolkning indebærer. Derfor kan netop de to punkter være genstand for moral hazard fordi bygherren ikke har mulighed for at overvåge om indsatsen entreprenøren udfører, er korrekt i forhold til bygherrens ønsker med bestemmelsen samt hvad en voldgift eventuelt vil komme frem til, men altså udelukkende måler på resultatet. Bygherren dækker sig dog ind, hvad angår kravet til tidssvarende kvalitet, idet Ad § 11, stk. 1 angiver, at entreprenøren løbende skal fremskaffe dokumentation for kvaliteten af materialer og arbejdsydelse, hvor art og omfang er nærmere specificeret i udbudsmaterialet.¹³⁸ Heraf sikrer bygherren, at entreprenøren overholder forpligtelsen som denne har påtaget sig risikoen for.

Af meddelsomhed i de særlige betingelser er det også relevant at fjerne usikkerhed fra entreprenørens indkomst, idet entreprenøren vil være villig til at bære mere risiko på forhold han kan styre. Herigennem kan bygherren også sikre sig mod moral hazard ved at opstille overvågnings- samt kontrolforanstaltninger. Af de særlige betingelser fremgår især forpligtelsen til at levere til tiden, der er nemt for bygherren at observere og håndhæve samtidig med, at entreprenøren ikke er i tvivl om den risiko han har påtaget sig og at han selv kan planlægge hvordan fristerne nås bedst muligt med maksimering af sin egen nytte. Entreprenøren er desuden heller ikke i tvivl om konsekvensen af at overskride fristen.

Den overvågning, der fremgår af de særlige betingelser, som entreprenøren skal fokusere på for ikke at misligholde kontraktforholdet er særligt kravet til dokumentation i Ad § 30, stk. 1, hvor det beskrives, at manglende dokumentation anses som en mangel samt at mange mangler samlet udgør en væsentlig mangel.¹³⁹ Hertil bemærkes det i øvrigt, at betingelserne ikke orienterer om, hvornår der forekommer ”mange” mangler, hvilket en voldgift formentlig vil antage at være et højt antal taget kontraktens kompleksitet og længde i betragtning. Det, at der ikke er angivet en konsekvens for manglende dokumentation, andet end, at det vil blive betragtet som en mangel kan skabe tvivl om effekten ved bestemmelsen, idet tolerancen for mangler må synes stor, når der ikke umiddelbart lader til at være nogen konsekvens ved en simpel mangel. I det hele taget vedrørende mangler står der angivet, hvilke foranstaltninger, der skal foretages såfremt mangler påvises ved henholdsvis aflevering af projektet og efter afleveringen, hvilket stiller et krav til, at entreprenøren udfører arbejdet i tilstrækkelig grad så der ikke påvises mangler og dermed et fald i nytten hos

¹³⁸ Bilag 4, ”Særlige betingelser”, s. 16 af 61 – udbudsmaterialet har desværre ikke været tilgængeligt.

¹³⁹ Ibid.: s. 30 af 61

entreprenøren, fordi denne således skal udbedre manglen uden kompensation herfor. Det suppleres tilmed også i Ad § 36, at mangelsansvaret ophører 10 år regnet fra afleveringsdatoen, hvilket kun supplerer entreprenørens incitament til at lave arbejdet tilpas ordentligt.¹⁴⁰ Dog er incitamentet kun at lave arbejdet tilpas ordenligt, da der ikke er incitament til at benytte bedre og dyrere materialer fordi entreprenøren kun skal udbedre mangler frem til 10 år efter aflevering. Hertil kan det også bemærkes, at entreprenørens omdømme også giver incitament til at levere et ordentligt resultat, da dette vil skabe god reference for fremtidige potentielle projekter, især i Nordhavnsvej projektets størrelsesorden. Effekten heraf kan imidlertid diskuteres, hvilket kan ses i købet af IC4- samt metrotog.¹⁴¹ IC4 togene har været stærkt forsinket og problemfyldte, hvilket alligevel ikke har haft indflydelse på tildelingen af produktionen af metrotog til den kommende Cityring til samme ejer som var ansvarlig for produktionen IC4 togene. På trods af det bør entreprenørens omdømme være en væsentlig incitaments faktor.

Af de særlige betingelser beskrives kravet til økonomistyring, der er af yderst vigtighed for bygherren.¹⁴² Heraf fremgår der krav til månedlige rapporteringer om fremdrift og afviklingen af økonomien så bygherren hele tiden har et overblik over forbruget og resterende forbrug. Betaling til entreprenøren finder sted på baggrund af afrapporteringen, men har ingen indflydelse på størrelsen af betalingen, idet rapporteringen kun tjener formålet at skabe incitament for entreprenøren til at foretage en detaljeret afrapportering. Rapporteringen skal efterfølgende godkendes af bygherrens byggeleder. Intensiteten i incitamentet er stærkt fordi en månedlige betaling til entreprenøren afhænger af en tilstrækkelig udført rapportering, der skal godkendes af bygherren. Bestemmelsen er præcist beskrevet med den forventede , som forbindes med afrapporteringen og entreprenøren er lydhør over for det direkte incitament hans betaling afhænger af. Overvågningen er også tilpas stærk, i og med, at bygherren skal godkende eller komme med ændringer, hvis ikke han er enig. Her må forventes en stor indsats fra entreprenøren netop fordi hans indtægt er bundet op på kravet om rapportering.

¹⁴⁰ Bilag 4, ”Særlige betingelser”, s. 31 af 61

¹⁴¹ www.information.dk, den 24. november 2010, ”Gammel kending skal levere nye tog”

¹⁴² Bilag 4, ”Særlige betingelser”, s. 43 af 61

2.6.2.1.1 The incentives intensity principle¹⁴³

Incitamentets intensitet skal vurderes i forhold til hvilken intensitet er nødvendig for at entreprenøren følger bygherrens ønsker. Dette gøres gennem fire faktorer, der med til at definere incitamentets intensitet. Det omhandler den (i) *trinvis stigning i profit ved øget indsats*, (ii) *entreprenørens grad af risiko*, (iii) *præcisionen med hvilken adfærd, der bliver målt på samt* (iiii) *entreprenørens lydhørhed overfor incitament for indsats*. (i) Her vil den trinvis stigning i profit være entreprenørens indsats i forbindelse med hvilke priser, der anvendes ved ændringsarbejder. En lav indsats vil medføre lavere grad af udbuds-konkurrencedygtige priser, hvor en høj indsats vil skabe en konkurrencedygtig pris i forhold til det oprindelige udbud. Den trinvis stigning i profit vil ske ved, at entreprenøren minimerer sandsynligheden for sanktioner fra bygherren ved misligholdelse og mangler af kontrakten. Det blev tidligere nævnt, at sikkerhedsstillelsen skaber incitament for entreprenøren til at følge bygherrens ønsker og at sikkerhedsstillelsen kunne blive udbetalt til bygherren såfremt entreprenøren misligholdt aftalen. Heri er det relevant, at en væsentlig mangel, f.eks. i form af manglende opfyldelse af dokumentationskravet vil kunne påberåbes som en misligholdelse af kontrakten. Entreprenøren vil derfor kun udføre stor indsats, hvis det kan nedsætte mulige sanktioner fra bygherren. Derfor vil det skabe incitament for entreprenøren at anvende en pris, der er dokumenterbar, idet han opnår højere profit herved. Det skal dog opvejes af gevinsten ved at foretage en lav indsats overfor sandsynligheden for at blive opdaget og straffet herfor. Her vil entreprenøren foretage en lav indsats, hvis sandsynligheden for at blive opdaget er lav.

(ii) Hertil kommer entreprenørens grad af risikoaversion, hvoraf jo lavere grad af risikoaversion vil medføre lavere omkostninger ved at påtage sig risikoen. Entreprenøren i dette tilfælde er risikoneutral, hvorfor omkostninger er små i forhold til at lade entreprenøren påtage sig risikoen. (iii) Næste faktor omhandler præcision med hvilket resultatet, der bliver målt på. Hvor et resultatet kun med lav præcision kan blive målt vil stærke incitament ikke virke, fordi resultatet ikke kan blive målt korrekt. Resultatet ved ændringsarbejder kan kun måles med lav præcision fordi det ikke er muligt at kontrollere priserne fra ændringsarbejderne med udbuds-konkurrencedygtige priser. I tillæg hertil er det også relevant at fokusere på Ad § 10, stk. 1, der foreskriver, at entreprenøren har mulighed for at anvende uprøvede arbejdsmetoder eller materialer.¹⁴⁴ Det påhviler blot entreprenøren, at dokumentere pågældende arbejdsmetoder eller materialers egnethed.

¹⁴³ Milgrom and Roberts, 1992, s. 221

¹⁴⁴ Bilag 4, "Særlige betingelser", s. 15 af 61

Bestemmelsen er særlig relevant fordi den er mindre konkret og giver entreprenøren mulighed for at indrette konstruktioner i arbejdet, der kan øge entreprenørens nytte. Heller ikke i nævnte tilfælde er det muligt for bygherren med høj præcision at angive, hvilket resultatet der måles på. (iii) Til sidst kommer entreprenørens lydørhed overfor incitamenter for indsats. Entreprenøren er mere lydør overfor incitamenter, der øger dennes nytte, hvorfor sandsynligheden for misligholdelse af kontrakten gør entreprenøren mere lydør overfor incitamenter, i hvert fald i forhold til, hvilke resultater der kan måles af bygherren. Ifølge incitamenternes intensitets princip så bør incitamenterne være mest intense når entreprenøren har mulighed for at reagere på dem.¹⁴⁵ Dette sker primært når entreprenøren har en vis adgang til at foretage skøn over deres arbejde, herunder hastigheden på arbejdet samt hvilke værktøjer og metoder der kan bruges.¹⁴⁶ En entreprenør med bred mulighed for at udøve skøn som møder stærke løn incitamenter vil formentlig finde innovative måder at øge indsatsen på.¹⁴⁷ I Nordhavnsvej projektet er der ikke særlig store muligheder for at udøve skøn og entreprenøren har derfor heller ikke så god mulighed for at reagere på incitamenterne. Alligevel må det sluttes, at incitaments intensiteten synes at være høj, grundet den trinvis stigning i profit, der sikrer høj indsats, samtidig med, at entreprenøren er lydør overfor incitamenter, der øger dennes nytte. Hertil kommer også, at entreprenøren er risikoneutral, hvor der ikke er forbundet så store omkostninger ved at flytte risikoen. Det er til trods for, at præcisionen med hvilket resultat, der måles på er forholdsvis lav. Den optimale incitaments intensitet er når den marginale fordel ved indsatsen er lig den marginale omkostning ved indsatsen.

2.6.2.1.2 The monitoring intensity principle¹⁴⁸

Intensiteten af overvågning skal normalt komplementere incitaments intensiteten i den forstand, at den optimale intensitet af incitamenter skal svare til den optimale intensitet af overvågning, når det gælder en adfærdsbaseret kontrakt. Der er imidlertid anderledes i en resultatbaseret kontrakt, idet der bliver målt på resultatet og ikke adfærden. Overvågningen sker derfor af de resultater entreprenøren leverer, hvilket bygherren ønsker skal leve op til det ønskede. Det sker i form af på forhånd aftalte frister, hvor forskellige dele af arbejderne skal være leverede.¹⁴⁹ Hertil benyttes dokumentationskrav samt kontrolforanstaltninger for at sikre, at resultatet bliver som ønsket.

¹⁴⁵ Milgrom and Roberts, 1992, s. 222

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.: s. 226

¹⁴⁹ Bilag 4, "Særlige betingelser", s. 27 af 61

Bygherren vælger derfor en overvågning intensitet, der giver mulighed for at sikre det ønskede resultat. Dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger giver bygherren resultatinformationer om entreprenørs indsats. På denne måde kan mulige udfald for entreprenørens indsats minimeres. Det kommer imidlertid med en betragtelig omkostning at overvåge, hvorfor der kun overvåges til den marginale omkostning ved at overvåge er lig den marginale gevinst. I Nordhavnsvej projektet overvåger bygherren ikke ved kontraktændringer. Proceduren er den, at bygherren træffer beslutningen om kontraktændringen og entreprenøren udformer herefter et tilbud. Den måde hvorpå bygherren kan overvåge er ved at undersøge tilbuddet, men bygherren har ikke mulighed for at afdække, hvorvidt de priser, der er benyttet er udbuds-konkurrencedygtige priser, i og med, at de særlige betingelser selv foreskriver, at såfremt enhedspriser ikke kan bruges på ændringen skal gennemsnitspriser fra Dansk Arbejdsgiverforening bruges for de pågældende fag med et tillæg på 15 procent.¹⁵⁰ Entreprenøren vil alt andet lige opnå højere indtjening ved at bruge denne pris frem for bruge den udbuds-konkurrencedygtige pris. Det kan ydermere suppleres, at entreprenøren har mulighed for at benytte andre priser såfremt det er begrundet og velkalkuleret.¹⁵¹ Den eneste form for overvågning bygherren kan foretage af entreprenørens indsats i udformningen af priser på ændringsarbejder, er at godkende eller afvise kravet som de ikke har nogen mulighed for at kontrollere om er udbuds-konkurrencedygtige priser uden væsentlige omkostninger. Overvågnings intensiteten må således være forholdsvis lav i og med, overvågningen primært består i at sikre sig at resultatet stemmer overens med det ønskede. Dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger bidrager til at sikre en højere indsats men ikke tilstrækkeligt til at eliminere entreprenørens muligheder for lav indsats ved kontraktændringer. Dette skyldes formentlig, at den marginale omkostning ved at overvåge overstiger den marginale indtjening.

2.6.2.1.3 The equal compensation principle¹⁵²

Kontrakten består af mange resultater som entreprenøren skal opnå. Princippet om lige kompensation går i dette tilfælde ud på, at to forskellige resultater, der ikke kan observeres skal kompenseres lige, da det resultat, hvor entreprenøren får mindst nytte ellers vil få mindst opmærksomhed. De to resultater, der kan kontrolleres om bliver kompenseret lige, er forpligtelsen entreprenøren har for at skabe mindst mulig gene for brugere og naboer til byggeriet samt

¹⁵⁰ Bilag 4, "Særlige betingelser", s. 17 af 61

¹⁵¹ Ibid.: s. 44 af 61

¹⁵² Milgrom and Roberts, 1992, s. 228

ændringer til kontrakten.¹⁵³ Resultatet af disse to bliver ikke kompenseret lige fordi ændringer i kontrakten er underlagt et dokumentationskrav både inden ændringerne træder i kraft, men også mens ændringer er ved at blive udført, hvoraf mangel på dokumentation vil betyde en mangel i kontraktforholdet som til sidst kan betyde misligholdelse af kontraktforholdet. Forpligtelsen om at skabe mindst mulige gene har ingen konsekvenser, hvorfor den ikke vil få tilstrækkelig opmærksomhed mellem de to resultater, fordi den marginale indtægt ved at foretage ændringen er højere end det andet resultat. Såfremt entreprenøren skulle allokere tid til at bekæmpe generne for naboer og brugere ville det skabe incitament, såfremt der var mulighed for bygherren at påberåbe sig misligholdelse af kontrakten med henblik på at få udbetalt noget af sikkerhedsstillelsen. Det gør sig også gældende for de forskellige tidsfrister, hvor dagsboder er tilknyttet såfremt fristerne overskrides. Straffen for at overskride tidsfristen uberettiget er større end ved at foretage ændringen, hvorfor entreprenørens marginale indtægt bliver højere ved at allokere tid til at undgå overskridelse af fristerne. Konsekvensen heraf er, at entreprenøren ikke vil allokere så meget tid til resultatet vedrørende kontrakt ændringen, hvorfor det medfører en lav indsats for at tilnærme sig bygherrens ønsker. Der er derfor ikke tale om lige compensation mellem handlingerne hvilket medfører, at entreprenøren primært allokere tid til at undgå overskridelse af fristerne fordi den marginale indtægt herved er højere. Herved får resultatet for ændringsarbejderne mindre allokere tid, hvilket bidrager til at entreprenøren udnytter muligheden for øget indtjening samtidig med at bygherren kun kan overvåge resultatet og ikke kan sammenligne priserne med udbuds-konkurrencedygtige priser.

Af de fire principper anvendt kan det heraf udledes, at incitaments intensiteten vedrørende ændringsarbejder må synes at være stærk men stemmer samtidig ikke overens med den lavere overvågningsintensitet, i og med, at der er tale om en resultatbaseret kontrakt, hvor resultatet ikke kan måles. Der overvåges i stedet på resultaterne opnået af entreprenøren med tillæg af dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger. Der er heller ikke lige fordeling af compensation af de resultater, der ikke kan overvåges, hvilket medfører at entreprenøren vil allokere tid til de handlinger og indsatser, der skaber entreprenørens højere marginale indtægt. Bygherren har derfor ikke skabt tilstrækkelig incitament for entreprenøren til at entreprenøren følger bygherrens ønsker til resultat ved ændringer i aftalen, hvorfor entreprenøren, gennem lav indsats, vil udnytte muligheden for højere indtjening ved at anvende priser som bygherren ikke kan overvåge eller kompensere for ikke at bruge. Det er samtidig også en væsentlig faktor, at den usikkerhed der ligger

¹⁵³ Bilag 4, "Særlige betingelser", s. 14 af 61

i resultater, der ikke kan måles vil betyde forøget risiko for entreprenøren, samt hvorvidt entreprenøren overhovedet har mulighed for at kontrollere usikkerheden. Hvis ikke vil denne skulle kompenseres godt for risiko påtaget sig.

2.7 Delkonklusion

Det kan i casen konkluderes den lave til middel grad af aktivspecifitet samt den lave grad af usikkerhed bidrager til at den mest effektive styringsstruktur konkluderes at være en markedsbaseret transaktion. Der eksisterer en lav grad af usikkerhed i transaktionen, i og med, det ikke er muligt at kende til alle fremtidige omstændigheder, hvorfor der ikke kan tages højde for dem. Usikkerheden og kompleksiteten i kontrakten kan derved ligges til grund for mulig opportuniste fra entreprenøren, når der forekommer omstændigheder, hvor kontrakten er nødt til at blive ændret. Bygherren har forsøgt at dække sig ind for opportunistisk adfærd ved at anvende en udbudsproces som screeningsmetode, der formindsker asymmetrien, men hvor der alligevel er plads til opportunistisk adfærd ex ante, når det omhandler ændringsarbejder, der ikke er angivet med udbuds enhedspriser. Her skal gennemsnitspriser fra Dansk Arbejdsgiverforening anvendes, hvilket alt andet lige må være højere end udbuds-konkurrencedygtige priser. Det er derfor opportunistisk adfærd såfremt entreprenøren ex ante spekulerer i, at kunne udnytte ændringsmulighederne i kontrakten ved ikke at tilbyde udbuds-konkurrencedygtige priser, men i stedet vælger gennemsnitspriser. Bygherren har derfor ikke mulighed for at kontrollere om priserne er konkurrencedygtige, hvilket efterlader rum til opportuniste ved kontraktændringer.

Det fremgår af P/A analysen at der i Nordhavnsvej projektet er der tale om høj intensitet i incitamentet i kontrakten på trods af resultatet ved ændringsarbejder kun kan måles med lav præcision fordi det ikke er muligt at kontrollere priserne fra ændringsarbejderne med udbuds-konkurrencedygtige priser. Overvågnings intensiteten konkluderes at være lav i og med, overvågningen primært består i at sikre sig, at resultatet stemmer overens med det ønskede. Dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger sikrer en højere indsats men ikke tilstrækkeligt til at fjerne entreprenørens muligheder for lav indsats ved kontraktændringer, hvilket formentlig skyldes, at den marginale omkostning ved at overvåge overstiger den marginale indtjening. Bygherren har ikke mulighed for at kontrollere, hvorvidt priserne ved ændringsarbejder er udbuds-konkurrencedygtige, og har derfor svært ved at definere det resultat, der skal måles på. Derfor er det også svært for bygherren at skabe tilpas incitament for, at entreprenøren leverer det ønskede resultat. Der eksisterer ikke lige kompensation for opnåede resultater, hvilket medfører, at entreprenøren primært allokerer tid til det resultat, der kan måles i stedet. Dette medfører således, at entreprenøren kun udfører lav indsats ved ændringer i kontrakten, fordi han allokerer tid til det resultat, der kan måles, som f.eks. at holde sig inden for fristerne. Den lave indsats medfører derfor udnyttelse af ændringsmulighederne for at opnå højere indtjening.

3 Integreret analyse

3.1 Indledning

På baggrund af både den juridiske og økonomiske analyse vil problemfeltet for den integrerede analyse være at løse den problematik, der er blevet skabt gennem større fleksibilitet for at foretage ændringer i kontrakten ved et uforudset behov. Problematikken består i, at fleksibiliteten medfører at ligebehandlingsprincippet krænkes og at leverandøren har mulighed for at udnytte den ændringsmulighed for at skabe øget indtjening ved at anvende priser på ændringsarbejder, der er højere end udbuds-konkurrencedygtige priser.

Som analyse redskab vil et traditionelt spilteoretisk matrix danne ramme for, hvorvidt det er samfundsøkonomisk efficient at tillade brede ændringsmuligheder, som reglerne er udformet i udbudsloven eller om det vil være samfundsøkonomisk efficient at tillade mindre ændringer og derved undgå at krænke ligebehandlingsprincippet og samtidig minimere sandsynligheden for at leverandøren udnytter ændringsmuligheden. Efter en efficiens er blevet fundet vil der blive foretaget en retspolitisk analyse, hvor det med udgangspunkt i spilteorien og de øvrige analyser vil udlede hvad gældende ret *bør* være. Det antages, at gældende ret oprindeligt ville have først til en samfundsøkonomisk efficient løsning ved en fleksibel og bred mulighed for at ændre ud fra betragtningen om, at omkostningerne til at vælge en ny leverandør ville overstige omkostningen ved at lade den oprindelige leverandør udføre kontraktændringen, under betingelse af, at ligebehandlingsprincippet ikke blev krænket og leverandøren ikke havde mulighed for at udnytte ændringsmuligheden. Derfor tager kommende spil udgangspunkt i konklusionen i kapitel 2 om, at ligebehandlingsprincippet bliver krænket, samt konklusionen fra kapitel 3 om, at leverandøren har mulighed for at udnytte priserne på ændringsarbejder.

3.2 Spillet om ændringer i kontrakten

Der er tale om et simultant spil ud fra antagelsen om, at ingen af parterne ved hvilken strategi den anden part vælger. I supplement hertil er der tale om et spil med komplet, men imperfekt viden, hvor hver spiller kender hinandens strategier og pay-off, men derimod ikke hvilken strategi modspilleren faktisk vælger.¹⁵⁴ Spillet består af to spillere, henholdsvis ordregiver og leverandøren.

¹⁵⁴ Knudsen, 1997, s. 90

Hver af disse har to strategier, hvor selve det uforudsete behov for ændring er opfyldt og at de hver især skal tage stilling til ændringsmulighederne. Spillerne har forskellige præferencer, hvilket vil skabe fire forskellige scenarier. Der er angivet følgende fire scenarier:

- A. Ordregiver tillader en udvidet mulighed for at ændre i kontrakten og leverandøren anvender en udvidet mulighed til at ændre i kontrakten.
- B. Ordregiver tillader en udvidet mulighed for at ændre i kontrakten og leverandøren anvender en begrænset mulighed til at ændre i kontrakten.
- C. Ordregiver tillader en begrænset mulighed for at ændre i kontrakten og leverandøren anvender en udvidet mulighed til at ændre i kontrakten.
- D. Ordregiver tillader en begrænset mulighed for at ændre i kontrakten og leverandøren anvender en begrænset mulighed til at ændre i kontrakten.

Værdierne for de forskellige scenarier vil af hver spiller blive inddelt på en skala fra 1 til 4, hvor 4 giver størst værdi. Eftersom det blev lagt til grund, at ligebehandlingsprincippet ikke blev tilstrækkeligt fulgt vil ordregiveren tillægge scenarie A den ringeste værdi, 1. Det skyldes, at den udvidet mulighed for at ændre, som lovgivningen er nu, vil betyde øget sandsynlighed for, at leverandøren kan udnytte ændringsmuligheden til at øge sin indtjening ved at tage højere priser. Det vil stride imod ligebehandlingsprincippet og ordregiverens omkostninger vil også øges fordi den udbuds-konkurrencedygtige pris ikke kan garanteres. Scenarie B tillægges værdien 2 af ordregiveren fordi ligebehandlingsprincippet stadig ikke følges ved at tillade en udvidet mulighed for at ændre, men den får alligevel lidt højere værdi når leverandøren kun har tænkt sig anvende en begrænset ændringsmulighed, hvorved ligebehandlingsprincippet forfølges gennem anvendelse af udbuds-konkurrencedygtige priser. Ordregiveren tillægger værdien 3 ved scenarie C, en begrænset mulighed for at ændre, fordi ligebehandlingsprincippet i højere grad vil blive fulgt, hvorfor det derved er nemmere for ordregiveren at lave et fornyet udbud ved mistanke om, at leverandøren udnytter sin udvidet mulighed til at ændre. Scenarie D tillægges værdien 4, fordi ordregiver kun tillader en begrænset mulighed for at ændre og derved følger ligebehandlingsprincippet og fordi leverandøren også kun anvender en begrænset mulighed til at ændre i kontrakten.

Leverandøren tillægger scenarie A værdien 4, fordi han kan skabe øget indtjening ved at anvende den udvidet mulighed til at ændre i kontrakten, samtidig med, at ordregiveren også tillader en

udvidet mulighed. Scenarie B tillægges værdien 1, fordi leverandøren kun anvender en begrænset mulighed til at ændre, når ordregiveren ellers tillader en udvidet mulighed. Værdien 2 bliver tillagt i scenarie C fordi leverandøren anvender en udvidet mulighed til at ændre, selvom ordregiveren kun tillader begrænset mulighed. Leverandøren tillægger den værdi, fordi han ved, at han kan udnytte ændringsmuligheden idet ordregiveren ikke kan kontrollere, hvorvidt priserne er udbuds-konkurrencedygtige, men at der alligevel er sandsynlighed for at ordregiveren vil lave fornyet udbud i stedet for at give kontrakten til ham. I scenarie D tillægger leverandøren værdien 3 fordi han følger ordregiverens tilladelse til begrænset ændringsmulighed og ændrer derved kun begrænset i kontrakten ved at følge udbuds-konkurrencedygtige priser. Herigennem øger han sandsynligheden får at få tildelt kontraktændringen og mindsker derved også sandsynligheden for fornyet udbud.

Ud fra de fastsatte værdier kan følgende spilmatrix opstilles, hvor det første tal i hvert scenarie repræsenterer ordregivers værdi og det andet tal repræsenterer leverandørens værdi:

		Kontraktparten	
		Udvidet ændringsmulighed	Begrænset ændringsmulighed
Ordregiver	Udvidet ændringsmulighed	A. 1 ; 4	B. 2 ; 1
	Begrænset ændringsmulighed	C. 3 ; 2	D. 4 ; 3

Figur 4.1

3.3 Den efficiente løsning

Ovenstående blev det udspecificeret, hvilke værdier parter tillægger de forskellige scenarier. Ud af spillet vil blive udledt en Nash-ligevægt, hvilket vil danne grund for om en Kaldor-Hicks efficiens er sammenfaldende med denne. Kaldor-Hicks efficiens er den situation, hvor en spiller, der bliver stillet bedre teoretisk har mulighed for at kompensere den part, der bliver stillet dårligere, hvilket resulterer i, at der samlet eksisterer en højere værdi end andre scenarier.¹⁵⁵

Udgangspunktet i den juridiske analyse var, at udbudsloven skabte fleksibilitet hvad angår ændringerne i kontrakten, hvorfor både ordregiver og leverandøren givetvis har fået størst udbytte ved at foretage udvidet ændringer i kontrakten, jf. hvad loven tillod. Efter analysen af bestemmelserne og ligebehandlingsprincippet sammen med den økonomisk analyse er det i spillet begrundet, at ordregiver har ændret sine præferencer for at tilgodese ligebehandlingsprincippet med mindre fleksibilitet som følge.

Af spillet fremgår der en Nash-ligevægt i scenarie D fordi ordregiverens bedste svar på leverandørens valg af en begrænset ændringsmuligt vil være at vælge en begrænset ændringsmulighed selv, hvilket også ses af, at hvis ordregiveren vælger en begrænset ændringsmulighed vil leverandøren bedste svar også være en begrænset ændringsmulighed. Heraf ses, at ingen enkelt spiller har noget incitament til at vælge nogen anden strategi, fordi denne hermed kan forbedre sit udbytte, hvilket er en Nash ligevægt.¹⁵⁶ Leverandøren kan godt stilles bedre i scenarie A, men ikke ud fra den strategi ordregiveren har valgt. Det vil betyde, at hvis leverandøren i stedet for valgte en udvidet ændringsmulighed, ville han i stedet ende i scenarie C, hvilket vil stille begge parter dårligere. Dog vil han aldrig kunne ende oppe i scenarie A, fordi ordregiveren har en dominerende strategi i den begrænsede ændringsmulighed, hvorfor han altid vil vælge denne, uagtet, hvad leverandøren vælger. Leverandøren er opmærksom på, at ordregiveren har en dominerende strategi, hvorfor han altid vil vælge D, hvor han får højest udbytte.

En Kaldor-Hicks efficiens betragtning af scenarie A vil dog imidlertid anvende forøgelsen i udbyttet hos leverandøren til at kompensere ordregiveren for det lavere udbytte. Tilfældet er, at den udvidet ændringsadgang ikke tillader at opnå det samlede højeste output, hvorfor scenariet ikke er

¹⁵⁵ Eide og Stavang, 2008, s. 111

¹⁵⁶ Knudsen 1997, s. 96

en mulig løsning. Det Kaldor-Hicks efficiente scenarie skal i stedet findes i scenarie D, hvor leverandøren ikke får højest udbytte, men, hvor ordregiveren har teoretisk mulighed for kompensere for leverandørens fald i udbytte, hvilket resulterer i, at den største samlede værdi skabes i scenarie D. Tilstanden er samfundsøkonomisk efficient fordi den begrænsede mulighed for at ændre både sikrer, at ligebehandlingsprincippet følges, at der skabes tilstrækkelig fleksibilitet, samt at leverandøren mindsker sandsynligheden for fornyet udbud.

3.4 Hvad bør gældende ret være?

Ud fra foregående analyse blev det udledt, at Kaldor-Hicks efficiens var i scenarie D, hvor begge parter fulgte en begrænset mulighed for at ændre i kontrakten for at opnå størst værdi. Ud fra denne betragtning vil en retspolitisk analyse anvendes for at skabe den samfundsøkonomiske efficiens gennem lovgivning. Den retspolitiske analyse vil udlede hvad gældende ret *bør* være som forslag til lovgiver. *De lege ferenda* bruges om den retspolitiske analyse, der angiver forslag til lovgiver om, hvorvidt en lov eller regel skal eller bør ændres.¹⁵⁷ Som gældende ret er nu skaber den ikke samfundsøkonomisk efficiens fordi spillet antog, at sandsynligheden for at ligebehandlingsprincippet blev krænket var til stede, men ikke hvorvidt det rent faktisk blev krænket. Bestemmelsen bør ændres, for med sikkerhed at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet og derved opnå den samfundsøkonomiske efficiente tilstand.

Udgangspunktet er stadig hovedreglen i udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 1, der kræver et uforudset behov for ændring sammen med de betragtninger, der blev lagt til grund i den kapitel 2, hvor ligebehandlingsprincippet fandtes at være i overensstemmelse hermed. De to øvrige bestemmelser i § 183 bør derimod konstrueres anderledes, hvor der stadig sikres en vis fleksibilitet, samtidig med at ligebehandlingsprincippet bliver prioriteret højere. På denne måde kan leverandørens udnyttelses mulighed også minimeres.

Det blev i den juridiske analyse konkluderet, at udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 2 tillader for store ændringer når ændringen blot ikke må ændre på kontraktens overordnede karakter, hvor ændringen medfører, at det oprindelige udbud henvender sig til et helt andet marked. En måde at begrænse denne anvendelses mulighed på kunne være at have et krav om, at hvis helt nye tilbudsgivere kunne

¹⁵⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 29

være interesseret i det oprindelige udbud som følge af ændringen ville det medføre fornyet udbudspligt, hvilket udbudsloven § 178, stk. 2, nr. 1 også foreskriver. Eftersom betingelsen bør have mere fleksibilitet for at ændre end § 178, stk. 2, nr. 1 vil det være relevant at finde en løsning mellem disse to yderpunkter, der netop sikrer fleksibilitet og ligebehandling. En mulig forbedring af betingelsen vil være at udskifte kontraktens overordnede karakter ikke må ændres med, at ændringen er begrænset til det nødvendige for at det uforudsete behov for ændring er opfyldt. Herigennem opnås, at ændringen både kan gå længere og kortere end de øvrige førnævnte betingelser. Gennem denne løsning tillades der ikke større ændringer end nødvendigt for at kunne opfylde det uforudsete behov for ændring, hvilket også vil have en naturlig sammenhæng med kontrakten. Ved at anvende den betingelse vil fleksibiliteten være meget lille, men ligebehandlingsprincippet vil blive prioriteret meget højere. Det er imidlertid nødvendigt med en smule større fleksibilitet for at kunne tilpasse ændringen på en optimal måde.

I udbudsloven § 181 bliver nødvendigheds begrebet brugt på en lidt anderledes måde: ”...*når ændringerne er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten...*”¹⁵⁸. Heraf ses at det blot er en konstatering af, at ændringerne er nødvendige, men ikke om ændringerne er begrænset til det nødvendige. Forskellen er, at ændringer der er nødvendige for kontraktens gennemførelse ikke begrænser ændringsmuligheden, hvorfor ligebehandlingsprincippet hurtigt kan blive sat i baggrunden, og leverandøren igen har mulighed for at udnytte ændringsmuligheden.

For at sikre mere fleksibilitet i kontraktforholdet vil en tilføjelse bestå af, at alternative løsninger kan blive foreslået af leverandøren, når blot fordelen herved, for ordregiver, overstiger de tilhørende omkostninger og at ændringen fortsat er naturlig forbundet med den oprindelige kontrakt samt at ændringen fortsat opfylder behovet for ændring. Det er derudover en væsentlig betingelse, at ændringerne, under alle omstændigheder, skal anvende udbuds-konkurrencedygtige priser på enheder, der ikke er en del af det oprindelige tilbud. Det påhviler leverandøren at dokumentere, at priserne fortsat er konkurrencedygtige i forhold til den oprindelige kontrakt. Hertil kan udbudsloven § 178, stk. 2, nr. 2 bidrage med en væsentlig tilføjelse til den nye bestemmelse, hvorved den økonomiske balance ikke må ændres. Mindre ubetydelige ændringer, som følge af hovedændringen, der objektivt kan begrundes vil blive tilladt som følge Preetext-dommen, hvor en prisjustering

¹⁵⁸ Udbudsloven, § 181, stk. 1.

blev tilladt, fordi den var ubetydelig og objektivt begrundet.¹⁵⁹ En måde, hvorpå leverandøren kan dokumentere brugen af udbuds-konkurrencedygtige priser kunne være ved at udregne en gennemsnitlig dækningsgrad for øvrige sammenlignelige arbejder i selve kontraktforholdet og tilføje denne i kostprisen for de nye ændringsarbejder. Det kræver naturligvis, at leverandøren ønsker at afgive disse informationer, men ikke desto mindre bidrager det til at opretholde et udbuds-konkurrencedygtigt grundlag, der øger ligebehandlingen og samtidig minimerer leverandørens udnyttelsesmuligheder.

Jf. ovenstående vil man i alle typer af offentlige kontrakter kunne have en mulighed for at ændre i kontrakten med en vis grad af fleksibilitet og uden at ligebehandlingsprincippet mister sin betydning. Det er værd at bemærke, at hvis man benytter den oprindelige bestemmelse i udbudsloven § 183 med tilføjelse af sikringen af udbuds-konkurrencedygtige priser stadig vil stride imod ligebehandlingsprincippet fordi det stadig vil være muligt at ændre for meget i kontrakten i forhold til behovet for ændringen.

Bestemmelsesændringen vil gøre udbudsloven § 183, stk. 1, nr. 3, vedr. 50 procent kravet overflødig, i og med, at den nye ændringsmulighed tillader komplekse kontrakter at foretage store ændringer som følge af et uforudset behov for ændring. Heri kræves blot, at ændringerne begrænses til det nødvendige for at det uforudsete behov for ændring er opfyldt, dog med mulighed for alternative løsningsforslag med tillæg af førnævnte betingelser. Det betyder også, at ordregiver ikke skal frygte at overskride den værdi grænsen, der ellers ville skabe fornyet udbudspligt, som kunne være uhensigtsmæssigt grundet kontraktens kompleksitet. Det er samtidig ikke nødvendigt at overveje, hvorvidt de oprindelige udbudsbetingelser bliver ændret, for kravet er stadig, at ændringen er naturlig forbundet med kontrakten, hvorfor vurderingen snarere går på hvad der er begrænset til det nødvendige for at opfylde behovet for ændringen eller de alternative løsninger. Løsningen eliminerer også problematikken med ændringer, der ikke kan måles i talværdier, da løsningen ikke tager hensyn til den værdimæssige forøgelse ved ændringen i forhold til den samlede kontraktværdi.

I begrebet ”naturligt forbundet” skal ændringens relevans tolkes sammen med formålet med den oprindelige kontrakt, og at ændringen er naturligt forbundet med løsningen af dette formål. På den

¹⁵⁹ *Pressetext-dommen*, Sag C-454/06 præmis 57

måde sikres det, at ændringen ikke medfører, at udbuddet oprindeligt ville have henvendt sig til et helt andet marked og samtidig indskrænker muligheden for det. Derfor er det vigtigt, at de alternative løsninger er naturligt forbundet med opnåelse af kontraktens formål.

En konsekvens heraf kan være fortolkningsvanskeligheder, i og med, at det kan være svært at definere en hårfin grænse for, om en ændring er naturligt forbundet med den oprindelige kontrakts formål. Til at afdække fortolkningsvanskeligheden vil det være relevant at undersøge, hvorvidt ændringen indeholder elementer, der er unødvendige og/eller elementer, der ikke bidrager til at understøtte formålet med den oprindelige kontrakt. Det påhviler således ordregiveren at tage stilling til, hvorvidt ændringens omfang er naturligt forbundet med den oprindelige kontrakt og herigennem beslutte om den alternative løsning er acceptabel, ligeså vel som de skal beslutte hvorvidt fordelene er større end omkostningerne, samt om omkostningen i det hele taget er forsvarligt for ordregiveren.

Bestemmelsen vil derfor se således ud:

§ 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) ændringerne er begrænset til det nødvendige for at det uforudsete behov for ændringen er opfyldt.
- 3) Såfremt ændringerne ikke kan anvendes med de oprindeligt aftalte enhedspriser skal ændringen foretages med tilsvarende udbuds-konkurrencedygtige priser svarende til samme prisniveau som de oprindeligt tilbudte priser, hvorved den økonomiske balance også opretholdes. Det påhviler leverandøren at dokumentere for udbuds-konkurrencedygtige priser.

Stk. 2. Det er muligt at frembringe alternative løsningsforslag på det uforudsete behov, når fordelen herved overstiger de tilhørende omkostninger, at ændringen er naturlig forbundet med den oprindelige kontrakt.

Udover ovenstående giver bestemmelsen leverandøren incitament til at skabe udbuds-konkurrencedygtige priser fordi manglende dokumentation herfor vil resultere i fornyet udbudspligt, hvorved leverandøren mister en værdifuld ændringskontrakt. Incitamentet er derfor ikke længere placeret i selve kontraktforholdet men derimod i selve lovgivning, der må formodes at øge leverandørens incitament. Ændringen af bestemmelsen bidrager således til at minimere

krænkelser af ligebehandlingsprincippet ved at indskrænke anvendelsesmulighederne og samtidig sikre en vis grad af fleksibilitet i ændringer af en igangværende kontrakt. Dette anses derfor at være den samfundsøkonomiske efficiente løsning i forhold til spillet i starten af kapitlet, der kun tillader begrænset mulighed for at ændre i kontrakten. Ændringen af bestemmelsen bidrager altså til at opnå samfundsøkonomisk efficiens i forhold til spillet.

3.5 Delkonklusion

I afsnit 4.2 er et spil mellem en ordregiver og en leverandør opstillet, hvor udgangspunktet er, at den juridiske analyse i kapitel 2 udledte gældende ret for udbudslovens § 183, og at ordregiveren derfor i højere grad vil prioritere ligebehandlingsprincippet frem for øget fleksibilitet, hvorfor denne angiver sin højeste værdi til en begrænset tilladelse til at ændre i kontrakten. En Nash-ligevægt skal findes i scenarie D, der også er Kaldor-Hicks efficient. Dette skyldes, at ordregiver har mulighed for at kompensere leverandøren for samlet at opnå en højere værdi i kontraktforholdet. Derfor vælger de begge to en strategi, hvor ordregiver tillader en begrænset mulighed til at ændre og leverandøren anvender en begrænset mulighed for at ændre. Leverandøren opnår sit højere udbytte, fordi han øger sin sandsynlighed for at få kontraktændringen tildelt og ordregiveren øger sit udbytte ved at prioriterer ligebehandlingsprincippet højere og samtidig minimerer leverandørens mulighed for at udnytte priser, der ikke oprindeligt fremgik af kontrakten. Heraf kan det konkluderes, at nugældende lovgivning ikke er samfundsøkonomisk efficient, hvorfor et forslag til lovændring, der opfylder ovenstående, vil skabe øget samfundsøkonomisk efficiens parterne imellem.

I analysen af hvad gældende ret *bør* være er det væsentligt at der beholdes en vis fleksibilitet i mulighederne for at ændre i kontrakten men samtidig også at prioritere ligebehandlingsprincippet højere. Heraf vil bestemmelsesændringen lyde på det oprindelige krav om et uforudset behov for ændring, hvilket suppleres af, at ændringerne er begrænset til det nødvendige for at det uforudsete behov for ændringen er opfyldt, samt at udbuds-konkurrencedygtige priser skal anvendes, hvis ikke de oprindelige enhedspriser kan benyttes, hvilket leverandøren skal dokumentere. Til sidst er det også muligt for leverandøren at foreslå alternative løsninger, når fordelen herved overstiger omkostningerne, samt at ændringerne er naturligt forbundet med den oprindelige kontrakt. Derfor bidrager lovændringen til at opnå den samfundsøkonomiske efficiens, der blev udledt i det opstillede spil.

4 Konklusion

Samlet kan det konkluderes, at ligebehandlingsprincippet i den juridiske analyse ikke synes at blive vægtet nok i forhold til muligheden for at ændre i kontrakten ved et uforudset behov for ændring. Det er på trods af, at selve adgangskravet for at kunne ændre i kontrakten konkluderes, at opfylde ligebehandlingsprincippet henset til behovet for at kunne tilpasse sig eksterne omstændigheder, der er uden for ordregiveren og leverandørens kontrol. Når først det uforudsete behov for ændring er aktiveret vil de to øvrige bestemmelser skabe rammen for en bred ændringsmulighed. Her er kravet om, at ændringen ikke må ændre på kontraktens overordnede karakter for bred, idet ændringen først begrænses hvis ændringen henvender sig til et helt andet marked. Ligebehandlingsprincippet kan anvendes analogt for at skærpe muligheden for at ændre så meget i kontrakten, dog uden helt at fjerne fleksibiliteten til at ændre i indgåede aftaler. Her konkluderes det, at betingelsen er i strid med ligebehandlingsprincippet, og at princippet skal begrænse den brede ændring ved kun at tillade en ændring af de oprindelige udbudsbetingelser når det er strengt nødvendigt for at opfylde behovet for ændringen. Kravet om, at ændringen ikke må ændre på mere end 50 procent af den oprindelige kontraktværdi strider også imod ligebehandlingsprincippet, hvorved en analog anvendelse af forhandlingsforbuddet kan bidrage til at nedsætte krænkelsen af princippet, hvilket dog konkluderes at begrænse ændringsmuligheder i for vidt omfang, hvorfor hensynet bag forhandlingsforbuddet kan sikre en bedre balance. Det konkluderes derfor, at ændring af de grundlæggende betingelser i det oprindelige udbud ikke skal være mulig, når det vil medføre tilgang af nye tilbudsgivere, medmindre det er nødvendigt for at opfylde behovet for ændringen. Det konkluderes derfor også, at flere successive ændringer især taler for krænkelse af ligebehandlingsprincippet, i og med, at betingelsen i princippet kan ændre hele kontrakten, hvilket kun begrænses af kontraktens overordnede karakter og omgåelsesforbuddet.

I den økonomiske analyse kan det af case analysen af Nordhavnsvej projektet konkluderes, at usikkerheden og kompleksiteten af kontrakten medfører, at entreprenøren bl.a. herigennem har mulighed for opportunistiske. Derfor har bygherren forsøgt at dæmme op for opportunistiske, ved at anvende screening metoden igennem udbudsprocessen for at udligne asymmetrisk information mellem parterne. Dette lykkes ikke i tilstrækkelig grad, da entreprenøren fortsat har mulighed for opføre sig opportunistisk ex ante ved at spekulere i at kunne udnytte eventuelle ændringsmulighederne i kontrakten.

Ud over dette er det også i den økonomiske analyse konkluderet, at der eksisterer en høj incitaments intensitet samt en lav overvågningsintensitet. Det væsentligste ved incitaments intensiteten er, at præcisionen med hvilket resultat der måles på, er meget lav, når det omhandler ændringer af en indgået kontrakt. En måde, hvorpå bygherren sikrer den rigtige indsats er gennem dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger, der giver bygherren resultater om entreprenørens indsats. Der er imidlertid omkostninger forbundet hermed, hvorfor der kun overvåges til den marginale omkostning ved at overvåge er lige den marginale gevinst. Yderligere er det i Nordhavnsvej projektet ikke muligt for bygherren at overvåge anvendte priser for ændringsarbejder, fordi det ikke er muligt at kontrollere hvorvidt resultatet stemmer overens med det bygherren ønsker, idet bygherren ikke har noget sammenligningsgrundlag andet end de gennemsnitspriser, med et tillæg på 15 procent, angivet af Dansk Arbejdsgiverforening, hvilke bygherren giver mulighed for at anvende ved ændringsarbejder, hvor enhedspriser ikke er angivet i den oprindelige kontrakt. Ved anvendelse af gennemsnitspriserne vil entreprenøren herved opnå højere indtjening end ved at benytte udbuds-konkurrencedygtige priser. Overvågnings intensiteten er derfor lav, i og med overvågningen primært består af resultaterne, hvor dokumentationskrav og kontrolforanstaltninger bidrager til at sikre en højere indsats ved kontraktændringer, men fjerner ikke entreprenørens muligheder for lav indsats, og derved anvende højere priser, ved kontraktændringer. Dette skyldes også, at resultaterne ikke bliver kompenseret ens, hvorfor entreprenøren heller vil allokere tid til de opgaver, der bedre kan måles og som han får kompensation herfor – i form af at undgå, at misligholdelsen af kontrakten bliver påberåbt.

I den integrerede analysen konkluderes det, at en samfundsøkonomisk efficiens, i et spil mellem en ordregiver og en leverandør, skal findes i det scenarie, hvor ordregiveren tillader en begrænset mulighed til at ændre i kontrakten, mens leverandøren anvender en begrænset mulighed for at ændre i kontrakten. For at finde den samfundsøkonomiske efficiente tilstand blev en Kaldor-Hicks betragtning anvendt. Begrundelsen for løsningen er, at ordregiveren er bevidst om sandsynligheden for at krænke ligebehandlingsprincippet og derfor vægter en begrænset ændringsmulighed højest, mens leverandøren vægter det næsthøjest fordi han øger sandsynligheden for at få tildelt kontraktændringen ved, at han kun anvender en begrænset ændringsmulighed og herved mindsker sin mulighed for at udnytte kontraktændringerne. Herudover kan det konkluderes, at lovgivningen ikke understøtter den samfundsøkonomiske efficiens fordi den i højere grad prioriterer fleksibilitet i kontraktforholdet, hvor der herigennem både er sandsynlighed for at krænke

ligebehandlingsprincippet samtidig med, at leverandøren har mulighed for at udnytte ændringsarbejder til højere indtjening. Derfor gives der forslag til, hvorledes retten bør være, for at den samfundsøkonomiske efficiens opnås. Dette gøres ved at anvende det samme krav om et uforudset behov i den første betingelsen, og ved at anvende nye betingelser i stedet for de to oprindelige for både at skabe tilpas fleksibilitet samtidig med at ligebehandlingsprincippet bliver prioriteret højere. Her vil betingelserne være, at ændringerne er begrænset til det nødvendige for, at det uforudsete behov for ændring er opfyldt samt at udbuds-konkurrencedygtige priser skal anvendes såfremt oprindelige enhedspriser ikke kan benyttes, hvilket pålægges leverandøren at dokumentere. Ud over dette er der også en mulighed for at foreslå alternative løsninger, når fordelene ved løsningen overstiger omkostningerne med det krav, at ændringen er naturligt forbundet med den oprindelige kontrakt.

5 Kapitel - Litteraturliste

5.1 Bøger og artikler

- Andersen, Ib. 2010 *"Den skinbarlige virkelighed – om vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne"* 4. Udgave, 3. Oplag. Frederiksberg C, Narayana Press, Gylling
- Berg, Claus. 2012. *"Udbudsret i byggeriet"*, 1. Udgave. København. Jurist- og Økonomiforbundets forlag
- Bregm, Kirsten. 2007. "Principal-agent teori" i *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*, Anders Christian Hansen (red), Frederiksberg C, Roskilde Universitetsforlag
- Christensen, Andreas og Daniel Batistoti Cesar, 2016. *"Ændring af kontrakt"*, i *"Udbudsloven"*. 1. Udgave, København, Ex Tuto Publishing
- Douma, Sytse og Hein Schreuder, oversat af Lena Flugger, 2004. *"Økonomiske tilgange til organisationer"*, København, Akademisk forlag
- Eide, Erik og Stavang, 2008, *"Rettsøkonomi"*, Cappelen Damm A/S
- Hansen, Anders Chr. 2007, *"Hovedstrøm og sidestrøm"* i *"Uden for hovedstrømmen"*. Frederiksberg. Roskilde Universitetsforlag
- Knudsen, Christian, 1997. *"Økonomisk metodologi bind 2 – virksomhedsøkonomi og industriøkonomi"*, 2. Udgave. København: Jurist- og økonomiforbundets forlag
- Koch, Carsten A. 2007, *"Transaktionsomkostningsteori"* i *"Uden for hovedstrømmen. Alternative strømninger i økonomisk teori"*. Roskilde. Roskilde Universitetsforlag
- Milgrom, Paul og John Roberts, 1992, *"Economics, Organization and Management"*, by Prentice-Hall, Inc. A Simon & Schuster Company, Englewood Cliffs, New Jersey 07632
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, 2011. *"Retskilder og Retsteorier"*, 3. Udgave. København: Jurist- og økonomiforbundets forlag
- Liljenbøl, Morten Wahl og Jens Balle, 2016, *"Ændringer af udbudte kontrakter II"* i *"Aktuel udbudsret II"*, 1. Udgave. København Jurist- og Økonomiforbundets forlag
- Treumer, Steen, 2014, *"Regulation of contract changes in the New Public Procurement Directive"* i *"Modernising Public Procurement. The New Directive"*. 1. Edition. København. Jurist- og Økonomiforbundets forlag
- Yin, Robert K., 2014 *"Case Study Research, Design and Methods"*, fifth edition. Los Angeles, SAGE Publications inc.

- Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen. 2015. ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst”. København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag

5.2 Retskilder

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Udbudsloven lov nr. 2564 af 15/12/2015

5.3 Domsregister

Manova, Sag C- 336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, Domstolens dom af 10. oktober 2013, endnu ikke i samling

Presstext, Sag C.454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich, APA-OTS originaltext-service GmbH, APA Austria Presse Agentur, Domstolens Dom af 19. juni 2008, Saml. 2008 s. I-04401

Fabricom, Sag C-21/03 og 34/03 Fabricom SA mod État Belge, Domstolens Dom af 3. marts 2005, Saml. 2005 s. I-01559

Storebælt, Sag C-243/89, EU-Kommissionen mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 23. juni 1993, Saml. 1993, s. I-03353

Klagenævnet for udbud, J.nr.: 2015-13909 Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark af 14. December 2015

Klagenævnet for Udbud, J.nr.: 2009-0019614, Manova A/S mod Undervisningsministeriet af 10. Marts 2010

5.4 Internetsider

Fagbladet 3F, den 27. Aug. 2013, ”Tysk entreprenør overtager Pihl-projekt”:

<http://www.fagbladet3f.dk/nyheder/fagligt/b499024819a948f4b6db77a4c0a669f8-20130827-tysk-entreprenoer-overtager-pihl-projekt>

FDM, den 27. Juni 2014 ”Københavns trafikåre forsinkes halvandet år”:

<http://www.fdm.dk/nyheder/koebenhavnsk-trafikaare-forsinkes-halvandet-aar>

Information, den 24. november 2014 ”Gammel kending skal levere nye tog”:

<https://www.information.dk/telegram/2010/11/gammel-kending-levere-nye-metrotog>

Ingeniøren, den 16. januar 2016 ”Forsinkelse og underbudgettering: Cityringens støjende historie”:

<https://ing.dk/artikel/forsinkelse-og-underbudgettering-cityringens-stoejende-historie-181445>

Ingeniøren, den 29. september 2006 ”DR-byens historie”

<https://ing.dk/artikel/dr-byens-historie-73624>

Information, den 20. August 2014 ”Metrobyggeri forsinkes og bliver én milliard dyrere”

<https://www.information.dk/telegram/2014/08/metrobyggeri-forsinkes-milliard-dyrere>

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, december 2015, ”status for offentlig konkurrence”

<https://www.kfst.dk/~media/KFST/Publikationer/Dansk/2015/20151217%20Status%20for%20offentlig%20konkurrence%202015.pdf> side 8

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, december 2014 ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, s. 787 + 792

<https://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Udbudslovsudvalg%20Offentlig/Rapport%20fra%20udvalg%20om%20dansk%20udbudslovgivning%20%20december%202014.pdf>

Forhandlingsforbuddet, EF Tidende L 111/114, af 30. april 1994, s. 114

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1994:111:FULL&from=EN>

6 Bilag