

NOTAT

Dato: 13. november 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**

ERHVERVSMINISTERIET

1. Problemstillingen

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. Styrelsen er blevet spurgt om sin vurdering af denne dom.

I dette notat opsummeres sagen kort i afsnit 2, mens afsnit 3 beskriver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af dommen. Derefter omfatter afsnit 4 en overordnet vejledning om håndtering af rammeaftaler. Sidst i notatet er angivet en kort opsummering.

Det skal bemærkes, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om styrelsens fortolkning af dommen og udbudsreglernes anvendelse i øvrigt og at styrelsen således ikke har kompetence til eksempelvis at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i forhold til konkrete problemstillinger.

2. Om sagen C-216/17

Dommen er EU-Domstolens svar på et præjudicielt spørgsmål fra den øverste forvaltningsdomstol i Italien. Sagen omhandler en aftale 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. Aftalen blev indgået i 2011 og havde en løbetid på ni år.

I forbindelse med udbuddet af den pågældende aftale 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 aftalen. Det fremgik endvidere af udvidelsesklausulen, at den virksomhed, som har fået tildelt aftalen, ikke var forpligtet til at godkende anmodningen om udvidelse. Hvis virksomheden godkendte udvidelsen, resulterede dette i et selvstændigt aftaleforhold.

Selvom det ikke fremgår klart af beskrivelsen af de faktuelle omstændigheder i dommen, fastslog udvidelsesklausulen formentligt ikke mængden af de ydelser, som kunne bestilles af de tiltrædende myndigheder.

Ved afgørelse af den 30. december 2015 benyttede ASST della Valcamonica sig af tiltrædelsesmuligheden, således at de tiltrådte aftalen 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. Forvaltningsdomstolen vurderede for det første, at en rammeaftale kunne indgås mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed, som handlede i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, som til trods for at være nævnt i aftalen ikke var direkte parter heri. For det andet vurderede den regionale forvaltningsdomstol, at det ikke er nødvendigt, at en rammeaftale udtrykkeligt og fra begyndelsen fastlægger mængden af de ydelser, som kan bestilles af de myndigheder, der kan tiltræde aftalen, eftersom denne mængde kan fastsættes implicit ved henvisning til deres sædvanlige behov.

Sagsøgerne appellerede den regionale forvaltningsdomstols afgørelse til 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.

Den øverste italienske forvaltningsdomstol havde kvalificeret den omtvistede aftale som en rammeaftale, som omhandlet i artikel 1, stk. 5 og artikel 32 i direktiv 2004/18/EF (2004-udbudsdirektivet).

Coopservice og Europa-Kommissionen havde imidlertid rejst tvivl om, hvorvidt kvalifikation af aftalen var begrundet, med henvisning til, at aftalen have en løbetid på ni år, som betydeligt overskrider udgangspunktet om, at en rammeaftale

højst må gælde for en periode på fire år. EU-Domstolen afviste imidlertid, at den omstændighed, at en aftale har en løbetid på ni år, alene kunne føre til, at der ikke var tale om en rammeaftale. EU-Domstolen har således i dommen lagt til grund, at den omtvistede aftale var en rammeaftale og har dermed foretaget en vurdering af de regler, som regulerer rammeaftaler.

2.1 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 følgerig gennemsigthed er overholdt.

EU-Domstolen begrundede besvarelsen med, at der ikke i 2004-udbudsdirektivet 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 angives som potentiel deltager i aftalen på tidspunktet for aftalens indgåelse. Det kan enten fremgå af selve rammeaftalen eller af et andet dokument som fx en udvidelsesklausul i udbudsbetingelserne (præmis 56).

2.2 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. Manglende fastlæggelse af mængden i sådanne tilfælde er efter EU-Domstolens opfattelse i strid med principperne om gennemsigthed og ligebehandling.

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

For det første udtalte EU-Domstolen, at det følger af flere 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 en 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).

Der kan i den forbindelse stilles spørgsmål ved, hvorvidt præmis 61 – dvs. udtalelsen om, at en rammeaftale vil have udtømt sine virkninger, når den maksimale grænse for den angivne mængde er nået – er et såkaldt ”obiter dictum”.

Det, der kan tale for, at udtalelsen er obiter dictum, er, at udtalelsen ikke er nærmere begrundet af EU-Domstolen og heller ikke er en del af Genereladvokatens forslag til afgørelse. På den anden side er udtalelsen fremsat som et væsentligt led i besvarelsen af de stillede spørgsmål og udtalelsen har en naturlig sammenhæng med den resterende del af EU-domstolens besvarelse.

Selvom hvis der er tale om et obiter dictum, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at udtalelsen er et led i EU-Domstolens nærmere begrundelse for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. I lyset af den kontekst, hvori udtalelsen indgår, vil det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være forbundet med en betydelig juridisk risiko ikke at tillægge udtalelsen vægt.

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 ifølge EU-domstolen 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, følger af forbuddet mod misbrug af rammeaftaler i 2004-udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2 (præmis 69).

3. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af dommen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har foretaget en vurdering af en række spørgsmål, som EU-Domstolens dom af den 19. december 2018 har givet anledning til.

3.1 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-udbudsdirektivet, 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.⁴

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-udbudsdirektivet uden ændringer, der har betydning for EU-Domstolens vurdering af de præjudicielle spørgsmål.⁵ Derfor er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også er relevant for fortolkning af udbudslovens regler om rammeaftaler.⁶

Det er samtidig Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også er relevant for rammeaftaler under forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, da disse direktivers bestemmelser om rammeaftaler indholdsmæssigt svarer til udbudsdirektivets.⁷

¹ Jf. artikel 38, stk. 2.

² Jf. artikel 33, stk. 2.

³ Jf. udbudslovens §§ 96 og 123.

⁴ Identifikation af ordregiverne i udbudsbekendtgørelsen kan i medfør af lovbemærkningerne til udbudslovens § 96 fx ske ved henvisning til en indkøbscentrals offentliggjorte register over de ordregivere eller kategorier af disse, som kan anvende den pågældende rammeaftale. Identifikationen kan også ske på anden måde, såsom ved angivelse af en reference til en given kategori af ordregivere inden for et klart afgrænset geografisk område, således at de pågældende ordregivere let og entydigt kan identificeres.

⁵ Se således 2014-udbudsdirektivets artikel 33

⁶ Dvs. udbudslovens § 24, nr. 30 om definitionen af ”rammeaftale” og §§ 95-100 om regulering af rammeaftaler.

⁷ 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

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

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

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.⁸

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.⁹

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 tilkendegiver 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.¹⁰ For udbud på forsyningsikkerhedsdirektivets og forsvars- og sikkerhedsdirektivets områder vil det være tilstrækkeligt, at mulige ordregivere fremgår af udbudsbetingelserne.

Derudover fremgår det af dommen, at når ordregivere tiltræder en rammeaftale, 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.

3.3 Mængde vs. værdi?

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

om definition af en rammeaftale og om forbuddet mod misbrug af rammeaftaler svarer til udbudsdirektivets og forsvars- og sikkerhedsdirektivets.

⁸ Se præmisser 49-56.

⁹ 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.

¹⁰ Se fodnote 4.

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 indholdsmæssigt svarer til 2014-udbudsdirektivets art. 33, stk. 1) fastslår også, at der ved en rammeaftale skal forstås en aftale, som bl.a. fastsætter vilkårene for de kontrakter, der skal tildeles i løbet af en given periode, ”især med hensyn til pris og i givet fald **påtænkte mængder**” (styrelsens fremhævning).¹¹

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”.¹² Derudover henviser EU-Domstolen i sin argumentation til reglerne om beregning af rammeaftalers værdi¹³ og til, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen skal angive den samlede maksimale værdi af ydelserne, som kan anskaffes i rammeaftalens løbetid.¹⁴

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.

Rammeaftalens maksimale værdi vil ofte være den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen, idet denne værdi i medfør af udbudslovens § 32 skal fastsættes til den højst anslåede værdi af samtlige kontrakter, som forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid.¹⁵

Den maksimale værdi kan imidlertid også fremgå af bekendtgørelse om indgået kontrakt.¹⁶ Den maksimale anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen er baseret på

¹¹ 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.

¹² 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”.

¹³ Jf. præmis 60.

¹⁴ Jf. præmis 60.

¹⁵ Det samme fremgår af standardformular til udbudsbekendtgørelsen, hvor det under pkt. II.1.5) ”Anslået samlet værdi”, bemærkes: ”I tilfælde af rammeaftaler eller dynamiske indkøbssystemer – anslået samlet værdi af kontrakterne i hele løbetiden for rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem”.

¹⁶ Jf. udbudslovens § 129.

et skøn over markedspriser, som kan vise sig ikke at holde. I bekendtgørelsen om indgået kontrakt vil den angivne værdi derimod typisk være baseret på mere retvisende priser. Dermed kan den angivne værdi for rammeaftalen i bekendtgørelsen om indgået kontrakt efter omstændighederne være et mere korrekt udtryk for en maksimal ramme for rammeaftalen, og dermed den, der skal benyttes.

3.4 Samlet mængde eller mængde pr. ordregiver?

Dommen rejser også spørgsmålet om, hvorvidt 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”.¹⁷

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

EU-Domstolen udtaler sig dog ikke direkte om, hvorvidt en rammeaftales forventede mængde skal angives pr. ordregiver, som ønsker at benytte sig af aftalen. Derimod henviser EU-Domstolen i sin begrundelse flere steder til ”den samlede mængde”, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter.¹⁸ 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.¹⁹ 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 eller værdi af de ydelser, som kan anskaffes på rammeaftalen.

3.5 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 at ”tiltræde” en aftale indgået af andre ordregivere.

¹⁷ Jf. præmis 71.

¹⁸ Jf. præmisserne 60 og 64.

¹⁹ Jf. præmisserne 60, 61, 64, 66 og 69.

”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.*”²⁰

Efter denne definition var det ikke udelukket, at en ordregiver lejlighedsvist kunne agere 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.²¹

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”.²² 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 forhold til definitionen i 2004-udbudsdirektivet. 2014-udbudsdirektivet forudsætter således, at der kun kan ske indkøb fra indkøbscentraler, som på permanent basis indgår rammeaftaler til brug for ordregivere.²³

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.

²⁰ Jf. artikel 1, stk. 10.

²¹ Jf. forslag til afgørelse af sag C-216/17 fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 3. oktober 2018, præmis 17-18.

²² Se således præmis 61 samt besvarelsen af spørgsmål 1.

²³ Jf. 2014-udbudsdirektivet artikel 2, stk. 1, nr. 14 og nr. 16.

3.6 Har dommen generel betydning for anvendelse af rammeaftaler?

EU-Domstolen tager i dommen alene stilling til det præjudicielle spørgsmål, som angår en ordregivers tiltræden af en rammeaftale, indgået af en anden ordregiver. Det er derfor et relevant spørgsmål, om dommen har betydning for indgåelsen af rammeaftaler *generelt*, dvs. også i andre situationer, end den i dommen omhandlede.

Det kan argumenteres, at de faktuelle omstændigheder i sagen, navnlig uklarheden om, hvorvidt den omtvistede aftale var en rammeaftale eller en kontrakt, aftalens løbetid på ni år, samt det forhold, at aftalen formentligt slet ikke angav mængden af de ydelser, som de tiltrædende myndigheder kunne bestille på aftalen, kan tale imod en bredere fortolkning af dommen.

EU-Domstolen har imidlertid i dommen lagt til grund, at den omtvistede aftale var en rammeaftale og har således fortolket reglerne om rammeaftaler. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at de argumenter og betragtninger, som EU-Domstolen begrundet sin afgørelse med, ikke er afgrænset til den specifikke situation, som dommen omhandler, men angår rammeaftaler generelt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at EU-Domstolen – på trods af sagens faktuelle omstændigheder – fortolker de regler, som regulerer rammeaftaler generelt.

EU-Domstolen kommer således med en række udtalelser og henvisninger til definitionen af en rammeaftale i 2004-udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5²⁴ samt til overholdelsen af de grundlæggende EU-retlige principper i 2004-udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, m.fl.²⁵ De pågældende bestemmelser regulerer rammeaftaler generelt og ikke kun i de situationer, hvor rammeaftalen er indgået på vegne af andre ordregivere, som var den specifikke situation, som dommen omhandlede. Reglerne gælder således eksempelvis også for rammeaftaler, som ikke er indgået på vegne af andre ordregivere, og for rammeaftaler med såvel en som flere leverandører, samt med og uden genåbning af konkurrencen.

Det skal nævnes, at EU-Domstolen i én præmis henviser til en bestemmelse, som regulerer rammeaftaler med enkelt økonomisk aktør.²⁶ I den øvrige del af begrundelsen udtaler EU-Domstolen sig imidlertid ikke specifikt om en rammeaftale med enkelt økonomisk aktør, men om rammeaftaler generelt²⁷.

²⁴ Jf. præmis 60.

²⁵ Jf. præmisser 62-65 og 67-68.

²⁶ Jf. præmis 61, hvori EU-Domstolen henviser til 2004-udbudsdirektivets art. 32, stk. 3.

²⁷ Se præmisserne 60 og 62-69.

På baggrund af ovenstående, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen har en *generel* betydning for anvendelse af rammeaftaler, herunder også for rammeaftaler med flere økonomiske aktører og henholdsvis med eller uden genåbning af konkurrencen.

Der kan argumenteres for, at der i selve det udbudsretlige begreb ”rammeaftale” ligger indbygget en vis fleksibilitet, som begrænses af EU-Domstolens udtalelser. Dette kunne tale imod, at domstolens udtalelser skal anses for at have generel rækkevidde for anvendelsen af rammeaftaler. Flexibiliteten ligger i, at en rammeaftale per definition ikke kan fastlægge samtlige vilkår for de efterfølgende kontrakter, som indgås i medfør af rammeaftalen.²⁸

Rammeaftalers fleksibilitet er imidlertid ikke ubegrænset. Udbudsdirektivet (såvel 2004- som 2014-udbudsdirektivet) indeholder således en række begrænsninger heri. Kontrakter, som indgås i henhold til rammeaftaler, skal således indgås i henhold til de vilkår, som er fastlagt i rammeaftalen.²⁹ Der kan derudover ikke foretages ændringer i rammeaftalens grundlæggende elementer, uden at det udløser krav om en fornyet udbudsprocedure.³⁰

Derudover er ordregiveren forpligtet til at oplyse om rammeaftalens samlede anslåede værdi³¹, som er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid.³²

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

²⁸ En aftale, der fastlægger samtlige vilkår, vil derimod udgøre en kontrakt. 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. Det afgørende for, om der er tale om en rammeaftale eller om en kontrakt, er således, om aftalen indebærer en konkret endelig forpligtelse for ordregiveren til at aftage de af rammeaftalen omfattede ydelser.

²⁹ Jf. 2014-udbudsdirektivets artikel 33, stk. 3, som er implementeret ved udbudslovens § 97 for så vidt angår aftaler med enkelt økonomisk aktør og artikel 33, stk. 4 og 5, implementeret ved udbudslovens § 98-99 for så vidt angår rammeaftaler med flere økonomiske aktører.

³⁰ Jf. 2014-udbudsdirektivets artikel 33, stk. 2, sidste afsnit samt 2014-udbudsdirektivets artikel 72, stk. 4, som er implementeret i udbudsloven § 178. Det skal i den forbindelse bemærkes, at udbudsdirektivet omtaler ”væsentlige ændringer”, som er i udbudsloven omtales som ”ændringer af grundlæggende elementer”. Begge begreber dækker dog i den forbindelse over de samme forhold.

³¹ Jf. 2014-udbudsdirektivets bilag V, del C, pkt. 7 og 8, som er implementeret ved udbudslovens § 128.

³² Jf. 2014-udbudsdirektivets artikel 5, stk. 5, som er implementeret ved udbudsloven § 32.

Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den udbudsretlige regulering af rammeaftaler ikke taler imod, at EU-Domstolens udtalelser i dommen har generel rækkevidde for anvendelsen af rammeaftaler.

3.6.1 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konklusion om dommens konsekvenser

Det er samlet set Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at udbudsdirektivets regler om rammeaftaler i lyset af dommen skal forstås således, at ordregivere skal angive den samlede maksimale mængde eller værdi af de af rammeaftalens omfattede ydelser. Når den pågældende mængde/værdi er nået, vil rammeaftalen som udgangspunkt have udtømt sine virkninger. Det skal dog understreges, at de almindelige udbudsretlige regler om ændringer i rammeaftaler i deres løbetid finder anvendelse, og at dommen efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ikke udtaler sig om disse regler. Det vil sige, at det vil være muligt at foretage yderligere træk på rammeaftalen, hvis sådanne træk ikke udgør ændringer af rammeaftalens grundlæggende elementer. Det vil fx være muligt at foretage yderligere træk, hvis behovet for trækkene skyldes uforudsete forhold.³³ For en overordnet gennemgang af, hvornår der kan foretages ændringer i rammeaftaler henvises til afsnit 4.4 nedenfor.

4. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning i håndtering af rammeaftaler

Ordregivere bruger ofte rammeaftaler i tilfælde, hvor de har svært ved at fastlægge deres behov præcist. Det kan derfor være vanskeligt at fastsætte den forventede samlede mængde/værdi. Det er især svært at estimere mængden for indkøbscentraler, da de kan have mange kunder med forskellige indkøbsbehov.

På den baggrund gennemgås i det følgende nogle af de muligheder for fleksibilitet i anvendelsen af rammeaftaler i deres løbetid, som reglerne giver.

4.1 Fastsættelse af den samlede maksimale mængde/værdi

Ordregiveren har et betydeligt skøn ved fastsættelsen af rammeaftalens maksimale mængde/værdi, men skønnet skal være sagligt begrundet. Derudover skal ordregiver iagttage, at proportionalitets- og gennemsigtighedsprincipperne efterleves. Det indebærer, at ordregiveren ikke *kunstigt* må forhøje rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi i forhold til ordregiverens behov.

Ordregiver skal basere den samlede maksimale mængde/værdi af rammeaftalen på en saglig vurdering. Ordregiverens saglige forventninger for anskaffelsen kan fx være baseret på ordregiverens tidligere anskaffelser af lignende ydelser og eventuelle udsigter for fremtiden. Et andet eksempel kunne være, at det

³³ Jf. udbudslovens § 183.

forventede anskaffelsesbehov for ydelser, der ikke tidligere er blevet anskaffet af den pågældende ordregiver, fastsættes på baggrund af den budgetmæssige ramme for anskaffelserne.

Der er ikke noget til hinder for, at ordregiveren fastlægger sine forventninger til fremtidige indkøb på rammeaftalen på baggrund af det maksimale forventede behov for ydelser.

Det vurderes også at være inden for skønnet at tillægge de forventede behov for anskaffelser en "usikkerhedsmargin" for senere behov for udvidelser, evt. i form af optioner, som gennemgås nedenfor. Denne "usikkerhedsmargin" må dog ikke være så stor, at det er klart usandsynligt, at ordregiveren får brug for den i rammeaftalens løbetid.

4.2 Optioner

For at imødekomme behov for yderligere træk på rammeaftalen kan ordregivere benytte sig af optioner. Optioner giver mulighed for at købe yderligere, nærmere definerede ydelser, i rammeaftalens løbetid. Optioners mængde/værdi skal medregnes i rammeaftalens samlede mængde/værdi, hvorfor optioner kun kan dække senere forudsete behov for yderligere anskaffelser.³⁴ Optioner kan dog bruges til at skabe øget gennemsigtighed om omfanget af de ydelser, som ordregiveren forventer at anskaffe på rammeaftalen.

Optioner kan fx relevante, 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 konkrete forventede forbrug udgør, og hvor stor en del der udgøres af optioner for de potentielle ordregivere, som har mulighed for at benytte sig af rammeaftalen.

4.3 Ændringsklausuler

Ordregivere kan foruden optioner benytte sig af ændringsklausuler, som giver mulighed for at forhøje rammeaftalens værdi i nogle nærmere angivne situationer. Udbudsreglerne tillader, at en rammeaftale kan ændres som følge af klare, præcise og entydige klausuler, som er specificeret i udbudsmaterialet. Sådanne klausuler må dog ikke ændre rammeaftalens overordnede karakter.³⁵

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 eksempelvis 15 pct. med et varsel på seks

³⁴ Jf. udbudslovens § 30, stk. 1.

³⁵ Jf. udbudslovens § 179.

måneder, hvis ordregiveren konstaterer, at der er trukket mere end eksempelvis 90 pct. af rammeaftalens oprindelige samlede mængde, og såfremt forhøjelsen kan ske inden for rammeaftalens løbetid. En ændringsklausul af denne type vil fx kunne give ordregiveren mulighed for at få dækket sit indkøbsbehov i en periode hvor et evt. genudbud gennemføres. Det skal understreges, at der blot er tale om et eksempel på en ændringsklausul og ikke en normgivende procentsats.

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 fx ikke føre til, at den ændrede rammeaftale henvender sig til et helt andet marked end den oprindeligt udbudte rammeaftale.

4.4 Ændringer af rammeaftaler

EU-Domstolens udtalelser vedrører som nævnt ikke umiddelbart reglerne om ændringer af rammeaftaler i deres løbetid, dvs. udbudslovens §§ 180, 181, 183 samt 178, stk.2.

Det er muligt, at foretage udvidelser i forhold til rammeaftalens oprindeligt estimerede mængde/værdi, såfremt udvidelser er udbudsretligt tilladelige ændringer af rammeaftalen. Udbudsloven fastslår således, at der kan ske ændringer i rammeaftaler, så længe ændringen ikke ændrer rammeaftalens grundlæggende elementer.³⁶

De udvidelser, som vil være omfattet af klare, præcise og entydige ændringsklausuler, jf. gennemgangen ovenfor, eller af udbudslovens § 180 om ændringer af mindre værdi, § 181 om supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør eller § 183 om uforudsete ændringer vil ikke udgøre ændringer af grundlæggende elementer. Såfremt udvidelsen ikke falder ind under nogen af disse bestemmelser, skal der foretages en vurdering efter § 178, stk. 2, om ændringen vurderes at være en ændring i rammeaftalens grundlæggende elementer.

4.4.1 Ændringer af mindre værdi - § 180

§ 180 fastslår, at mindre ændringer ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer. Anvendelse af § 180 forudsætter, at to betingelser er opfyldt. For det første skal den økonomiske værdi af ændringen være under tærskelværdierne i udbudsloven. For det andet skal værdien af ændringerne være mindre end 10 pct. af den oprindelige rammeaftale for vare- eller tjenesteydelser og mindre end 15 pct., for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder.

³⁶ Jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Denne bestemmelse implementerer 2014-udbudsdirektivets artikel 72, stk. 4, som omtaler ”væsentlige ændringer”. ”Væsentlige ændringer” og ”ændringer af grundlæggende elementer” henviser i denne forbindelse til det samme begreb.

Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt, skal værdien af ændringerne lægges sammen.

4.4.2 *Supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør - § 181*

§ 181 fastslår, at supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer, når ændringen er nødvendig for gennemførelse af rammeaftalen. Derudover er det et krav, at anvendelsen af en anden leverandør:

- ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art og
- vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger.

Værdien af den supplerende leverance må ikke overstige 50 pct. af værdien af den oprindelige rammeaftale. Hvis der foretages flere successive ændringer, gælder grænsen på 50 pct. for hver enkelt ændring.

Det er derudover en betingelse, at ændringen ikke må have til hensigt at omgå reglerne i udbudsloven.

4.4.3 *Uforudset ændringsbehov - § 183*

§ 183 fastslår, at ændringer som følge af et uforudset behov efter omstændighederne ikke vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer. Betingelserne for, at en ændring som følge af uforudset behov er tilladelig, er:

- at rammeaftalens overordnede karakter ikke ændres og
- at værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige rammeaftale.

Der kan være tale om uforudset behov, hvis den eller de begivenheder, som har forårsaget behovet, ikke har kunnet forudses på trods af en rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiverens side. Ved vurdering heraf 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.³⁷

Begrænsningen for værdistigningen på 50 pct. af den oprindelige rammeaftale gælder for hver af ændringerne, hvis der foretages flere ændringer. Flere successive ændringer kan således godt indebære en samlet værdistigning på over 50 pct.

³⁷ Jf. lovbemærkninger til § 183.

4.4.4 Andre ændringer, som ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer - § 178, stk. 2

Det er som nævnt ovenfor muligt at foretage ændringer i rammeaftalens mængde/værdi i andre situationer, end omfattet af § 180, § 181 eller § 183, hvis ændringen:

- ikke påvirker kredsen af deltagere i udbudsproceduren, de udvalgte ansøgere eller den gennemførte tilbudsevaluering,³⁸
- ikke forrykker rammeaftalens økonomiske balance til fordel for leverandøren på en måde, som ikke var forudset i den oprindelige rammeaftale³⁹ og
- i øvrigt ikke udvider rammeaftalens omfang betydeligt.⁴⁰

Det vil afhænge af en konkret vurdering, hvornår en ændring vil udgøre en ændring af rammeaftalens grundlæggende elementer, herunder hvornår der vil være tale om en betydelig udvidelse.

For nærmere gennemgang af udbudslovens regler om ændringshåndtering henvises der til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 11.

4.5 Styring og opfølgning på rammeaftaler

Udbudsreglerne fordrer, at ordregiver har et overblik over forbruget på rammeaftalen.

Såfremt en rammeaftale nærmer sig den maksimale mængde/værdi, bør ordregiver således overveje om en evt. udvidelse af rammeaftalen vil kunne gennemføres som en lovlig ændring, fx ved at aktivere en ændringsklausul.

Hvis det ikke er muligt at udvide rammeaftalen i dens løbetid, fordi der ikke foreligger en anvendelig ændringsklausul og en udvidelse i øvrigt vurderes at ændre aftalens grundlæggende elementer, skal der i stedet gennemføres et nyt udbud af rammeaftalen. Ordregiver bør i dette tilfælde påbegynde et genudbud tidsnok til at sikre, at det pågældende indkøbsbehov kan dækkes inden for den eksisterende rammeaftale (dvs. med de muligheder for fleksibilitet, som rummes inden for gældende regler), indtil en ny rammeaftale er etableret.

³⁸ Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

³⁹ Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

⁴⁰ Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

5. Opsummering

Opsummerende vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at EU-Domstolens dom i sagen C-216/17 bidrager til at præcisere følgende forpligtelser, som ordregivere har i forbindelse med indgåelse og anvendelse af rammeaftaler:

- Kun ordregivere, som oprindeligt var forudsat i udbudsmaterialet, kan trække på en rammeaftale. Udbudsloven fastslår endvidere, at samtlige mulige ordregivere skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.⁴¹
- Ordregivere skal fastlægge **den samlede maksimale mængde** af de ydelser, som rammeaftalen omfatter, på baggrund af en saglig vurdering af behovet for anskaffelser i aftalens løbetid.
- Ordregivere kan i stedet for at angive den samlede maksimale mængde vælge at angive den samlede maksimale **værdi** af rammeaftalen ved overholdelse af gennemsigtsprincippet.
- 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 en 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 maksimale mængde/værdi** af rammeaftalen og ikke mængde/værdi pr. ordregiver.
- Når den angivne samlede maksimale mængde/værdi af rammeaftalen er nået, vil aftalen som udgangspunkt have **udtømt sine virkninger**, medmindre aftalen kan udvides uden at udvidelsen udgør en ændring af rammeaftalens grundlæggende elementer.

Udbudsreglerne giver ordregivere nogle muligheder for fleksibilitet i anvendelsen af rammeaftaler i deres løbetid:

- Det er muligt at udvide rammeaftalen ud over den angivne maksimale mængde/værdi (kvantitative udvidelser), såfremt udvidelsen udgør en tilladelig **ændring** af rammeaftalen. En udvidelse, som ikke ændrer rammeaftalens grundlæggende elementer, vil være tilladelig.⁴²
- Ordregivere har et vidt skøn ved fastsættelsen af rammeaftalens maksimale mængde/værdi, men må ikke skønne mængden/værdien kunstigt højt. Det vil være inden for skønnet at tillægge de forventede behov en "usikkerhedsmargin" for at imødekomme senere behov for udvidelser, fx ved brug af optioner eller ændringsklausuler. Denne

⁴¹ Identifikation af ordregiverne i udbudsbekendtgørelsen kan i medfør af lovbemærkninger til udbudslovens § 96 fx ske ved henvisning til en indkøbscentrals offentliggjorte register over de ordregivere eller kategorier af disse, som kan anvende den pågældende rammeaftale.

Identifikationen kan også ske på anden måde, såsom ved angivelse af en reference til en given kategori af ordregivere inden for et klart afgrænset geografisk område, således at de pågældende ordregivere let og entydigt kan identificeres.

⁴² Jf. udbudslovens § 178.

usikkerhedsmargin må dog ikke være så stor, at det er klart usandsynligt, at ordregiveren vil gøre brug af den i rammeaftalens løbetid.

- Såfremt ordregiveren gør brug af **optioner**, skal de indregnes i rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi.
- Ordregivere kan gøre brug af klare, præcise og entydige **ændringsklausuler** for at imødekomme evt. behov for udvidelser.
- Såfremt en rammeaftale er ved at nærme sig den maksimale ramme, bør ordregiver undersøge muligheden for at foretage en lovlig udvidelse af rammeaftalen, jf. ovenfor. Hvis udvidelsen ikke er mulig, skal der gennemføres et genudbud af rammeaftalen.