



Betydningen af EU-Domstolens dom af 19. december 2018: Rammeaftalen er opbrugt, når der anskaffet for den estimerede værdi



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Advokat

Den 20. august 2019 offentliggjorde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen et notat af EU-Domstolens dom af 19. december 2018. Ifølge dommen skal ordregivere ved udbud af en rammeaftale angive dennes maksimale værdi, som udgør den øvre grænse for ordregivers indkøb. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at dommen alene præciserer allerede eksisterende forpligtelser for ordregivere.

Baggrund

EU-Domstolen afsagde den 19. december 2018 dom i sagen C-216/17, der omhandlede en rammeaftale om renovation og indsamling af affald udbudt af en regional sundheds- og socialmyndighed i Italien i henhold til det tidligere gældende udbuds direktiv (direktiv 2004/18/EF). Det fremgik af udbudsmaterialet, at en række øvrige

regionale myndigheder efterfølgende kunne tiltræde rammeaftalen. Dette medførte et søgsmål ved den højeste 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.

EU-Domstolens dom af 19. december 2019 udgør Domstolens svar på disse spørgsmål.

Ad spørgsmål 1

For så vidt angår det første spørgsmål udtalte EU-Domstolen, at en ordregiver kan indgå en rammeaftale på vegne af øvrige, udpegede ordregivende myndigheder, der ikke er direkte parter i rammeaftalen, såfremt kravene til offentlighed, retssikkerhed og gennemsigtighed er opfyldt.

EU-Domstolen udtalte, at dette er i overensstemmelse med det tidligere gældende udbudsdirektiv (2004/18), der ikke stillede krav om, at en ordregivende myndighed, der senere tiltræder en rammeaftale, skal have deltaget i aftalens undertegnelse.

Ad spørgsmål 2

Som svar på spørgsmål 2 udtalte EU-Domstolen, at ordregiver skal fastlægge mængden af ydelser, der kan indkøbes ved efterfølgende kontrakter baseret på rammeaftalen, hvilket er i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregiver ved fastsættelse af mængden henviser til ordregiverens sædvanlige behov.

EU-Domstolen henviste til, at en række bestemmelser i det tidligere gældende udbudsdirektiv (2004/18) stiller krav om, at en rammeaftale skal angive den maksimale mængde af ydelser, der kan indkøbes på rammeaftalen.

Derudover henviste EU-Domstolen til, at det følger af artikel 32, stk. 3, i det tidligere gældende udbudsdirektiv (2004/18), at kontrakter, der indgås på baggrund af en rammeaftale, skal indgås på de vilkår, der følger af rammeaftalen. Som konsekvens heraf kan en ordregiver, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun forpligte sig selv og øvrige ordregivende myndigheder inden for grænserne af en bestemt mængde. Når denne mængde er nået, har rammeaftalen udtømt sin virkning, og der kan ikke foretages yderligere køb på rammeaftalen.

Særligt denne udtalelse om, at der kun kan foretages indkøb på en rammeaftale op til den af ordregiver på forhånd angivne mængde, hvorefter rammeaftalen har udtømt sin virkning, har givet anledning til stor diskussion blandt danske udbudspraktikere.

Som følge heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejdet et notat med det formål at skabe klarhed over dommens rækkevidde, herunder konsekvenser for dansk udbudspraksis.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af dommen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker indledende, at det er styrelsens vurdering, at EU-domstolens udtalelser ikke ændrer gældende dansk ret, men alene præciserer en række forpligtelser, der påhviler ordregiver ved indgåelse og anvendelse af rammeaftaler.

Er dommen relevant for det nugældende udbudsdirektiv?

På trods af, at EU-Domstolens afgørelse vedrører det tidligere gældende udbuds direktiv (2004/18), vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at dommen også er relevant ved fortolkning af det nugældende udbudsdirektiv og dermed udbudsloven.

Dette skyldes, at de omhandlede bestemmelser i 2004-direktivet er videreført til det nugældende udbudsdirektiv, og dermed udbudsloven som implementerer dette i dansk ret.

Dommen er også relevant ved fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, da disses bestemmelser om rammeaftaler i hovedsagen svarer til udbudsdirektivets.

Ordregivers efterfølgende tiltræden af rammeaftaler

Ifølge EU-Domstolens afgørelse, er det afgørende, om en ordregiver har mulighed for at trække på en rammeaftale, der er indgået af en anden ordregiver, om det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at den pågældende ordregiver har mulighed for at foretage indkøb på rammeaftalen. Hvis det fremgår af udbudsmaterialet, at en navngiven ordregiver kan trække på rammeaftalen, er det underordnet, at rammeaftalen blev udbudt og indgået af en anden ordregiver.

Ved udbud i henhold til udbudsloven, skal potentielle fremtidige ordregivere angives i udbudsbekendtgørelsen, mens der i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet og sikkerheds- og forsvarsdirektivet alene er krav om, at disse fremgår af udbudsbetingelserne.

Ordregiver kan angive rammeaftalens værdi frem for mængden af varer eller ydelser

Det følger af dommen, at en rammeaftale skal fastlægge den maksimale "mængde" af varer eller ydelser, som potentielle tiltrædende ordregivere kan købe på rammeaftalen.

Som følge heraf opstår spørgsmålet, hvorvidt en rammeaftale skal fastlægge den maksimale mængde i form af antal varer eller ydelser, som kan indkøbes, eller hvorvidt ordregiver kan nøjes med at angive rammeaftalens maksimale værdi, dvs. det beløb, som ordregiver maksimalt kan købe for.

EU-Domstolen henviser i sine præmisser til henholdsvis "mængde" og til "beløb", ligesom EU-Domstolen omtaler reglerne om beregning af rammeaftalers værdi.

Det er på denne baggrund Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er tilstrækkeligt, at ordregiver angiver rammeaftalens maksimale værdi.

Det er tilstrækkeligt at angive rammeaftalens samlede værdi

Det fremgår ikke direkte af EU-Domstolens udtalelser, hvorvidt den maksimale mængde/værdi skal angives pr. ordregiver eller for rammeaftalen i sin helhed.

EU-Domstolen henviser imidlertid flere steder til "den samlede mængde", som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter. Domstolen nævner ikke, at fastlæggelsen skal ske pr. ordregiver, som har mulighed for at trække på rammeaftalen.

Det er på denne baggrund Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være tilstrækkeligt med en angivelse af den samlede mængde/værdi af ydelser, som kan anskaffes på rammeaftalen, hvorfor det ikke er nødvendigt at angive den maksimale mængde pr. ordregiver.

Dommen har generel betydning for indgåelse af rammeaftaler

Dommen rejser spørgsmålet om, hvorvidt EU-Domstolens udtalelse alene gælder i tilfælde, hvor ordregivere tiltræder en rammeaftale, der oprindeligt er indgået af en anden ordregiver, eller om afgørelsen har generel betydning for indgåelse af rammeaftaler.

Særligt dette spørgsmål har været genstand for stor debat blandt udbudspraktikere, og ganske mange har været af den opfattelse, at dommen kun var relevant i tilfælde, hvor flere ordregivere kunne indkøbe på samme rammeaftale, som f.eks. i regi i SKI.

Dette skyldes blandt andet, at rammeaftaler grundlæggende er defineret ved større fleksibilitet end almindelige kontrakter, som udgangspunkt anvendes i tilfælde, hvor ordregiver ikke på forhånd kan fastsætte sit nøjagtige behov.

I dommen udtaler EU-Domstolen sig imidlertid om definitionen af rammeaftaler i artikel 1, stk. 5, i det tidligere gældende udbudsdirektiv (2004/18) og om overholdelsen af de grundlæggende EU-retslige principper. Det er på den baggrund nærliggende at antage, at EU-Domstolens udtalelser finder anvendelse for rammeaftaler generelt.

Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen har betydning for indgåelse og anvendelse af rammeaftaler generelt, og dermed ikke begrænser sig til den situation, som forelå i den konkrete sag.

Det betyder ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 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) – kontrakter, medmindre de kan gennemføres ved en lovlig ændring af rammeaftalen.”

Dommen er også relevant ved indgåelse af rammeaftale med flere leverandører

EU-Domstolens udtalelser tager udgangspunkt i den konkrete situation, hvor ordregiver havde indgået en rammeaftale med én leverandør.

I store dele af sin begrundelse udtaler Domstolen sig dog om rammeaftaler generelt og ikke specifikt om rammeaftaler med én leverandør.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at dommen også har relevans for rammeaftaler med flere økonomiske aktører, både med direkte tildeling og med genåbning af konkurrencen.

DLA Piper bemærker

DLA Piper tilslutter sig Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, hvorefter dommen har generel betydning for anvendelsen af rammeaftaler, og ikke begrænser sig til den situation, som forelå i den konkrete sag.

Ordregivere skal således ved udbud af en rammeaftale angive rammeaftalens samlede værdi, der vil udgøre den øvre grænse for ordregivers indkøb på rammeaftalen. Når ordregiver har foretaget indkøb på rammeaftalen svarende til den angivne værdi, skal ordregiver som udgangspunkt foretage genudbud.

Det er således vigtigt, at ordregiver angiver en værdi, der er tilstrækkelig høj til, at ordregiver ikke tvinges til at genudbyde rammeaftalen før tid. Det vil sige, at den estimerede værdi er den indholdsmæssige grænse for rammeaftalen. Det kan forekomme u hensigtsmæssigt, da rammeaftaler ofte anvendes, når ordregiver ikke kender sit behov fuldt ud. En rammeaftales maksimale værdi bør derfor udgøre ordregivers forventede behov inkl. en lille sikkerhedsmargin.

Dette medfører særligt udfordringer ved udbud af en rammeaftale, der kan benyttes af flere ordregivere. For det første vil det, at rammeaftalen kan benyttes af flere ordregivere, ofte medføre større usikkerhed for så vidt angår ordregivernes samlede behov. For det andet er der risiko for, at én ordregiver opbruger rammeaftalens værdi på bekostning af en eller flere øvrige ordregivere. Det er derfor særligt ved udbud af rammeaftaler til brug for flere ordregivere vigtigt, at den maksimale værdi overvejes nøje.

Det frarådes, at ordregiver angiver en kunstig høj værdi, idet dette giver tilbudsgiverne et misvisende billede af rammeaftalens omfang, hvilket kan medføre forkert prissætning og efterfølgende udfordringer med leverandøren. Ordregivers angivelse af en kunstig høj værdi vil desuden være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Hvis ordregiver ikke kan fastlægge rammeaftalens værdi med tilstrækkelig nøjagtighed, anbefales det, at ordregiver anvender en eller flere optioner til at sikre sig mod, at rammeaftalens virkning ophører tidligere end

ønsket.

Vi har siden dommens afsigelse flere gange benyttet optioner til at fastsætte en rammeaftales maksimale værdi. Vi har i den forbindelse anført i udbudsbekendtgørelsen, at ordregivers forventede behov udgør kr. xx, men at ordregiver som følge af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 har fastsat en option på kr. xx, som den estimerede værdi udgør summen af.

Rammeaftalens samlede værdi skal angives inklusive eventuelle optioner.

Læs Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat [her](#).

Fagområder International handel, regulatoriske og offentlige forhold

Sektorer Government Contracting
