

NOTAT

Dato: 20. august 2019

Vurdering af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), m.fl.

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Problemstillingen:

ERHVERVSMINISTERIET

EU-Domstolen har i dommen i sag C-216/17 udtalt sig om grænserne for anvendelse af rammeaftaler indgået af andre ordregivere. I den forbindelse er EU-Domstolen også kommet med en række generelle udtalelser om anvendelse af rammeaftaler. Det gennemgås i det følgende, hvilke konsekvenser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at dommen har for offentlige ordregivere.

Indledningsvis skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således ikke kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i forhold til konkrete problemstillinger.

Om sagen C-216/17:

Dommen er EU-Domstolens svar på et præjudicielt spørgsmål fra den øverste forvaltningsdomstol i Italien. Sagen omhandler en rammeaftale om renovation, indsamling og bortskaffelse af affald, som en regional sundheds- og socialmyndighed, Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di Desenzano del Garda (ASST del Garda) indgik med en sammenslutning af virksomheder. Rammeaftalen blev indgået i 2011 og havde en løbetid på ni år.

I forbindelse med udbuddet af den pågældende rammeaftale havde ASST del Garda i udbudsbetingelserne indført en klausul, som gav en række andre regionale sundheds- og socialmyndigheder (ASST'er) mulighed for efterfølgende at tiltræde rammeaftalen.

Ved afgørelse af den 30. december 2015 benyttede ASST della Valcamonica sig af tiltrædelsesmuligheden, således at den tiltrådte rammeaftalen for perioden fra den 1. februar 2015 til den 15. februar 2021.

Denne tiltrædelsesafgørelse blev genstand for to søgsmål ved den regionale forvaltningsdomstol, anlagt af henholdsvis den virksomhed, der indtil da havde leveret tjenesteydelserne til ASST della Valcamonica (Coopservice Soc. coop. arl), og af de italienske konkurrencemyndigheder (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Begge søgsmål blev forkastet af den regionale forvaltningsdomstol, hvorefter sagsøgerne iværksatte en appel ved den øverste forvaltningsdomstol i Italien, som stillede følgende præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen:

1. Om artikel 1, stk. 5 og artikel 32 i direktiv 2004/18/EF tillader indgåelse af en rammeaftale, i henhold til hvilken en ordregiver handler i eget navn og på vegne af andre specifikt angivne ordregivere, der imidlertid ikke er direkte parter i denne rammeaftale.
2. Om de samme regler tillader indgåelse af en rammeaftale, i henhold til hvilken mængden af de ydelser, som ordregivere, der ikke indgår rammeaftalen, kan bestille ved deres indgåelse af efterfølgende kontrakter baseret på denne rammeaftale, ikke er fastlagt eller er fastlagt ved henvisning til deres sædvanlige behov.

Spørgsmål 1 om muligheden for at indgå rammeaftaler på vegne af myndigheder, som ikke er parter heri

EU-Domstolen besvarede spørgsmål 1 med, at den ordregivende myndighed kan handle i eget navn og på vegne af andre udpegede ordregivende myndigheder, der ikke er direkte parter i en rammeaftale, såfremt kravene til offentliggørelse og retssikkerhed og følgelig gennemsigtighed er overholdt.

EU-Domstolen begrundede besvarelsen med, at der ikke i 2004/18-direktivet var et krav om, at en ordregivende myndighed, som senere tiltræder en rammeaftale, skal have deltaget i aftalens undertegnelse. Det er tilstrækkeligt, at en sådan ordregivende myndighed forekommer at være en potentiel part i aftalen på tidspunktet for aftalens indgåelse ved at være specifikt anført i udbudsdokumenterne. Angivelsen kan enten fremgå af selve rammeaftalen eller af et andet dokument som fx udvidelsesklausul i udbudsbetingelserne (præmis 56).

Spørgsmål 2 om fastlæggelse af mængden af ydelser, som den tiltrædende myndighed kan trække på rammeaftalen

Som svar på spørgsmål 2 udtalte EU-Domstolen, at de tiltrædende ordregivere skal fastlægge mængden af de ydelser, der kan bestilles ved efterfølgende kontrakter baseret på rammeaftalen. Det er i denne forbindelse ikke tilstrækkeligt at henvise til ordregiverens sædvanlige behov, men der skal angives en samlet mængde. Manglende fastlæggelse af mængden i sådanne tilfælde er efter EU-Domstolens opfattelse i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

EU-Domstolen begrundede sin besvarelse af spørgsmål 2 med følgende forhold:

For det første udtalte EU-Domstolen, at det følger af et vist antal af bestemmelser i direktiv 2004/18, at rammeaftalen fra begyndelsen skal fastlægge den samlede maksimale mængde af varer eller tjenesteydelser, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter (præmis 60).

For det andet udtalte EU-Domstolen, at kontrakter baseret på en rammeaftale med enkelt økonomisk aktør skal indgås på de vilkår, der følger af rammeaftalen. Som følge heraf kan den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, inden for grænserne af en bestemt mængde, og når denne grænse er nået, vil aftalen have udtømt sine virkninger (præmis 61).

For det tredje udtalte EU-Domstolen, at gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører vil blive påvirket, såfremt den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen, ikke præciserede den samlede mængde, som aftalen vedrører (præmis 63-65).

For så vidt angår angivelse af mængden af ydelser ved henvisning til ordregiverens sædvanlige behov, udtalte EU-Domstolen, at det kan være tilstrækkeligt gennemsigtigt for de nationale økonomiske aktører, men næppe for økonomiske aktører etableret i en anden medlemsstat. Derfor kan angivelse af mængden ikke ske ved henvisning til ordregiverens sædvanlige behov, da dette vil stride mod principperne om gennemsigtighed og ligebehandling (præmis 67-68).

Slutteligt udtalte EU-Domstolen, at et krav om, at den ordregiver, der oprindeligt var part i rammeaftalen, præciserer mængden af de ydelser, som aftalen omfatter, konkretiserer forbuddet mod misbrug af rammeaftaler i 2004/18-direktivets artikel 32, stk. 2 (præmis 69).

Vurdering af dommen:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har foretaget en vurdering af en række spørgsmål, som EU-Domstolens udtalelser, gengivet ovenfor, har givet anledning til. Det kan indledningsvis bemærkes, at det er styrelsens vurdering, at dommen ikke ændrer gældende ret, men alene præciserer en række af de forpligtelser, som ordregivere har i forbindelse med indgåelse og anvendelse af rammeaftaler.

Det første spørgsmål er, hvorvidt dommen, som fortolker det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF, kan finde anvendelse under det nuværende udbudsdirektiv 2014/24/EU, som er implementeret i dansk ret ved udbudsloven.

Såfremt dommen er af relevans under det nuværende udbudsdirektiv, opstår der et spørgsmål om, hvilken betydning dommen har for ordregiveres anvendelse af rammeaftaler.

Har dommen relevans for 2014-udbudsdirektivet?

Det første præjudicielle spørgsmål, som dommen besvarer, vedrører ordregivers mulighed for at indgå rammeaftaler både, på vegne af sig selv og andre. Dette

spørgsmål var ikke særskilt reguleret i 2004-udbudsdirektivet, men 2014-udbudsdirektivet fastslår, at ordregivere kan gennemføre udbud i fællesskab, bl.a. således at én ordregiver handler i eget navn og på vegne af andre ordregivere.¹ Derudover fremgår det af 2014-udbudsdirektivet, at rammeaftaler kan omfatte de ordregivere, som er klart identificeret til dette formål.²

Udbudsloven, som implementerer 2014-direktivet, fastslår endvidere, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysninger, som gør det muligt at identificere samtlige deltagende ordregivere i et fælles udbud.³

Dommen er således i tråd med de præciserende bestemmelser i 2014-udbudsdirektivet og medfører ikke noget nyt i den sammenhæng. Det skal dog bemærkes, at mens dommen fastslår, at det er tilstrækkeligt at angive alle de ordregivere, som har mulighed for at trække på rammeaftalen i udbudsdokumenterne, fx i en klausul til selve rammeaftalen eller til udbudsbetingelserne, følger det af udbudsloven, at denne angivelse **skal** ske i udbudsbekendtgørelsen.

Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkning af art. 1, stk. 5 (definition af ”rammeaftale”) og art. 32 (regulering af rammeaftaler) i 2004-udbudsdirektivet. Begge bestemmelser er videreført i 2014-direktivet uden betydelige ændringer.⁴ Derfor er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også er relevant for fortolkning af udbudslovens regler om rammeaftaler.⁵

Dommen er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering også relevant under forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, da disse direktivers bestemmelser om rammeaftaler i hovedsagen svarer til udbudslovens.⁶

Hvad betyder dommen for ordregiveres tiltræden af rammeaftaler indgået af andre ordregivere?

Som nævnt ovenfor betyder dommen for det første, at kun de ordregivere, som oprindeligt var forudsat i udbudsmaterialet, kan trække på en rammeaftale.

¹ Jf. artikel 38, stk. 2.

² Jf. artikel 33, stk. 2.

³ Jf. udbudslovens §§ 96 og 123.

⁴ Se således 2014-direktivets artikel 33.

⁵ Dvs. udbudslovens § 24, nr. 30 om definitionen af ”rammeaftale” og §§ 95-100 om regulering af rammeaftaler.

⁶ Rammeaftaler er reguleret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51 og i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 29. Forsyningsvirksomhedsdirektivets regulering er knap så detaljeret som reguleringen i udbudsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, men svarer i det væsentlige til reguleringen i de to andre direktiver, ikke mindst fordi de relevante bestemmelser om definition af en rammeaftale og om forbuddet mod misbrug af rammeaftaler svarer til udbudslovens og forsvars- og sikkerhedsdirektivets.

Det kan give anledning til tvivl, at EU-Domstolen udtaler sig om muligheden for at anvende rammeaftalen af ordregivere, der ikke er ”parter” heri. EU-Domstolen synes således at sondre mellem de ordregivere, som har ”deltaget i aftalens undertegnelse”, og de ordregivere, som senere gør brug af rammeaftalen.⁷

I dansk kontekst anses som udgangspunkt alle ordregivere, som har mulighed for at trække på en aftale, som ”parter” i aftalen, uanset om de har deltaget i aftalens undertegnelse eller ej.⁸

EU-Domstolen kommer frem til, at det afgørende for, om en ordregiver har mulighed for at trække på en rammeaftale indgået af andre ordregivere, er, om udbudsdokumenterne udtrykkeligt angiver, at denne ordregiver har mulighed for at gøre brug af rammeaftalen. Derfor er det mindre væsentligt, om de i udbudsmaterialet klart tilkendegivne ordregivere, som kan gøre brug af rammeaftalen, skal betragtes som parter heri eller ej.

For udbud på udbudslovens område skal de mulige ordregivere fremgå af udbudsbekendtgørelsen. For udbud på forsyningssikkerhedsdirektivets og forsvars- og sikkerhedsdirektivets områder vil det være tilstrækkeligt, at mulige ordregivere fremgår af udbudsbetingelserne.

For det andet betyder dommen, at når ordregivere tiltræder en rammeaftale med enkelt økonomisk aktør, som er indgået af andre ordregivere, skal rammeaftalen fastlægge den maksimale mængde af de ydelser, som de tiltrædende ordregivere kan bestille. Angivelse af mængden kan ikke ske blot ved en henvisning til den tiltrædende ordregivers sædvanlige behov.

Mængde vs. værdi?

Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt EU-Domstolens udtalelser om, at rammeaftalen skal fastlægge den maksimale mængde, skal forstås således, at der skal angives et bestemt antal af varer eller ydelser, som kan bestilles, eller om det vil være tilstrækkeligt at henvise til rammeaftalens anslåede værdi.

EU-Domstolen henviser til ”mængde” i de fleste af præmisserne. Den almindelige sproglige forståelse af ”mængde” må anses at henvise til et bestemt antal eller et bestemt omfang. Ordlyden af 2004-udbudsdirektivets art. 1, stk. 5 (som i hovedsagen svarer til 2014-udbudsdirektivets art. 33, stk. 1) fastslår også, at der ved en rammeaftale skal forstås en rammeaftale, som bl.a. fastsætter vilkårene for de

⁷ Se præmisser 49-56.

⁸ Se kendelser fra Klagenævnet for Udbud af henholdsvis den 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen, og af den 25. september 2012, UVdata A/S mod Københavns Kommune.

kontrakter, der skal tildeles i løbet af en given periode, ”især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte **mængder**” (styrelsens fremhævnning).⁹

EU-Domstolen afviste i den forbindelse, at ordlyden ”i givet fald” kun var fakultativ, således at der ikke skulle ske angivelse i de tilfælde, hvor ordregiveren fandt dette irrelevant.

I flere præmisser henviser EU-Domstolen imidlertid til såvel mængde som til ”beløb”.¹⁰ Derudover henviser EU-Domstolen i sin argumentation til reglerne om beregning af rammeaftalers værdi¹¹ og til, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen skal angive den maksimale samlede værdi af ydelserne, som kan anskaffes i rammeaftalens løbetid.¹²

Det vil efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være tilstrækkeligt for ordregivere at fastsætte den maksimale mængde for de af rammeaftalens omfattede ydelser ved at angive en maksimal værdi af rammeaftalen. Det afgørende er, om angivelsen af rammeaftalens samlede forventede værdi sammenholdt med øvrige oplysninger i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt gennemsigtig til, at tilbudsgiverne kan vurdere rammeaftalens indhold og relevans.

Samlet mængde eller mængde pr. ordregiver?

Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt EU-Domstolen i sin besvarelse af det præjudicielle spørgsmål hentyder til, at fastlæggelsen af den maksimale mængde skal ske for den individuelle ordregiver, som kan tiltræde en rammeaftale, eller om fastlæggelsen skal ske for den samlede rammeaftale inklusive alle ordregivere, der potentielt vil kunne tildele ordrer.

EU-Domstolen fastslår, at:

”det er udelukket, at de ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, ikke fastlægger mængden af de ydelser, der kan bestilles, når de indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen”.¹³

Denne udtalelse kan læses som et krav om, at der skal angives en samlet mængde pr. ordregiver.

⁹ I den engelske oversættelse af såvel 2004- som 2014-udbudsdirektivet henvises der til ”quantity”, i den tyske til ”Menge”, og i den franske til ”quantités”. Alle disse oversættelser understøtter, at der henvises til kvantificerbare enheder.

¹⁰ Se således præmisser 66 og 69, hvor EU-Domstolen henviser til henholdsvis ”den maksimale mængde af og det maksimale beløb for de ydelser, der er omfattet af aftalen” og ”mængden af og beløbet for de ydelser, som aftalen omfatter”.

¹¹ Jf. præmis 60.

¹² Jf. præmis 60.

¹³ Jf. præmis 71.

EU-Domstolen udtaler sig dog ikke direkte om, hvorvidt angivelsen af en rammeaftales forventede mængde skal angives pr. ordregiver, som ønsker at benyttes sig af aftalen. Derimod henviser EU-Domstolen i sin begrundelse flere steder til ”den samlede mængde”, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter.¹⁴ Derudover omtaler EU-Domstolen, at det er den ”oprindelige” ordregiver, som indgår aftalen i eget navn og på vegne af andre ordregivere, der skal fastlægge den samlede mængde.¹⁵ I den forbindelse nævner domstolen ingen steder, at denne fastlæggelse skal ske pr. ordregiver, som har mulighed for at trække på rammeaftalen.

Det er på baggrund heraf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være tilstrækkeligt med en angivelse af den samlede mængde/værdi af ydelser, som kan anskaffes på rammeaftalen.

Indkøb på rammeaftaler indgået af indkøbscentraler

Dommen giver også anledning til et spørgsmål om, hvorvidt pligten til at angive en samlet mængde af ydelser, som kan anskaffes på en rammeaftale, også gælder for ordregiveres indkøb via indkøbscentraler, dvs. om ordregivere ved køb fra indkøbscentraler kan anses for at ”tiltræde” en aftale indgået af andre ordregivere.

”Indkøbscentral” var i 2004-udbudsdirektivet defineret som en ordregivende myndighed, der

- ” – indkøber varer og/eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder, eller
- indgår offentlige kontrakter eller rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder.”¹⁶

Efter denne definition var det ikke udelukket, at en ordregiver lejlighedsvist kunne agere en indkøbscentral ved at indgå en rammeaftale på vegne af sig selv og andre ordregivende myndigheder.

Det fremgår således også af de faktiske omstændigheder i dommen, som er gengivet nærmere i Generaladvokatens forslag til afgørelse, at den italienske lovgiver havde pålagt organer under den nationale sundhedstjeneste at indkøbe varer og tjenesteydelser som udgangspunkt i associeret form gennem indkøbscentraler, og det var netop i den forbindelse, at ASST del Garda (den oprindelige ordregiver) havde tildelt en rammeaftale, som andre ASST’er havde mulighed for at tiltræde.¹⁷

¹⁴ Jf. præmisserne 60 og 64.

¹⁵ Jf. præmisserne 60, 61, 64, 66 og 69.

¹⁶ Jf. artikel 1, stk. 10.

¹⁷ Jf. forslag til afgørelse af sag C-216/17 fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 3. oktober 2018, præmis 17-18.

I sin vurdering udtaler EU-Domstolen sig om den situation, hvor en ordregiver indgår rammeaftalen ”i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder”.¹⁸ Det vil ofte være tilfældet for indkøbscentraler, som netop indgår rammeaftaler i eget navn og på vegne af andre ordregivere.

Definitionen af en indkøbscentral er ændret i 2014-udbudsdirektivet. I 2014-udbudsdirektivet er en indkøbscentral defineret som:

”En ordregivende myndighed, der foretager centraliserede indkøb og eventuelt accessoriske indkøbsaktiviteter”.¹⁹

Ved ”centraliserede indkøbsaktiviteter” skal i den forbindelse forstås:

”aktiviteter, der udføres på permanent basis, på en af følgende måder:

- a) anskaffelse af varer og/eller tjenesteydelser til brug for ordregivende myndigheder
- b) tildeling af offentlige kontrakter eller indgåelse af rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser til brug for ordregivende myndigheder.”²⁰

2014-udbudsdirektivet forudsætter således, at der kun kan ske indkøb fra indkøbscentraler, som på permanent basis bl.a. tildeler rammeaftaler til brug for ordregivende myndigheder. Det ændrer dog ikke ved, at indkøbscentraler også efter 2014-udbudsdirektivet er ordregivere, der foretager indkøb i eget navn og på vegne af andre ordregivere, og det er netop den situation, som dommen omhandler.

Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også har relevans for rammeaftaler indgået af indkøbscentraler.

Har dommen nogen betydning for indgåelse af rammeaftaler generelt?

Som nævnt ovenfor giver dommen anledning til tvivl om, hvorvidt EU-Domstolens udtalelser gælder for indgåelse af rammeaftaler generelt og ikke kun i tilfælde, hvor ordregiver tiltræder en rammeaftale indgået af andre ordregivere.

EU-Domstolen kommer med en række udtalelser om fortolkning af de bestemmelser, som regulerer rammeaftaler generelt såsom definition af en rammeaftale

¹⁸ Se således præmis 61 samt besvarelsen af spørgsmål 1.

¹⁹ Jf. artikel 2, stk. 1, nr. 16.

²⁰ Jf. artikel 2, stk. 1, nr. 14.

i 2004-udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5²¹, regulering af rammeaftaler med enkelt økonomisk aktør i 2004-direktivets artikel 32, stk. 3²² og overholdelsen af de grundlæggende EU-retlige principper i 2004-direktivets artikel 32, stk. 2, m.fl.²³ Det er derfor nærliggende at antage, at EU-Domstolens udtalelser finder anvendelse for rammeaftaler generelt.

I selve det udbudsretlige begreb ”rammeaftale” ligger der indbygget en vis fleksibilitet, idet en rammeaftale per definition ikke kan fastlægge samtlige vilkår for de efterfølgende kontrakter, som indgås i medfør af rammeaftalen.²⁴ En aftale, som fastlægger samtlige vilkår, vil derimod udgøre en kontrakt. Det afgørende for, om der er tale om en rammeaftale eller om en kontrakt, er, om aftalen indebærer en konkret endelig forpligtelse for ordregiveren til at aftage de af rammeaftalen omfattede ydelser.

Rammeaftaler giver således ordregiveren mulighed for at opfylde sit løbende behov, idet ordregiveren ikke er forpligtet til at aftage en vis mængde. Rammeaftaler bliver som regel også brugt i tilfælde, hvor ordregiveren har svært ved at fastlægge sit behov præcist.

Det kan i den forbindelse overvejes, om EU-Domstolens udtalelser alene skal ses i lyset af de faktuelle omstændigheder i den konkrete sag, som vedrører indgåelse af rammeaftale med enkelt økonomisk aktør i eget navn og på vegne af andre ordregivere, således at udtalelserne ikke har nogen generel betydning uden for denne situation (”obiter dictum”).

Selv om rammeaftaler generelt anses for at være fleksible anskaffelsesformer, er der en række begrænsninger i denne fleksibilitet. Kontrakter, som indgås i henhold til rammeaftaler, skal således indgås i henhold til de vilkår, som er fastlagt i rammeaftalen. Der kan derudover ikke foretages væsentlige ændringer i aftalevilkårene, særligt for aftaler med enkelt økonomisk aktør.²⁵

²¹ Jf. præmis 60.

²² Jf. præmis 61.

²³ Jf. præmisser 62-65 og 67-68.

²⁴ Det fremgår af EU-Kommissionens Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, CC/2005/03 af den 14. juli 2005, at 2004-udbudsdirektivets regulering af rammeaftaler gælder såvel egentlige rammeaftaler (”stricto sensu”) og såkaldte rammekontrakter. Ordlyden af 2004-udbudsdirektivets definition af rammeaftale – som i øvrigt er identisk med 2014-udbudsdirektivets definition – som klart henviser til, at rammeaftalen omfatter ”*de kontrakter, der skal indgås*”, strider dog imod denne fortolkning. Det samme gør en længere række af enig juridisk litteratur som fx Anja Peining i ”Rammeaftaler under den nye udbudslov”, Steen Treumer (red.), Udbudsloven, Ex Tuxo, København 2016, s. 398 og Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen i ”EU’s udbudsregler i dansk kontekst”, 2. udgave, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2017, s. 410.

²⁵ Jf. 2014-udbudsdirektivets artikel 33, som er implementeret ved udbudslovens §§ 95-100.

Derudover skal udbudsbekendtgørelsen indeholde en række oplysninger om rammeaftalen. Ordregiveren er således forpligtet til at oplyse om rammeaftalens samlede anslåede værdi.²⁶ I lyset af bestemmelsen om, at der ikke må ske væsentlige ændringer af rammeaftalen, er ordregiver også forpligtet til at henholde sig til den i udbudsbekendtgørelsen oplyste værdi ved træk på rammeaftalen, således at der ikke må ske betydelige overskridelser heraf.

Rammeaftaler fastsætter derved en ramme for de kontrakter, som kan indgås i medfør heraf, og disse kontrakter skal holde sig inden for disse rammer.

På baggrund heraf og under hensyn til, at EU-Domstolen udtaler sig generelt om de bestemmelser, der regulerer rammeaftaler, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen ikke begrænser sig til den faktuelle situation, som var tilfældet i dommen, men har betydning for indgåelse og anvendelse af rammeaftaler generelt.

Det betyder, at ordregivere skal angive den samlede maksimale mængde/værdi af de af rammeaftalens omfattede ydelser. Når den pågældende mængde/værdi er nået, vil rammeaftalen som udgangspunkt have udtømt sine virkninger. Yderligere træk på rammeaftalen skal derfor betragtes som nye – som udgangspunkt udbudspligtige (i det omfang, de overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi) – kontrakter²⁷, medmindre de kan gennemføres ved en lovlig ændring af rammeaftalen.

Rammeaftaler med én leverandør eller rammeaftaler med flere leverandører?

Det giver også anledning til tvivl, om dommen kun har konsekvenser for indgåelse af rammeaftaler med én leverandør eller også for aftaler med flere leverandører.

Besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål tager udgangspunkt i en rammeaftale med én leverandør, da sagens fakta netop vedrørte sådan en situation. EU-Domstolen nævner også i sin begrundelse for afgørelsen den specifikke situation, hvor en rammeaftale indgås med enkelt økonomisk aktør, i én præmis.²⁸

I den øvrige del af begrundelsen udtaler EU-Domstolen sig imidlertid ikke specifikt om en rammeaftale med enkelt økonomisk aktør, men om rammeaftaler generelt.²⁹

²⁶ Jf. 2014-udbudsdirektivets bilag V, del C, pkt. 7, som er implementeret ved udbudslovens § 128.

²⁷ Jf. præmis 61.

²⁸ Se præmis 61.

²⁹ Se præmisserne 60 og 62-69.

Selv om der må anses at være større fleksibilitet med hensyn til præcisering af vilkår for de kontrakter, som tildeles på baggrund af en rammeaftale med flere økonomiske aktører med genåbning af konkurrencen, skal ordregivere også for disse rammeaftaler holde sig inden for den ramme, som er udstukket af udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, og kan ikke foretage væsentlige ændringer heri.

Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også har relevans for rammeaftaler med flere økonomiske aktører, både med direkte tildeling og med genåbning af konkurrencen, således at ordregiveren også for disse rammeaftaler er nødsaget til at specificere den af rammeaftalen omfattede samlede mængde/værdi, og når denne er nået, vil rammeaftalen som udgangspunkt have udtømt sine virkninger.

Hvilke overvejelser skal ordregivere gøre sig på baggrund af dommen?

Når ordregivere som tidligere nævnt ofte bruger rammeaftaler i tilfælde, hvor de har svært ved at fastlægge sit behov præcist, kan det være meget vanskeligt at fastsætte den forventede samlede mængde/værdi. Det er især svært at estimere mængden for indkøbscentraler, da de kan have mange kunder med meget forskellige indkøbsbehov. Angivelse af påtænkte mængder/værdi kan derfor være forbundet med en betydelig usikkerhed.

Fastsættelse af den samlede maksimale mængde/værdi

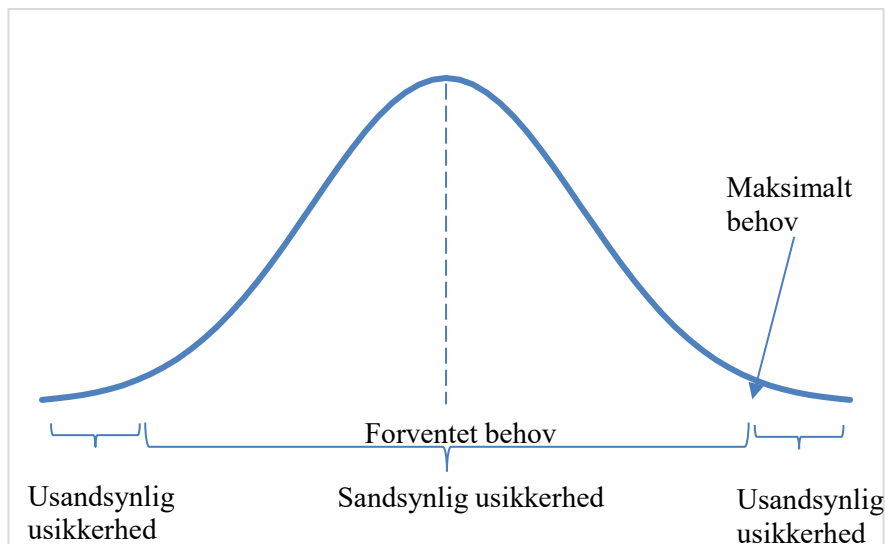
Proportionalitets- og gennemsigtighedsprincipperne er til hinder for, at ordregiveren kunstigt forhøjer rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi i forhold til ordregiverens behov.

Foruden at være i strid med udbudsreglerne vil en kunstig forhøjelse have uheldige kommercielle konsekvenser, da leverandørernes risiko for ikke at udnytte deres kapacitet fuldt ud i aftalens løbetid vil stige. Det er derfor sandsynligt, at de økonomiske aktører vil være mindre tilbøjelige til enten at byde ind på fremtidige rammeaftaler eller byde ind med en god pris.

Ordregiver skal derfor basere den samlede maksimale mængde/værdi på sine konkrete behov for anskaffelser i rammeaftalens løbetid. De konkrete behov kan tage højde for, hvad ordregiveren forventer at anskaffe (fx baseret på ordregiverens tidligere anskaffelser af lignende ydelser, justeret for forventningerne til fremtiden), tillagt en "usikkerhedsmargin" for uforudsete behov for udvidelser, evt. i form af optioner, som gennemgås nedenfor. Denne "usikkerhedsmargin" må dog ikke være så stor, at det er usandsynligt, at ordregiveren får brug for den i rammeaftalens løbetid.

Nedenstående **figur 1** illustrerer, hvad der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er rammerne for ordregivers skøn ved fastsættelsen af rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi.

Figur 1: Rammer for ordregivers skøn



Optioner

For at imødekomme behov for yderligere træk på rammeaftalen kan ordregivere benytte sig af optioner. Optioners værdi skal medregnes i rammeaftalens samlede værdi.³⁰

Optioner kan særligt være en fordel, hvis der er en række potentielle ordregivere, som kan gøre brug af rammeaftalen. I sådanne situationer kan den udbydende ordregiver præcisere i udbudsbekendtgørelsen, hvor stor en del af rammeaftalens samlede angivne mængde/værdi det forventede forbrug udgør, og hvor stor en del der udgøres af optioner for de potentielle ordregivere.

Ændringsklausuler

Ordregivere kan foruden optioner også benytte sig af ændringsklausuler, som giver mulighed for at forhøje rammeaftalens værdi i nogle nærmere angivne situationer. Udbudsreglerne tillader, at en rammeaftale ændres som følge af klare, præcise og entydige klausuler, som er forudset i udbudsmaterialet. Sådanne klausuler må dog ikke ændre rammeaftalens overordnede karakter.³¹

³⁰ Jf. udbudslovens § 30, stk. 1.

³¹ Jf. udbudslovens § 179.

Ændringsklausuler skal fastsætte omfanget af ændringerne og betingelserne for, hvornår de kan finde anvendelse. Der er således ikke noget til hinder for, at ordregiveren fx fastsætter en klausul, som giver mulighed for at forhøje rammeaftalens samlede mængde med 15 % med et varsel på seks måneder, hvis ordregiveren har trukket 85 % af rammeaftalens oprindelige samlede mængde, og såfremt forhøjelsen kan ske inden for rammeaftalens løbetid.

Betingelsen om, at ændringsklausulen ikke må ændre rammeaftalens overordnede karakter, kan have en betydning for, hvor meget ordregiveren kan udvide rammeaftalens estimerede mængde/værdi. En udvidelse i medfør af klausulen må således ikke føre til, at rammeaftalen henvender sig til et helt andet marked end oprindeligt forudsat i udbudsmaterialet.

Ændring af rammeaftaler

Der er derudover ikke noget i EU-Domstolens udtalelser, der tyder på, at dommen har indflydelse på den udbudsretlige vurdering af kontraktændringer generelt. Det vil derfor være muligt at foretage ændringer i rammeaftalens estimerede mængde/værdi, såfremt ændringen er udbudsretligt tilladelig.

Udbudsloven fastslår således, at der kan ske ændringer i rammeaftaler, så længe ændringen ikke ændrer rammeaftalens grundlæggende elementer.³²

Betydelig udvidelse af rammeaftalen vil udgøre en ændring af rammeaftalens grundlæggende elementer³³, medmindre udvidelsen er omfattet af §§ 179-181 eller § 183.

Ordregiver vil fx være berettiget til at foretage yderligere træk af de samme ydelser på en rammeaftale, som overstiger den angivne samlede maksimale værdi med 5 %, da sådanne yderligere træk næppe vil udgøre en betydelig udvidelse af rammeaftalen.

For nærmere gennemgang af udbudslovens regler om ændringshåndtering henvises der til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om udbudsreglerne* (seneste version fra januar 2016), kapitel 11.

Opsummering:

Opsummerende vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at EU-Domstolens dom i sagen C-216/17 ikke ændrer gældende ret, men præciserer følgende forpligtelser, som ordregivere har i forbindelse med indgåelse og anvendelse af rammeaftaler:

³² Jf. udbudslovens § 178, stk. 1.

³³ Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

- Kun ordregivere, som oprindeligt var forudsat i udbudsmaterialet, kan trække på en rammeaftale. Udbudsloven fastslår endvidere, at samtlige mulige ordregivere skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.
- Ordregivere skal fastlægge **den samlede maksimale mængde** af de ydelser, som rammeaftalen omfatter.
- Ordregivere kan i stedet for at angive den samlede maksimale mængde vælge at angive den samlede maksimale **værdi** af rammeaftalen ved overholdelse af gennemsigtighedsprincippet.
- Forpligtelsen til at fastlægge den samlede maksimale mængde/værdi gælder for rammeaftaler generelt og ikke kun for rammeaftaler, som indgås i eget navn og på vegne af andre ordregivere. Dette omfatter både rammeaftaler med enkelt økonomisk aktør og rammeaftaler med flere økonomiske aktører og rammeaftaler, som indgås af indkøbscentraler på vegne af deres medlemmer.
- Der er alene en forpligtelse til at angive **den samlede mængde/værdi** af rammeaftalen og ikke mængde/værdi pr. ordregiver.
- Når den angivne samlede mængde/værdi af rammeaftalen er nået, vil aftalen have **udtømt sine virkninger**, således at yderligere træk på rammeaftalen som udgangspunkt vil udgøre nye, som udgangspunkt udbudspligtige (såfremt de overstiger den relevante tærskelværdi) kontrakter.
- Ordregivere må ikke skønne rammeaftalens værdi kunstigt højt i forhold til deres konkrete behov for at tage højde for ubegrundede senere behov for udvidelser, men bør i stedet gøre brug af **optioner** og/eller klare, præcise og entydige **ændringsklausuler** for at sikre overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet.
- Det vil også være muligt at udvide rammeaftalen ud over den angivne maksimale mængde/værdi (kvantitative udvidelser), såfremt udvidelsen udgør en tilladelig **ændring** af rammeaftalen.