

Sag C-443/22**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

5. juli 2022

Forelæggende ret:

Varhoven administrativen sad (Bulgarien)

Afgørelse af:

21. juni 2022

Kassationsappellant:

Zamestnik ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa »INTERREG V-A Rumania – Bulgaria 2014-2020«

Kassationsindstævnt:

Obshtina Balchik

Hovedsagens genstand

Anfægtelse af en afgørelse truffet af Zamestnik-ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa »INTERREG V-A Romania-Bulgaria 2014-2020« (stedfortrædende minister for regional udvikling og offentlige arbejder og leder af den nationale myndighed for programmet »INTERREG V-A Rumænien-Bulgarien 2014-2020«), hvorved der over for Obshtina Balchik (Balchik kommune) blev fastsat en finansiell korrektion på 25% af de støtteberettigede omkostninger finansieret af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde (ESIF) i henhold til en aftale indgået mellem kommunen og »Infra Expert« AD, Sofia, om tildeling af en offentlig kontrakt vedrørende »renovering af promenaden i Balchik mellem Darzhaven kulturen institut – kulturen tsentar »Dvoretsa« (statsligt kulturinstitut – kulturcentrum »palads«) og Kulturno-turisticheski informatsionen tsentar »Melnitsata« (kultur- og turistinformationscentrum »mølle«)« (herefter »renovering af promenaden«) med en kontraktværdi på 1 245 532,25 leva (BGN).

Den præjudicielle forelæggelses genstand og retsgrundlag

Anmodning i henhold til artikel 267 TEUF om fortolkning af artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Tillader artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i direktiv 2014/24 en national lovgivning eller praksis for fortolkning og anvendelse af denne lovgivning, hvorefter det kun kan lægges til grund, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne om en væsentlig ændring af en offentlig kontrakt, hvis parterne har undertegnet en skriftlig aftale/et bilag om ændring af kontrakten?
- 2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, tillader artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i direktiv 2014/24 da en national lovgivning eller praksis for fortolkning og anvendelse af denne lovgivning, hvorefter en retsstridig ændring af offentlige udbud ikke kun kan ske ved en af parterne undertegnet skriftlig aftale, men også ved handlinger, som parterne foretager i fællesskab, og som tilsidesætter bestemmelserne om ændring af kontrakter, idet disse handlinger fremgår af kommunikation og de skriftlige spor heraf (som de i hovedsagen foreliggende), hvoraf der kan udledes en samstemmende vilje til at ændre kontrakten?
- 3) Omfatter begrebet »omhyggelige forberedelser ved [...] tildeling[en]« som omhandlet i [109.] betragtning til direktiv 2014/24 for så vidt angår den del, der vedrører udførelsen af aktiviteterne, også en vurdering af de risici, der er forbundet med almindelige vejrforhold, og som kan være til hinder for, at kontrakten udføres inden for fristen, og en vurdering af lovbestemte forbud vedrørende udførelsen af aktiviteterne i en bestemt periode, der ligger inden for perioden for udførelsen af aktiviteterne?
- 4) Omfatter begrebet »uforudsigelige omstændigheder« som omhandlet i direktiv 2014/24 kun omstændigheder, der er opstået efter tildelingen af kontrakten (således som det er fastsat i den nationale bestemmelse i § 2, nr. 27, i Dopalnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki [tillægsbestemmelser til lov om offentlige udbud]), og som heller kunne forudses ved rimeligt omhyggelige forberedelser, ikke skyldes handlinger eller undladelser fra parternes side, men gør det umuligt at udføre kontrakten under de aftalte betingelser? Eller kræves det i henhold til direktivet ikke, at disse omstændigheder er opstået efter tildelingen af kontrakten?
- 5) Udgør almindelige vejrforhold, som ikke er »uforudsigelige omstændigheder« som omhandlet i [109.] betragtning til direktiv 2014/24, og et lovbestemt forbud mod byggearbejder i en bestemt periode, som

forkyndes før tildelingen af kontrakten, en objektiv begrundelse for, at kontrakten ikke udføres inden for fristen? Er en deltager i denne forbindelse (ved anvendelse af den nødvendige omhu og under iagttagelse af kravene om god tro) ved beregningen af den tilbudte frist forpligtet til at indregne de almindelige risici, som kan have betydning for, om kontrakten kan udføres inden for fristen?

- 6) Tillader artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i direktiv 2014/24 en national lovgivning eller praksis for fortolkning og anvendelse af denne lovgivning, hvorefter der i et tilfælde som i hovedsagen kan foreligge en retsstridig ændring af en offentlig kontrakt, idet fristen for at udføre kontrakten inden for bestemte frister udgør en betingelse for deltagelse i udbudsproceduren (og deltageren udelukkes ved manglende overholdelse af disse frister), udførelsen af kontrakten ikke skete inden for fristen som følge af almindelige vejrforhold og et lovbestemt forbud mod aktiviteter, som blev forkyndt før tildelingen af kontrakten, idet dette er omfattet af kontraktens genstand og frist og ikke udgør uforudsigelige omstændigheder, godkendelsen af kontraktudførelsen skete uden bemærkninger vedrørende fristen, og der ikke blev rejst krav om bod for forsinkelse, således at en væsentlig betingelse i udbudsdokumenterne blev ændret, idet denne betingelse var bestemmende for konkurrencevilkårene, og den økonomiske ligevægt i udbuddet blev forskubbet til gunst for entreprenøren?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), samt 109. betragtning

Anførte nationale retsforskrifter

Zakon za obshtestvenite porachki (lov om offentlige udbud), artikel 2, stk. 1, nr. 1 og 2, og stk. 2, artikel 107, artikel 116, stk. 1, nr. 2, 3 og 7, sammenholdt med artikel 116, stk. 5, nr. 1 og 2

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (lov om forvaltning af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde), artikel 70, stk. 1, nr. 9, og stk. 2, og artikel 73, stk. 1, samt § 2, nr. 27 i Dopalnitelni razporedbi (tillægsbestemmelser)

Zakon za zadalzheniata i dogovorite (lov om forpligtelser og kontrakter), artikel 20a

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na

finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (bekendtgørelse om konstatering af uregelmæssigheder, som begrunder finansielle korrektioner, samt procentuelle indikatorer til fastsættelse af størrelsen på de finansielle korrektioner i henhold til den procedure, der er fastsat i lov om forvaltning af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde, herefter »bekendtgørelse om konstatering af uregelmæssigheder«), nr. 23 i bilag nr. 1

Zakon za ustroystvoto na Chernomorskoto kraybrezhie (lov om fysisk planlægning ved Sortehavskysten), artikel 15, stk. 1

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

- 1 Balchik kommune er støttemodtager under programmet INTERREG V-A – Rumænien-Bulgarien for grænseoverskridende samarbejde i henhold til en aftale om støtte fra Den Europæiske Fond for Regional Udvikling (EFRU). Kontrakten vedrører tildeling af midler fra denne fond til gennemførelse af ROBG-422 »synergi mellem natur og kultur – potentiale for udvikling af grænseregionen«.
- 2 Med henblik på gennemførelsen af de foranstaltninger, der var finansieret med midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde (ESIF), gennemførte Balchik kommune som ordregivende myndighed en udbudsprocedure vedrørende »renovering af promenaden«.
- 3 Den anslåede kontraktværdi for byggeydelserne udgør 1 245 532,25 BGN eksklusiv moms. Der blev afgivet to tilbud.
- 4 Det fremgår af afsnittet »Frist for kontraktudførelsen« i udbudsdokumenterne, at kontrakten skal udføres inden for en frist på mellem 45 og 90 kalenderdage, og at fristen løber fra datoen for udarbejdelsen af protokollen om åbning af byggepladsen og fastsættelsen af byggelinjen og niveauet og udløber ved undertegnelsen af den i formular 15 omhandlede retsakt. Det fremgår endvidere, at en deltager, der tilbyder en frist for udførelsen af bygge- og monteringsarbejderne, som er kortere end minimumsfristen eller længere end maksimumsfristen som fastlagt af den ordregivende myndighed, udelukkes fra deltagelse i proceduren, eftersom deltagerens tilbud ikke opfylder de på forhånd offentliggjorte udbudsbetingelser (artikel 107, nr. 1, i lov om offentlige udbud).
- 5 Tildelingen af kontrakten blev gennemført inden for rammerne af en »offentlig konkurrence«. Deltageren »Infra Expert« AD tilbød en frist på 45 kalenderdage for udførelsen af bygge- og monteringsarbejderne. I sit tekniske tilbud angav entreprenøren, at selskabet ved planlægningen af arbejdsfaserne havde taget hensyn til mulige kritiske punkter, vejrforholdene, de særlige kendetegn ved arbejderne type og fristerne for udførelsen heraf. Der blev fremlagt en lineær tidsplan, hvori det tekniske forløb ved udførelsen af kontrakten og byggeydelserne blev anført.

- 6 Ved afgørelse af 11. marts 2019 vedrørende udvælgelsen af en entreprenør godkendte borgmesteren for Balchik kommune den protokol for kommissionens arbejde, som han var blevet forelagt, og erklærede, at deltageren »Infra Expert« AD var den bedst placerede med et tilbud på 1 245 532,35 BGN eksklusiv moms eller 1 494 638,70 BGN inklusiv moms og en frist for udførelsen af bygge- og monteringsarbejderne på 45 kalenderdage fra datoen for fastsættelsen af byggelinjen og byggeniveauet.
- 7 Fristen for udførelsen af den offentlige kontrakt var 45 kalenderdage, mens det faktisk varede 250 dage, før kontraktens genstand var udført. Kommunen har gjort gældende, at der var objektive grunde til at udsætte denne frist. Den fremlagde en rapport fra Natsionalen institut po meteorologia i hidrologia (det nationale institut for meteorologi og hydrologi), afdelingen i Varna, om den meteorologiske situation i perioden fra den 18. november 2019 til den 30. januar 2020. Byggearbejderne blev ifølge kommunen udsat, fordi vejrforholdene var ugunstige, og fordi der ved artikel 15, stk. 1, i lov om fysisk planlægning ved Sortehavskysten blev indført et forbud mod udførelse af bygge- og monteringsarbejder på de nationale badesteder ved Sortehavskysten i perioden fra den 15. maj til den 1. oktober.
- 8 Den 28. februar 2020 blev der vedtaget en afgørelse om, at byggearbejderne kunne godkendes (formular 15), hvorved det blev certificeret, at entreprenøren havde opfyldt alle sine forpligtelser, uden at omtale, at byggearbejderne blev udført over en længere periode end den, der var fastlagt i offentliggørelsen af udbuddet (maksimumsfrist på 90 dage) og det fremlagte tekniske tilbud (45 kalenderdage) og i aftalen om den offentlige kontrakt. Den ordregivende myndighed rejste ikke krav om bod for forsinket udførelse.
- 9 I en endelig undersøgelsesrapport fra Ministerstvo na regionalno razvitiie i blagoustroystvo (ministeriet for regional udvikling og offentlige arbejder) blev der fremsat mistanke om en overtrædelse, der blev kvalificeret som en uregelmæssighed i henhold til nr. 23, litra a), i bilag nr. 1 til artikel 2, stk. 1, i bekendtgørelsen om konstatering af uregelmæssigheder og angiveligt bestod i en retsstridig ændring af det offentlige udbud med hensyn til fristen for udførelsen.
- 10 I forbindelse med undersøgelsen underrettede lederen af den nationale myndighed støttemodtageren om, at der var mistanke om en uregelmæssighed, og at der var blevet indledt af en procedure for fastsættelse af en finansiel korrektion, idet han i overensstemmelse med artikel 73, stk. 2, i lov om forvaltning af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde gav støttemodtageren mulighed for at indgive en skriftlig udtalelse om begrundelsen for og størrelsen på den finansielle korrektion og eventuelt fremlægge beviser.
- 11 Efter undersøgelsen af de faktiske omstændigheder blev proceduren den 26. oktober 2020 afsluttet ved vedtagelsen af en afgørelse, hvorved lederen af den nationale myndighed fastsatte en finansiel korrektion på 25% af de støtteberettigede omkostninger finansieret af midler fra de europæiske struktur- og

investeringsfonde (ESIF) i henhold til aftale indgået mellem kommunen og »Infra Expert« AD, Sofia, om tildeling af en offentlig kontrakt nr. 229 af 19. april 2019 vedrørende »renovering af promenaden«.

Hovedsagens parter væsentlige argumenter

- 12 Med henblik på at begrunde, at der foreligger en overtrædelse af artikel 116, stk. 1, nr. 3, sammenholdt med artikel 116, stk. 5, nr. 1 og 2, i lov om offentlige udbud, har lederen af den nationale myndighed taget hensyn til følgende:
- 13 Fristen for udførelsen er fastlagt i udbudsdokumenterne med en minimums- og maksimumsvarighed (45-90 dage), idet det er fastsat, at en deltager, der tilbyder en frist uden for dette toleranceinterval, skal udelukkes. Denne frist var bestemmende for konkurrencevilkårene for deltagelsen. Ved beregningen af den tid, der var påkrævet til udførelsen af kontraktens genstand, skulle både den ordregivende myndighed og deltageren tage hensyn til alle forudsigelige og herfor relevante omstændigheder. I den foreliggende sag varede den faktiske udførelse 250 dage til trods for den kontraktmæssige forpligtelse til at udføre kontrakten inden for 45 kalenderdage, idet der blev udarbejdet dokumenter om udsættelsen af byggearbejderne.
- 14 En af grundene til udsættelsen af byggearbejderne var de ugunstige vejrforhold. Myndigheden kvalificerede dem som omstændigheder, der var normale for den pågældende årstid, og som enhver erfaren entreprenør kunne have taget hensyn til ved beregningen af den tilbudte frist for udførelsen. Den anden grund var begyndelsen af turismesæsonen og forbuddet i artikel 15, stk. 1, i lov om fysisk udvikling ved Sortehavskysten mod at udføre bygge- og monteringsarbejder på de nationale badesteder ved Sortehavskysten i perioden fra den 15. maj til den 1. oktober. Denne omstændighed var blevet forkyndt af lovgiver før datoen for det offentlige udbud og udgør ikke en uforudsigelig omstændighed. Derfor burde der være taget hensyn til den ved beregningen af fristen for udførelsen.
- 15 I »Infra Expert« AD's tekniske tilbud om udførelse af kontrakten blev der angivet en frist for udførelsen på 45 dage og fremlagt en lineær tidsplan med arbejdernes tekniske forløb. Deltageren burde ved anvendelse af den nødvendige omhu og ved omhyggelige forberedelser have taget hensyn til det lovbestemte forbud og risikoen for de ugunstige vejrforhold, der er sædvanlige for de pågældende årstider, og indkalkuleret dem ved beregningen af fristen for udførelsen.
- 16 Under hensyntagen til, at fristen for udførelsen i udbudsdokumenterne var fastlagt på en måde og med grænser, som ville medføre udelukkelse af deltageren, hvis de ikke blev overholdt (artikel 107, nr. 1, i lov om offentlige udbud), at denne frist var bestemmende for konkurrencevilkårene, at den valgte deltager havde tilbudt en minimumsfrist for udførelsen på 45 dage, og at byggearbejderne blev udsat flere gange som følge af de, som det er blevet konstateret, sædvanlige ugunstige vejrforhold og lovbestemte forbud, som ikke lå uden for grænserne for anvendelsen af den nødvendige omhu og forberedelsen af undersøgelsen heraf

(uden for de tilfælde, der omhandles i artikel 116, stk. 1, nr. 3, i lov om offentlige udbud), konkluderede den nationale myndighed, at der som følge heraf faktisk var sket en retsstridig væsentlig ændring af den offentlige kontrakt.

- 17 Den faktiske byggetid på 250 dage overskred den aftalte frist med 205 dage. I det tekniske tilbud havde deltageren anført, at der ved planlægningen af arbejdsfaserne var taget hensyn til mulige kritiske punkter, vejrforholdene og de særlige kendetegn ved arbejdernes art, hvorefter det følger, at selskabet var bevidst om risikoen for ugunstige vejrforhold i perioden for udførelsen af kontrakten. De lovbestemte forbud var kendte for alle. De ugunstige vejrforhold var ikke uforudsigelige omstændigheder som omhandlet i § 2, nr. 27, i tillægsbestemmelserne til lov om offentlige udbud.
- 18 Afslutningsvis blev det fastslået, at der forelå en væsentlig ændring af kontrakten som omhandlet i artikel 116, stk. 5, nr. 1 og 2, i lov om offentlige udbud, eftersom den frist, der fremgår af dokumenterne, var bestemmende for konkurrencevilkårene, og en længere frist for udførelsen ville have påvirket resultatet af udvælgelsen. Såfremt en deltager havde tilbudt en frist for udførelsen, der svarede til den faktiske varighed af udførelsen, ville denne deltager være blevet udelukket fra at deltage (artikel 107, nr. 1, i lov om offentlige udbud).
- 19 Der blev anlagt søgsmål til prøvelse af den nationale myndigheds afgørelse om fastsættelse af en finansiell korrektion ved Administrativen sad – Dobrich (forvaltningsdomstolen i Dobrich, ret i første instans), som annullerede den anfægtede forvaltningsakt med henvisning til materiel retsstridighed.
- 20 Retten i første instans lagde til grund, at artikel 120 i lov om offentlige udbud efter sin ordlyd fastsætter, at bestemmelserne i Targovski zakon (lov om handel) og lov om forpligtelser og kontrakter finder anvendelse på alle udestående spørgsmål i forbindelse med tildelingen, udførelsen og afslutningen af offentlige kontrakter. I henhold til artikel 288 i lov om handel gælder de civilretlige bestemmelser for så vidt angår handelstransaktioner for spørgsmål, hvorom der ikke er fastsat regler i lov om handel. I henhold til artikel 20a i lov om forpligtelser og kontrakter kan kontrakter kun ændres, hvis der er enighed herom mellem parterne, eller i de i lovgivningen fastsatte tilfælde, idet gyldige ændringer af kontrakter henset til artikel 112, stk. 1, i lov om offentlige udbud udelukkende kan foretages i form af skriftlige aftaler. Forvaltningsmyndigheden vedtog dermed sin afgørelse under tilsidesættelse af den materielle ret, da den lagde til grund, at den omtvistede kontrakt var blevet ændret ved en stiltiende aftale.
- 21 I formel henseende opfyldte entreprenøren ifølge retten ikke sine forpligtelser korrekt, idet de ikke blev opfyldt inden for fristen. Dette udgør imidlertid ikke en ændring af kontrakten, men derimod en retlig relevant omstændighed, der udløser en ret for støttemodtageren til at få betalt den aftalte bod, som udtrykkeligt var blevet optaget i kontrakten på forhånd. Dermed er der i det foreliggende tilfælde ikke tale om en ændring af kontrakten, men om en ukorrekt udførelse heraf. Der er imidlertid væsentlige forskelle mellem en ændring af en kontrakt og en ukorrekt

udførelse af en kontrakt, sammenholdt med den fastsatte bod for ukorrekt udførelse.

- 22 Forvaltningsmyndigheden lagde med urette til grund, at alle tænkelige grunde til udsættelse og forsinkelse af byggearbejderne, herunder de ugunstige vejrforhold om vinteren og de lovfastede forbud, burde være blevet inddraget og taget i betragtning ved fastsættelsen af fristen for udførelsen. Det er ikke retligt relevant, af hvilke grunde byggearbejderne blev udsat, og om grundene var uforudsigelige for parterne.
- 23 Lederen af den nationale myndighed har iværksat kassationsappel ved Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol) til prøvelse af dommen afsagt af forvaltningsdomstolen i Dobrich, hvorved den finansielle korrektion, som var blevet fastsat over for Balchik kommune, blev annulleret.
- 24 Kassationsappellanten har fastholdt den opfattelse, som blev udtrykt i begrundelsen for den af ham udstedte forvaltningsakt, og tilføjet, at »force majeure« er en tilfældig begivenhed, hvilket ikke omfatter risikofaktorerne i forbindelse med entreprenørens sædvanlige aktiviteter. Entreprenøren burde som led i gode forberedelser have taget hensyn til de naturlige årstidsbetingede ugunstige vejrforhold som sædvanlige risici ved beregningen af fristen for udførelsen. Den manglende hensyntagen hertil ved beregningen af fristen for udførelsen og den efterfølgende overskridelse af fristen ved den faktiske udførelse, tyder på, at umuligheden af udførelsen var subjektiv og ikke objektiv.
- 25 Kassationsindstævnte er af den opfattelse, at de ugunstige vejrforhold ikke er genstanden for de udstedte retsakter i henhold til formular 10. Lovgiver har ikke foreskrevet, at der skal gives en begrundelse for deres udstedelse. Genoptagelsen af byggearbejderne skete efter udstedelsen af en retsakt i henhold til formular 11, og ikke fordi grundene til udsættelsen bortfaldt. Retsakter i henhold til formular 10 og 11 udstedes, når der er enighed mellem kontrahenter med gensidige ydelser.
- 26 Kassationsindstævnte har desuden gjort gældende, at der kun kan være tale om en gyldig ændring af den offentlige kontrakt, hvis der foreligger en skriftlig aftale mellem parterne om ændring af kontrakten.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

- 27 Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol) skal tage stilling til en sag, hvis afgørelse har sammenhæng med fortolkningen og anvendelsen af EU-retlige forskrifter under hensyntagen til princippet om EU-rettens forrang for national ret i tilfælde af en konflikt mellem dem. Et yderligere argument for, at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, er det forhold, at EU's budget berøres, idet sagen vedrører den retmæssige tildeling af ESIF-midler.

- 28 Den nationale retspraksis vedrørende fortolkningen af artikel 116, stk. 1, nr. 7, sammenholdt med artikel 116, stk. 5, nr. 1 og 2, i lov om offentlige udbud, som gennemfører artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i direktiv 2014/24, er divergerende. Desuden er der tvivl om, hvorvidt direktivet er blevet gennemført korrekt for så vidt angår den del, der vedrører »uforudsigelige omstændigheder«, og der er i retspraksis blevet udtrykt forbehold over for, om der skal tages hensyn til de forudsigelige risici ved udførelsen af en kontrakt, når fristen for udførelsen fastlægges. Der foreligger følgende stridspunkter.
- 29 Det ene stridspunkt er, om det også er muligt at lægge til grund, at der foreligger en retsstridig ændring af den offentlige kontrakt, hvis parterne ikke har indgået nogen skriftlig aftale om ændring af kontrakten, men der foreligger andre typer kommunikation mellem dem med skriftlige spor, hvoraf det kan udledes, at der er sket en ændring af væsentlige kontraktvilkår.
- 30 Det er korrekt, at en offentlig kontrakt i henhold til definitionen i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 er en kontrakt, der indgås skriftligt. En gyldig ændring af kontrakten forudsætter, at parterne skriftligt enes om at ændre kontraktvilkårene. Det er imidlertid også korrekt, at artikel 2, stk. 1, nr. 18), i direktiv 2014/24 kvalificerer ethvert udtryk bestående af ord eller tal, som kan læses, reproduceres og derefter videresendes, herunder informationer overført og lagret ved hjælp af elektroniske midler, som »skriftligt«. Selv om væsentlige elementer i en udbudsprocedure såsom udbudsdokumenter, ansøgninger om deltagelse, bekræftelse af interesse og tilbud – i henhold til 58. betragtning til direktiv 2014/24 – altid skal indgives skriftligt, bør det i øvrigt fortsat være muligt at kommunikere mundtligt med økonomiske aktører, såfremt indholdet af denne kommunikation dokumenteres i tilstrækkelig grad. Det forhold, at de nationale retter, således som det er blevet konstateret, fortolker de nævnte bestemmelser i den sekundære EU-ret på forskellig vis, giver anledning til tvivl om deres betydning.
- 31 Efter den ene af de opfattelser, som der gives udtryk for i øverste forvaltningsdomstols retspraksis (f.eks. i øverste forvaltningsdomstols dom nr. 6755/2020), skal parternes vilje i forbindelse med en offentlig kontrakt ikke kun fortolkes ud fra kontraktens indhold, idet også omstændighederne og parternes erklæringer og adfærd skal analyseres. En gyldig skriftlig aftale mellem parterne er ikke det eneste tilfælde, hvor det kan lægges til grund, at kontrakten er blevet ændret under tilsidesættelse af artikel 116, stk. 1, i lov om offentlige udbud. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en retsstridig ændring af kontrakten, skal vurderes under hensyntagen til alle relevante omstændigheder, herunder parternes erklæringer og adfærd i forbindelse med udførelsen af kontrakten.
- 32 Såfremt fristerne ikke overholdes ved udførelsen af kontrakten foreligger der objektivt set en væsentlig ændring af kontrakten, for så vidt som denne manglende overholdelse i mangel af objektive grunde hertil ændrer en væsentlig betingelse i udbudsdokumenterne, den valgte deltagers tilbud og den med denne deltager indgåede kontrakt, og for så vidt som den ordregivende myndighed ikke rejser

krav om bod for ukorrekt udførelse af kontrakten, men godkender udførelsen uden bemærkninger. Den frist, der fremgår af udbudsdokumenterne, var bestemmende for konkurrencevilkårene; denne ændring tillader betingelser, som også ville have vakt andre deltageres interesse og forskubber udbuddets ligevægt til gunst for entreprenøren.

- 33 Der er også blevet givet udtryk for den modsatte opfattelse (f.eks. i Varhoven administrativen sads (øverste forvaltningsdomstol) dom i forvaltningsretlig sag nr. 7911/2020). Ifølge denne dom foreligger der kun en ændring af kontrakten, hvis parterne i en skriftlig aftale er enedes om at ændre et kontraktvilkår. Det forhold, at der ikke er rejst krav om bod for forsinkelse, kan ikke anses for en ændring af kontrakten. Såfremt det kan lægges til grund, at årsagen til den forsinkede udførelse af den offentlige kontrakt ligger hos entreprenøren, skal dette ikke betragtes som en ændring af kontrakten, men som en ukorrekt udførelse af kontrakten. Der findes ikke nogen bestemmelse, hvorefter en forsinket udførelse udgør en »ændring af kontrakten«, hvis den kontraktmæssige ret til godtgørelse for forsinkelsen ikke gøres gældende.
- 34 Der er også behov for en afklaring af begreberne »omhyggelige forberedelser ved [...] tildeling[en]«, »uforudsigelige omstændigheder« og »omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed« som omhandlet i direktiv 2014/24.
- 35 Af de nævnte grunde er en fortolkning af artikel 72, stk. 1, litra e), sammenholdt med stk. 4, litra a) og b), i direktiv 2014/24 og artikel 72, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/24 sammenholdt med [109.] betragtning til samme direktiv, og af begreber såsom »uforudsigelige omstændigheder«, »omhyggelige forberedelser ved [...] tildeling[en]« og »omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed« nødvendig med henblik på en korrekt afgørelse af hovedsagen.
- 36 I henhold til [109.] betragtning til direktiv 2014/24 henviser begrebet »uforudsigelige omstændigheder« til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling.
- 37 Den nationale lov om tildeling af offentlige kontrakter, lov om offentlige udbud, definerer begrebet »uforudsigelige omstændigheder« som omstændigheder, der er indtruffet efter tildelingen af kontrakten, ikke kunne forudses ved anvendelse af den nødvendige omhu og ikke skyldes handlinger eller undladelser fra parternes side, men gør en udførelse af kontrakten under de aftalte betingelser umulig.
- 38 Den nationale lovgiver har i artikel 116, stk. 1, nr. 2 og 3, i lov om offentlige udbud fastsat muligheden for en lovlig ændring af en offentlig kontrakt, idet nr. 2 vedrører uforudsigelige omstændigheder, der nødvendiggør yderligere leverancer, tjenesteydelser eller byggeydelser, som ikke var omfattet af den oprindelige offentlige kontrakt, og nr. 3 vedrører omstændigheder, som den ordregivende

myndighed ikke kunne forudse ved anvendelse af den nødvendige omhu, og som nødvendiggør en ændring, der ikke ændrer kontraktens genstand eller rammeaftalen.

- 39 Det er også uklart, om direktivet er blevet korrekt gennemført i national ret med hensyn til definitionen af »uforudsigelige omstændigheder«.
- 40 Det har også betydning for afgørelsen af sagen, om bestemmelserne i direktiv 2014/24 i et tilfælde som i hovedsagen, hvor der i udbudsdokumenterne som en oprindelig betingelse blev fastlagt en frist for udførelsen inden for bestemte grænser, idet en deltager ville blive udelukket i tilfælde af manglende overholdelse af disse frister, tillader en vis fleksibilitet med hensyn til ændringer efter tildelingen af kontrakten i form af en forlængelse af denne frist for udførelsen ved udstedelse af retsakter om udsættelse af fristen under byggearbejderne af grunde, der ikke udgør uforudsigelige omstændigheder, men derimod ugunstige vejrforhold, der er sædvanlige for årstiden, og lovbestemte forbud, som parterne ved anvendelse af den nødvendige omhu kunne have konstateret eller forudset på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten. En retsstridig ændring af en kontrakt forudsætter, at parterne handler i fællesskab.
- 41 Udgør de for den pågældende årstid sædvanlige vejrforhold, der har betydning for udførelsen af kontrakten, og de lovbestemte forbud mod aktiviteter, der er omfattet af kontraktens genstand, risici, som parterne kunne have forudset ved rimeligt omhyggelige forberedelser og anvendelse af den nødvendige omhu før indgåelsen af kontrakten?
- 42 For så vidt angår direktiv 2014/24 lægger den afdeling, for hvilken sagen er indbragt, til grund, at dette direktiv ikke finder anvendelse i den sag, der verserer for den nationale ret, eftersom værdien af den omtvistede offentlige kontrakt er lavere end den tærskelværdi, der fremgår af direktivet. På den anden side gennemfører artikel 116 i lov om offentlige udbud artikel 72 i direktiv 2014/24, og fortolkningen er nødvendig med henblik på den ensartede retsanvendelse i medlemsstaterne i Den Europæiske Union.
- 43 Af de nævnte grunde forelægger Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol) ex officio den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse med de anførte spørgsmål.