

Udarbejdet af
Clara Christine Guldbæk og
Emma Tanggaard Hansen

Rækkevidden af
C-216/17, Autoritá
- set fra et udbudsretligt perspektiv

Juridisk kandidatspeciale
Aalborg Universitet 2021

Vejleder: Dorthe Kristensen Balshøj

Titelblad

Uddannelsessted:	Aalborg Universitet, Juridisk Institut
Vejleder:	Dorthe Kristensen Balshøj
Projekttype:	Kandidatspeciale
Retsområde:	EU-udbudsret
Projekttitle:	Rækkevidden af C-216/17, <i>Autoritá</i> – set fra et udbudsretligt perspektiv
Title of Project:	The Legal Scope of C-216/17, <i>Autoritá</i> – from a Procurement Law Perspective
Udarbejdet af:	Clara Christine Guldbæk (studienummer: 20164705) Emma Tanggaard Hansen (studienummer: 20164805)
Afleveringsdato:	19. maj 2021
Anslag i alt:	163.330

Abstract

This project examines the legal scope of C-216/17, *Autoritá* from a procurement law perspective. The examination will mainly be done by using the legal dogmatic method.

The main purpose of this project is to investigate the current legal scope of the Danish Public Procurement Act regarding determination of the maximum value of framework agreements after CJEU's¹ ruling in C-216/17, *Autoritá*.

First and foremost, this project investigates the current regulation of centralised purchasing bodies and framework agreements in the Danish Public Procurement Act to specify the classification of framework agreements. To help establish the classification of framework agreements this project includes an analysis of the Danish Complaints Board for Public Procurement (CBPP) 7th October 2020 *Remondis*. This project also seeks to examine the relevance of centralised purchasing bodies' use of framework agreements and the pros and cons of the use of framework agreements.

The project also includes an analysis of C-216/17, *Autoritá* to establish the legal scope of CJEU's ruling in C-216/17, *Autoritá* regarding Directive 2004/18/EC and Directive 2014/24/EU. To establish the legal scope regarding Directive 2014/24/EU this project also includes an analysis of CBPP 16th January 2020 *Simonsen & Weel* which has resulted in a request for a preliminary ruling in C-23/20, *Simonsen & Weel*.

Next, the project examines contracting authorities' possibilities to avoid exceeding the maximum value of framework agreements before the end of the contracting period. In this regard the project evaluates the relevant considerations contracting authorities should make regarding public procurements that include framework agreements. The possibilities to change the contract before and after the public procurement under the Danish Public Procurement Act are also evaluated.

In conclusion, the current legal scope of the Danish Public Procurement Act regarding framework agreements remains uncertain in some areas while other areas are clarified due to CJEU's ruling in C-216/17, *Autoritá*. It is also concluded that C-216/17, *Autoritá* might be seen as a precedent and that

¹ 'CJEU' is short for The European Court of Justice

recital 61 in the ruling might be seen as an obiter dictum. Some of the uncertainties regarding framework agreements are expected to be clarified by the preliminary ruling C-23/20, *Simonsen & Weel*.

Finally, this project discusses whether the legal scope of C-216/17, *Autoritá* is applicable to the current Utilities Directive.² It is also discussed whether it is desirable that the legal scope of recital 61 in C-216/17, *Autoritá* applies to framework agreements under the Utilities Directive as well. In conclusion it is most likely that the legal scope of C-216/17, *Autoritá* is applicable to the Utilities Directive as well.

² ‘The current Utilities Directive’ refers to Directive 2014/25/EU

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	6
2. Problemformulering.....	8
3. Afgrænsning	9
4. Metodeafsnit	13
4.1. Den juridiske metode	13
4.2. Den retsdogmatiske metode	13
4.2.1. Retsregler og retspraksis.....	14
4.2.2. EU-ret.....	15
4.2.3. Øvrige retskilder	16
4.3. Retspolitik	18
5. Gældende regulering af indkøbscentraler og rammeaftaler	19
5.1. Indkøbscentraler	19
5.1.1. Regulering af indkøbscentraler.....	19
5.1.2. Ansvarsfordelingen mellem indkøbscentraler og ordregivere.....	20
5.1.3. Fordele og ulemper ved indkøbscentraler.....	21
5.2. Rammeaftaler	21
5.2.1. Regulering af rammeaftaler	21
5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler	24
5.2.3. KLFU 7. oktober 2020 Remondis.....	26
5.2.4. Klassificering af rammeaftaler, herunder inddragelse af KLFU 7. oktober 2020 Remondis.....	30
5.3. Delkonklusion	32
6. Domsanalyse af C-216/17, Autoritá.....	34
6.1. Domsreferat.....	34
6.1.1. Sagens parter.....	34
6.1.2. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål	34
6.1.3. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel forelæggelse.....	37
6.1.4. Om de præjudicielle spørgsmål	37
6.1.5. Resultat	39
6.2. Dommens rækkevidde med udgangspunkt i 2004-direktivet.....	40
6.2.1. Gældende ret på tidspunkt for indgåelse af rammeaftale.....	40
6.2.2. 9-årig rammeaftale	40
6.2.3. Generel betydning for rammeaftaler.....	42
6.2.4. Fortolkningen af 'i givet fald,' herunder grundlæggende principper og omgåelseshensyn	43
6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi.....	46
6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver.....	49
6.2.7. Særligt om præmis 61	50
6.3. Dommens relevans for 2014-direktivet og analyse af KLFU 16. januar 2020 Simonsen & Weel.....	54
6.3.1. Sagens genstand.....	55
6.3.2. Analyse af parternes argumentation.....	57

6.3.3. Analyse af relevante ligheder og forskelle mellem 2004- og 2014-direktivet.....	62
6.3.4. Forventet udfald af C-23/20, Simonsen & Weel	64
6.4. Præjudikat eller ej.....	66
6.5. Delkonklusion	68
7. Ordregivers muligheder for at undgå overskridelse af rammeaftalens værdi	70
7.1. Ordregivers overvejelser inden udbud	70
7.1.1. Værdiansættelse i interval.....	72
7.2. Ordregivers ændringsmuligheder efter udbudsloven	73
7.3. Delkonklusion	76
8. Konklusion.....	78
9. Perspektivering	82
Litteraturliste	87
Dokumentation for antal anslag.....	92

1. Indledning

Den offentlige sektor indgår hvert år kontrakter for omkring kr. 380 milliarder.³ I 2019 udgjorde op mod 47% af alle offentlige kontrakter rammeaftaler.⁴ De seneste år har der således været en stigende tendens til at udbyde offentlige kontrakter som rammeaftaler.⁵ Rammeaftaler spiller dermed en større og større rolle som indkøbsmetode, når offentlige ordregivere skal indgå udbudspligtige kontrakter.

Imidlertid er der fortsat usikkerhed om reguleringen af rammeaftaler og grænserne herfor. Dette kan udledes af C-216/17, *Autorità*, hvor den øverste italienske forvaltningsdomstol, Consiglio di Stato, forelagde to præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. Consiglio di Stato var i tvivl om, hvorvidt en rammeaftale kunne indgås på vegne af andre myndigheder, som ikke var parter i rammeaftalen. Derudover var der tvivl om, hvorvidt rammeaftalens værdi kunne angives med henvisning til ordregivers sædvanlige behov.⁶ EU-Domstolen besvarede de præjudicielle spørgsmål og valgte i den forbindelse at udtale sig om retsvirkningen af en overskridelse af rammeaftalens værdi inden kontraktens udløb.⁷

Efter afsigelsen af C-216/17, *Autorità* er en række problemstillinger vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler blevet italesat. Særligt har dommens præmis 61 givet anledning til fortolkningstvivel. Fortolkningen af præmis 61 kan potentielt få store konsekvenser for ordregivers indgåelse og anvendelse rammeaftaler. Fortolkningen af C-216/17, *Autorità* har også konsekvenser for indkøbscentraler, som i praksis indgår et stort antal rammeaftaler på vegne af offentlige ordregivere.⁸

Den uafklarede retstilstand efter afsigelsen af C-216/17, *Autorità* har medført, at Klagenævnet for Udbud, for første gang siden 2014,⁹ har forelagt tre præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler. Forelæggelsen er sket i forbindelse med Klagenævnet for Udbuds besvarelse af KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*. I skrivende stund har EU-Domstolen endnu ikke taget stilling til den præjudicielle forelæggelse, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2020*, s. 5

⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2020*, s. 27

⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2020*, s. 29

⁶ C-216/17, *Autorità*, præmis 33

⁷ C-216/17, *Autorità*, præmis 61

⁸ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 82

⁹ C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*

Nærværende fremstilling tilsigter derfor at belyse retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler, herunder rækkevidden af C-216/17, *Autoritá*, og ordregivers muligheder for at undgå en overskridelse af rammeaftalens højeste anslåede værdi efter udbudsloven. Slutteligt foretages der en perspektivering af retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler efter EU-Domstolens afgørelse af C-216/17, *Autoritá* med henblik på at vurdere, om retstilstanden kan udstrækkes til at gælde for forsyningsvirksomhedsdirektivet.

2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående problematikker opstilles følgende problemformulering:

Hvad er den nugældende retsstilling efter udbudsloven i relation til værdiansættelse af rammeaftaler efter EU-Domstolens afsigelse af C-216/17, Autoritá?

For at besvare ovenstående problemformulering bedst muligt opstilles følgende underspørgsmål:

- 1. Hvilken regulering er gældende for indkøbscentraler og rammeaftaler efter udbudsloven, og hvordan klassificeres en rammeaftale? I relation til klassificering af rammeaftaler inddrages KLFU 7. oktober 2020 Remondis.*
- 2. Hvad er rækkevidden af C-216/17, Autoritá i relation til værdiansættelse af rammeaftaler efter direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU? I relation til dommens relevans for direktiv 2014/24/EU inddrages KLFU 16. januar 2020 Simonsen & Weel.*
- 3. Hvilke muligheder har ordregiver for at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi?*

Underspørgsmålene danner projektets struktur og søges besvaret løbende i projektet med henblik på at opnå en fyldestgørende besvarelse af problemformuleringen.

3. Afgrænsning

Der er i praksis tvivl om den udbudsretlige regulering vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler. Projektets fokus er derfor at undersøge den nugældende retsstilling efter udbudsloven¹⁰ i relation til værdiansættelse af rammeaftaler. For at besvare denne problemstilling, redegøres der i projektets indledende del for begrebet 'rammeaftale.'

Det bemærkes, at flere af udbudslovens bestemmelser vedrørende rammeaftaler også vedrører dynamiske indkøbssystemer.¹¹ Da rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer er to forskellige ting, og C-216/17, *Autoritá* alene omhandler rammeaftaler, afgrænses projektet til at behandle retstilstanden for rammeaftaler. Dynamiske indkøbssystemer adresseres ikke yderligere i dette projekt.

Udover rammeaftaler redegøres der også for indkøbscentraler. Redegørelsen for indkøbscentraler begrundes med, at retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler også er relevant for indkøbscentraler, da indkøbscentraler i praksis indgår et stort antal rammeaftaler på vegne af en eller flere ordregivende myndigheder.¹² Indkøbscentralers relevans for dette projekt understreges af, at C-216/17, *Autoritá* bl.a. omhandler ordregivers indgåelse af rammeaftaler på vegne af andre ordregivere, hvilket er essensen af indkøbscentralers virke.¹³ Reguleringen af indkøbscentraler og deres anvendelse af rammeaftaler synes dermed relevant for nærværende fremstilling, da retsstillingen efter C-216/17, *Autoritá* også antages at gælde for indkøbscentralers anvendelse af rammeaftaler.

Selvom C-216/17, *Autoritá* netop tager stilling til værdiansættelse af rammeaftaler, er der fortsat tvivl om dette spørgsmål i praksis, jf. bl.a. KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*. Nærværende projekt centrerer sig derfor om en domsanalyse af C-216/17, *Autoritá* med henblik på at afklare dommens rækkevidde og retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler.¹⁴

C-216/17, *Autoritá* omhandler to problemstillinger vedrørende rammeaftaler. Den ene problemstilling vedrører muligheden for at indgå rammeaftaler på vegne af ordregivende myndigheder, som ikke

¹⁰ Ved 'udbudsloven' forstås den nugældende danske udbudslov, Lov 2015-12-15 nr. 1564. Ved henvisning til bestemmelser forkortes udbudsloven herefter til 'UBL'

¹¹ Se f.eks. UBL § 32 omhandlende værdiansættelse af rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer

¹² UBL § 24, nr. 6, litra b

¹³ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 2

¹⁴ Se Kapitel 6 Domsanalyse af C-216/17, *Autoritá*

anses for at være parter i rammeaftalen. Den anden problemstilling vedrører værdiansættelse af rammeaftaler. Projektet afgrænses til at omhandle sidstnævnte problemstilling. Det betyder, at problemstillingen vedrørende rammeaftalens parter er ikke genstand for nærmere juridisk analyse i dette projekt.

Afgrænsningen fra det første præjudicielle spørgsmål sker som følge af, at problemstillingen ikke tjener til at afklare retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler. Derfor bliver problemstillingen alene adresseret i forbindelse med gengivelsen af faktum i C-216/17, *Autoritá*. Endvidere er afgrænsningen foretaget som følge af, at EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* synes at sondre mellem to typer af ordregivere.¹⁵ På den ene side sondres der mellem ordregivere, der har deltaget i aftaleindgåelsen, og på den anden side ordregivere, der ikke har deltaget i aftaleindgåelsen, men som senere kan tiltræde og dermed benytte rammeaftalen. I dansk udbudsret eksisterer denne sondring imidlertid ikke, da begge typer af ordregivere anses som parter i rammeaftalen.¹⁶ Sondringen har således begrænset relevans for retsstillingen efter udbudsloven. Derudover synes det endeligt fastslået i C-216/17, *Autoritá*, at artikel 32, stk. 2 i direktiv 2004/18/EF ikke er til hinder for, at ordregivere, som ikke har deltaget i aftaleindgåelsen, men som er angivet i udbudsdokumenterne, kan benytte rammeaftalen.¹⁷ Afgrænsningen er endvidere foretaget som følge af, at problemstillingen ikke er aktuel efter direktiv 2014/24/EU, da det fremgår af artikel 33, stk. 2, 2. afsnit og UBL § 96, at ordregivere, der ønsker at benytte rammeaftalen, skal være klart identificerede.

I Afsnit 6.3. inddrages KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, som har resulteret i den præjudicielle forelæggelse C-23/20, *Simonsen & Weel*, med henblik på at fastlægge C-216/17, *Autoritás* relevans for direktiv 2014/24/EU. Det er alene de to første præjudicielle spørgsmål i KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel* og C-23/20, *Simonsen & Weel*, som er genstand for behandling i projektet. Det skyldes, at de to første præjudicielle spørgsmål vedrører selve værdiansættelsen af rammeaftaler, herunder om ordregiver skal angive rammeaftalens mængde eller værdi, og om angivelsen skal ske for den samlede rammeaftale eller pr. ordregiver. Da projektet netop undersøger den nugældende retsstilling efter udbudsloven i relation til værdiansættelse af rammeaftaler, er det derfor relevant at

¹⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 49-56

¹⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 6, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til KLFU 26. september 2011 *TDC A/S mod Økonomistyrelsen*, og KLFU 25. september 2012 *UVdata A/S mod Københavns Kommune*. I kendelserne sondres der ikke mellem ordregivere, der har deltaget i aftaleindgåelsen og ordregivere der efterfølgende tiltræder aftalen

¹⁷ C-216/17, *Autoritá*, præmis 55-56

undersøge, hvad det mulige udfald af de to første præjudicielle spørgsmål forventes at være på baggrund C-216/17, *Autoritá*.

Det tredje præjudicielle spørgsmål i KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel* og C-23/20, *Simonsen & Weel* vedrører, hvorvidt manglende værdiansættelse er at sidestille med direkte tildeling, og om Klagenævnet for Udbud på baggrund heraf kan erklære rammeaftalen for uden virkning. Da EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* ikke udtaler sig om, hvorvidt manglende værdiansættelse er at sidestille med direkte tildeling eller sanktionsmulighederne i øvrigt, kan dommen ikke anvendes som fortolkningsbidrag ved fastlæggelsen af det forventede udfald af C-23/20, *Simonsen & Weel* for så vidt angår de tredje præjudicielle spørgsmål. Derudover er afgrænsningen foretaget som følge af, at projektet ikke indeholder en gennemgang eller vurdering af Klagenævnet for Udbuds sanktionsmuligheder.

I Kapitel 7 undersøges det, hvilke muligheder ordregiver har for at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi. I den forbindelse redegøres der i Afsnit 7.2. for ordregivers muligheder for at foretage ændringer i medfør af kontrakt samt ændringer af igangværende kontrakter efter udbudslovens afsnit II, kapitel 15. Med henblik på at besvare problemformuleringen redegøres der alene for de relevante ændringsmuligheder i udbudsloven. Det betyder, at projektet ikke undersøger ændringsmulighederne i relation til UBL §§ 178, stk. 2, nr. 4 og 182 vedrørende udskiftning af en oprindelig leverandør.

Kapitel 9 er udtryk for projektets perspektiverende del og indeholder en vurdering af, hvorvidt retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler efter afsigelsen af C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til også at gælde for forsyningsvirksomhedsdirektivet.¹⁸ I 2019 blev 85% af alle EU-udbud foretaget efter udbudsdirektivet, mens 13,4% blev udbudt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.¹⁹ Da dette projekt undersøger retsstillingen efter udbudsloven, er det relevant at sammenholde retsstillingen efter udbudsloven med forsyningsvirksomhedsdirektivet. Derudover er det interessant at undersøge som følge af, at der et større overlap mellem de to regelsæt. Det er endvidere interessant at undersøge, da reglerne om kontraktindgåelse efter forsyningsvirksomhedsdirektivet er mere fleksible end efter udbudsloven. Af den grund anses det typisk som en fordel for ordregiver at være omfattet af

¹⁸ Ved 'forsyningsvirksomhedsdirektivet' forstås det nugældende L 94/243, Direktiv nr. 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

¹⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2020*, s. 11

forsyningsvirksomhedsdirektivet.²⁰ Det undersøges derfor, om der er særlige hensyn ved værdiansættelse af kontrakter efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, der tilsiger øget fleksibilitet.

²⁰ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 134 f, og Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 257 f

4. Metodeafsnit

4.1. Den juridiske metode

Projektet er udarbejdet efter den juridiske metode. Ved den juridiske metode forstås en redegørelse for projektets faktum og jus, hvorefter der sker en sammenstilling af faktum og jus med det formål at drage en konklusion om den gældende retstilstand.²¹ Hvert af projektets underspørgsmål er i hovedtræk struktureret efter den juridiske metode.

4.2. Den retsdogmatiske metode

Udover at være udtryk for den juridiske metode, følger projektet den retsdogmatiske metode. Ved retsdogmatisk metode forstås analyse og beskrivelse af gældende ret. Projektet har til formål at foretage en analyse af den nugældende lovgivning og aktuelle afgørelser med henblik på at fastlægge den gældende retstilstand, de lege lata.²²

Retsdogmatikkens ideal er som udgangspunkt at fastlægge den gældende retstilstand på en så deskriptiv og objektiv måde som muligt. Alligevel kræver den retsdogmatiske metode oftest en form for selvstændig analyse og vurdering.²³ Carsten Munk-Hansen anfører, at den retsdogmatiske metode særligt er kendetegnet ved perspektivet på den undersøgte sag, systematisering af retsreglerne og beskrivelse af usikkerhed om retstilstanden.²⁴ Disse idealer tilstræbes opretholdt i dette projekt ved at anlægge en så nuanceret fortolkning som muligt. Endvidere søger dette projekt at beskrive og analysere de usikkerheder, som fortsat består efter afsigelsen af C-216/17, *Autoritá*.

Med henblik på at fastlægge den gældende retstilstand bedst muligt anvendes en række forskellige retskilder. Anvendelsen sker med respekt for det retskildemæssige hierarki og retskildernes traditionelle betydning. Det bemærkes dog, at retskilder kan have forskellig værdi afhængig af sammenhængen, hvilket dette projekt også afspejler.²⁵ I dette projekt anses de primære retskilder som udgangspunkt for at være retsregler og retspraksis,²⁶ om end visse andre retskilder konkret må tillægges betydning. Der henvises til behandlingen af øvrige retskilder i Afsnit 4.2.3.

²¹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 191 f og Jens Ewald, *At tænke juridisk*, s. 3

²² Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 190 og Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 40 f

²³ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 86-88

²⁴ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 87

²⁵ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 270 f

²⁶ Se Afsnit 4.2.1. Retsregler og retspraksis

4.2.1. Retsregler og retspraksis

Dette projekt fokuserer på retsstillingen efter dansk ret. Det søges derfor overvejende belyst, hvordan retsstillingen er efter udbudsloven. Det er imidlertid essentielt at inddrage de EU-retlige retskilder, da udbudsloven implementerer direktiv 2014/24/EU. Endvidere har retspraksis fra EU-Domstolen, som anvendes ved fortolkning af udbudsdirektiverne, også betydning for fortolkning af udbudsloven. EU-rettens betydning for dette projekt belyses nærmere i Afsnit 4.2.2.

Projektets primære retskilder er hjemmel og retspraksis. Ved hjemmel forstås relevante retsregler og lovforarbejder. Ved retspraksis forstås den praktiske anvendelse og fortolkning af retsreglerne.²⁷ For at skabe det mest fuldstændige og nuancerede billede af retstilstanden inddrages imidlertid andre retskilder, så retstilstanden belyses fra flest mulige sider.²⁸

Retsreglerne er forfattet af lovgiver, hvorfor disse er den højeste prioriterede retskilde ved fastlæggelsen af den gældende retstilstand.²⁹ Dette projekt tager som nævnt udgangspunkt i udbudsloven, da formålet med dette projekt er at fastlægge retstilstanden efter udbudsloven på baggrund af C-216/17, *Autoritá*.

Retspraksis er udtryk for fortolkning af gældende retsregler. Der er derfor tale om en vigtig retskilde, da domstolene fastlægger den endelige forståelse af retsreglerne via retspraksis.³⁰

Den danske udbudsret har det særkende, at der findes et nævn, Klagenævnet for Udbud, der behandler klager over ordregiver i forbindelse med bl.a. EU-retlige udbud. Klagenævnets praksis er righoldig, og tillægges værdi, når det kommer til fortolkningen af national udbudsret. Klagenævnet for Udbud er imidlertid ikke en domstol men et administrativt organ. Det er derfor muligt at indbringe Klagenævnet for Udbuds afgørelser for domstolene.³¹ Selvom Klagenævnet for Udbud ikke er en domstol, men et domstolslignende organ, er Klagenævnet for Udbud tillagt kompetence til at forelægge

²⁷ Jens Ewald, *At tænke juridisk*, s. 18-20

²⁸ Se Afsnit 4.2.3. Øvrige retskilder

²⁹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 243 f

³⁰ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 298 og Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 186 f

³¹ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 607-610

præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.³² Dette er alene sket få gange,³³ senest ved KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, som tillægges en vis betydning i dette projekt.

De nationale domstole har i praksis en tilbagetrukket rolle i henhold til EU-udbudsretten. Det skyldes, at en væsentlig del af Klagenævnet for Udbuds afgørelser ikke ankes til domstolene,³⁴ om end der er mulighed herfor, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8. Dette projekt indeholder af samme årsag ikke retspraksis fra de nationale domstole.

4.2.2. EU-ret

Da dette projekt omhandler EU-udbudsret, har de EU-retlige retskilder som nævnt en central rolle, når retsstillingen efter udbudsloven skal fastlægges. Det er derfor relevant at inddrage udbudsdirektiverne samt retspraksis fra EU-Domstolen i projektet.

Direktiver har som udgangspunkt ikke direkte virkning i national ret, men skal implementeres via national lovgivning. Selvom et direktiv ikke er direkte bindende i national ret, har medlemsstaterne en forpligtelse til at fortolke de nationale regler direktivkonformt.³⁵ Udbudsdirektivet, direktiv 2014/24/EU, spiller derfor fortsat en rolle, når den gældende retstilstand skal fastlægges, da udbudsloven skal fortolkes i lyset heraf. Det er ikke kun det nugældende udbudsdirektiv, der inddrages i dette projekt. Det tidligere udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF, inddrages også som følge af, at EU-Domstolen alene behandler retsstillingen efter dette direktiv i C-216/17, *Autoritá*.³⁶

Retspraksis inden for EU-udbudsretten omfatter bl.a. afgørelser fra EU-Domstolen. EU-Domstolen er den øverste retsinstans i EU-regi, og er kompetent til at afgøre den endelige fortolkning af traktater og retsakter udstedt i medfør heraf.³⁷ Afgørelserne tager bl.a. udgangspunkt i præjudicielle forelæggelser fra de nationale domstole.³⁸

³² Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 611-613

³³ Se bl.a. C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*, som Klagenævnet for Udbud har forelagt for EU-Domstolen

³⁴ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 613

³⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 45 f og Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 261

³⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 44-48

³⁷ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, artikel 267 og Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 153 f

³⁸ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 261

Selvom dette projekt søger at belyse retsstillingen efter udbudsloven, skal praksis fra EU-Domstolen også tillægges værdi. Det skyldes som nævnt, at medlemsstaterne har pligt til at fortolke den nationale udbudsret i overensstemmelse med EU-retten. EU-Domstolens svar på medlemsstaternes præjudicielle forelæggelser har derfor også betydning for dansk ret.³⁹ Af den grund tillægges EU-Domstolens svar på C-216/17, *Autoritá* betydning for de danske udbudsregler, selvom dommen ikke fortolker udbudsloven, men direktiv 2004/18/EF.

4.2.3. Øvrige retskilder

Udover retsregler og retspraksis anvendes retslitteratur til at belyse emnet yderligere. Med retslitteratur forstås udvalgt litteratur inden for EU-udbudsretten. Retslitteraturen betragtes ikke som en retskilde af samme værdi som retsregler og retspraksis. Dette skyldes, at retslitteratur hovedsageligt er udtryk for en bestemt forfatters holdning til en juridisk problemstilling, hvorfor denne ikke kan sidestilles med retsregler og retspraksis. Retslitteraturen har dog en vis berettigelse i dette projekt, da projektet belyser en delvist uafklaret retstilstand. Retslitteraturen anvendes således som fortolkningsbidrag - dels for at anskue emnet fra flest mulige vinkler, dels for at give det mest fuldstændige billede af retstilstanden, om end retslitteraturen aldrig vil gå forud for de primære retskilder.⁴⁰

I dette projekt inddrages endvidere en række artikler med henblik på at belyse emnet fra flest mulige vinkler. Artiklerne anvendes ligeledes som fortolkningsbidrag, selvom de ikke anses som havende samme værdi som retsregler og retspraksis, jf. ovenstående betragtninger om retslitteratur. Det bemærkes, at der i dette projekt både anvendes videnskabelige artikler og ikke-videnskabelige artikler. De ikke-videnskabelige artikler er overvejende skrevet af praktikere inden for udbudsretten, herunder en række advokatkontorer. Artiklerne er inddraget i projektet efter grundige overvejelser og undersøgelser af artiklernes status og afsender samt med respekt for, at artiklerne ikke uden videre kan anses for at beskrive retstilstanden for rammeaftaler fra en objektiv vinkel. Det anses alligevel for væsentligt at inddrage de ikke-videnskabelige artikler med henblik på at belyse retstilstanden bedst muligt. Det skyldes overvejende, at der på nuværende tidspunkt findes få videnskabelige artikler om C-216/17, *Autoritá*.

³⁹ Dorte Høilund, *Retssikkerhed og juridisk metode*, s. 49

⁴⁰ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 39 f

Endvidere inddrages Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019 om C-216/17, *Autoritá*. Notatet er udtryk for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af C-216/17, *Autoritás* anvendelse og betydning, hvorfor notatet antages at have en vis værdi for danske ordregivere og økonomiske aktører. Notatet kan dog ikke uden videre anses for gældende ret, men alene som et vejledende fortolkningsbidrag fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Notatet er udarbejdet med henblik på at anlægge en foreløbig fortolkning af C-216/17, *Autoritás* anvendelsesområde, indtil dette afklares af EU-Domstolen.⁴¹

I forbindelse med gennemgangen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat inddrages et lignende notat om C-216/17, *Autoritá* fra de svenske konkurrencemyndigheder. Dette notat er på mange punkter enslydende med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat, og bruges til at understrege legitimiteten af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af den gældende retstilstand.⁴² Det bemærkes dog, at dette notat heller ikke er udtryk for gældende ret, men alene er udtryk for de svenske konkurrencemyndigheders opfattelse af den nuværende retstilstand.⁴³

Derudover inddrages materiale fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, i det omfang det er relevant. Det øvrige materiale anses ligeledes som værende udtryk for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af en given retsstilling, og har samme værdi som notatet af den 13. november 2019.

Endvidere inddrages et høringssvar til brug for revidering af udbudsloven. Høringen er foranlediget af Erhvervsministeriet, og høringssvaret er indhentet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.⁴⁴ Høringssvaret er udtryk for en række ordregivere og leverandørers holdning til udbudsloven og ønsker til fremtidige ændringer. Høringssvaret anvendes til at lokalisere en række fordele og ulemper ved den nugældende lovgivning og retstilstand for rammeaftaler, navnlig set fra et leverandørsynspunkt. Høringssvaret skal ikke anses for gældende ret, men som et udtryk for de hørte parters holdning.⁴⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efterfølgende anvendt høringssvaret til en evaluering, som er offentliggjort den 7. maj 2021.⁴⁶ Evalueringen inddrages også i dette projekt.

⁴¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 1

⁴² Se Afsnit 6.2.3. Generel betydning for rammeaftaler og Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61

⁴³ Konkurrencensverkets notat af den 27. juni 2019

⁴⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Høring vedrørende evaluering af udbudsloven*

⁴⁵ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 205

⁴⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*

4.3. Retspolitik

Projektets absolutte formål er at fastlægge gældende ret. Dog vil der enkelte steder i projektet være en vurdering af den nugældende retstilstand og den fremtidige retstilstand. Denne vurdering *kan* anses som udtryk for retspolitik, de lege ferenda.⁴⁷ Et eksempel herpå er Afsnit 6.3., hvor KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel* analyseres med henblik på at vurdere udfaldet af den præjudicielle forelæggelse C-23/20 *Simonsen og Weel* og eventuelle konsekvenser heraf. Et andet eksempel er Kapitel 9, hvor det overvejes, hvorvidt det er hensigtsmæssigt, at præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* tillægges samme retsvirkning efter forsyningsvirksomhedsdirektivet som efter udbudsloven. Det bemærkes, at det er diskutabelt, om de to afsnit *faktisk* er udtryk for retspolitik, eller om de skal ses som et naturligt udfald af den retsdogmatiske metode og fastlæggelsen af gældende ret. I retslitteraturen anføres det dog, at retsdogmatik og retspolitik i praksis ikke kan adskilles fuldstændigt, hvorfor dette ikke fuldt ud kan afklares.⁴⁸ Udfaldet af C-23/20, *Simonsen & Weel* er på nuværende tidspunkt ukendt, og det er endnu ikke afklaret, om retsstillingen efter C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Alligevel fremstår det velbegrunderet at overveje de mulige udfald i Afsnit 6.3.4. og Kapitel 9, da udfaldene har betydning for den fremtidige retstilstand for værdiansættelse af rammeaftaler.⁴⁹

⁴⁷ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 88 f og 105-107

⁴⁸ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 88 og Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 355

⁴⁹ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 59 f

5. Gældende regulering af indkøbscentraler og rammeaftaler

Dette kapitels primære formål er at besvare underspørgsmål 1 ved at definere begreberne 'indkøbscentral' og 'rammeaftale.' Som led i klassificeringen er det relevant at afgrænse rammeaftaler fra øvrige offentlige kontraktformer. I den forbindelse inddrages relevant lovgivning, litteratur og retspraksis, herunder KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*.

5.1. Indkøbscentraler

5.1.1. Regulering af indkøbscentraler

En indkøbscentral er defineret som en ordregiver, der foretager centraliserede indkøbsaktiviteter.⁵⁰ Det er således kun ordregivere, der kan påtage sig rollen som indkøbscentral. Begrebet ordregiver og ordregivende myndighed forstås i overensstemmelse med definitionen i UBL § 24, nr. 28 og 27.⁵¹ Spørgsmålet er herefter, hvad der forstås ved en centraliseret indkøbsaktivitet. En centraliseret indkøbsaktivitet er defineret som en aktivitet, der udføres på vedvarende basis.⁵²

Efter UBL § 24, nr. 6, litra a fungerer en indkøbscentral som en grossist, der indkøber varer eller tjenesteydelser, og videresælger disse til andre ordregivere.⁵³ Efter UBL § 24, nr. 6, litra b, tildeler en indkøbscentral offentlige kontrakter eller indgår rammeaftaler vedrørende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser til brug for andre ordregivere.⁵⁴ En indkøbscentral kan dermed også fungere som formidler.⁵⁵ Eksempler på indkøbscentraler i praksis er bl.a. Statens Indkøb og Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter SKI).

Ordregivers muligheder for at anvende indkøbscentraler er reguleret i UBL § 119.⁵⁶ Ordregiver kan gennem indkøbscentraler erhverve varer og tjenesteydelser, der er indkøbt til brug for ordregiveren, jf. UBL § 119, stk. 1. Ordregiver kan erhverve bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser gennem indkøbscentraler, jf. UBL § 119, stk. 2. Dette kan enten ske ved brug af 1) kontrakter, der er

⁵⁰ UBL § 24, nr. 15 implementerer artikel 2, nr. 16 i direktiv 2014/24/EU

⁵¹ UBL § 24, nr. 28 og 27 implementerer artikel 2, nr. 1 og artikel 2, nr. 4 i direktiv 2014/24/EU

⁵² UBL § 24, nr. 6 implementerer artikel 2, nr. 14 i direktiv 2014/24/EU

⁵³ UBL § 24, nr. 6 litra a implementerer artikel 2, nr. 14, litra a i direktiv 2014/24/EU

⁵⁴ UBL § 24, nr. 6 litra b implementerer artikel 2, nr. 14, litra b i direktiv 2014/24/EU

⁵⁵ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, s. 221

⁵⁶ UBL § 119 implementerer artikel 37, stk. 1, 1. afsnit i direktiv 2014/24/EU

tildelt af en indkøbscentral, 2) dynamiske indkøbssystemer, der er drevet af en indkøbscentral, eller 3) ved brug af rammeaftaler indgået af en indkøbscentral, jf. UBL § 119, stk. 2, nr. 1-3.

Indkøbscentraler fungerer ofte som mellemmand/formidlere af rammeaftaler efter UBL § 24, nr. 6, litra b. I praksis henvender en eller flere ordregivere sig til en indkøbscentral, hvorefter indkøbscentralen forsøger at dække indkøbsbehovet ved at udbyde og indgå en rammeaftale med en eller flere leverandører. Ordregivere, der er klart identificerede i rammeaftalen, kan herefter tildele kontrakter på baggrund af rammeaftalen til den vindende tilbudsgiver.⁵⁷

5.1.2. Ansvarsfordelingen mellem indkøbscentraler og ordregivere

Ansvarsfordelingen mellem indkøbscentraler og ordregivere er reguleret i UBL § 121.⁵⁸ Det følger af UBL § 121, stk. 1, at ordregiver har løftet sin udbudspligt, når denne erhverver varer og tjenesteydelser efter UBL § 119, stk. 1, eller bygge- anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser efter UBL § 119, stk. 2. En ordregiver er dog altid ansvarlig for de dele af indkøbsprocessen, som denne selvstændigt udfører, jf. UBL § 121, stk. 2. En ordregiver vil således være ansvarlig for tildeling af kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem, jf. UBL § 121, stk. 2, nr. 1. Derudover vil ordregiver være ansvarlig for, at gennemførelsen af et miniudbud eller direkte tildeling på baggrund af en rammeaftale sker i overensstemmelse med UBL §§ 98 og 100, jf. UBL § 121, stk. 2, nr. 2-3. Det betyder, at ordregivere som eksempelvis benytter en rammeaftale indgået af en indkøbscentral, men ikke foretager tildeling af kontrakter efter rammeaftalens tildelingskriterier, efterfølgende kan mødes med sanktioner.⁵⁹ Indkøbscentraler er derimod ansvarlige for, at selve gennemførelsen af de oprindeligt indgåede kontrakter sker i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. Ordregiver er således ikke ansvarlig for fejl begået af indkøbscentraler i forbindelse med indkøbscentralers indkøb af varer og tjenesteydelser. Ordregiver er heller ikke ansvarlig for fejl begået af indkøbscentraler i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter eller indgåelse af rammeaftaler vedrørende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.⁶⁰

⁵⁷ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 2

⁵⁸ UBL § 121 implementerer artikel 37 stk. 2 i direktiv 2014/24/EU

⁵⁹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 170

⁶⁰ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, s. 222 f

5.1.3. Fordele og ulemper ved indkøbscentraler

I praksis er der en stigende tendens til, at ordregivere organiserer sig og indkøber gennem indkøbscentraler, da der er en række fordele forbundet hermed. Først og fremmest kan det være hensigtsmæssigt at sammenlægge behov med henblik på at indgå en kontrakt, som flere ordregivere kan benytte. Det skyldes, at omkostningerne for de enkelte ordregivere reduceres som følge af, at de ikke selv skal afholde udbud. Derudover kan der være en række stordriftsfordele knyttet til de aftaler, der indgås på vegne af flere ordregivere. Endvidere er det en fordel at organisere og indkøbe gennem indkøbscentraler, fordi indkøbscentraler er specialiserede i at gennemføre udbud. Konstruktionen er derfor særligt attraktiv for mindre ordregivere, som ikke har tilstrækkelig erfaring eller ressourcer til at gennemføre udbud på egen hånd. Sammenfattende kan brugen af indkøbscentraler resultere i færre transaktionsomkostninger, lavere priser og en mere professionel indkøbsforvaltning.⁶¹

Der er imidlertid også ulemper og betænkeligheder ved den stigende tendens til at anvende indkøbscentraler. I præambelbetragtningerne til direktiv 2014/24/EU bemærkes det, at udviklingen skal overvåges med henblik på at sikre, at koncentrationen af købekraft ikke bliver uforholdsmæssig stor, at SMV'ers adgang til markedet ikke forringes, og at gennemsigtigheden på markedet bibeholdes.⁶²

5.2. Rammeaftaler

5.2.1. Regulering af rammeaftaler

Den første EU-retlige regulering af rammeaftaler blev indført med direktiv 2004/18/EF. Efter direktiv 2004/18/EF var det frivilligt for medlemsstaterne at implementere indkøbsmetoden i national ret, jf. ordlyden af artikel 32, stk. 1 i samme direktiv.

Efter indførslen af direktiv 2014/24/EU er det imidlertid gjort obligatorisk for medlemsstaterne at implementere indkøbsmetoden i national ret. Derudover er de eksisterende retsregler om rammeaftaler blevet præciseret og uddybet, hvilket sikrer en videre og hyppigere anvendelse heraf.⁶³ Endvidere er der indført en fællesskabsdefinition af rammeaftaler i direktivet.⁶⁴ Efter UBL § 24, nr. 30 er en rammeaftale defineret som en aftale, der er *“indgået mellem en eller flere ordregivere og en eller*

⁶¹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 59 og Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 82 f og Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, s. 220 f

⁶² Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 59

⁶³ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, s. 195 f

⁶⁴ UBL § 24, nr. 30 implementerer artikel 33, stk. 1, 2. afsnit i direktiv 2014/24/EU

*flere økonomiske aktører, og som fastsætter vilkårene for kontrakter, der tildeles i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og påtænkte mængder.”*⁶⁵ Som beskrevet i Afsnit 5.1.1. kan indkøbscentraler også indgå rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser på vegne af andre ordregivere.⁶⁶

Værdien af rammeaftaler opgøres efter metoden i UBL § 32,⁶⁷ hvorefter rammeaftalers værdi fastsættes som den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt i rammeaftalens løbetid.

Det fremgår af UBL § 95,⁶⁸ at rammeaftaler skal indgås efter udbudsprocedurerne i lovens § 55. Det betyder, at ordregiver frit kan vælge mellem udbudsprocedurerne offentligt- og begrænset udbud. Ordregiver har endvidere mulighed for at benytte procedurerne udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskaber, direkte tildeling og projektkonkurrence, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.⁶⁹

En rammeaftale kan maksimalt have en løbetid på 4 år, medmindre der foreligger ekstraordinære tilfælde, jf. UBL § 95, stk. 2. Selve tildelingen af kontrakter på baggrund af rammeaftalen skal ske i rammeaftalens løbetid, men der er ikke noget til hinder for, at kontrakterne kan have en varighed, der går ud over rammeaftalens løbetid, jf. UBL § 95, stk. 3.

En indgået rammeaftale kan benyttes af de ordregivere, som er angivet i udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL § 96, 1. pkt.⁷⁰ Rammeaftalen kan både benyttes af ordregiverne til at indgå kontrakter med økonomiske aktører, men den kan også benyttes til at indgå kontrakter mellem rammeaftalens parter, jf. UBL § 96, 2. pkt. Det bemærkes, at ordregiver ikke er forpligtet til at benytte rammeaftalen.⁷¹ Set fra et leverandørsynspunkt skaber dette usikkerhed om omsætningen på rammeaftaler.⁷²

⁶⁵ UBL § 24, nr. 30

⁶⁶ UBL § 24, nr. 6, litra b

⁶⁷ UBL § 32 implementerer artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU

⁶⁸ UBL § 95 implementerer artikel 33, stk. 1 i direktiv 2014/24/EU

⁶⁹ UBL § 55, jf. § 95

⁷⁰ UBL § 96 implementerer artikel 33, stk. 2 i direktiv 2014/24/EU

⁷¹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 61

⁷² Høringssvar af 22. februar 2019, Medicoindustrien, s. 286 f

5.2.1.1. Efterfølgende tildeling på baggrund af en rammeaftale

UBL §§ 97-100 regulerer efterfølgende tildeling på baggrund af en rammeaftale. Der sondres mellem rammeaftaler indgået med én og flere leverandører.

Efterfølgende tildeling på baggrund af en rammeaftale indgået med én leverandør sker efter de i rammeaftalen fastsatte vilkår. Det er i den forbindelse muligt for ordregiver at anmode leverandøren om at fuldstændiggøre sit tilbud.⁷³

Efterfølgende tildeling på baggrund af en rammeaftale indgået med flere leverandører kan enten ske ved direkte tildeling eller ved genåbning af konkurrencen (miniudbud), jf. UBL § 98, stk. 1, nr. 1-2.⁷⁴ Direkte tildeling skal ske efter rammeaftalens bestemmelser og de deri fastsatte objektive kriterier, jf. UBL § 99.⁷⁵ Genåbning af konkurrencen kan ske efter 1) de samme vilkår, der var gældende ved tildeling af rammeaftalen, 2) mere præcist formulerede vilkår eller 3) andre vilkår, som er fastsat i rammeaftalens udbudsmateriale, jf. UBL § 100, stk. 1, nr. 1-3. Ved genåbning af konkurrencen skal ordregiver skriftligt opfordre leverandørerne til at afgive tilbud, jf. UBL § 100, stk. 2. Tildelingen af kontrakten skal herefter ske efter de angivne tildelingskriterier i udbudsmaterialet tilhørende rammeaftalen, jf. UBL § 100, stk. 3.⁷⁶ Det er muligt at benytte begge tildelingsmetoder på den samme rammeaftale, jf. UBL § 98, stk. 2, 1. pkt.. Det er dog et krav, at valget mellem direkte tildeling og genåbning af konkurrencen foretages efter fastsatte, objektive kriterier i udbudsmaterialet samt efter ydelsens kvantitet, værdi, karakteristika samt ordregivers konkrete indkøbsbehov, jf. UBL § 98, stk. 2, 2. og 3. pkt.

Derudover fremgår det af præambelbetragtning 61 til direktiv 2014/24/EU, at ordregiver ikke må anvende rammeaftaler med henblik på at omgå reglerne i direktivet, herunder forbuddet mod misbrug og konkurrencefordrejning. Anvendelsen af rammeaftaler skal i øvrigt ske i overensstemmelse med de grundlæggende principper.⁷⁷

⁷³ UBL § 97 implementerer artikel 33, stk. 3 i direktiv 2014/24/EU

⁷⁴ UBL § 98 implementerer artikel 33, stk. 4 i direktiv 2014/24/EU

⁷⁵ UBL § 99 implementerer artikel 33, stk. 4 litra a i direktiv 2014/24/EU

⁷⁶ UBL § 100 implementerer artikel 33, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU

⁷⁷ Ved 'grundlæggende principper' forstås de grundlæggende EU-udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling

5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler

En væsentlig fordel ved rammeaftalen er først og fremmest dens fleksible karakter. Det skyldes, at ordregiver løbende kan trække på rammeaftalen, når der opstår et konkret indkøbsbehov uden at skulle gennemføre udbud for den konkrete anskaffelse. Transaktionsomkostningerne formindskes dermed for begge parter, da ordregiver undgår at skulle afholde udbud, og tilbudsgiver undgår at skulle forberede tilbud for hver enkelt anskaffelse - medmindre efterfølgende kontrakter tildeles ved genåbning af konkurrencen, jf. UBL § 100.⁷⁸ Derudover er indkøbsmetoden fleksibel, fordi rammeaftaler kan konstrueres på flere forskellige måder. Det er både muligt for ordregiver at indgå kontrakt med én eller flere økonomiske aktører, og ordregiver har valgfrihed i forhold til den efterfølgende tildelingsmetode, forudsat at valget bl.a. er truffet på grundlag af objektive kriterier.⁷⁹

Rammeaftalen er især egnet som indkøbsmetode, når kontrakten vedrører standardiserede ydelser, og når det volder ordregiver udfordringer at fastsætte sit nærmere indkøbsbehov.⁸⁰ Det skyldes, at ordregiver ikke er forpligtet til at bruge rammeaftalen, men løbende kan indkøbe via rammeaftalen, efterhånden som der opstår et konkret indkøbsbehov.⁸¹

En ulempe ved anvendelsen af rammeaftaler er bl.a., at rammeaftaler potentielt kan begrænse konkurrencen, da det alene er den vindende tilbudsgiver, som tildeles kontrakter i rammeaftalens løbetid. Konkurrencebegrænsningen reduceres dog gennem udbudslovens regulering af rammeaftalers varighed.⁸² Der er dog fortsat risiko for, at ordregiver anvender rammeaftaler med henblik på at begrænse sin udbudsforpligtelse mest muligt, og på en sådan måde, at udbudsreglerne derved omgås.⁸³

Ordregivers anvendelse af rammeaftaler kan både være en fordel og en ulempe for SMV'er. På den ene side kan SMV'er være afskåret fra at deltage i større udbud af rammeaftaler med en enkelt leverandør, idet de ikke har ressourcer eller kapacitet til at løfte opgaven – særligt henset til, at der er

⁷⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 113 og Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, s. 195

⁷⁹ UBL § 98, stk. 2

⁸⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 113 og Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 150 f

⁸¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 151

⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 113

⁸³ Kim Lundgaard Hansen m.fl., *Udbudsprocessen*, s. 38

tendens til større og større udbud.⁸⁴ På den anden side kan det være oplagt for SMV'er at deltage i udbud af rammeaftaler, såfremt rammeaftalen er opdelt i delkontrakter.⁸⁵

Der er også fordele og ulemper ved indkøbscentralers indgåelse og anvendelse af rammeaftaler. Af fordele kan bl.a. nævnes, at ordregivers udbudspligt også løftes i forhold til indgåelsen af selve rammeaftalen. Dette er særligt fordelagtigt for de enkelte ordregivere, som dermed ikke skal bruge ressourcer på at udbyde selve rammeaftalen. Ligesom når flere ordregivere går sammen om at udbyde en rammeaftale, vil der også være stordriftsfordele tilknyttet indkøbscentralers indgåelse af rammeaftaler på vegne af andre ordregivere. Som nævnt i Afsnit 5.1.3. giver anvendelsen af indkøbscentraler en formodning for en mere professionaliseret indkøbsforvaltning, hvilket også må anses som en fordel for ordregiverne.

Indkøbscentralers anvendelse af rammeaftaler kan imidlertid være problematisk for SMV'ers mulighed at byde ind på rammeaftalerne, da der som nævnt er en stigende tendens til større og større udbud med en høj værdi.⁸⁶ Der gælder i den forbindelse de samme overvejelser, som når flere ordregivere går sammen om at udbyde en rammeaftale; sammenlægning af flere ordregiveres behov via en indkøbscentral medfører en række stordriftsfordele, men kan potentielt afskære SMV'er fra at deltage i udbud.

Set fra leverandørens synsvinkel er det endvidere en ulempe, at ordregiver som udgangspunkt ikke er forpligtet til at anvende rammeaftalen. Da rammeaftalen er en fleksibel indkøbsmetode for ordregiver, er indkøbsmetoden tilsvarende usikker for leverandøren. Usikkerheden skyldes, at værdiansættelsen af rammeaftaler ofte baseres på skønnede estimater, og at ordregivers forbrug som regel varierer i rammeaftalens løbetid. Det kan derfor være vanskeligt for leverandøren at fremkomme med et konkurrencedygtigt tilbud som følge af usikkerheden omkring den faktiske omsætning på rammeaftalen.⁸⁷

Leverandørens usikkerhed omkring den faktiske omsætning er dog ikke til stede i samme omfang, hvis der er tale om en forpligtende rammeaftale, eksempelvis en forpligtende SKI-aftale. Ved udbud

⁸⁴ Høringssvar af 19. februar 2019, SMVdanmark, s. 42

⁸⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 151

⁸⁶ Høringssvar af 19. februar 2019, SMVdanmark, s. 41 f

⁸⁷ Høringssvar af 19. februar 2019, SMVdanmark, s. 42 og Høringssvar af 22. februar 2019, Medicoindustrien, s. 286 f

af forpligtende SKI-aftaler er tilbudsgiverne bekendt med den forventede indkøbsvolumen på rammeaftalen, da ordregiverne er forpligtet til at benytte aftalen til opfyldelse deres indkøbsbehov.⁸⁸ Forpligtende rammeaftaler resulterer både i mere fordelagtige priser for ordregiver, og giver større sikkerhed for leverandøren hvad angår omsætningen på rammeaftalen.

Ordregiver skal endvidere være opmærksom på, at rammeaftalers maksimale løbetid som udgangspunkt er fire år,⁸⁹ mens varigheden af offentlige kontrakter ikke er reguleret. Ordregiver bør derfor nøje overveje, hvilken kontraktform der er bedst egnet til at imødekomme det konkrete indkøbsbehov.

5.2.3. KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*

Der er i praksis eksempler på tvivl om grænsedragningen mellem rammeaftaler og offentlige kontrakter, hvorfor dette bør undersøges nærmere som led i klassificeringen af rammeaftaler. Et nyere eksempel på grænsedragningen mellem rammeaftaler og øvrige offentlige kontrakter fra dansk klagenævnsspraksis er KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*.

KLFU 7. oktober 2020 *Remondis* vedrører et udbud om indsamling af kildesorteret dagrenovation foretaget af Hedensted Kommune efter udbudslovens afsnit II. Kommunen klassificerer den udbudte kontrakt som en offentlig kontrakt med en anslået værdi på kr. 135.000.000. Kontraktens løbetid er 6 år med en option på forlængelse i op til 2 år. Hedensted Kommune modtager i alt fire tilbud, hvoraf Remondis A/S og Melgaard Miljø A/S er blandt tilbudsgiverne. Hedensted Kommune vælger at tildele kontrakten til Melgaard Miljø, da kommunen vurderer, at Melgaard Miljø har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.⁹⁰

Remondis klager den 7. september 2020 til Klagenævnet for Udbud. Remondis nedlægger tre påstande. Den første påstand omhandler, at Hedensted Kommune har overtrådt princippet om gennemsigtighed efter UBL § 2, stk. 1, idet kommunen har udbudt kontrakten som en offentlig kontrakt, selvom kontrakten reelt er en rammeaftale efter UBL § 24, nr. 30. Den anden påstand omhandler, at kommunen har overtrådt UBL § 95, stk. 2, idet den udbudte kontrakt har en løbetid på 6 år med mulighed for forlængelse på 2 år. I medfør af UBL § 95, stk. 2, kan rammeaftale maksimalt have en

⁸⁸ SKI, *Forstå forpligtelsen*

⁸⁹ UBL § 95, stk. 2

⁹⁰ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 1

løbetid på fire år, medmindre særlige omstændigheder gør sig gældende. Som følge heraf kræver Remondis, at Klagenævnet for Udbud annullerer tildelingsbeslutningen.⁹¹

Hedensted Kommune nedlægger påstand om, at Klagenævnet for Udbud ikke skal tage Remondis' klage til følge.⁹²

5.2.3.1. Remondis' bemærkninger

Remondis gør først og fremmest gældende, at der er tale om en rammeaftale og ikke en offentlig kontrakt. Remondis begrundet dette med, at der er fleksibilitet vedrørende det antal beholdere, antal tømninger mv., som kommunen kan forlange i henhold til aftalen. Derudover har kommunen alene angivet den forventede årlige kontraktsum som et estimat. Ifølge Remondis vil disse momenter ikke være til stede, såfremt der var tale om ”en (ægte) offentlig kontrakt.”⁹³ I tillæg hertil fremhæver Remondis, at den omfattende ændringsadgang i aftalen ikke lever op til kravene for ændringsklausuler i UBL § 179, bestemmelsens forarbejder samt præambelbetragtning 111 til direktiv 2014/24/EU. I henhold til reguleringen skal sådanne ændringsklausuler være klare, præcise og entydige. Remondis mener ikke, at dette er tilfældet for ændringsmulighederne i renovationsaftalen, da det ikke er gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvor mange beholdere og tømninger aftalen omfatter.⁹⁴

Dernæst gør Remondis gældende, at renovationsaftaler typisk udbydes som rammeaftaler. Dette sker med henvisning til bl.a. C-216/17, *Autoritá*.⁹⁵

Remondis gør også gældende, at Hedensted Kommunes angivelse af historiske oplysninger om antal tømninger og mængder affald ikke ændrer på, at den udbudte aftalte reelt er en rammeaftale. Remondis begrundet dette med, at kommunen har mulighed for at bestille og afbestille leverancer, og at leverandøren ikke er garanteret en minimumsomsætning. Ifølge Remondis er det ikke et afgørende moment, at der ikke tildeles (nye) kontrakter i henhold til den udbudte kontrakt, idet Hedensted Kommune i kravspecifikationen simplificerer måden, hvorpå der sker tilmeldinger til ordningen.⁹⁶

⁹¹ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 2

⁹² KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 2

⁹³ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 19

⁹⁴ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 18 f

⁹⁵ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 19

⁹⁶ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 20

Remondis bemærker til slut, at begrebet 'rammeaftale' ikke skal underlægges en snæver fortolkning med henvisning til, at rammeaftaler anses for at være ”en effektiv indkøbsteknik,” jf. præambelbetragtning 60 i direktiv 2014/24/EU.⁹⁷

Ifølge Remondis har Hedensted Kommune dermed fejlklassificeret den udbudte kontrakt, da der reelt er tale om en rammeaftale. Eftersom den udbudte kontrakt har en varighed på over fire år, mener Remondis dermed, at UBL § 95, stk. 2 er overtrådt. Remondis gør i den forbindelse gældende, at kommunen ikke har angivet, hvilke forhold der kan begrunde en længere løbetid, og at undtagelsen til bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende. Som følge heraf mener Remondis, at Hedensted Kommune har overtrådt udbudsloven og direktiv 2014/24/EU, hvorfor tildelingsbeslutningen skal annulleres.⁹⁸

5.2.3.2. Hedensted Kommunes bemærkninger

Hedensted Kommune gør først og fremmest gældende, at det beror på ordregivers skøn, om en kontrakt skal udbydes som en offentlig kontrakt eller en rammeaftale. Kommunen bemærker, at skønnet alene kan tilsidesættes af Klagenævnet for Udbud, når der er tale om en åbenbar fejlagtig klassificering af kontrakten med henblik på omgåelse af udbudsretlig regulering. Kommunen bemærker i den sammenhæng, at der ikke er tale om et valg af udbudsprocedure, men en nærmere fastlæggelse og beskrivelse af den udbudte ydelse.⁹⁹

For det andet gør Hedensted Kommune gældende, at den udbudte kontrakt *ikke* kan karakteriseres som en rammeaftale som følge af, at der *ikke* sker efterfølgende tildeling af kontrakter i henhold til aftalen. Kommunen henviser til UBL § 24, nr. 30, og direktivets art. 33, stk. 1, hvor det fremgår, at kontrakter skal tildeles på baggrund af rammeaftalen. Kommunen gør i den forbindelse gældende, at der ikke sker efterfølgende tildeling af kontrakter, da renovatøren forestår al indsamling af kildesorteret affald i kommunen, og kommunen er retligt forpligtet til at lade den pågældende renovatør levere ydelsen i hele kontraktens løbetid. Kommunen mener dermed ikke, at der er sket en fejlklassificering af kontrakten.¹⁰⁰

⁹⁷ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 20

⁹⁸ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 23 f

⁹⁹ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 20 f

¹⁰⁰ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 21 f

For det tredje gør Hedensted Kommune gældende, at det ikke er korrekt, at renovationskontrakter i praksis udbydes som rammeaftaler. Kommunen henviser til, at de seneste ti udbud af renovationskontrakter i Danmark er udbudt som offentlige kontrakter, og at omstændighederne i den foreliggende sag *ikke* kan sammenlignes med C-216/17, *Autoritá*, da sagen omhandler ordregivende myndigheder, som ikke er parter i den oprindeligt udbudte kontrakt.¹⁰¹

Endelig gør Hedensted Kommune gældende, at begrebet 'rammeaftale' skal underlægges en snæver fortolkning.¹⁰²

Vedrørende Remondis' anden påstand, bemærker Hedensted Kommune, at de anser sig selv for omfattet af undtagelsen i UBL § 95, stk. 2 vedrørende ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde en længere løbetid end fire år, såfremt der gives medhold i den første påstand. Kommunen henviser til forarbejderne, hvor det, ifølge kommunen, fremgår, at en længere afskrivningsperiode for materiel kan begrunde en længere løbetid. Kommunen anfører i den forbindelse, at køretøjerne til brug for indsamlingen af kildesorteret affald har en sædvanlig levetid mellem syv og otte år, og at afskrivningsperioden på disse sædvanligvis er mere end fire år.¹⁰³

På baggrund af ovenstående bestrider kommunen Remondis' tredje påstand om, at der er grundlag for annullering af tildelingsbeslutningen.¹⁰⁴

5.2.3.3. Resultat, herunder Klagenævnet for Udbuds begrundelse

Klagenævnet for Udbud tager ikke Remondis' klage til følge. I forbindelse med den første påstand bemærker Klagenævnet for Udbud, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Hedensted Kommunes klassificering af kontrakten som en offentlig kontrakt.¹⁰⁵

Klagenævnet for Udbud lægger først og fremmest vægt på, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt efter UBL § 24, nr. 24 og art. 2, stk. 1, nr. 5 i direktiv 2014/24/EU, som følge af, at Melgaard

¹⁰¹ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 22 f

¹⁰² KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 23

¹⁰³ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 24 ff

¹⁰⁴ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 27

¹⁰⁵ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 32 ff

Miljø er forpligtet til at levere ydelsen i kontraktens løbetid, og Hedensted Kommune er forpligtet til at betale for ydelsen til de aftalte priser.¹⁰⁶

For det andet lægger Klagenævnet for Udbud vægt på, at ændringer, der skyldes borgernes valg af antal beholdere, tømninger mv., samt ændringer i medfør af ny national regulering, ikke er ændringer, der medfører tildeling af efterfølgende kontrakter efter UBL § 24, nr. 30 og art. 33, stk. 1, 2. afsnit i direktiv 2014/24/EU.¹⁰⁷

Slutteligt lægger Klagenævnet for Udbud vægt på, at de ændringer, som kan foretages i medfør af den udbudte kontrakt, er tilladelige ændringer efter UBL § 179 og art. 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a i direktiv 2014/24/EU. Klagenævnet for Udbud bemærker i den forbindelse, at Remondis ikke har nedlagt påstand om, at kommunen har handlet i strid med UBL § 179.¹⁰⁸

Som følge af, at Remondis ikke får medhold i deres første påstand om, at Hedensted Kommune har fejlklassificeret den udbudte kontrakt, bliver påstand 2 og 3 heller ikke taget til følge.¹⁰⁹

5.2.4. Klassificering af rammeaftaler, herunder inddragelse af KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*

KLFU 7. oktober 2020 *Remondis* giver anledning til flere bemærkninger vedrørende klassificering af rammeaftaler.

Indledningsvist er det centralt at bemærke, at kommunen indgår aftale med Melgaard Miljø, hvor Melgaard Miljø er forpligtet til at sørge for indsamling af dagrenovation i kommunen i kontraktens løbetid. Hedensted Kommune har fastsat kontraktens værdi samt faste enhedspriser, og har i udbudsmaterialet angivet det estimerede omfang af ydelsen, herunder antallet af beholdere, indhold af fraktioner, antal tømninger og husstande mv. Variablerne i kontrakten er bl.a. den specifikke beholder-sammensætning i aftalens løbetid, mængden af affald i fraktionerne, og det faktiske antal borgere, der er tilknyttet aftalen. Variablerne må derfor antages at udgøre en mindre del af den samlede renovationsordning. Det skyldes, at kommunens borgere er forpligtede til at være tilknyttet ordningen. Endvidere må det antages at være et beskedent antal borgere, der foretager større ændringer i

¹⁰⁶ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 32 f

¹⁰⁷ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 33

¹⁰⁸ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 33

¹⁰⁹ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 33 f

ordningen, og flytter til og fra kommunen i kontraktperioden. Ydelsen er dermed i det væsentligste fastlagt, og Melgaard Miljø er sikret et vist omfang af leverancer til Hedensted Kommune. Dette står i kontrast til rammeaftalens fleksible karakter,¹¹⁰ hvor leverandøren ikke nødvendigvis er sikret en minimumsomsætning eller en fast frekvens af leverancer.

Remondis argumenterer for, at sagen er sammenlignelig med C-216/17, *Autoritá*, som omhandler en rammeaftale om renovation. De konkrete omstændigheder i kendelsen adskiller sig imidlertid væsentligt fra C-216/17, *Autoritá*. Som Hedensted Kommune også bemærker, skyldes det, at der i den af Hedensted Kommune udbudte kontrakt, alene deltager én ordregiver og én leverandør, og at ydelsen i det væsentligste er fastlagt.¹¹¹ I C-216/17, *Autoritá* er kontrakten oprindeligt indgået mellem én leverandør, i form af en virksomhedssammenslutning, og én ordregiver. Senere bliver det imidlertid muligt for flere ordregivere at tiltræde rammeaftalen. Alle ordregivere i C-216/17, *Autoritá* skal endvidere indgå selvstændige kontrakter med leverandøren, hvilket betyder, at der sker en efterfølgende tildeling på baggrund af rammeaftalen.¹¹² Omstændighederne i den konkrete kendelse og C-216/17, *Autoritá* er således ikke de samme.

Det kan på den baggrund fastlægges, at en offentlig kontrakt om renovation ikke pr. definition skal udbydes som en rammeaftale. C-216/17, *Autoritá* er genstand for nærmere analyse i Kapitel 6.

Efter UBL § 24, nr. 30, er rammeaftaler kendetegnet ved, at der sker en efterfølgende tildeling af kontrakter på baggrund af rammeaftalen. Klagenævnet for Udbud bemærker i KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, at der ikke sker en efterfølgende tildeling, hvorfor kommunen *ikke* har fejlklassificeret den udbudte kontrakt. Klagenævnet for Udbud bemærker endvidere, at kontraktens ændrings- og tilpasningsmuligheder ikke udgør tildeling af nye kontrakter. Det kan på den baggrund fastlægges, at på forhånd fastsatte ændrings- og tilpasningsmuligheder i en kontrakt ikke nødvendigvis medfører, at der sker efterfølgende tildeling af kontrakter.

Det bør herefter overvejes, hvornår der er tale om tildeling af nye kontrakter. Med udgangspunkt i nærværende kendelse sker der i hvert fald ikke tildeling, når der er tale om tilpasninger, der både er

¹¹⁰ Se Afsnit 5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler

¹¹¹ KLFU 7. oktober 2020, *Remondis*, s. 23

¹¹² C-216/17, *Autoritá*, præmis 20

taget højde for i kontrakten, og som alene udgør mindre del af en større ydelse.¹¹³ Hvornår der nærmere er tale om tildeling må bero på en vurdering af den konkrete aftale og ydelse. Det må i den forbindelse antages, at ordregiver har et vidt skøn ved klassificeringen af offentlige kontrakter. Det skyldes for det første, at Klagenævnet for Udbud i KLFU 7. oktober 2020 *Remondis* alene lægger vægt på, om der sker efterfølgende tildeling på baggrund af aftalen. For det andet fremgår det af praksis, at aftaler om renovation både kan tilrettelægges og udbydes som offentlige kontrakter og rammeaftaler.¹¹⁴ Klassificeringen må dog ikke foretages med henblik på at omgå udbudsreglerne.¹¹⁵

Det fremhæves, at Klagenævnet for Udbud foretager en indholdsmæssig vurdering af den udbudte kontrakt i henhold til at vurdere, hvorvidt der er sket en fejlklassificering af kontrakten. Klagenævnet for Udbud lægger dermed vægt på kontraktens indhold fremfor kontraktens betegnelse. Kommunens betegnelse af kontrakten fremstår dermed ikke som en afgørende faktor ift. den endelige klassificering af kontrakten. Udbudsportalen anfører dog, at selvom kontraktens betegnelse ikke i sig selv er afgørende, kan det i tvivlstilfælde få betydning, hvordan ordregiver betegner kontrakten.¹¹⁶

Slutteligt bemærkes det, at det ikke er problematisk, at kontrakten har en varighed på over fire år, da en sådan tidsbegrænsning alene gælder for rammeaftaler, jf. UBL § 95, stk. 2.

5.3. Delkonklusion

Det kan konkluderes, at indkøbscentraler enten agerer som grossist ved indkøb af varer og tjenesteydelser eller som formidler af aftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser.¹¹⁷ I rollen som formidler kan indkøbscentraler indgå rammeaftaler på vegne af en eller flere ordregivere, såfremt ordregiverne anmoder herom, hvilket kan være hensigtsmæssigt. Det skyldes, at der ved denne konstruktion kan opnås en række stordriftsfordele, færre udbud og transaktionsomkostninger, samt en mere specialiseret indkøbsforvaltning.¹¹⁸

¹¹³ Se Afsnit 7.2. Ordregivers ændringsmuligheder efter udbudsloven

¹¹⁴ KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*, s. 19 og 22 f

¹¹⁵ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 61

¹¹⁶ Udbudsportalen, *Om forskellen mellem rammeaftaler og kontrakter*

¹¹⁷ UBL § 24, nr. 15 og 6 og Afsnit 5.1.1. Regulering af indkøbscentraler

¹¹⁸ Se Afsnit 5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler

Hvad angår forskellen mellem rammeaftaler og offentlige kontrakter kan det konkluderes, at de to centrale forskelle er den lovregulerede begrænsning af rammeaftalens løbetid og den efterfølgende tildeling af kontrakter på baggrund af rammeaftalen.¹¹⁹

Derudover kan det konkluderes, at ordregiver har et vidt skøn ved klassificeringen af rammeaftaler efter udbudsloven. Det skyldes, at der er tale om en kontraktform og ikke en udbudsprocedure, at visse kontrakttyper, f.eks. renovationskontrakter, både udbydes som offentlige kontrakter og rammeaftaler, og at Klagenævnet for Udbud i KLFU 7. oktober 2020 *Remondis* primært foretager en vurdering af, om der reelt sker efterfølgende tildeling af kontrakter. Det er ikke i sig selv udslagsgivende, at en kontrakt rummer mulighed for efterfølgende tilpasning, såfremt tilpasningsmulighederne alene udgør en mindre del af den samlede ydelse. Ordregiver bør dog være opmærksom på, at der ikke er tale om et frit skøn, såfremt der sker efterfølgende tildeling af kontrakter på baggrund af aftalen. Sådanne aftaler *skal* klassificeres som rammeaftaler i henhold til definitionen i UBL § 24, nr. 30, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*.¹²⁰ Derudover begrænses skønnet af, at ordregiver ikke må klassificere en kontrakt som en offentlig kontrakt, såfremt dette sker med henblik på at omgå udbudsreglerne.¹²¹

¹¹⁹ Se Afsnit 5.2.1. Regulering af rammeaftaler og Afsnit 5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler

¹²⁰ Se Afsnit 5.2.4. Klassificering af rammeaftaler, herunder inddragelse af KLFU 7. oktober 2020 *Remondis*

¹²¹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 61

6. Domsanalyse af C-216/17, *Autorità*

Formålet med dette kapitel er at besvare underspørgsmål 2, som omhandler rækkevidden af C-216/17, *Autorità* i relation til værdiansættelse af rammeaftaler. I nærværende afsnit er der et domsreferat af C-216/17, *Autorità* til brug for efterfølgende analyse af dommen.

6.1. Domsreferat

Dommen angår en anmodning om præjudiciel forelæggelse indgivet af den øverste forvaltningsretlige domstol i Italien, Consiglio di Stato, i sagen C-216/17, *Autorità*.

Anmodningen om den præjudicielle afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 5 og artikel 32 i direktiv 2004/18/EF og artikel 33 i direktiv 2014/24/EU.

6.1.1. Sagens parter

Consiglio di Stato indgiver anmodningen om en præjudiciel forelæggelse i forbindelse med to søgsmål. Sagerne vedrører den lokale myndighed for sundhed og omsorg, Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica–Sebinos (herefter ASST Valcamonica) beslutning om at tilslutte sig en kontrakt om renovation, indsamling og bortskaffelse af affald i 2012. Kontrakten er oprindeligt indgået mellem en lokal myndighed for sundhed og social omsorg i Garda og en midlertidig virksomhedssammenslutning med deltagerne Markas Srl og Zanetti Arturo (herefter ATE Markas).¹²²

6.1.2. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

Baggrunden for tvisten er et dekret, der bliver vedtaget med henblik på at indgå den oprindelige kontrakt uden afholdelse af udbudsprocedure. Med dekretet bliver ATE Markas tildelt en kontrakt om tjenesteydelser på i alt ni år.¹²³

Udbudsbetingelserne indeholder en udvidelsesklausul. Klausulen gør det muligt for de organer der er nævnt i klausulen at anmode om en udvidelse af kontrakten, så den også omfatter dem. Det specificeres, at vinderen af kontrakten ikke er forpligtet til at godkende udvidelsen. Såfremt flere ordregivere vælger til at tiltræde kontrakten, opstår der på baggrund heraf et selvstændigt kontraktforhold, der

¹²² C-216/17, *Autorità*, præmis 1-2

¹²³ C-216/17, *Autorità*, præmis 18-19

varer til udgangen af den oprindeligt fastsatte kontraktperiode. Klausulen omfatter bl.a. ASST Valcamonica.¹²⁴

Indtil klausulens vedtagelse havde Coopservice Soc. coop. arl (herefter Coopservice) varetaget de i rammeaftalen omhandlede opgaver for ASST Valcamonica. Sammen med de italienske konkurrencemyndigheder lægger Coopservice sag an ved den regionale forvaltningsdomstol i Lombardiet. Coopservice og de italienske konkurrencemyndigheder ønsker en annullation af dekretet og udvidelsesklausulen med den begrundelse, at begge er i strid med nationale og europæiske konkurrenceregler, herunder pligten til at afholde udbud.¹²⁵

Den regionale forvaltningsdomstol afviser søgsmålene ved dom den 7. november 2016. Afvisningen begrundes med, at ordregivende myndigheder har mulighed for at indgå aftaler med en økonomisk aktør på vegne af andre ordregivende myndigheder, som ikke er direkte parter, selvom de er nævnt i aftalen. Retten afviser desuden, at en rammeaftale fra starten udtrykkeligt skal anføre den mængde ydelser, som de ordregivende myndigheder, der benytter udvidelsesklausulen, kan bestille. Retten vurderer, at det er tilstrækkeligt alene at henvise til disse ordregiveres sædvanlige behov.¹²⁶

Coopservice og de italienske konkurrencemyndigheder appellerer den regionale forvaltningsdomstols afgørelse til Consiglio di Stato, som beslutter at forelægge to præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. Forelæggelsen begrundes bl.a. med, at den regionale forvaltningsdomstols opfattelse ikke er i overensstemmelse med EU-retten.¹²⁷

Consiglio di Stato forudsætter, at artikel 32 i direktiv 2004/18/EF finder anvendelse på forholdet, men at der bør ske en samlet fortolkning af denne artikel og artikel 33 i direktiv 2014/24/EU, da de to bestemmelser er enslydende. Endvidere forudsætter Consiglio di Stato, at der er tale om en rammeaftale efter begge direktiver. Slutteligt forudsætter Consiglio di Stato, at en rammeaftale har to hovedkendetegn. For det første er det ikke nødvendigt at indgå hver aftale, der tildeles på baggrund af rammeaftalen, via et offentligt udbud, så længe den oprindelige tildeling er sket via et sådant udbud.

¹²⁴ C-216/17, *Autorità*, præmis 20

¹²⁵ C-216/17, *Autorità*, præmis 21

¹²⁶ C-216/17, *Autorità*, præmis 22

¹²⁷ C-216/17, *Autorità*, præmis 23-24

For det andet skal en rammeaftale ikke nødvendigvis på forhånd præcisere de mængder, som den vedrører.¹²⁸

Endvidere har Consiglio di Stato den opfattelse, at en rammeaftale bør begrænses til at omfatte de ordregivere, der kan påberåbe sig klausulen, ligesom en rammeaftale bør angive den maksimale værdi, der kan tildeles kontrakter for. Alternativt kan en manglende værdiangivelse føre til direkte tildeling og begrænse den EU-retlige konkurrence. Consiglio di Stato ønsker på baggrund heraf en restriktiv fortolkning af formuleringen 'i givet fald,' ift. fastlæggelsen af mængden af de ydelser, som rammeaftalen vedrører.¹²⁹

Efter anmodning fra EU-Domstolen bemærker Consiglio di Stato, at der forudsættes at være tale om en rammeaftale, selvom den omhandlede kontrakt har en varighed på ni år. Det skyldes, at Consiglio di Stato anser kontrakten for omfattet af undtagelsen i artikel 32, stk. 2, 4. afsnit i direktiv 2004/18/EF, da kontrakten har til formål at sikre, at en række hospitaler fungerer hensigtsmæssigt.¹³⁰

På baggrund af ovenstående beslutter Consiglio di Stato at forelægge to præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen:

”1) Kan artikel [1], stk. 5, og artikel 32 i direktiv 2004/18[...] samt artikel 33 i direktiv 2014/24[...] fortolkes således, at det er tilladt at indgå en rammeaftale, hvor

- en ordregivende myndighed handler i eget navn og på vegne af andre specifikt angivne ordregivende myndigheder, der imidlertid ikke [er direkte parter i rammeaftalen]*
- mængden af de ydelser, som de ordregivende myndigheder, der ikke rammeaftalen, kan bestille ved deres indgåelse af efterfølgende kontrakter baseret på denne rammeaftale, ikke er fastlagt?*

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, kan artikel [1], stk. 5, og artikel 32 i direktiv 2004/18[...] samt artikel 33 i direktiv 2014/24[...] da fortolkes således, at det er tilladt at indgå en rammeaftale, hvor

¹²⁸ C-216/17, *Autorità*, præmis 25-28

¹²⁹ C-216/17, *Autorità*, præmis 29-31

¹³⁰ C-216/17, *Autorità*, præmis 32

- *en ordregivende myndighed handler i eget navn og på vegne af andre specifikt angivne ordregivende myndigheder, der imidlertid ikke [er direkte parter i rammeaftalen]*
- *mængden af de ydelser, som de ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, kan bestille ved deres indgåelse af efterfølgende kontrakter baseret på denne rammeaftale, fastlægges med henvisning til deres sædvanlige behov? ”¹³¹*

6.1.3. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel forelæggelse

EU-Domstolen undersøger indledningsvist, om den præjudicielle forelæggelse kan realitetsbehandles. Undersøgelsen sker, da EU-Domstolen forholder sig tvivlende overfor, om Consiglio di Stato's begrundelse for at klassificere kontrakten som en rammeaftale er tilstrækkelig.

Ultimativt kommer EU-Domstolen frem til, at sagen kan realitetsbehandles, da det ikke er udelukket, at kontrakten kan udgøre en gyldig rammeaftale, selvom den har en varighed på mere end fire år.¹³²

6.1.4. Om de præjudicielle spørgsmål

EU-Domstolen slår indledningsvist fast, at det følger af dens faste praksis, at det er det gældende direktiv på tidspunktet for kontraktens indgåelse, der fortolkes. EU-Domstolen lægger derfor alene direktiv 2004/18/EF til grund for sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål. Det skyldes, at direktiv 2004/18/EF var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den pågældende kontrakt.¹³³

6.1.4.1. Angående spørgsmålet om direkte parter i aftalen

EU-Domstolen undersøger først, hvorvidt der er krav om oprindelig partsstatus i en rammeaftale for både ordregivende myndigheder og økonomiske aktører, da ordlyden i artikel 32, stk. 2, 2. afsnit i direktiv 2004/18/EF ikke er helt klar på dette punkt. EU-Domstolen sammenholder bestemmelsen med præambelbetragtning 11 og punkt 18 i Bilag VII A til direktivet, og kommer frem til, at kravet om at være oprindelig part i aftalen alene gælder for økonomiske aktører. Det skyldes, at ordregivende myndigheder ikke skal konkurrere indbyrdes, modsat de økonomiske aktører. I forlængelse af ovenstående slår EU-Domstolen fast, at der ikke kan indfortolkes et krav om, at en 'sekundær'

¹³¹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 33

¹³² C-216/17, *Autoritá*, præmis 34-43

¹³³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 44-47

ordregivende myndighed som ASST Valcamonica har deltaget i selve indgåelsen af rammeaftalen. Det er tilstrækkeligt, at det er angivet i udbudsdokumenterne ved aftaleindgåelse, at sådanne ordregivende myndigheder har mulighed for at tiltræde aftalen efterfølgende. Angivelsen kan enten fremgå af selve rammeaftalen eller et andet dokument, f.eks. en udvidelsesklausul.¹³⁴

6.1.4.2. Angående spørgsmålet om henvisning til ordregivers sædvanlige behov

EU-Domstolen adresserer indledningsvist, at artikel 1, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF har til formål at fastsætte kravene til en rammeaftale - særligt ift. pris og påtænkte mængder. I den forbindelse slår EU-Domstolen fast, at selvom udtrykket 'i givet fald' kan læses som optionelt, kan EU-Domstolen *ikke* tiltræde denne fortolkning.¹³⁵

EU-Domstolen begrundet sin fortolkning med, at det følger af andre bestemmelser i direktiv 2004/18/EF, at rammeaftalen skal fastsætte den maksimale mængde af varer og tjenesteydelser, der kan forventes tildelt i kontraktens løbetid. Særligt fremhæver EU-Domstolen artikel 9, stk. 9, omhandlende værdiansættelse for rammeaftaler, hvor der skal tages hensyn til den anslåede maksimumsværdi. EU-Domstolen henviser også til EU-Kommissionen og generaladvokatens forslag til afgørelsen, hvor det fremhæves, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen, skal præcisere den samlede mængde, der kan blive genstand for efterfølgende kontrakter på rammeaftalen.¹³⁶

Dernæst henviser EU-Domstolen til artikel 32, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF. Det fremgår af denne bestemmelse, at når der indgås en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør, skal kontrakter baseret på en indgået rammeaftale ske efter de i rammeaftalen fastsatte vilkår. EU-Domstolen fortolker bestemmelsen således, at *"den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger."*¹³⁷

Endelig slår EU-Domstolen fast, at ovenstående fortolkning sikrer overholdelse af de grundlæggende principper for indgåelse af offentlige kontrakter, herunder rammeaftaler, jf. artikel 32, stk. 2 i direktiv

¹³⁴ C-216/17, *Autoritá*, præmis 49-56

¹³⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 57-59

¹³⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60

¹³⁷ C-216/17, *Autoritá*, præmis 61

2004/18/EF. EU-Domstolen fremhæver særligt ligebehandlingsprincippet, forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. Det er i den forbindelse essentielt, at samtlige betingelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne formuleres ”klart, præcist og utvetydigt”¹³⁸, så der ikke er tvivl om fremgangsmåden ved tildeling. Det er særligt vigtigt, at udbuddet er letforståeligt for tilbudsgiverne, og at tilbudsgiverne har mulighed for at kontrollere, om deres tilbud lever op til de fastsatte kriterier.¹³⁹

På baggrund af ovenstående påpeger EU-Domstolen, at det vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, såfremt den ordregiver, der oprindeligt var part i aftalen, ikke præciserer den samlede mængde, som rammeaftalen angår. EU-Domstolen påpeger også, at et manglende krav om angivelse af den samlede mængde kan føre til potentiel omgåelse af de i direktivet fastsatte tærskelværdier, hvilket ikke er lovligt i medfør af artikel 9, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF.¹⁴⁰

Det fremhæves desuden, at selvom en henvisning til ordregivers sædvanlige behov måtte være gennemsigtigt for økonomiske aktører i den pågældende medlemsstat, er det ikke sikkert, at det vil være gennemsigtigt for økonomiske aktører i andre medlemsstater.¹⁴¹ Kender ordregiver sit sædvanlige behov på forhånd, er det, ifølge EU-Domstolen, uproblematisk at angive dette i rammeaftalen og derigennem overholde de grundlæggende principper.¹⁴²

6.1.5. Resultat

Som svar på de præjudicielle spørgsmål konkluderer EU-Domstolen, at artikel 1, stk. 5 og artikel 32, stk. 2, 4. afsnit i direktiv 2004/17/EF, skal fortolkes på følgende måde:

1) Det er både muligt for en ordregivende myndighed at handle i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, selvom disse ikke er direkte parter i rammeaftalen, såfremt dette fremgår klart og gennemsigtigt.

¹³⁸ C-216/17, *Autoritá*, præmis 63

¹³⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 62-63

¹⁴⁰ C-216/17, *Autoritá*, præmis 64-66 og 69

¹⁴¹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 67

¹⁴² C-216/17, *Autoritá*, præmis 68

2) Ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, skal fastlægge mængden af de ydelser, der bestilles, når der indgås kontrakter i henhold til rammeaftalen. Der er ikke tilstrækkeligt alene at henvise til ordregivers sædvanlige behov.¹⁴³

6.2. Dommens rækkevidde med udgangspunkt i 2004-direktivet

I dette afsnit analyseres C-216/17, *Autoritá* med henblik på at fastlægge dommens rækkevidde for direktiv 2004/18/EF.

6.2.1. Gældende ret på tidspunkt for indgåelse af rammeaftale

Indledningsvist undersøges dommens rækkevidde i forhold til direktiv 2004/18/EF. Det skyldes, at det er direktiv 2004/18/EF, som er gældende ret på tidspunktet for indgåelsen af rammeaftalen og derfor det direktiv, som EU-Domstolen fortolker som led i besvarelsen af den præjudicielle forelæggelse.¹⁴⁴

Det bemærkes, at Consiglio di Stato også anmoder EU-Domstolen om at fortolke direktiv 2014/24/EU, da ordlyden af de relevante bestemmelser i dette direktiv ”er identiske med bestemmelserne i direktiv 2004/18”.¹⁴⁵ EU-Domstolen henviser imidlertid til sin faste praksis og vil kun fortolke det direktiv, som er udtryk for gældende ret på tidspunktet for kontraktens indgåelse.¹⁴⁶

Det kan derfor udledes, at C-216/17, *Autoritá* er udtryk for gældende ret efter direktiv 2004/18/EF.

6.2.2. 9-årig rammeaftale

Det er relevant at overveje, om C-216/17, *Autoritá*s rækkevidde begrænses af, at den omtvistede rammeaftale har en varighed på ni år. Såfremt EU-Domstolens fortolkning alene finder anvendelse på rammeaftaler med en længere varighed end fire år,¹⁴⁷ vil dette være en væsentlig indsnævring af dommens anvendelsesområde.

¹⁴³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 70

¹⁴⁴ C-216/17, *Autoritá*, præmis 47

¹⁴⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 26

¹⁴⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 47

¹⁴⁷ Rammeaftaler har som udgangspunkt en varighed på maks. fire år, jf. UBL § 95, stk. 2, artikel 32, stk. 2, 4. afsnit. i direktiv 2004/18/EF og artikel 33, stk. 1, 3. afsnit i direktiv 2014/24/EU

Det fremgår af dommens præmis 34-35, at EU-Domstolen finder anledning til at vurdere, hvorvidt den præjudicielle forelæggelse kan realitetsbehandles. Det skyldes, at der, ifølge EU-Domstolen, ikke er givet en tilstrækkelig forklaring fra Consiglio di Stato på, hvorfor udgangspunktet om en maksimal varighed på fire år for rammeaftaler er fraveget i det konkrete tilfælde.¹⁴⁸

EU-Domstolen kommer ultimativt frem til, at det ikke kan udelukkes, at en offentlig kontrakt kan kvalificeres som en rammeaftale, selvom den har en varighed på over fire år.¹⁴⁹ På den baggrund bliver sagen realitetsbehandlet.¹⁵⁰ Herefter fortolker EU-Domstolen de relevante artikler om rammeaftaler i direktiv 2004/18/EF.

EU-Domstolen nævner på intet tidspunkt, at det skulle have nogen betydning for fortolkningen, at rammeaftalen har en varighed på over fire år. Det bemærkes endvidere, at direktiv 2004/18/EF ikke sondrer mellem rammeaftaler med en varighed på over fire år og under fire år - det fremgår alene, at en rammeaftale som udgangspunkt har en varighed på fire år eller derunder, medmindre der er tale om særlige tilfælde begrundet i rammeaftalens formål.¹⁵¹

Ovenstående må forstås sådan, at hvis en offentlig kontrakt retligt kan kvalificeres som en rammeaftale, gælder der de samme bestemmelser for den pågældende kontrakt, uanset kontraktens varighed. Det faktum at rammeaftalen i C-216/17, *Autoritá* har en varighed på ni år, kan derfor ikke fortolkes sådan, at dommen alene gælder for rammeaftaler med en varighed på over fire år. Da EU-Domstolen ikke efterfølgende adresserer rammeaftalens varighed, og da der ikke gælder særlige regler for rammeaftaler af længere varighed, må det antages, at dommens præmisser både er anvendelige på rammeaftaler med en varighed på over fire år og under fire år.

Det kan endvidere udledes af dommen, at rammeaftalens varighed har betydning.¹⁵² Det følger både af EU-Domstolens krav om, at ordregiver skal begrunde en varighed på mere end fire år¹⁵³ og af

¹⁴⁸ C-216/17, *Autoritá*, præmis 36

¹⁴⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 42

¹⁵⁰ C-216/17, *Autoritá*, præmis 43

¹⁵¹ Direktiv 2004/18/EF, artikel 32, stk. 2, 4. afsnit

¹⁵² Manuel Peláez Muras, *Antitrust and Coopservice: Procurement Aggregation Is a Serious Thing (Adjudicating Too)*, afsnit 6

¹⁵³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 34-43

direktiv 2004/18/EF, hvor det fremgår, at rammeaftalen i særlige tilfælde kan have en længere varighed end fire år, såfremt den længere varighed er ”*behørigt begrundet*”.¹⁵⁴

6.2.3. Generel betydning for rammeaftaler

C-216/17, *Autoritá* vedrører den situation, hvor en ordregiver indgår en rammeaftale på vegne af andre ordregivere. Der er herefter opstået tvivl om, hvorvidt dommen kan udstrækkes til at gælde for andre situationer end den pågældende.

På den ene side bemærkes det, at formålet med den præjudicielle forelæggelse bl.a. er en nærmere fortolkning af artikel 1, stk. 5 og artikel 32 i direktiv 2004/18/EF, der hhv. udgør legaldefinitionen af rammeaftaler, samt generel regulering af rammeaftaler. EU-Domstolen anvender derfor bestemmelser, som generelt regulerer rammeaftaler, og ikke alene rammeaftaler indgået af én ordregiver på vegne af andre ordregivere.¹⁵⁵ EU-Domstolen henviser endvidere til grundlæggende principper,¹⁵⁶ hvilket indikerer, at dommen er anvendelig i andre situationer end den foreliggende.

På den anden side henviser EU-Domstolen til artikel 32, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF i dommens præmis 61. Denne bestemmelse regulerer alene rammeaftaler indgået med én økonomisk aktør. Henvisningen sker som led i EU-Domstolens begrundelse for, at tiltrædende ordregivende myndigheder er forpligtet til at fastlægge den mængde, som de forventer at indkøbe på baggrund af rammeaftalen. EU-Domstolens begrundelse bygger imidlertid ikke alene på denne bestemmelse, men også de generelle bestemmelser om rammeaftaler, herunder artikel 9, stk. 9 om beregningen af rammeaftalers værdi, artikel 32, stk. 2 og de grundlæggende principper.¹⁵⁷

Det forhold, at EU-Domstolen en enkelt gang henviser til artikel 32, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF, overskygger således ikke den gennemgående argumentation i dommen, som baseres på bestemmelser, der generelt regulerer rammeaftaler samt de grundlæggende principper.

¹⁵⁴ Direktiv 2004/18/EF, artikel 32, stk. 2, 4. afsnit

¹⁵⁵ Eksempelvis EU-Domstolens henvisning til artikel 1, stk. 5 og artikel 32, særligt stk. 2 og 4 i direktiv 2004/18/EF (se C-216/17, *Autoritá*, eksempelvis præmis 51, 54, 56, 62 og 69)

¹⁵⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 62-64

¹⁵⁷ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60-69

Derudover bemærkes det, at Konkurrence- Forbrugerstyrelsen i deres notat af den 13. november 2019 også vurderer, at ”dommen har generel betydning for anvendelsen af rammeaftaler”.¹⁵⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger ligeledes vægt på, at EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* henviser til de grundlæggende principper samt anvender bestemmelser, der generelt regulerer rammeaftaler, og at EU-Domstolen alene henviser til artikel 32, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF én enkelt gang.¹⁵⁹ Endvidere bemærkes det, at de svenske konkurrencemyndigheder også har udarbejdet et notat vedrørende C-216/17, *Autoritá*, hvor de ligeledes vurderer, at dommen har generel betydning for anvendelsen af rammeaftaler.¹⁶⁰

På baggrund af ovenstående må det herefter antages, at EU-Domstolen tilsigter at regulere den generelle anvendelse af rammeaftaler og ikke kun den specifikke situation i C-216/17, *Autoritá*. Det antages herefter, at dommen finder anvendelse på rammeaftaler indgået af en eller flere ordregivere med en eller flere økonomiske aktører. Dommen antages også at gælde for rammeaftaler indgået af en indkøbscentral på vegne af en eller flere ordregivere.¹⁶¹

6.2.4. Fortolkningen af ’i givet fald,’ herunder grundlæggende principper og omgængelseshensyn

Det fremgår af artikel 1, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF, at rammeaftaler indgås ”med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og **i givet fald** [vores fremhævelse] påtænkte mængder.”¹⁶²

Formuleringen ’i givet fald’ giver anledning til en række bemærkninger. Formuleringen indgår først og fremmest i Consiglio di Stato overvejelser i C-216/17, *Autoritá*. Det skyldes, at Consiglio di Stato er delvist uenig i den regionale forvaltningsdomstols vurdering af udtrykket ’i givet fald’. Ifølge den regionale forvaltningsdomstol er det ikke nødvendigt, at ordregiver anfører mængden af de ydelser, der kan bestilles via rammeaftalen fra start; ordregiver kan nøjes med at henvise til sit sædvanlige behov.¹⁶³ Den regionale forvaltningsdomstol og Consiglio di Stato er af den opfattelse, at en rammeaftale ikke behøver at præcisere de mængder den vedrører, men at dette må anses som valgfrit, jf.

¹⁵⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 11

¹⁵⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 10

¹⁶⁰ Konkurrenceverktets notat af den 27. juni 2019, s. 8 f

¹⁶¹ Se Afsnit 5.2.1. Regulering af rammeaftaler

¹⁶² I følgende afsnit adresseres problemstillingen vedrørende fortolkningen af ’i givet fald’, hvor EU-Domstolen alene udtaler sig om ordregivers forpligtelse til at angive en bestemt mængde. I afsnit 6.2.5. undersøges det nærmere, om ordregiver skal angive rammeaftalens værdi som en mængde og/eller værdi.

¹⁶³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 22

udtrykket 'i givet fald.' Ordregivers 'valgfrihed' skal dog ses i sammenhæng med den konkrete aftale, og ydelserne skal være fastlagt eller fremgå på anden vis. Alt i alt hælder Consiglio di Stato til en restriktiv fortolkning af udtrykket 'i givet fald.' Ifølge Consiglio di Stato er det således for vidtgående, at ordregiver alene henviser til sit sædvanlige behov. Ordregiver behøver dog ikke præcisere mængden, hvis denne er fastlagt på anden vis, f.eks. gennem en angivelse af rammeaftalens værdi.¹⁶⁴

EU-Domstolen slår indledningsvist fast, at formuleringen 'i givet fald' i artikel 1, stk. 5 *ikke* er fakultativ. Det følger ligeledes af andre bestemmelser i direktiv 2004/18/EF, at ordregiver fra begyndelsen skal fastlægge den maksimale mængde ydelser, der kan blive genstand for efterfølgende kontraktindgåelse. EU-Domstolen peger i den forbindelse på direktivets artikel 9, stk. 9 og punkt 6, litra c i bilag VII A til direktivet. Endvidere henviser EU-Domstolen til Kommissionen og generaladvokatens forslag til afgørelsen, hvor det fremgår, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt er part i aftalen, skal præcisere den samlede mængde for de efterfølgende kontrakter.¹⁶⁵

EU-Domstolen peger endvidere på artikel 32, stk. 3, hvorefter en ordregivende myndighed kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre udtrykkeligt angivne myndigheder indenfor grænsen af en bestemt mængde.¹⁶⁶ Det må heraf kunne udledes, at EU-Domstolen ikke anser det for optionelt, at ordregiver fastsætter en bestemt mængde for rammeaftalen.

Endelig henviser EU-Domstolen til de grundlæggende principper, herunder ligebehandlingsprincippet, forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. EU-Domstolen bemærker, at alle betingelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet skal formuleres på en sådan måde, at det er muligt for tilbudsgiverne at forstå indholdet, samt muligt for ordregiver at kontrollere om tilbuddene er i overensstemmelse med udbudsmaterialet.¹⁶⁷

EU-Domstolens argumentation lader særligt til at være båret af hensynet til de grundlæggende principper. Det skyldes for det første, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet potentielt vil blive påvirket, hvis det ikke fra start præciseres, hvilken mængde rammeaftalen vedrører.¹⁶⁸ EU-Domstolen begrundes dette med, at ordregiver ikke er forpligtet til at sende kontrakter i udbud,

¹⁶⁴ C-216/17, *Autoritá*, præmis 29-31

¹⁶⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 57-60

¹⁶⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 61

¹⁶⁷ C-216/17, *Autoritá*, præmis 62-63

¹⁶⁸ C-216/17, *Autoritá*, præmis 64

såfremt disse indgås på baggrund af rammeaftalen, jf. artikel 35, stk. 4, 2. afsnit i direktiv 2004/18/EF.¹⁶⁹ Dernæst peger EU-Domstolen på, at en manglende angivelse af rammeaftalens maksimale mængde og beløb vil kunne føre til omgåelsessituationer, hvor kontrakten opdeles kunstigt med henblik på at holde kontrakten under tærskelværdierne.¹⁷⁰ EU-Domstolen pointerer også, at en henvisning til ordregivers sædvanlige behov ofte ikke vil være gennemsigtig for udenlandske økonomiske aktører, selvom det måtte være gennemsigtigt for nationale økonomiske aktører.¹⁷¹ Endelig bemærker EU-Domstolen, at såfremt ordregiver kender sit sædvanlige behov, bør det være uproblematisk for ordregiver at specificere mængde og værdi i rammeaftalen eller et andet offentliggjort dokument, f.eks. udbudsbekendtgørelsen.¹⁷²

På baggrund af ovenstående lader EU-Domstolen ikke til at være i tvivl om, at formuleringen 'i givet fald' i artikel 1, stk. 5 skal fortolkes således, at ordregiver ikke kan vælge, om denne vil angive kontraktens samlede mængde eller ej. Endvidere fremgår det direkte af EU-Domstolens endelige konklusion, at det er *udelukket*, at ordregivere, der indgår kontrakter på baggrund af rammeaftalen, fastsætter mængden med henvisning til deres sædvanlige behov.¹⁷³

EU-Domstolens argumentation virker velbegrundet, særligt henset til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigthed. En manglende angivelse af rammeaftalens samlede mængde og beløb, kan endvidere føre til omgåelsessituationer og mindske den effektive konkurrence.¹⁷⁴ For det første kan det være svært for tilbudsgiverne at kontrollere, om ordregiver har tildelt kontrakten efter kriterierne i udbudsmaterialet. Derudover vil være vanskeligt for de økonomiske aktører at gennemskue indholdet i rammeaftalen, og i værste fald kan det afholde dem fra at deltage i udbuddet. Det vil kort sagt ikke være i overensstemmelse med de generelle hensyn bag rammeaftaler og de grundlæggende principper, at formuleringen 'i givet fald' fortolkes således, at ordregiver ikke behøver at angive en bestemt mængde i kontrakten.

Det bemærkes dog, at EU-Domstolen ikke adresserer, hvorvidt ordregiver kan undlade at præcisere en bestemt mængde, hvis ordregiver ikke kender sit behov på forhånd. I C-216/17, *Autorità* lægges

¹⁶⁹ C-216/17, *Autorità*, præmis 65

¹⁷⁰ C-216/17, *Autorità*, præmis 66

¹⁷¹ C-216/17, *Autorità*, præmis 67

¹⁷² C-216/17, *Autorità*, præmis 68

¹⁷³ C-216/17, *Autorità*, præmis 70

¹⁷⁴ C-216/17, *Autorità*, præmis 69

det til grund, at ordregiver kender sit sædvanlige behov. Ud fra EU-Domstolens argumentation fremgår det klart, at hvis ordregiver kender sit sædvanlige behov, kan ordregiver ikke undlade at angive det i udbudsmaterialet.¹⁷⁵

Spørgsmålet er herefter, om ordregiver kan undlade at præcisere en bestemt mængde, såfremt ordregiver *ikke* kender sit sædvanlige behov. EU-Domstolens henvisning til de grundlæggende principper, samt brugen af ordet 'udelukket,' taler for, at ordregiver er forpligtet til at angive en mængde. På den anden side forholder EU-Domstolen sig som nævnt ikke til, hvordan en ordregiver, der ikke kender sit sædvanlige behov, skal agere. Formålet med at anvende rammeaftaler er ofte, at ordregiver ønsker en vis fleksibilitet til at kunne fastsætte sit indkøbsbehov, samt fleksibilitet ift. hvornår der skal ske levering af de i rammeaftalen omhandlede ydelser. Der kan således argumenteres for, at rammeaftalens fleksible karakter delvist vil forsvinde, hvis ordregiver skal angive en bestemt mængde i en rammeaftale, hvor ordregiver ikke kender sit behov og ikke har mulighed for at fastlægge det på forhånd.

Når ovenstående sammenholdes, kan følgende udledes om formuleringen 'i givet fald' i artikel 1, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF; bestemmelsen er *ikke* fakultativ, men skal forstås således, at ordregiver er forpligtet til at angive en bestemt mængde, såfremt ordregiver kender denne. Det er ligeledes sikkert, at ordregiver ikke kan omgå bestemmelsen ved at henvise til sit sædvanlige behov.¹⁷⁶ Det er dog fortsat usikkert, om en ordregiver, der ikke kender sit sædvanlige behov, kan undlade at angive en bestemt mængde for rammeaftalen. Hensynet til de grundlæggende principper, særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, taler imod dette, ligesom der vil være risiko for misbrug og omgåelse af udbudsreglerne, hvis ordregiver ikke er forpligtet til at angive en bestemt mængde.¹⁷⁷ Omvendt er det i strid med rammeaftalens fleksible karakter, hvis ordregiver er forpligtet til at angive en mængde, som denne ikke på forhånd kan fastlægge, ligesom en forkert mængdeangivelse kan føre til en begrænsning af konkurrencen.

6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi

EU-Domstolen træffer i C-216/17, *Autoritá* afgørelse om, at artikel 1, stk. 5 og artikel 32, stk. 2, 4. afsnit i direktiv 2004/18/EF skal fortolkes sådan, at det *ikke* er tilstrækkeligt for en tiltrædende

¹⁷⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 68 og 70

¹⁷⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 70

¹⁷⁷ C-216/17, *Autoritá*, præmis 66 og 69

ordregiver at fastlægge sit indkøbsbehov med henvisning til sit sædvanlige behov.¹⁷⁸ Dog præciserer EU-Domstolen ikke eksplicit, hvordan ordregiver herefter skal angive sit indkøbsbehov. Dette giver anledning til at undersøge, hvorvidt ordregivers værdiansættelse af rammeaftaler skal ske ved angivelse af en anslået maksimumsværdi, eller om det er tilstrækkeligt for ordregiver at henvise til en bestemt mængde, der kan indkøbes på baggrund af rammeaftalen.

EU-Domstolen bemærker indledningsvist, at der ved værdiansættelse af rammeaftaler skal tages hensyn til den anslåede maksimumsværdi af de kontrakter, der forventes tildelt på baggrund af rammeaftalen efter artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF. EU-Domstolen henviser i den forbindelse til Bilag VII A i direktiv 2004/18/EF, hvorefter "*den samlede anslåede værdi af ydelserne for rammeaftalens løbetid*"¹⁷⁹ skal specificeres i udbudsbekendtgørelsen. Disse henvisninger kan indikere, at værdiansættelse af rammeaftaler alene kan ske ved ordregivers angivelse af det forventede træk på rammeaftalen som en anslået maksimumsværdi.

EU-Domstolen henviser imidlertid også til angivelsen af *en mængde* flere steder i dommen.¹⁸⁰ Det fremgår specifikt af dommens præmis 60, at en rammeaftale skal "*præcisere den samlede mængde, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter*".¹⁸¹ EU-Domstolen bemærker endvidere, at ordregivere tilknyttet rammeaftalen skal handle inden for grænserne af en bestemt mængde,¹⁸² og at de grundlæggende principper risikerer at blive påvirket, såfremt en samlet mængde ikke præciseres.¹⁸³ Dette kan indikere, at det er i overensstemmelse med direktiv 2004/18/EF, når ordregiver fastlægger rammeaftalens værdi med henvisning til en bestemt mængde.

Derudover er der også formuleringer i C-216/17, *Autoritá* der kan indikere, at EU-Domstolen stiller krav om, at ordregiver *både* skal angive en maksimal mængde og et maksimalt beløb for de ydelser, der forventes indkøbt via rammeaftalen.¹⁸⁴ EU-Domstolen vurderer, at såfremt der ikke stilles krav om, at ordregiver skal angive en mængde *og* et beløb, vil det medføre risiko for omgåelse af den EU-udbudsretlige regulering. Ifølge EU-Domstolen omfatter det bl.a. forbuddet mod kunstig opdeling i

¹⁷⁸ C-216/17, *Autoritá*, præmis 70

¹⁷⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60

¹⁸⁰ C-216/17, *Autoritá*, eksempelvis præmis 60, 61 og 64

¹⁸¹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60

¹⁸² C-216/17, *Autoritá*, præmis 61

¹⁸³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 64

¹⁸⁴ C-216/17, *Autoritá*, præmis 66

delaftaler efter artikel 9, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF, og forbuddet mod misbrug af rammeaftaler i artikel 32, stk. 2, 5. afsnit i direktiv 2004/18/EF.¹⁸⁵

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen præsenterer i et notat af den 13. november 2019 deres fortolkning af problemstillingen. På baggrund af C-216/17, *Autoritá* vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det vil være tilstrækkeligt, at ordregiver fastsætter rammeaftalens maksimale mængde, og at dette kan ske ved angivelse af rammeaftalens maksimale værdi. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er det afgørende, at angivelsen af mængde eller værdi sker på en måde, som er gennemsigtig for de økonomiske aktører. I den forbindelse lægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vægt på, at EU-Domstolen både henviser til angivelse af en mængde og et beløb, og at det afgørende må være, at værdiansættelsen er gennemsigtig for tilbudsgiverne.¹⁸⁶

Dorthe Kristensen Balshøj adresserer også problemstillingen vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler. Dorthe Kristensen Balshøj understreger, at rammeaftaler efter artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF skal værdiansættes, og at dette skal ske med henvisning til rammeaftalens anslåede værdi. Ifølge Dorthe Kristensen Balshøj vil en manglende fastlæggelse af rammeaftalens anslåede værdi endvidere gøre rammeaftalens vilkår ”*usikre og uklare*”,¹⁸⁷ da de økonomiske aktører i så fald ikke kender kontraktens genstand og omfang. Dorthe Kristensen Balshøj mener derfor, at ordregivers angivelse af rammeaftalens anslåede værdi nødvendigvis *også* må indebære, at ordregiver foretager et skøn over mængden på rammeaftalen.¹⁸⁸

Sammenfattende synes EU-Domstolens brug af ordene ’værdi,’ ’mængde’ og ’beløb’ vilkårlig. Det kan derfor alene udledes, at værdiansættelse af rammeaftaler efter artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF skal ske ved angivelse af en mængde *og/eller* en anslået værdi. Dette særligt henset til, at en manglende fastlæggelse af rammeaftalens mængde/værdi både vil være i strid med artikel 9,

¹⁸⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 66 og 69

¹⁸⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 7

¹⁸⁷ Dorthe Kristensen Balshøj, Rammeaftaler: *Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 3.2.

¹⁸⁸ Dorthe Kristensen Balshøj, Rammeaftaler: *Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 3.2.

stk. 9 i direktiv 2004/18/EF, men også de grundlæggende principper - særligt princippet om gennemsigthed.¹⁸⁹

Endelig bemærkes det, at det fortsat er uklart, hvor præcist ordregiver skal fastsætte rammeaftalens værdi henset til formuleringerne ”*anslåede maksimumsværdi*” og ”*forventes tildelt*” i artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF.¹⁹⁰ Problemstillingen behandles nærmere i Afsnit 7.1.1. Værdiansættelse i interval.

6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver

I C-216/17, *Autoritá* tager EU-Domstolen ikke direkte stilling til, hvorvidt den samlede mængde skal angives for hele rammeaftalen eller pr. tiltrædende ordregiver. EU-Domstolen anvender dog formuleringen ‘den samlede mængde’ flere gange, hvilket indikerer, at det er rammeaftalens samlede mængde, som skal angives - *ikke* mængden pr. ordregiver.¹⁹¹ Det fremhæves, at EU-Domstolen udtaler følgende: ”(...) *skal den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen (...) præcisere den samlede mængde, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter.*”¹⁹² Denne formulering kan også indikere, at ordregiver alene skal angive rammeaftalens samlede mængde.

Ovenstående er endvidere i overensstemmelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af C-216/17, *Autoritá*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indfortolker alene et krav om, at det er den samlede mængde *eller* værdi for selve rammeaftalen der skal angives og ikke pr. ordregiver.¹⁹³ Det bemærkes, at EU-Domstolen ikke endeligt tager stilling hertil. EU-Domstolens formuleringer samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat indikerer dog, at retsstillingen efter direktiv 2004/18/EF alene forpligter ordregiver til at angive en mængde eller værdi for *den samlede rammeaftale*.¹⁹⁴

¹⁸⁹ C-216/17, *Autoritá*, særligt præmis 62 og 64, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 7 og Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 3.2.

¹⁹⁰ Michael Steinicke og Anders Nørgaard Jensen, *Rammeaftaler og værdiopgørelse. Føljeton* og Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.1., hvor sidstnævnte dog beskæftiger sig med artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU. Det bemærkes dog, at ordlyden af de to bestemmelser er enslydende. Se projektets Afsnit 6.3.3. for nærmere analyse af relevante ligheder og forskelle mellem de to direktiver.

¹⁹¹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60, 64 og 68

¹⁹² C-216/17, *Autoritá*, præmis 60

¹⁹³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 8

¹⁹⁴ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi, hvor det er fastslået, at ordregiver skal angive en mængde *og/eller* en anslået værdi

6.2.7. Særligt om præmis 61

C-216/17, *Autoritá* rejser flere spørgsmål om dommens rækkevidde. Særligt har én sætning givet anledning til flere overvejelser, nemlig præmis 61, 2. pkt., som har følgende ordlyd: ”*Det følger heraf, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger.*”¹⁹⁵

EU-Domstolen uddyber ikke, hvad der ligger i formuleringen ’udtømt sine virkninger,’ og formuleringen er ikke nævnt i generaladvokatens forslag til afgørelsen.¹⁹⁶ Såfremt formuleringen kan udstrækkes til at omfatte rammeaftaler generelt, vil det potentielt have stor betydning for fortolkningen af rammeaftaler fremover. Det er derfor relevant at undersøge, hvad der ligger i formuleringen ’udtømt sine virkninger.’ Formuleringen uddybes som nævnt ikke, hvorfor der er tvivl om, hvorvidt præmis 61 gælder for rammeaftaler generelt eller alene omfatter den specifikke situation i C-216/17, *Autoritá*.

Det taler for en bredere anvendelse af C-216/17, *Autoritá*, at EU-Domstolen flere steder i dommen udtaler sig generelt om fortolkningen af bl.a. de grundlæggende principper og de udbudsretlige hensyn. Som vurderet i Afsnit 6.2.3. er den aktuelle opfattelse, at C-216/17, *Autoritá* på visse punkter kan udstrækkes til at gælde for rammeaftaler generelt. Denne opfattelse støttes bl.a. af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som fremhæver, at EU-Domstolen indledningsvist lægger til grund, at der er tale om en rammeaftale, og at EU-Domstolen fortolker de regler, som regulerer rammeaftaler generelt og ikke alene den specifikke situation.¹⁹⁷

Det bemærkes dog, at EU-Domstolen i præmis 61 nævner artikel 32, stk. 3 i direktiv 2004/18/EF, der alene omhandler rammeaftaler indgået med én økonomisk aktør. Som nævnt i Afsnit 6.2.3. er dette det eneste sted, hvor EU-Domstolen behandler denne bestemmelse; den øvrige del af afgørelsen omhandler bestemmelser, der regulerer rammeaftaler generelt. Det kan betyde, at EU-Domstolen ikke har ønsket at tillægge præmis 61 generel værdi for rammeaftaler, men alene den situation, hvor ordregiver indgår en rammeaftale med én økonomisk aktør. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger

¹⁹⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 61

¹⁹⁶ Forslag til afgørelse, generaladvokat Sánchez-Bordona, 3. oktober 2018, sag C-216/17, *Autoritá*

¹⁹⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 10 f og 17

dog ikke vægt på dette, men vurderer, at dommen som udgangspunkt gælder for rammeaftaler generelt, inklusive præmis 61.¹⁹⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen begrundet ikke yderligere, hvorfor præmis 61 skulle gælde for rammeaftaler generelt. Som nævnt indikerer de generelle formuleringer i C-216/17, *Autoritá*, at præmis 61 gælder for rammeaftaler generelt. Omvendt har EU-Domstolen, som det eneste sted i dommen, valgt at henvise til en mere specifik bestemmelse, hvilket Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen også bemærker.¹⁹⁹

De svenske konkurrencemyndigheder har anlagt en lignende vurdering af C-216/17, *Autoritá*, i deres notat af den 27. juni 2019. Ligesom Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er de svenske konkurrencemyndigheder af den opfattelse, at C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde for mere end den konkrete situation. De svenske konkurrencemyndigheder henviser ligeledes til, at EU-Domstolen bygger sin argumentation på de grundlæggende principper.²⁰⁰ De svenske konkurrencemyndigheders forståelse af dommens udstrækning, kan endvidere anvendes til at støtte op om legitimiteten af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering.

Præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* adresseres også af Dorthe Kristensen Balshøj,²⁰¹ som ikke fuldt ud deler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af, hvordan præmis 61 skal fortolkes. Dorthe Kristensen Balshøj mener, at præmis 61 giver anledning til flere spørgsmål end svar,²⁰² og har inddelt sine overvejelser i tre underspørgsmål:

Det første spørgsmål omhandler, hvorvidt EU-Domstolen har fortolket artikel 1, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF for restriktivt, eller om udsagnet i præmis 61 alene gælder i den forelagte sag. Dorthe Kristensen Balshøj er af den opfattelse, at artikel 1, stk. 5 umiddelbart lægger op til en restriktiv fortolkning af værdiansættelsen henset til, at den værdi der skal angives er "*den højeste anslåede [vores fremhævning] værdi.*" Endvidere forholder Dorthe Kristensen Balshøj sig tvivlende overfor, om tid og værdi skal forstås som alternativer, og hvordan dette skal håndhæves i praksis. Dorthe Kristensen Balshøj peger på, at formuleringen potentielt kan forstås sådan, at den kun omfatter de

¹⁹⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 11 og 17

¹⁹⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 10 f

²⁰⁰ Konkurrenceverktets notat af den 27. juni 2019, s. 1, 6 og 8 f

²⁰¹ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4

²⁰² Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 5

særlige tilfælde, hvor rammeaftalen har en varighed på over fire år. Ifølge Dorthe Kristensen Balshøj er der dog intet belæg for at konkludere dette, ligesom det er problematisk at kortlægge udstrækningen af formuleringen, da der i samme præmis henvises til artikel 32, stk. 3, som alene omhandler rammeaftaler indgået med én økonomisk aktør.²⁰³

Det andet spørgsmål vedrører, om formuleringen skal læses sådan, at den kun omhandler situationer efter artikel 32, stk. 3, hvor rammeaftalen alene er indgået med én økonomisk aktør. Dorthe Kristensen Balshøj anfører, at ved rammeaftaler indgået med én økonomisk aktør indgås der efterfølgende kontrakter på baggrund af rammeaftalens vilkår, hvilket kan tale for et øget behov for et værdiloft. Det står i kontrast til rammeaftaler indgået med flere økonomiske aktører, hvor en større del af markedet er repræsenteret. På den anden side påpeger Dorthe Kristensen Balshøj, at hvis begrænsningen skyldes udførligheden af rammeaftaler, er der ikke nogen begrundelse for, hvorfor begrænsningen alene skal gælde for artikel 32, stk. 3 – men det mener Dorthe Kristensen Balshøj også er for usikkert at konkludere noget endeligt om.²⁰⁴

Det tredje spørgsmål vedrører, hvorvidt grænserne for tid og værdi skal anses som alternativer. Ifølge Dorthe Kristensen Balshøj fører dette til, at såfremt rammeaftalens højeste anslåede værdi nås inden udløbet af de fire år, skal der laves et nyt udbud for de mængder, som ligger ud over den anslåede værdi. Dorthe Kristensen Balshøj kalder dette for ”en uheldig konsekvens,”²⁰⁵ da der så fald skal afholdes udbud oftere, hvilket medfører større ressourceforbrug og øgede omkostninger for ordregiver. En potentiel løsning kan være, at rammeaftalen værdiansættes til en højere værdi. En højere værdiansættelse vil imidlertid kunne skabe andre problemer, herunder besværliggøre SMV’ers adgang til at deltage i udbud. En anden løsning kan være, at ordregiver indsætter en klausul i aftalen, som giver mulighed for at overskride rammeaftalens anslåede værdi på visse betingelser inden for aftalens løbetid. En sådan klausul vil dermed mindske risikoen for genudbud.²⁰⁶

²⁰³ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.1. samt projektets Afsnit 6.2.2. 9-årig rammeaftale og Afsnit 6.2.3. Generel betydning for rammeaftaler

²⁰⁴ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.2.

²⁰⁵ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3.

²⁰⁶ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3.

Sammenfattende vurderer Dorthe Kristensen Balshøj, at præmis 61 har rejst en række spørgsmål, der ikke kan besvares, før der kommer mere retspraksis fra EU-Domstolen. Særligt er Dorthe Kristensen Balshøj i tvivl om, hvorvidt grænserne tid og værdi skal anses som alternativer, og om formuleringen alene gælder for aftaler indgået med én økonomisk aktør. Dorthe Kristensen Balshøj forholder sig endvidere tvivlende overfor, om formuleringen i det hele taget kan udstrækkes til at gælde andre situationer end foreliggende, da C-216/17, *Autoritá* reelt angår to andre problemstillinger. For en sikkerheds skyld anbefaler Dorthe Kristensen Balshøj dog, at ordregiver indsætter en klausul i rammeaftalen, der giver mulighed for at overskride rammeaftalens estimerede værdi.²⁰⁷

Alt i alt bidrager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Dorthe Kristensen Balshøj med flere interessante overvejelser om rækkevidden af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá*. Det bemærkes særligt, at Dorthe Kristensen Balshøj overvejer, om formuleringen i præmis 61 alene gælder, såfremt rammeaftalen har en varighed på over fire år. Dette vil begrænse dommens rækkevidde, da udvidelser af tidsrammen på fire år kun er tilladt i særlige tilfælde. Som Dorthe Kristensen Balshøj selv anfører, er der dog intet belæg for at konkludere dette på nuværende tidspunkt.²⁰⁸ Som behandlet i Afsnit 6.2.2. og 6.2.3. synes denne fortolkning endvidere usikker, da resten af dommen omhandler en fortolkning af generelle bestemmelser om rammeaftaler i direktiv 2004/18/EF, uden hensyn til at rammeaftalen har en varighed på over fire år.

Dorthe Kristensen Balshøjs fortolkning af præmis 61 fremstår mere forbeholden end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anlægger foreløbigt den fortolkning, at præmis 61 gælder for alle rammeaftaler,²⁰⁹ modsat Dorthe Kristensen Balshøj der vurderer, at det endnu er for usikkert at sige noget endeligt herom. Dorthe Kristensen Balshøj er endvidere skeptisk overfor at tillægge præmis 61 for vidtrækkende værdi. Det skyldes som nævnt, at C-216/17, *Autoritá* omhandler to andre problemstillinger, ligesom præmis 61 henviser til artikel 32, stk. 3, der alene vedrører rammeaftaler indgået med én ordregiver.²¹⁰

²⁰⁷ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3.

²⁰⁸ Artikel 32, stk. 2, 4. afsnit i direktiv 2004/18/EF

²⁰⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 11 og 17

²¹⁰ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 5

Begge parter har endvidere den opfattelse, at ordregiver bør anlægge et forsigtighedsprincip, indtil der kommer yderligere retspraksis. Dorthe Kristensen Balshøj foreslår konkret, at ordregiver indsætter en klausul, der giver mulighed for at overskride rammeaftalens estimerede værdi,²¹¹ mens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anbefaler, at ordregiver gør brug af ændringsklausuler, og anvender mulighederne for lovlig udvidelse af rammeaftalens værdi. Ordregiver undgår dermed at skulle foretage genudbud af rammeaftalen, inden den tidsmæssige ramme er udløbet.²¹² Ordregivers muligheder for at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi er behandlet nærmere i Kapitel 7.

En alternativ fortolkning af rækkevidden af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* er at læse formuleringen i sammenhæng med kravet om værdiansættelse af rammeaftaler. EU-Domstolen udtrykker klart, at ordregiver ikke kan undlade at værdiansætte rammeaftalen. Det vil derfor være logisk at læse præmis 61 i sammenhæng med EU-Domstolens øvrige begrundelse i C-216/17, *Autoritá* og som en understregning af vigtigheden af værdiansættelse. Såfremt en rammeaftale *ikke* har udtømt sine virkninger, når værdien er opbrugt, vil konsekvensen være, at ordregiver fortsat kan bruge rammeaftalen. Dette vil være i strid med de grundlæggende principper samt underminere kravet om værdiansættelse af rammeaftaler.²¹³ Derudover vil det underminere udbudslovens regler om ændring af (igangværende) kontrakter, hvis værdiansættelsen ikke håndhæves. Et eksempel herpå er UBL § 180, som forudsætter, at rammeaftalen er værdiansat med henblik på at tillade ændringer på henholdsvis 10% og 15%.²¹⁴

En alternativ forståelse af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* vil derfor være, at den tjener til at understrege EU-Domstolens krav om, at rammeaftaler skal værdiansættes og ikke mere end det.

6.3. Dommens relevans for 2014-direktivet og analyse af KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*

Formålet med nærværende afsnit er at undersøge, om C-216/17, *Autoritá* har relevans for direktiv 2014/24/EU. I den forbindelse er det relevant at inddrage KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, da udfaldet af den præjudicielle forelæggelse afhænger af rækkevidden af C-216/17, *Autoritá*.

²¹¹ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3. og 5

²¹² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 13 f og 18

²¹³ Der er krav om, at ordregiver skal værdiansætte rammeaftaler, jf. art. 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF

²¹⁴ Mikkel Taanum og Frederik Haugsted, *Sjælden forelæggelse fra klagenævnet for udbud af præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen*

6.3.1. Sagens genstand

KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel* omhandler et udbud iværksat den 30. april 2019 af Region Nordjylland med en option for Region Syddanmark om at tiltræde aftalen. Udbuddet vedrører en ikke-eksklusiv rammeaftale af fire års varighed om køb af sonderemedier til brug for hjemmepatienter og institutioner.²¹⁵

Kontraktens anslåede, samlede værdi er ikke angivet i udbudsbekendtgørelsen. I stedet er der i udbudsmaterialet angivet forventede forbrugsmængder i kontraktens løbetid. Det fremgår dog, at de forventede forbrugsmængder alene er udtryk for et estimat, at ordregiver ikke forpligter sig til at aftage et bestemt kvantum, og at det faktiske forbrug kan ende med at være lavere eller højere end estimeret. Det samme fremgår af det kontraktudkast, der er indeholdt i udbudsmaterialet. Vedlagt udbudsmaterialet er en tilbudsliste med det forventede og det samlede forbrug for de to regioner. Tilbudsgiverne har mulighed for at anføre den tilbudte pris på tilbudslisten, hvorefter det årlige forbrug bliver udregnet som en totalsum.²¹⁶

Regionerne modtager tilbud fra bl.a. *Simonsen & Weel A/S* og *Nutricia A/S*. Tilbudsevalueringen sker på baggrund af det bedste forhold mellem pris og kvalitet. På baggrund af denne vurdering tildeler regionerne kontrakten til *Nutricia* den 9. august 2019.²¹⁷

Simonsen & Weel klager til Klagenævnet for Udbud den 19. august 2019. *Simonsen & Weels* klage omhandler for det første, at regionerne har handlet i strid med UBL §§ 2, 56 og 128, stk. 2 ved ikke at angive den anslåede mængde og værdi af varer i henhold til rammeaftalen. For det andet omhandler klagen, at regionerne har handlet i strid ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2 ved ikke at angive den maksimale mængde eller værdi af varer, der skal leveres på baggrund af rammeaftalen. *Simonsen & Weels* tredje påstand omhandler annullation af tildelingsbeslutningen, og at de indgåede kontrakter skal erklæres for uden virkning.²¹⁸

Da Klagenævnet for Udbud afsiger kendelse i sagen den 16. januar 2020, har Region Syddanmark ikke udnyttet sin option.²¹⁹

²¹⁵ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 2

²¹⁶ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 2 f

²¹⁷ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, 3

²¹⁸ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, 3 f

²¹⁹ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, 3

Klagenævnet for Udbud bemærker, at den foreliggende sag er klart inspireret af C-216/17 *Autoritá*, som imidlertid angår ”en meget speciel situation, ligesom den angik bestemmelserne i det tidligere udbudsdirektiv.”²²⁰ Klagenævnet for Udbud vurderer derfor, at der er tvivl om, hvordan C-216/17, *Autoritá* skal fortolkes. Det skyldes på den ene side, at dommen er meget specifik og konkret. På den anden side er en række af dommens præmisser generelt formuleret, hvilket giver tvivl om dommens præjudikatsværdi og udstrækning.²²¹

De i C-216/17, *Autoritá* omhandlede bestemmelser er generelt videreført i det nugældende udbuds-direktiv, direktiv 2014/24/EU. Dog er der foretaget mindre ændringer i formuleringer, hvilket skaber tvivl om, hvorvidt der kan ske udvidelse af dommens præmisser til det nugældende direktiv. Klagenævnet for Udbud er endvidere i tvivl om, hvorvidt præmis 57-69 i C-216/17, *Autoritá* kun gælder for ikke-oprindelige parter i rammeaftalen eller for alle ordregivere.²²²

På baggrund af klagepunkterne, parternes argumentation og egne overvejelser beslutter Klagenævnet for Udbud at forelægge tre præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen:

Det første spørgsmål omhandler, hvorvidt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i direktiv 2014/24/EU skal fortolkes således, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysning om den udbudte rammeaftales anslåede mængde og/eller anslåede værdi. Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, bedes EU-Domstolen tage stilling til, hvorvidt ordregiver skal angive 1) rammeaftalens samlede anslåede mængde/værdi og/eller 2) den samlede mængde/værdi for den oprindelige ordregiver, og/eller 3) den samlede mængde/værdi for en oprindelige ordregiver, der alene deltager på en option.

Det andet spørgsmål omhandler, hvorvidt ordregiver skal fastsætte rammeaftalens maksimale mængde og/eller værdi, og om rammeaftalen i så fald vil have udtømt sine virkninger, når grænsen er nået. Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, bedes EU-Domstolen tage stilling til, hvorvidt grænsen skal angives for 1) den samlede rammeaftale, og/eller 2) for den oprindelige ordregiver, og/eller 3) for den oprindelige ordregiver, der alene deltager på en option.

Det tredje spørgsmål omhandler, hvorvidt manglende angivelse af rammeaftalens samlede anslåede mængde og/eller værdi kan sidestilles med direkte tildeling, og kontrakten dermed skal erklæres uden

²²⁰ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 16

²²¹ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 16 f

²²² KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 16 f

virkning efter kontroldirektivet. Spørgsmålet er alene relevant, såfremt EU-Domstolen besvarer spørgsmål 1 og 2 bekræftende.²²³

6.3.2. Analyse af parternes argumentation

6.3.2.1. *Analyse af Simonsen & Weels bemærkninger*

Vedrørende angivelse af maksimal mængde og/eller værdi, anfører Simonsen & Weel, at regionerne har overtrådt UBL §§ 2, 56 og 128, stk. 2, samt artikel 18 og 49 i direktiv 2014/24/EU ved ikke at angive den samlede maksimale mængde eller værdi af de varer, der skal leveres på baggrund af rammeaftalen. Simonsen & Weel henviser navnlig til bilag V, del C, punkt 7, hvorefter det fremgår, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde den værdi eller mængde, der skal leveres i henhold til den udbudte kontrakt. Det tidligere udbudsdirektiv har et lignende bilag, bilag VII A, hvor der eksplicit henvises til rammeaftalens samlede værdi og mængde. At dette ikke fremgår af punkt 10 a i bilag V, del C, mener Simonsen & Weel ikke er udtryk for en ændring, da kravet i stedet fremgår af punkt 7. Simonsen & Weel anfører dernæst, at der gælder de samme krav til udbudsbekendtgørelsen, hvad angår fastsættelsen af værdi og mængde, uanset om der er tale om en rammeaftale eller offentlig kontrakt, jf. C-216/17 *Autoritá*.²²⁴

Simonsen & Weel gør endvidere gældende, at EU-Domstolen har fastslået, at ordregiver skal angive en maksimal mængde og/eller værdi for rammeaftalen i C-216/17, *Autoritá*. Simonsen & Weel er af den opfattelse, at EU-Domstolens præmisser er generelle og derfor også gældende for denne sag, uanset forskel i direktiv og faktum. Simonsen & Weel anfører, at manglende værdiansættelse potentielt kan føre til ubegrænset brug af aftalen i perioden for rammeaftalens løbetid og dermed omgåelse/misbrug.²²⁵

Hvad angår sanktionen uden virkning gør Simonsen & Weel gældende, at regionerne har tilsidesat deres udbudsforpligtelse ved ikke at angive en maksimal mængde eller værdi i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet. Som følge heraf bør kontrakterne erklæres for uden virkning.²²⁶

Simonsen & Weels bærende argumenter er, at der ikke er sket en ændring af retstilstanden for rammeaftaler med direktiv 2014/24/EU, og at C-216/17, *Autoritá* vedrører rammeaftaler generelt. Om

²²³ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 17 f

²²⁴ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 12 f

²²⁵ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 14

²²⁶ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 15

Simonsen & Weels argumentation bemærkes det, at deres henvisning til, at der alene er tale om strukturelle ændringer for så vidt angår bilag V, del C vedrørende krav til angivelse af rammeaftalens samlede anslåede værdi, fremstår velbegrunderet. Det skyldes, at Simonsen & Weels opfattelse er i overensstemmelse med præambelbetragtningerne til direktiv 2014/24/EU, hvor det fremgår, at reguleringen vedrørende rammeaftaler ønskes bibeholdt som den er.²²⁷ Præambelbetragtningerne giver dermed råderum til strukturelle ændringer af reguleringen, men må opfattes som en begrænsning for større indholdsmæssige ændringer. Det faktum at bestemmelserne om rammeaftaler i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU og dertilhørende bilag ligner hinanden rent indholdsmæssigt, men ikke er struktureret på samme måde, taler for at dette er tilfældet.

Simonsen & Weel lægger til grund, at præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde generelt for anvendelsen af rammeaftaler. Til støtte herfor påpeger Simonsen og Weel, at EU-Domstolens argumentation gælder for rammeaftaler generelt, og dermed finder anvendelse i nærværende sag.²²⁸ Som bemærket i Afsnit 6.2.3. tyder flere ting på, at C-216/17, *Autoritá* har generel betydning for anvendelsen af rammeaftaler. Der er dog fortsat tvivl om rækkevidden af præmis 61, hvorfor det er uklart, om samtlige præmisser i C-216/17, *Autoritá* er gældende for rammeaftaler generelt.²²⁹

Slutteligt er Simonsen og Weels argument om at manglende værdiansættelse af rammeaftalen kan føre til omgåelse og misbrug stemmer overens med EU-Domstolens begrundelse i C-216/17, *Autoritá*.²³⁰

6.3.2.2. Analyse af regionernes bemærkninger

Regionerne anfører indledningsvist, at der ikke er tale om en absolut forpligtelse for ordregiver ift. at angive en maksimal mængde og/eller værdi i en rammeaftale. Regionerne vurderer, at ordlyden af artikel 33 i direktiv 2014/24/EU skal forstås sådan, at der kun skal angives en maksimal mængde og/eller værdi, *såfremt dette er muligt*. Regionerne er af den opfattelse, at dette er ændret fra det tidligere udbudsdirektiv, jf. ordlyden af hhv. bilag VII A og bilag V, del C punkt 10 a i det nuværende direktiv. Regionerne mener, at ændringen har til formål øge fleksibiliteten ift. ordregiver, fordi rammeaftalers værdi ikke kan defineres præcist. Regionerne er af den opfattelse, at en prisansættelse vil

²²⁷ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 61

²²⁸ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 14

²²⁹ Se Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61

²³⁰ C-216/17, *Autoritá*, præmis 66, 67 og 69

være for upræcis og kan være ødelæggende for konkurrencen, da sonderemedier ikke tidligere har været udbudt. Regionerne mener derfor, at det er tilstrækkeligt at angive et forventet forbrug, og at dette opfylder kravet om gennemsigtighed. Regionerne mener ikke, at Bilag V, del C, punkt 7 gælder for rammeaftaler, men alene for offentlige kontrakter, henset til ordlyden, og at det alene er punkt 10 a, der gælder for rammeaftaler. Endvidere mener regionerne, at felterne 'anslået værdi' og 'anslået samlet værdi' i standardformularen for udbudsbekendtgørelser ikke er obligatoriske felter, og alene tillader en værdiangivelse, men ikke en angivelse af mængde eller lignende.²³¹

Regionerne vurderer, at EU-Domstolens argumentation i C-216/17, *Autoritá* ikke kan anvendes i den foreliggende sag. Det skyldes for det første, at dommen er afsagt efter det tidligere udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF. Regionerne mener endvidere, at dommens faktum er for forskelligt fra den konkrete sag, og kun omhandler ordregivere, der ikke er direkte parter i rammeaftalen. Det gælder også dommens præmis 61, som, ifølge regionerne, ikke kan udstrækkes til at gælde for ikke-sammenlignelige sager. Særligt peger regionerne på den forskellige formulering af hhv. artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF og artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU, der medfører, at dommen ikke er anvendelig på sager efter direktiv 2014/24/EU. Regionerne mener endvidere, at de har specificeret mængden af ydelser i kontrakten tilstrækkeligt ved at angive et estimeret forbrug, uanset om præmis 61 gælder i den foreliggende sag eller ej.²³²

Vedrørende sanktionen uden virkning mener regionerne ikke, at manglende angivelse af en samlet værdi eller mængde i udbudsbekendtgørelsen er at sidestille med direkte tildeling, da felterne, ifølge regionerne, ikke er obligatoriske. Regionerne mener derudover at have foretaget en tilstrækkelig specificering ved at angive det estimerede forbrug på den vedlagte tilbudsliste.²³³

Regionernes bærerende argumenter er dermed, at der er indholdsmæssige ændringer mellem de to direktiver og dertilhørende bilag, og at faktum i nærværende sag adskiller sig fra C-216/17, *Autoritá*. På den baggrund mener regionerne ikke, at retstilstanden efter C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til nærværende sag.²³⁴

²³¹ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 13 f

²³² KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 14 f

²³³ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 15 f

²³⁴ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 14 f

Om regionernes argumentation bemærkes det indledningsvist, at der, på baggrund af præambelbetragtningerne til direktiv 2014/24/EU, ikke er belæg for at mene, at direktivet har til formål at øge fleksibiliteten for rammeaftaler. Det fremgår af præambelbetragtningerne, at reguleringen af rammeaftaler ønskes bibeholdt stort set som den er, og at der alene ønskes en præcisering af visse aspekter.²³⁵ Ingen af de nævnte aspekter i præambelbetragtningerne omhandler imidlertid, at ordregiver skal have øget fleksibilitet til at indgå rammeaftaler. Det bemærkes et enkelt sted i præambelbetragtningerne, at der ønskes øget fleksibilitet, når ordregiver køber ind på baggrund af en rammeaftale indgået med mere end én økonomisk aktør.²³⁶ Dette anses imidlertid ikke for relevant i forbindelse med *indgåelsen* af rammeaftaler. Flexibilitet kan endvidere ikke anses for et gennemgående tema i det nuværende direktiv, da ordet, og andre sproglige varianter heraf, alene er nævnt fire gange i præambelbetragtningerne til direktivet.²³⁷

For det andet påpeges det, at EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* er meget direkte i deres fortolkning af 'i givet fald.'²³⁸ EU-Domstolen udtaler decideret, at formuleringen *ikke* skal anses for fakultativ.²³⁹ Derudover udtrykker EU-Domstolen, at det er *udelukket*, at ordregiver alene henviser til sit sædvanlige behov ved værdiansættelse af rammeaftaler.²⁴⁰ Det således tvivlsomt, når regionerne anfører, at det er valgfrit at angive rammeaftalens anslåede værdi - særligt henset til at formuleringen 'i givet fald' er bibeholdt i det nugældende direktiv.²⁴¹

For det tredje bemærkes det, at den forskellighed mellem artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF og artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU, som regionerne fremhæver, er illusorisk. Den sproglige forskel i bestemmelserne vedrører alene brugen af ordene 'alle' og 'samtlige' i hhv. direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU. De to ord er imidlertid synonyme, hvorfor der ikke er nogen reel sproglig forskel.²⁴² Derudover er ordlyden identisk i den engelske version af de to direktiver.²⁴³ Der antages derfor ikke at være nogen reel indholdsmæssig forskel mellem artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF og artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU.

²³⁵ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 60

²³⁶ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 61, 2. afsnit

²³⁷ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 42, 61, 2. afsnit, 109 og 120

²³⁸ Direktiv 2004/18/EF, artikel 1, stk. 5

²³⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 57-59

²⁴⁰ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60, 64, 66, 69 og 70

²⁴¹ Direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk. 1, 2. afsnit

²⁴² Sproget.dk, søgeresultat: "samtlige"

²⁴³ Directive 2004/18/EC, artikel 9, stk. 9 og Directive 2014/24/EU, artikel 5, stk. 5

Regionerne mener selv, at de har angivet mængden af ydelser i overensstemmelse med kravene i C-216/17, *Autoritá* ved at angive det forventede årlige forbrug.²⁴⁴ Der må imidlertid stilles spørgsmålstegn ved dette. Det skyldes, at en henvisning til ordregivers forventede årlige forbrug, såvel som en henvisning ordregivers sædvanlige behov, som er genstand for behandling i C-216/17, *Autoritá*,²⁴⁵ begge antages at være behæftet med en vis usikkerhed. Det er ikke i sig selv problematisk, at de to regioner har angivet et forventet årligt forbrug. ‘Problemet’ ligger i, at regionerne nægter at værdiansætte rammeaftalen og angive rammeaftalens samlede værdi. Manglende værdiansættelse skaber uigennemsigtighed for de økonomiske aktører, hvilket er et af EU-Domstolens bærende argumenter for, at en værdiansættelse af rammeaftalen *ikke* er fakultativ.²⁴⁶

Regionerne anfører, at en værdiansættelse af rammeaftalen vil være behæftet med stor usikkerhed og kan være “*ødelæggende for konkurrencen*”.²⁴⁷ Omvendt peger EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* på, at en manglende værdiansættelse vil give ordregiver mulighed for at omgå udbudsreglerne, hvilket kan medføre misbrug af rammeaftalen og konkurrencefordrejning.²⁴⁸ Meget tyder derfor på, at en manglende værdiansættelse af rammeaftalen er i strid med de grundlæggende principper.²⁴⁹

Til støtte for regionernes argumentation anføres det, at der er tvivl om rækkevidden af C-216/17, *Autoritá* - særligt præmis 61. På baggrund af projektets Afsnit 6.2.3. antages de øvrige præmisser i dommen imidlertid at have bredere rækkevidde. Der lægges særligt vægt på, at der henvises til bestemmelser, der generelt regulerer rammeaftaler samt de grundlæggende principper.

Til støtte for regionernes argumentation bemærkes endvidere, at nærværende sag vedrører en fortolkning af direktiv 2014/24/EU, mens C-216/17, *Autoritá* vedrører fortolkning af direktiv 2004/18/EF.²⁵⁰ I og med der er tale om to forskellige direktiver, er det naturligt at stille spørgsmålstegn ved, om retstillingen efter direktiv 2004/18/EF uden videre kan overføres til direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁴ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 15

²⁴⁵ Se Afsnit 6.2.4. Fortolkningen af ‘i givet fald,’ herunder grundlæggende principper og omgåelseshensyn

²⁴⁶ C-216/17, *Autoritá*, præmis 64 og 67-68

²⁴⁷ KLFU den 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 13

²⁴⁸ C-216/17, *Autoritá*, præmis 69

²⁴⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 64

²⁵⁰ C-216/17, *Autoritá*, præmis 44-48

6.3.3. Analyse af relevante ligheder og forskelle mellem 2004- og 2014-direktivet

I nærværende afsnit undersøges de relevante ligheder og forskelle mellem direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU i relation til rammeaftaler. Formålet med afsnittet er at afdække i hvilket omfang retstilstanden for rammeaftaler er videreført i det nugældende direktiv - dels med henblik på bedre at kunne fastslå rækkevidden af C-216/17, *Autoritá*, dels med henblik på at vurdere det mest sandsynlige udfald af KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*.

Det fremgår af præambelbetragtningerne til direktiv 2014/24/EU, at bestemmelserne om rammeaftaler ønskes bibeholdt stort set som de er. Herefter præsenteres det hvilke dele af retstilstanden for rammeaftaler, som ønskes præciseret i forhold til det tidligere direktiv - eksempelvis at det alene er ordregivende myndigheder, der er identificeret i en rammeaftale, som kan anvende aftalen.²⁵¹ Det fremgår således ikke eksplicit af præambelbetragtningerne, at der ønskes en ændring af den gældende retstilstand, men at der nærmere ønskes en afklaring og præcisering samt enkelte tilføjelser. Det fremgår flere steder i litteraturen, at reguleringen af rammeaftaler efter det tidligere direktiv var uklar,²⁵² hvilket er med til at understrege et ønske om afklaring af retstilstanden i direktiv 2014/24/EU. Den 'uklare retstilstand' efter det tidligere direktiv skyldes formentlig, at det var første gang rammeaftaler blev reguleret på fællesskabsplan. Ifølge præambelbetragtningerne til direktiv 2014/24/EU og litteraturen er hensigten med det nye direktiv dermed ikke en egentlig ændring af retstilstanden for rammeaftaler men en præcisering. Dette kan indikere, at C-216/17, *Autoritá* også har relevans for rammeaftaler indgået efter det nugældende direktiv.

I C-216/17, *Autoritá* vurderer Consiglio di Stato, at de relevante bestemmelser i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU er identiske.²⁵³ Ved 'relevante bestemmelser' forstås artikel 1, stk. 5 og artikel 32 i direktiv 2004/18/EF, som er genstand for fortolkning i dommen. Det er korrekt, at legaldefinitionen af rammeaftaler i artikel 1, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF er identisk med legaldefinitionen i det nye direktiv. Definitionen af rammeaftaler er dog ikke længere placeret i artiklen indeholdende legaldefinitioner, men i artikel 33, stk. 1, 2. afsnit. Som nævnt i Afsnit 6.3.2.2. er der ingen indholdsmæssig forskel i de to bestemmelser, hvilket tyder på, at C-216/17, *Autoritá* også har relevans for det nugældende direktiv.

²⁵¹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 60

²⁵² Se bl.a. Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel Udbudsret II*, s. 195 f og Kim Lundgaard Hansen m.fl., *Udbudsprocessen*, s. 37

²⁵³ C-216/17, *Autoritá*, præmis 26

Vedrørende artikel 33 i direktiv 2014/24/EU bemærkes det, at bestemmelsen indeholder en mere detaljeret regulering af rammeaftaler end artikel 32 i det tidligere direktiv. Eksempelvis er det i det nugældende direktiv reguleret, at kun klart identificerede ordregivere må benytte rammeaftalen.²⁵⁴ Derudover må der ikke foretages væsentlige ændringer i aftalevilkårene,²⁵⁵ hvilket ikke er reguleret i direktiv 2004/18/EF. Dog er reguleringen vedrørende indgåelse af kontrakt på baggrund af en rammeaftale, når rammeaftalen er indgået med en enkelt økonomisk aktør, identisk for begge direktiver.²⁵⁶ Derudover er selve tildelingsproceduren for rammeaftaler den samme i begge direktiver.²⁵⁷

Udgangspunktet om en maksimal varighed på fire år for rammeaftaler er det samme i begge direktiver.²⁵⁸ Udgangspunktet kan alene fraviges, såfremt der foreligger 'særlige tilfælde' efter direktiv 2004/18/EF, og 'ekstraordinære tilfælde' efter direktiv 2014/24/EU. Der er således foretaget en ændring af bestemmelsens ordlyd. Årsagen til ændringen er ikke adresseret i præambelbetragtningerne til det nugældende direktiv. Det er derfor ikke muligt med sikkerhed at fastlægge, hvorvidt der ønskes en skærpelse af bestemmelsens anvendelsesområde eller ej. En naturlig sproglig forståelse af 'ekstraordinære tilfælde' kontra 'særlige tilfælde' *kan* dog indikere, at der efter det nugældende direktiv skal mere til, før ordregiver kan udbyde en rammeaftale med en længere varighed.

Som behandlet i Afsnit 6.3.2.2, er formuleringen af artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF og artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU ikke fuldstændigt identisk, men betydningen er den samme. Dette giver derfor ikke anledning til yderligere bemærkninger.

Endelig taler det for, at C-216/17, *Autoritá* har relevans for direktiv 2014/24/EU, at EU-Domstolen gentagne gange henviser til de grundlæggende principper - herunder særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.²⁵⁹ De grundlæggende principper er de samme efter begge direktiver, hvorfor EU-Domstolens hensynsafvejning i C-216/17, *Autoritá* antages at være alment gældende for reguleringen af rammeaftaler – også efter direktiv 2014/24/EU.

²⁵⁴ Direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk. 2, 2. afsnit

²⁵⁵ Direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk. 2, 3. afsnit

²⁵⁶ Direktiv 2004/18/EF, artikel 32, stk. 3 sammenholdt med direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk.3.

²⁵⁷ Direktiv 2004/18/EF, artikel 32, stk. 4, litra a-d sammenholdt med direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk. 5, litra a-d

²⁵⁸ Direktiv 2004/18/EF, artikel 32, stk. 2, 4. afsnit, sammenholdt med direktiv 2014/24/EU, artikel 33, stk. 1, 3. afsnit

²⁵⁹ C-216/17, *Autoritá*, præmis 62-65, 68

Det taler imod, at C-216/17, *Autoritá* har relevans for direktiv 2014/24/EU, at det ikke er endeligt fastslået, om dommen alene vedrører en specifik situation, eller om dommen har generel relevans for anvendelsen af rammeaftaler. Dette argument fremføres i forbindelse med regionernes argumentation samt Klagenævnet for Udbuds begrundelse for den præjudicielle forelæggelse.²⁶⁰ Som vurderet i Afsnit 6.2.3., antages det imidlertid, at C-216/17, *Autoritá* finder anvendelse på andre situationer end den konkrete sag, bl.a. som følge af EU-Domstolens henvisning til bestemmelser, der generelt regulerer rammeaftaler, samt de grundlæggende principper.

Sammenfattende indeholder direktiv 2014/24/EU flere tilføjelser og præciseringer af reguleringen af rammeaftaler. Ændringerne er formentlig en følge af, at retstilstanden for rammeaftaler var præget af tvivl og uklarhed i det tidligere direktiv.²⁶¹ Indholdsmæssigt er der ingen større forskel mellem de to direktiver i relation til rammeaftaler. Derudover henviser EU-Domstolen i C-216/17, *Autoritá* ikke alene til bestemmelserne i direktiv 2004/18/EF, men også til de grundlæggende principper.

På baggrund af ovenstående er der flest faktorer, der indikerer, at C-216/17, *Autoritá* har relevans for anvendelsen af rammeaftaler efter direktiv 2014/24/EU, da reguleringen efter begge direktiver i hovedtræk er sammenfaldende hvad angår rammeaftaler. Dette understøttes af Eversheds Sutherlands analyse af dommen pr. 11. februar 2019, hvor det forudsættes, at dommen er "(...) *equally relevant to framework agreements established under Directive 2014/24* (...)." ²⁶² Det bemærkes dog, at dommens rækkevidde for direktiv 2014/24/EU ikke er endeligt fastslået i praksis. Dette afklares formentlig først, når EU-Domstolen får lejlighed til at tage stilling til den præjudicielle forelæggelse C-23/20 *Simonsen & Weel*.

6.3.4. Forventet udfald af C-23/20, *Simonsen & Weel*

Det lægges til grund, at retsstillingen i C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde for KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*. Det skyldes, at der er flest faktorer, som peger i retning af, at C-216/17, *Autoritá* har relevans for anvendelsen af rammeaftaler efter direktiv 2014/24/EU. Særligt fremhæves EU-Domstolens henvisning til generelle bestemmelser om rammeaftaler samt de grundlæggende principper. Da den tidligere retsstilling vedrørende rammeaftaler i det væsentligste er

²⁶⁰ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 14 f og 16

²⁶¹ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel Udbudsret II*, s. 195 f

²⁶² Edward Williams og Rhiannon Fletcher, *The EU Court provides guidance on the use of framework agreements by contracting authorities*

bibeholdt i det nye direktiv, må det antages, at dommens resultat også finder anvendelse på rammeaftaler efter direktiv 2014/24/EU.

Selvom retsstillingen antages at gælde for rammeaftaler efter direktiv 2014/24/EU, er det væsentligt at bemærke, at den præjudicielle forelæggelse af KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel* omhandler en række problemstillinger, som EU-Domstolen ikke tager direkte stilling til i C-216/17, *Autoritá*. EU-Domstolen tager eksempelvis ikke stilling til, hvorvidt ordregivers behov skal fastlægges som en mængde *eller* værdi, om rammeaftalens mængde/værdi skal angives samlet for rammeaftalen *eller* pr. ordregiver, eller om rammeaftalen har udtømt sin virkning, når værdiansættelsen er nået. Der er derfor fortsat usikkerhed om disse problemstillinger, uanset om resultatet i C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde for direktiv 2014/24/EU eller ej. Problemstillingerne afklares formentlig først, når EU-Domstolen tager stilling til den præjudicielle forelæggelse C-23/20, *Simonsen & Weel*.

Det forventede udfald af det første præjudicielle spørgsmål i C-23/20, *Simonsen & Weel* er, at der skal angives en mængde *og/eller* værdi for rammeaftalen.²⁶³ EU-Domstolen tager i C-216/17, *Autoritá* ikke direkte stilling til, hvorvidt mængdeangivelsen skal ske for den samlede rammeaftale eller pr. ordregiver. Der er imidlertid flere ting i EU-Domstolens argumentation, der indikerer, at mængdeangivelsen skal ske for den samlede rammeaftale og ikke pr. ordregiver. Det skyldes hovedsageligt, at EU-Domstolen anvender udtrykket 'den samlede mængde' flest gange, ligesom EU-Domstolen udtaler, at den ordregivende myndighed skal præcisere *den samlede mængde* for de kontrakter, der kan blive tildelt på baggrund af rammeaftalen.²⁶⁴ Dette synspunkt støttes endvidere af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering i deres notat af den 13. november 2019.²⁶⁵

Det forventede udfald af det andet præjudicielle spørgsmål i C-23/20, *Simonsen & Weel* er, at rammeaftalens maksimale værdi skal angives i medfør af C-216/17, *Autoritá*. Hvorvidt rammeaftalen har udtømt sine virkninger, når grænsen er nået, afhænger af fortolkningen af præmis 61. Som behandlet i Afsnit 6.2.7. er den præcise udstrækning af præmis 61 på nuværende tidspunkt uklar. På baggrund af EU-Domstolens krav om, at rammeaftaler skal værdiansættes, forventes det dog, at rammeaftaler har udtømt deres virkning, når værdiansættelsen er nået. Dette støttes af den alternative fortolkning, hvorefter præmis 61 fungerer som en understregning af vigtigheden af kravet om, at rammeaftaler

²⁶³ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi

²⁶⁴ C-216/17, *Autoritá*, præmis 60

²⁶⁵ Se Afsnit 6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver

skal værdiansættes.²⁶⁶ I tråd med det forventede udfald af det første præjudicielle spørgsmål, forventes det endvidere, at værdien alene skal angives for den samlede rammeaftale; det afhænger dog af EU-Domstolens endelige stillingtagen til det præjudicielle spørgsmål i C-23/20, *Simonsen & Weel*.

Hvad angår det tredje præjudicielle spørgsmål i C-23/20, *Simonsen & Weel* spørgsmål, kan det ikke udledes af C-216/17, *Autoritá*, hvorvidt EU-Domstolen vil sidestille manglende værdiansættelse med direkte tildeling. Det er derfor usikkert, hvilken udbudsretlig sanktion en manglende værdiansættelse vil medføre. Dog fremhæver EU-Domstolen at manglende angivelse kan være i strid med de grundlæggende principper. Dette *kan* betyde, at manglende værdiansættelse vil være en tilstrækkelig grov overtrædelse, hvorfor kontrakten skal erklæres for uden virkning – men på nuværende tidspunkt er dette som nævnt usikkert.

6.4. Præjudikat eller ej

Et præjudikat er defineret som en dom, der har betydning for retsstillingen i lignende sager.²⁶⁷ EU-Domstolens præcisering af retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler taler for at anse C-216/17, *Autoritá* som et præjudikat. Som noget nyt fastlægger EU-Domstolen endvidere, at formuleringen ‘i givet fald’ *ikke* skal fortolkes som fakultativ, og at ordregiver *ikke* kan nøjes med at henvise til sit sædvanlige behov ved værdiansættelse af rammeaftaler.²⁶⁸

Den definitive fortolkning af ‘i givet fald’ og EU-Domstolens afvisning af, at ordregiver kan nøjes med at henvise til sit sædvanlige behov, kan med en vis sandsynlighed anses for et præjudikat. Det skyldes, at EU-Domstolens fortolkning må antages at være anvendelig i andre sager som følge af henvisningerne til de generelle bestemmelser om rammeaftaler samt de grundlæggende principper. Det formodes derfor, at dommen har præjudikatsværdi i relation til lignende sager efter direktiv 2004/18/EF. Som tidligere nævnt er det endnu usikkert, hvorvidt dommen har relevans for direktiv 2014/24/EU. Henset til argumentationen i Afsnit 6.2. og 6.3. er der dog flest faktorer der indikerer, at retstilstanden er bibeholdt i det nugældende direktiv, hvorfor C-216/17, *Autoritá* på nuværende tidspunkt også anses for at have præjudikatsværdi i relation til direktiv 2014/24/EU.

²⁶⁶ Se Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61, s. 54

²⁶⁷ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 303 f

²⁶⁸ Se Afsnit 6.2.4. Fortolkningen af ‘i givet fald,’ herunder grundlæggende principper og omgåelseshensyn

Der er dog også faktorer, der taler imod, at C-216/17, *Autoritá* skal anses som et præjudikat. Det skyldes for det første, at dommen vedrører en specifik situation, og den præjudicielle forelæggelse alene vedrører retsstillingen for tiltrædende ordregivere. For det andet bemærkes det, at der alene deltager tre dommere ved besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål - sædvanligvis deltager der fem dommere ved besvarelsen af præjudicielle spørgsmål.²⁶⁹ Antallet af dommere kan derfor tyde på, at sagen ikke har særlig betydning eller er af særlig kompleksitet. Det fremgår dog ikke af Statutten for Den Europæiske Unions Domstol, hvornår en præjudiciel forelæggelse besvares af tre eller fem dommere, modsat besvarelser af visse spørgsmål, som kræver deltagelse af 15 dommere.²⁷⁰ Det er derfor uklart, om C-216/17, *Autoritá* har ringere betydning, fordi der deltager tre dommere i sagens behandling fremfor fem.²⁷¹

Det er endvidere relevant at overveje om præmis 61, 2. pkt. i C-216/17, *Autoritá* er udtryk for et obiter dictum. Et obiter dictum er defineret som en udtalelse eller en bemærkning, der går videre end hvad er nødvendigt for at træffe afgørelse i den konkrete sag.²⁷² Selvom udtalelsen ikke er nødvendig, kan den dog have en vejledende karakter, som støtter op om dommens øvrige begrundelse og resultat.²⁷³ Det bemærkes først og fremmest, at de præjudicielle spørgsmål ikke vedrører, hvornår en rammeaftale har udtømt sin virkning. Præmis 61, 2. pkt. er derfor udtryk for noget mere, end hvad der er nødvendigt for at besvare de præjudicielle spørgsmål i C-216/17, *Autoritá*. Betydningen af præmis 61, 2. pkt. er ikke endeligt fastlagt, men der er som nævnt en formodning for, at formuleringen støtter op om vigtigheden af, at ordregiver skal værdiansætte rammeaftaler.²⁷⁴ Det taler for at anse præmis 61, 2. pkt. som et obiter dictum.

På baggrund af ovenstående, samt den tidligere analyse af C-216/17, *Autoritá* og KLFU 16. januar *Simonsen & Weel*, er der på nuværende tidspunkt en formodning for, at C-216/17, *Autoritá* har præjudikatsværdi i relation til begge direktiver, særligt hvad angår fortolkningen af 'i givet fald' og EU-Domstolens afvisning af, at ordregiver kan nøjes henvise til sit sædvanlige behov ved

²⁶⁹ Den Europæiske Union, *Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen)*

²⁷⁰ Statutten for Den Europæiske Unions Domstol, artikel 16, afsnit 1-4

²⁷¹ Dette må antages at være en naturlig følgeslutning, men synspunktet støttes i øvrigt i litteraturen; eksempelvis Manuel Peláez Muras, *Antitrust and Coopservice: Procurement Aggregation Is a Serious Thing (Adjudicating Too)*, afsnit 1

²⁷² Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, s. 303

²⁷³ Elov.dk, *Definition af obiter dictum*

²⁷⁴ Se Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61, s. 54

værdiansættelsen af rammeaftaler. Der er endvidere grund til at anse præmis 61., 2. pkt. i C-216/17, *Autoritá* som et obiter dictum, der støtter op om vigtigheden af, at rammeaftaler skal værdiansættes.

6.5. Delkonklusion

I relation til direktiv 2004/18/EF kan det konkluderes, at C-216/17, *Autoritá* som minimum fastlægger et krav om, at værdiansættelse af rammeaftaler ikke kan ske med henvisning til ordregivers sædvanlige behov.²⁷⁵ Værdiansættelsen skal derimod ske med henvisning til den samlede mængde *og/eller* den højeste anslåede værdi, der kan indkøbes for på baggrund af rammeaftalen.²⁷⁶ Det må endvidere antages, at kravet om værdiansættelse gælder for den samlede rammeaftale.²⁷⁷ Retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler omfatter både ordregivere og indkøbscentralers anvendelse af rammeaftaler.²⁷⁸

Det kan endvidere konkluderes, at retstilstanden efter C-216/17, *Autoritá* med stor sandsynlighed også gælder for rammeaftaler efter direktiv 2014/24/EU. For det første fremgår det af præambelbetragtningerne til det nugældende direktiv, at retstilstanden for rammeaftaler ønskes bibeholdt stort set som den er.²⁷⁹ For det andet er indholdet af bestemmelserne om rammeaftaler i de to direktiver i hovedtræk ens. For det tredje er en væsentlig del af EU-Domstolens begrundelse i C-216/17, *Autoritá* baseret på de grundlæggende principper, der er gældende efter begge direktiver.²⁸⁰ Ligeledes er der efter direktiv 2014/24/EU et krav om, at rammeaftaler skal værdiansættes.²⁸¹ Det er dog fortsat usikkert, hvorvidt værdiansættelsen kan ske med henvisning til rammeaftalens samlede mængde fremfor rammeaftalens højeste anslåede værdi. Det er endvidere usikkert, om værdiansættelsen skal ske for den samlede rammeaftale, for oprindelige ordregivere, eller oprindelige ordregivere, der deltager på en option.²⁸² Såfremt retsstillingen efter C-216/17, *Autoritá* udstrækkes til at gælde for direktiv 2014/24/EU taler mest for, at værdiansættelsen skal ske for den samlede rammeaftale.²⁸³ Spørgsmålet forventes afklaret med EU-Domstolens besvarelse af C-23/20, *Simonsen & Weel*.

²⁷⁵ C-216/17, *Autoritá*, præmis 70 og artikel 9, stk. 9 i direktiv 2004/18/EF

²⁷⁶ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi

²⁷⁷ Se Afsnit 6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver

²⁷⁸ Se Afsnit 6.2.3. Generel betydning for rammeaftaler

²⁷⁹ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 60

²⁸⁰ Se Afsnit 6.3.3. Analyse af relevante ligheder og forskelle mellem 2004- og 2014-direktivet

²⁸¹ Direktiv 2014/24/EU, artikel 5, stk. 5

²⁸² KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 17 f og C-23/20, *Simonsen & Weel*

²⁸³ Afsnit 6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver

Det kan endvidere konkluderes, at der ikke er enighed om fortolkningen af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá*. En pragmatisk tilgang vil være at anse præmis 61 som en understregning af kravet om værdiansættelse af rammeaftaler,²⁸⁴ særligt fordi flere elementer indikerer, at præmis 61 er et obiter dictum.²⁸⁵ Det skyldes, at en retstilstand hvor ordregiver ikke tager højde for værdiansættelsen i rammeaftalens løbetid, er i strid med de grundlæggende principper. Manglende værdiansættelse af rammeaftaler er navnlig i strid med gennemsigtighedsprincippet, da det vil være svært for de økonomiske aktører at gennemskue kontraktens genstand og reelle værdi. Indtil problemstillingen er endeligt afklaret, anbefales ordregiver at anlægge et forsigtighedsprincip. Ordregiver kan eksempelvis holde øje med træk på rammeaftalen og indsætte ændringsklausuler ved kontraktindgåelse med henblik på at undgå genudbud før kontraktens udløb.²⁸⁶

Sammenfattende kan det konkluderes, at rækkevidden af C-216/17, *Autoritá* på nuværende tidspunkt ikke kan fastlægges endeligt i relation til værdiansættelse af rammeaftaler. Det antages dog, at rækkevidden af dommen har vidtgående betydning for begge direktiver, hvad angår retsvirkningen af værdiansættelse af rammeaftaler, jf. ovenstående.

Retsstillingen forventes endeligt afklaret, når EU-Domstolen besvarer den præjudicielle forelæggelse C-23/20 *Simonsen & Weel*. Det skyldes, at Klagenævnet for Udbud har spurgt EU-Domstolen, hvorvidt værdiansættelse skal ske som en mængde og/eller værdi, om værdiansættelse skal ske for den samlede rammeaftale, de oprindelige ordregivere, eller oprindelige ordregivere, der deltager på en option, om rammeaftalen har udtømt sin virkning, når værdiansættelsen er nået, og om manglende værdiansættelse kan sidestilles med direkte tildeling.²⁸⁷

²⁸⁴ Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61

²⁸⁵ Afsnit 6.4. Præjudikat eller ej

²⁸⁶ Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61

²⁸⁷ KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel*, s. 17 f og C-23/20, *Simonsen & Weel*

7. Ordregivers muligheder for at undgå overskridelse af rammeaftalens værdi

Formålet med dette kapitel er at besvare underspørgsmål 3, som omhandler ordregivers mulighed for at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi. Dette er særligt relevant at overveje, såfremt EU-Domstolen på baggrund af C-23/20 *Simonsen & Weel* kommer frem til, at rammeaftalen reelt *har* udtømt sin virkning, når den i fastsatte værdi er nået. Formålet med dette kapitel er endvidere at foretage en praktisk gennemgang af ændringsmulighederne, så ordregiver kan skabe sig et overblik over mulighederne for at undgå en overskridelse af rammeaftalens maksimale værdi. Indledningsvist gennemgås de overvejelser, som ordregiver bør gøre sig inden udbud af en rammeaftale. Dernæst gennemgås ordregivers ændringsmuligheder efter udbudsloven.

7.1. Ordregivers overvejelser inden udbud

Det er fastslået i projektets Kapitel 6, at ordregiver skal værdiansætte rammeaftaler. Ordregiver bør derfor inden udbud gøre sig nogle overvejelser om, hvordan rammeaftalen skal værdiansættes, herunder rammeaftalens værdi.

Værdiansættelse af en rammeaftale beror på ordregivers skøn. Ordregiver har i den forbindelse et betydeligt råderum til at skønne over sit forventede indkøbsbehov og dermed rammeaftalens værdi. Ordregivers skøn skal dog være sagligt begrundet og må ikke være i strid med de grundlæggende principper. Ordregiver må derfor ikke værdiansætte rammeaftalen kunstigt højt. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foreslår konkret i deres notat af den 13. november 2019, at ordregiver, ved fastlæggelsen af rammeaftalens værdi, eksempelvis kan basere sit indkøbsbehov på tidligere forbrug af lignende anskaffelser og/eller budgettet for det pågældende indkøb. Endvidere påpeger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at ordregiver kan indregne en usikkerhedsmargin ved værdiansættelsen, forudsat denne faktisk er udtryk for ordregivers behov. Derudover er der, ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, intet til hinder for, at ordregiver baserer værdiansættelsen på sit forventede maksimale indkøbsbehov.²⁸⁸

²⁸⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 12 f

Det bemærkes dog, at der er risici forbundet med at ordregiver har et *for* vidt skøn ved værdiansættelse af rammeaftaler. Det kommer særligt til udtryk i høringssvaret indhentet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til brug for revidering af udbudsloven.²⁸⁹

I høringssvaret peger Medicoindustrien på, at værdiansættelsen af rammeaftaler ikke altid er retvisende, hvorfor tilbudsgiverne ofte må afgive tilbud "*i blinde*".²⁹⁰ SMVdanmark påpeger endvidere, at rammeaftaler ofte værdiansættes for højt, og at den vindende tilbudsgiver derfor sjældent opnår den forventede omsætning på rammeaftalen. SMVdanmark vurderer for det første, at den høje værdiansættelse medfører, at tilbudspriserne ikke kan fastholdes, hvorfor ordregiver ikke opnår de forventede mængderabatter og stordriftsfordele. For det andet bruger de vindende tilbudsgivere ressourcer på et udbud, der ikke svarer til den værdi, de er stillet i udsigt.²⁹¹

Både Medicoindustrien og Dansk Erhverv er enige om, at der ved en evaluering af udbudsloven bør tages højde for ordregivernes vanskeligheder ved at værdiansætte rammeaftaler retvisende. Ifølge begge parter vil det være en mulig løsning at opstille krav om, at ordregiver skal angive en procentvis afvigelse af det forventede forbrug på rammeaftalen i udbudsmaterialet.²⁹² Dansk Erhverv fremhæver endvidere, at ordregiver bliver nødt til at foretage en konkret og specifik vurdering af sit forventede forbrug. I den forbindelse foreslår Dansk Erhverv konkret, at ordregiver bl.a. kan undersøge egne tidligere indkøb af lignende anskaffelser, og/eller andre ordregiveres forbrug af lignende varer og ydelser.²⁹³

Ovenstående høringssvar har resulteret i en evaluering af udbudsloven af den 7. maj 2021.²⁹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anerkender, at tilbudsgiver i nogle tilfælde ikke opnår den forventede omsætning på rammeaftalen. Det kan derfor ikke udelukkes, at tilbudsgivernes prissætning er højere, fordi der indregnes en risikopræmie i den endelige tilbudspris. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at det *ikke* er en mulig løsning at indføre et krav om angivelse af minimumsomsætning på rammeaftalen, da et sådant krav potentielt kan medføre, at ordregiver tvinges til at anvende rammeaftalen og foretage en række indkøb, som der reelt ikke er behov for.²⁹⁵ Endvidere er dette

²⁸⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Høring vedrørende evaluering af udbudsloven*

²⁹⁰ Høringssvar af 22. februar 2019, Medicoindustrien, s. 286

²⁹¹ Høringssvar af 19. februar 2019, SMVdanmark, s. 42

²⁹² Høringssvar af 22. februar 2019, Medicoindustrien, s. 287, og Høringssvar af 20. februar 2019, Dansk Erhverv, s. 70

²⁹³ Høringssvar af 20. februar 2019, Dansk Erhverv, s. 70

²⁹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*

²⁹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 122 f

uhensigtsmæssigt, da formålet med udbudsreglerne bl.a. er at sikre en effektiv forvaltning af offentlige midler. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foreslår konkret, at ordregiver øger sin opmærksomhed på omsætningen på rammeaftalen og løbende holder øje med denne. Ordregiver vil dermed have bedre forudsætninger for at kunne skønne over sine fremadrettede indkøbsbehov.²⁹⁶ Denne løsning er dog ikke anvendelig for alle ordregivere, da en ordregiver, som udbyder en ydelse for første gang, ikke har mulighed for at inddrage tidligere indkøbserfaring i samme omfang. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan en løsning herpå være, at ordregiver kigger på budgettet for det pågældende indkøb.²⁹⁷

Når ovenstående sammenfattes, er der risiko for tilsidesættelse af de grundlæggende principper, såfremt ordregiver har et *for* vidt skøn i relation til værdiansættelse af rammeaftaler. Særligt er det uigennemsigtigt for de økonomiske aktører, hvis ordregivers værdiansættelse ikke er udtryk for ordregivers reelle indkøbsbehov. Derudover kan et *for* vidt skøn resultere i en for høj værdiansættelse, som følge af ordregivers interesse i at undgå genudbud inden for rammeaftalens løbetid. En kunstigt høj værdiansættelse kan endvidere volde økonomiske vanskeligheder for den vindende tilbudsgiver, som ikke opnår den forventede omsætning. Derudover skal ordregiver være opmærksom på at værdiansætte rammeaftalen retvisende, da en rammeaftale af særligt høj værdi kan afholde visse tilbudsgivere fra afgive tilbud. Særligt kan SMV'ers adgang til at deltage i udbud blive begrænset som følge af en for høj værdiansættelse, da SMV'er ikke nødvendigvis har mulighed for at deltage i sådanne udbud.

7.1.1. Værdiansættelse i interval

Det kan være relevant for ordregiver at overveje, om rammeaftalens værdi skal angives som et interval. Værdiansættelse i interval bør særligt overvejes, hvis ordregiver har vanskeligt ved at fastlægge sit indkøbsbehov og dermed rammeaftalens værdi.

I udbudsbekendtgørelsesskabelonen til direktiv 2004/18/EF er der i pkt. 11.2 om kontraktens mængde og værdi mulighed for at angive kontraktens højeste anslåede værdi som et interval. Denne mulighed er imidlertid ikke tilgængelig i udbudsbekendtgørelsesskabelonen til direktiv 2014/24/EU. Det er derfor usikkert, om værdiansættelse fortsat kan ske ved angivelse af et interval. Statens Indkøb

²⁹⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 123

²⁹⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, s. 122

beskriver dog i *Vejledning om udfyldelse af udbudsbekendtgørelsesskabelonen til direktiv 2014/24/EU*, at kontraktens anslåede værdi *kan* angives som et interval. Statens Indkøb peger på, at værdiansættelse i et interval særligt kan være hensigtsmæssig, hvis der i kontrakten er mulighed for forlængelse af løbetiden samt optioner på tilkøb.²⁹⁸

Derudover bemærkes det, at UBL § 32 om værdiansættelse af rammeaftaler kan indikere, at værdiansættelsen af rammeaftaler ikke nødvendigvis skal være præcis, jf. formuleringerne ”den højeste anslåede værdi” og ”forventes tildelt”.²⁹⁹ Dette *kan* pege i retning af, at værdiansættelse af rammeaftaler i et interval kan rummes inden for bestemmelsens ordlyd.

Sammenfattende bør ordregiver dog være bevidst om, at det ikke er sikkert, hvorvidt muligheden for værdiansættelse i et interval er bibeholdt i udbudsbekendtgørelsesskabelonen til direktiv 2014/24/EU. Den manglende mulighed for værdiansættelse i et interval *kan* være udtryk for, at muligheden ønskes fjernet. Det faktum, at Statens Indkøb fortsat vejleder om muligheden for værdiansættelse i et interval, kan omvendt tyde på, at muligheden er bibeholdt.

7.2. Ordregivers ændringsmuligheder efter udbudsloven

Det bemærkes indledningsvist, at ændringsbestemmelserne i udbudsloven gælder for både rammeaftaler og offentlige kontrakter.³⁰⁰ Gennemgangen tager udgangspunkt i udbudslovens ændringsbestemmelser, som udgør en implementering af artikel 72 i direktiv 2014/24/EU. Da dette projekt beskæftiger sig med ændringer i rammeaftalens mængde/værdi, behandles UBL §§ 178, stk. 2, nr. 4 og 182 om udskiftning af oprindelig leverandør ikke.

Ordregiver er som udgangspunkt forpligtet til at afholde et nyt udbud, såfremt der sker ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, jf. UBL § 178, stk. 1. Der er tale om en ændring af grundlæggende elementer, når ændringen fører til, at kontrakten bliver væsensforskellig fra den oprindelige kontrakt, jf. UBL § 178, stk. 2. Det anses altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når en ændring af kontrakten ville have medført ændring i de interesserede tilbudsgivere, ændring af

²⁹⁸ Rådgivningsenheden Statens Indkøb, *Vejledning til udfyldelse af udbudsbekendtgørelse – direktiv 2014/24/EU*, s. 11

²⁹⁹ Michael Steinicke og Anders Nørgaard Jensen, *Rammeaftaler og værdiopgørelse. Føljeton*, der dog behandler formuleringerne i direktiv 2004/18/EF. Det bemærkes, at UBL implementerer direktiv 2014/24/EU, som er enslydende med direktiv 2004/18/EF, se også Afsnit 6.3.3. Analyse af relevante ligheder og forskelle mellem 2004- og 2014-direktivet

³⁰⁰ Det fremgår direkte af bl.a. UBL §§ 178, 179, og 180, samt artikel 72, stk. 1 i direktiv 2014/24/EU

den økonomiske balance til leverandørens fordel, eller hvis ændringen ville have medført en betydelig udvidelse af rammeaftalens anvendelsesområde.³⁰¹

En forhøjelse af kontraktens værdi vil som udgangspunkt være en ændring af grundlæggende elementer. Det skyldes, at en forkert angivelse af værdi eller mængde potentielt kan fordreje konkurrencen og skabe uigennemsigthed omkring udbudsproceduren.³⁰² Endvidere vil en forhøjelse af kontraktens værdi potentielt føre til en ændring i antallet af interesserede tilbudsgivere. Ordregiver vil derfor skulle finde en hjemmel i UBL §§ 179-183 til at ændre kontrakten, hvis ordregiver ikke ønsker genudbud.³⁰³

Ordregiver har mulighed for at ændre kontrakten efter UBL § 179, hvis ordregiver har forudset ændringen i klare, præcise og entydige klausuler, som fastsætter omfanget og arten af ændringsmulighederne, *såfremt* klausulen ikke medfører en ændring af rammeaftalens overordnede karakter. Det må derfor antages, at ordregiver kan forhindre en potentiel overskridelse af rammeaftalens værdi, hvis ordregiver forudser overskridelsen i en klausul i f.eks. udbudsmaterialet. En sådan klausul kan være relevant, hvis ordregiver ikke på forhånd har kunnet fastlægge sit behov præcist og/eller forventer at få brug for flere leverancer.³⁰⁴ Muligheden for ændringsklausuler forekommer derfor særligt relevant for den ordregiver, som ønsker at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi i kontraktens løbetid. Ulempen ved denne mulighed er som nævnt, at ordregiver allerede skal have forudset ændringen i udbudsmaterialet og kontraktudkastet. Endvidere skal eventuelle ændringsklausuler og optioner indgå i værdiansættelsen af rammeaftalen,³⁰⁵ hvilket kan være problematisk for den ordregiver, der i forvejen har svært ved at værdiansætte rammeaftalen.³⁰⁶

Dorthe Kristensen Balshøj og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forslag, som er gennemgået i projektets Afsnit 6.2.7, harmonerer med muligheden i UBL § 179. Dorthe Kristensen Balshøj foreslår konkret, at ordregiver indsætter en klausul, der giver mulighed for at overskride rammeaftalens estimerede værdi under visse betingelser,³⁰⁷ hvilket er i overensstemmelse med UBL § 179. Det samme

³⁰¹ UBL § 178, stk. 2, nr. 1-3 og Kim Lundgaard Hansen m.fl., *Udbudsprocessen*, s. 166 f

³⁰² Jævnfør definitionen af ændring i grundlæggende elementer i UBL § 24, nr. 37

³⁰³ UBL § 178, stk. 2

³⁰⁴ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 589-593

³⁰⁵ UBL § 30, stk. 1, 2. pkt., jf. § 32

³⁰⁶ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 591 f

³⁰⁷ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3. og 5

gør sig gældende for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som ligeledes foreslår, at ordregiver gør brug af ændringsklausuler. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foreslår også brug af optioner, som kan skabe øget gennemsigtighed. Dog gør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opmærksom på, at såfremt ordregiver benytter sig af optioner, skal disse indregnes i rammeaftalens samlede værdi, jf. UBL § 30, stk. 1.³⁰⁸

Ordregiver har endvidere mulighed for at foretage mindre ændringer i rammeaftalen efter UBL § 180, stk. 1, uden at det anses for at være en ændring af grundlæggende elementer - også kaldet bagatelændringer.³⁰⁹ Det gælder dog alene ændringer med en lavere værdi end tærskelværdierne i UBL § 6, *forudsat* at ændringerne udgør maks. 10% af den oprindelige kontrakts værdi for vare- og tjenesteydelseskontrakter, eller 15% for bygge- og anlægskontrakter. Ordregiver vil dermed altid have en ændringsmargin svarende til 10% for vare- og tjenesteydelseskontrakter og 15% for bygge- og anlægskontrakter, så længe ændringerne holder sig under tærskelværdierne i UBL § 6. Det må derfor antages, at ordregiver kan foretage mindre overskridelser af kontraktens samlede værdi, uden dette medfører krav om genudbud, forudsat at overskridelsen kan rummes inden for UBL § 180. Det bemærkes, at tærskelværdierne i stk. 1 ikke gælder pr. ændring, men for de samlede ændringer der foretages på rammeaftalen, jf. UBL § 180, stk. 2.

Ordregiver har endvidere mulighed for at foretage ændringer i rammeaftalen efter UBL § 181, stk. 1, hvad angår supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør. Ordregiver kan anvende bestemmelsen, såfremt ændringen er nødvendig for at gennemføre kontrakten, *og* hvis anvendelse af en anden leverandør ikke er mulig af tekniske eller økonomiske årsager, *og* hvis ændringen vil forårsage betydelige problemer eller forøgelser af ordregivers omkostninger. De supplerende leverancer må dog ikke overstige 50% af værdien af den oprindelige kontrakt, jf. UBL § 181, stk. 2. Ordregiver vil dermed have mulighed for at overskride rammeaftalens estimerede værdi med op til 50%, hvis overskridelsen er nødvendig for, at kontrakten kan gennemføres uden væsentlige problemer eller øgede omkostninger for ordregiver. Det bemærkes dog, at ordregiver ikke må spekulere i dette med henblik på at omgå udbudsloven, jf. UBL § 2, stk. 2. Grænsen på 50% gælder for hvert supplerende indkøb, som ordregiver foretager efter stk. 1, jf. UBL § 181, stk. 3. Ordregiver har dermed mulighed for at

³⁰⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 13 f og 18

³⁰⁹ Peter Stig Jakobsen m.fl., EU Udbudsretten, s. 593

foretage større værdimæssige ændringer i kontrakten, såfremt ændringerne kan rummes inden for UBL § 181.

Endelig har ordregiver mulighed for at ændre rammeaftalen efter UBL § 183, hvis ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, og ikke ændrer kontraktens overordnede karakter og ikke overstiger 50% af værdien af den oprindelige kontrakt. Bestemmelsen kan anvendes, hvis ordregiver ikke har kunnet forudse sit behov på forhånd, og derfor ikke har taget højde for ændringen i kontrakten. Bestemmelsen kan tænkes at være relevant, hvis ordregiver beviseligt ikke kan fastlægge sit behov præcist,³¹⁰ hvorfor rammeaftalens estimerede værdi overskrides inden for kontraktens løbetid.

Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en lignende gennemgang af UBL §§ 178, 180, 181 og 183 i deres notat af den 13. november 2019. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer også, at ændringsbestemmelserne potentielt er relevante, hvis ordregiver ønsker at undgå en overskridelse af rammeaftalens højeste anslåede værdi.³¹¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mener endvidere, at ændringsbestemmelserne giver ordregiver en vis fleksibilitet ved håndteringen af rammeaftaler.³¹²

7.3. Delkonklusion

Det kan konkluderes, at ordregiver inden udbud har mulighed for at undgå en overskridelse af rammeaftalens højeste anslåede værdi, hvis ordregiver har værdiansat rammeaftalen retvisende. Til brug for en retvisende værdiansættelse bør ordregiver undersøge sit forventede forbrug grundigt, herunder sit tidligere forbrug af lignende anskaffelser og budgettet for den pågældende rammeaftale. For at undgå genudbud inden kontraktens udløb, bør ordregiver endvidere skele til andre ordregiveres forbrug af lignende anskaffelser med henblik på at opnå korrekt værdiansættelse af rammeaftalen.³¹³ Såfremt ordregiver har vanskeligheder ved at fastsætte rammeaftalens værdi retvisende, bør ordregiver overveje at foretage værdiansættelsen i et interval.³¹⁴ Ovenstående er særligt relevant, såfremt

³¹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 15

³¹¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 14-16

³¹² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 12

³¹³ Se Afsnit 7.1. Ordregivers overvejelser inden udbud

³¹⁴ Se Afsnit 7.1.1. Værdiansættelse i interval

præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* fortolkes sådan, at rammeaftalen reelt *har* udtømt sin virkning, når den højeste anslåede værdi er nået.

Det kan endvidere konkluderes, at ordregiver har mulighed for at anvende ændringsmulighederne i UBL §§ 179-183 for at undgå genudbud af rammeaftalen.³¹⁵ Det kan udledes af bestemmelserne, at ordregiver har mulighed for at foretage kontraktændringer, som er beskrevet i udbudsmaterialet,³¹⁶ hvilket harmonerer med Dorthe Kristensen Balshøj³¹⁷ og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens løsninger.³¹⁸ Det kan endvidere udledes, ordregiver altid har mulighed for at foretage ændringer af rammeaftalen, der hverken overstiger tærskelværdierne i UBL § 6 *eller* 10-15% af kontraktens værdi, uden dette anses for en ændring af grundlæggende elementer.³¹⁹ Derudover kan det udledes, at ordregiver i visse tilfælde har mulighed for at overskride værdiansættelsen med op til 50% pr. supplerende leverance,³²⁰ og op til 50% af kontraktens værdi, hvis ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver.³²¹

Det kan dermed konkluderes, at ordregiver har mulighed for at tage højde for en overskridelse af rammeaftalens højeste anslåede værdi, uanset retstilstanden efter C-216/17, *Autoritá* og den endelige fortolkning af præmis 61.

³¹⁵ Se Afsnit 7.2. Ordregivers ændringsmuligheder efter udbudsloven

³¹⁶ UBL § 179

³¹⁷ Dorthe Kristensen Balshøj, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået?*, afsnit 4.3. og 5

³¹⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 13 f og 18

³¹⁹ UBL § 180, stk. 1

³²⁰ UBL § 181, stk. 2, jf. stk. 3

³²¹ UBL § 183

8. Konklusion

Det kan konkluderes, at den nuværende retsstilling efter udbudsloven i relation til værdiansættelse af rammeaftaler på nogle punkter er afklaret og på andre punkter fortsat er uafklaret efter afsigelsen af C-216/17, *Autoritá*. Retsstillingen efter udbudsloven bygger på retsstillingen efter direktiv 2014/24/EU, som erstatter og præciserer reguleringen af rammeaftaler efter direktiv 2004/18/EF.³²² Indledningsvist kan det derfor konkluderes, at C-216/17, *Autoritá* har relevans for udbudsloven. Det skyldes, at dommen har relevans for begge direktiver,³²³ og at udbudsloven skal fortolkes direktivkonformt.³²⁴

Vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler er det med C-216/17, *Autoritá* afklaret, at ordregiver ikke kan nøjes med at henvise til sit sædvanlige behov. Endvidere er det afklaret, at formuleringen 'i givet fald' ikke skal fortolkes som fakultativ. Dette er i overensstemmelse med både direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU.³²⁵ Da udbudsloven som nævnt skal fortolkes direktivkonformt, antages retsstillingen også at gælde for udbudsloven.³²⁶ Det modsatte resultat vil potentielt kunne føre til omgåelse af udbudsreglerne samt være i strid med de grundlæggende principper, særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.³²⁷

Det er afklaret, at rammeaftaler skal værdiansættes, men der er imidlertid forskellige opfattelser af, om værdiansættelse skal ske med henvisning til mængde *og/eller* værdi. Efter ordlyden af begge direktiver skal ordregiver angive den højeste anslåede værdi af de kontrakter, der forventes tildelt på baggrund af rammeaftalen og i givet fald de påtænkte mængder.³²⁸ I C-216/17, *Autoritá* anvender EU-Domstolen formuleringerne 'mængde' og 'værdi' vilkårligt, mens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den opfattelse, at værdiansættelse skal ske med henvisning til den samlede maksimale mængde *eller* den samlede maksimale værdi. Dorthe Kristensen Balshøj mener derimod, at ordregiver ved angivelse af rammeaftalens værdi nødvendigvis også må skønne over den forventede

³²² Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 60-61 og Afsnit 6.3.3. Analyse af relevante ligheder og forskellige mellem 2004- og 2014-direktivet

³²³ Se Afsnit 6.5. Delkonklusion

³²⁴ Se Kapitel 4 Metodeafsnit

³²⁵ Se direktiv 2004/18/EF artikel 9, stk. 9 og direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 5 og Afsnit 6.5. Delkonklusion

³²⁶ Der henvises særligt til UBL § 30, hvorefter ordregiver skal værdiansætte den samlede kontrakt, samt UBL § 32 om hvordan en rammeaftale skal værdiansættes. Der henvises endvidere til den gældende udbudsbekendtgørelse til direktiv 2014/24/EU, hvor det fremgår af del II, pkt. 1.5, at ordregiver skal anføre kontraktens anslåede samlede værdi

³²⁷ Se Afsnit 6.2.4. Fortolkningen af 'i givet fald,' herunder grundlæggende principper og omgængelseshensyn

³²⁸ Se direktiv 2004/18/E artikel 9, stk. 9 og direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 5

mængde, der forventes indkøbt på rammeaftalen.³²⁹ Således kan en angivelse af værdi ikke adskilles fuldstændig fra en angivelse af mængde, da overvejelser om rammeaftalens værdi nødvendigvis må indebære overvejelser om den mængde, der forventes indkøbt på rammeaftalen og omvendt.

Dermed kan det som minimum konkluderes, at værdiansættelse skal ske på en gennemsigtig måde for de økonomiske aktører, uanset om værdiansættelsen sker med henvisning til den samlede mængde og/eller den højeste anslåede værdi.³³⁰ Problemstillingen forventes endeligt afklaret ved EU-Domstolens besvarelse af C-23/20, *Simonsen & Weel*, hvor Klagenævnet for Udbud specifikt har spurgt EU-Domstolen, hvorvidt udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysning om rammeaftalens anslåede mængde og/eller anslåede værdi.

Det kan desuden konkluderes, at retsstillingen fortsat er uafklaret i relation til, hvor præcist ordregiver skal værdiansætte rammeaftaler. Det kan dog med sikkerhed fastslås, at ordregiver har et vist skøn ved værdiansættelsen. Dog må ordregiver ikke værdiansætte rammeaftaler kunstigt højt med henblik på omgåelse af de grundlæggende principper og udbudsreglerne i øvrigt.³³¹

Endvidere er det ikke fuldt ud afklaret, om værdien skal angives for den samlede rammeaftale eller pr. tiltrædende ordregiver. På baggrund af C-216/17, *Autoritá* og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat tyder mest på, at det er tilstrækkeligt at værdiansætte den samlede rammeaftale. Denne problemstilling forventes også endeligt afklaret ved EU-Domstolens besvarelse af C-23/20, *Simonsen & Weel*, hvor Klagenævnet for Udbud specifikt har spurgt EU-Domstolen, hvorvidt ordregiver skal angive rammeaftalens samlede mængde/værdi og/eller om angivelsen skal ske for den oprindelige ordregiver og/eller for en oprindelig ordregiver, der deltager på en option.³³²

Det kan endvidere konkluderes, at rammeaftaler med stor sandsynlighed har udtømt deres virkning, når værdiansættelsen er nået. Der lægges i den forbindelse særligt vægt på, at EU-Domstolens argumentation i C-216/17, *Autoritá*, baseres på de grundlæggende principper samt vigtigheden af, at ordregiver værdiansætter rammeaftalen. Endvidere anfører EU-Domstolen eksplicit i dommens præmis 61, at rammeaftaler har udtømt deres virkning, når værdiansættelsen er nået. Derudover vil det skabe

³²⁹ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi

³³⁰ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi og Afsnit 6.3.4. Forventet udfald af C-23/20, *Simonsen & Weel*

³³¹ Se Afsnit 6.2.5. Krav om angivelse af mængde og værdi og Afsnit 7.1. Ordregivers overvejelser inden udbud

³³² Se Afsnit 6.2.6. Krav om angivelse af samlet mængde eller mængde pr. ordregiver og Afsnit 6.5. Delkonklusion

en uhensigtsmæssig retstilstand, hvis ordregiver uden videre kan fortsætte med at bruge rammeaftalen, efter rammeaftalens højeste anslåede værdi er nået. Det skyldes både, at ordregivers fortsatte brug af rammeaftalen potentielt kan være konkurrencefordrejende, samt være uigennemsigtig for de økonomiske aktører. En manglende værdiansættelse eller konsekvens heraf vil desuden underminere kravet om værdiansættelse³³³ samt ændringsbestemmelserne i udbudsloven.³³⁴

Indtil problemstillingen afklares, bør ordregiver være påpasselig med at overskride rammeaftalens højeste anslåede værdi. Ordregiver har mulighed for at tage højde for en potentiel overskridelse af rammeaftalens værdi både før og efter kontraktindgåelse. I den forbindelse bør ordregiver indledningsvist gøre sig grundige overvejelser om værdiansættelsen, samt anvende ændringsbestemmelserne i udbudslovens afsnit II, kapitel 15, så ordregiver undgår en potentiel 'ulovlig' overskridelse af rammeaftalens højeste anslåede værdi.³³⁵

På trods af at C-216/17, *Autoritá* ikke afklarer alle aspekter af retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler, er der alligevel grund til at anse dommen for et præjudikat, da dommen må antages at have relevans for senere spørgsmål vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler. Det skyldes navnlig, at EU-Domstolen præciserer, at formuleringen 'i givet fald' ikke skal fortolkes som fakultativ. Endvidere understreger EU-Domstolen, at ordregiver ikke kan nøjes med at henvise til sit sædvanlige behov ved værdiansættelse af rammeaftaler.³³⁶

Der er endvidere grund til at anse præmis 61, 2. pkt. i C-216/17, *Autoritá* for et obiter dictum. Det skyldes, at EU-Domstolen i præmis 61, 2. pkt. udtaler sig om mere, end de bliver spurgt til. Derudover støtter formuleringen op om vigtigheden af, at ordregiver skal værdiansætte rammeaftaler, da det som nævnt vil være en uhensigtsmæssig retstilstand, såfremt værdiansættelsen af rammeaftaler frit kan overskrides.³³⁷

Når ovenstående sammenfattes, kan det konkluderes, at C-216/17, *Autoritá* har givet svar på en række spørgsmål om retsstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler. Det er dog fortsat uafklaret,

³³³ Kravet om værdiansættelse følger af direktiv 2004/18/EF artikel 9, stk. 9 og direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 5 og udbudsloven fortolkes i overensstemmelse hermed, jf. UBL § 32, jf. § 30

³³⁴ Se Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61 og Afsnit 6.5. Delkonklusion

³³⁵ Se Kapitel 7 Ordregivers muligheder for at undgå overskridelse af rammeaftalens værdi

³³⁶ Se Afsnit 6.4. Præjudikat eller ej

³³⁷ Se Afsnit 6.4. Præjudikat eller ej

hvorvidt ordregiver skal angive rammeaftalens værdi som en mængde *og/eller* værdi, om dette skal ske for den samlede rammeaftale eller pr. ordregiver, og hvad retsvirkningen er, såfremt rammeaftalens værdi overskrides. Disse problemstillinger forventes afklaret ved EU-Domstolens besvarelse af den præjudicielle forelæggelse C-23/20, *Simonsen & Weel*.

Selvom retsstillingen på flere områder forventes afklaret ved afsigelsen af C-23/20, *Simonsen & Weel*, er EU-Domstolen ikke blevet spurgt om, hvordan problematikken omkring vindende tilbudsgivers usikkerhed om den forventede omsætning på rammeaftalen skal løses. Det må derfor antages, at den fremadrettede retstilstand vedrørende værdiansættelse af rammeaftaler fortsat bærer præg af, at vindende tilbudsgiver i nogle tilfælde vil opnå en langt mindre omsætning på rammeaftalen end forventet. En foreløbig løsning forudsætter, at gennemsigtigheden ved omsætningen på rammeaftaler øges. Det stiller krav om, at ordregiver skal være bedre til at præcisere sit forventede forbrug og dermed i højere grad værdiansætte rammeaftaler retvisende. Denne løsning volder imidlertid ordregiver en række udfordringer, hvorfor problemstillingen ikke kan løses uden videre.³³⁸

³³⁸ Se Afsnit 5.2.2. Udvalgte fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler og Afsnit 7.1. Ordregivers overvejelser inden udbud

9. Perspektivering

I dette kapitel overvejes det, hvorvidt retstillingen for værdiansættelse af rammeaftaler efter C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde for forsyningsvirksomhedsdirektivet. Derudover overvejes hensigtsmæssigheden i, at præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* tillægges samme retsvirkning for forsyningsvirksomhedsdirektivet som for udbudsloven.

Den første EU-udbudsretlige regulering blev udstedt i 1970'erne, men det var først i slutningen af 1980'erne, at det EU-udbudsretlige anvendelsesområde blev udvidet til også at omfatte forsyningsvirksomhedssektoren. Herefter blev det første forsyningsvirksomhedsdirektiv udstedt i 1990. Den særskilte EU-udbudsretlige regulering af forsyningsvirksomhedssektoren skyldes aktiviteternes særlige karakteristika, herunder aktiviteternes større samfundsmæssige betydning samt indvirkning på samfundsøkonomien og infrastrukturen.³³⁹

Det nugældende forsyningsvirksomhedsdirektiv "*er implementeret i sin oprindelige form*"³⁴⁰ i dansk ret, og der er ikke vedtaget særskilt dansk lovgivning på baggrund af direktivet, modsat implementeringen af direktiv 2014/24/EU som resulterede i Udbudsloven.³⁴¹

Det er i skrivende stund ikke fastlagt, om retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler efter C-216/17, *Autoritá* kan udstrækkes til at gælde for forsyningsvirksomhedsdirektivet. Eftersom dommen vedrører en rammeaftale indgået efter direktiv 2004/18/EF, er de efterfølgende analyser af dommen overvejende baseret på dette direktiv, samt det nugældende direktiv 2014/24/EU.³⁴² Der findes derfor få analyser af C-216/17, *Autoritá*, der også omhandler forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen adresserer rækkevidden af C-216/17, *Autoritá* ift. forsyningsvirksomhedsdirektivet i deres notat af den 13. november 2019. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påpeger, at retsvirkningen af C-216/17, *Autoritá* også antages at gælde for rammeaftaler indgået efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen begrundet dette med, at reguleringen af rammeaftaler i forsyningsvirksomhedsdirektivet er mindre detaljeret end i de klassiske

³³⁹ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 131-133

³⁴⁰ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 46 f

³⁴¹ Lov 2015-12-15 nr. 1564 Udbudsloven

³⁴² I det følgende betegnes direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU som 'de klassiske udbudsdirektiver,' og direktiv 2014/24/EU betegnes som 'det klassiske udbudsdirektiv.' Det skyldes, at der i et følgende henvises til direktiverne i deres helhed og for at tydeliggøre sondringen mellem de to udbudsdirektiver og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

udbudsdirektiver, men at reguleringen af rammeaftaler efter forsyningsvirksomhedsdirektivet i det væsentligste svarer hertil. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nævner bl.a. definitionen af rammeaftaler og forbuddet mod misbrug af rammeaftaler som tilsvarende bestemmelser.³⁴³

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af C-216/17, *Autorit s* anvendelighed for rammeaftaler efter forsyningsvirksomhedsdirektivet støttes af DLA Piper Advokatpartnerselskabs artikel af den 26. august 2019.³⁴⁴ På baggrund af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering forudsætter DLA Piper også, at C-216/17, *Autorit * er anvendelig for rammeaftaler indgået efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det skyldes, at direktivets bestemmelser overvejende ligner bestemmelserne i det klassiske udbudsdirektiv.³⁴⁵

Advokatbureauet Eversheds Sutherland har endvidere udtalt sig om rækkevidden af C-216/17, *Autorit * i en artikel af den 11. februar 2019. Eversheds Sutherland overvejer ligeledes dommens anvendelighed ift. forsyningsvirksomhedsdirektivet. Eversheds Sutherland påpeger, at forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke regulerer rammeaftaler i samme omfang som de klassiske udbudsdirektiver, hvorfor dommens anvendelighed ift. forsyningsvirksomhedsdirektivet kan diskuteres. Endvidere peger Eversheds Sutherland på, at reguleringen af rammeaftaler efter forsyningsvirksomhedsdirektivet på flere punkter adskiller sig fra de klassiske udbudsdirektiver. Ultimativt kommer Eversheds Sutherland dog frem til, at C-216/17, *Autorit * også er relevant for forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det skyldes, at EU-Domstolen baserer en væsentlig del af afgørelsen på de grundlæggende principper, herunder gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling.³⁴⁶ Eversheds Sutherland bemærker i den forbindelse, at de grundlæggende principper ”*are equally relevant and applicable to the Utilities Directive.*” Slutteligt bemærker Eversheds Sutherland, at C-216/17, *Autorit * både kan udstrækkes til at gælde for rammeaftaler efter de klassiske

³⁴³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 5 f. Definitionen af rammeaftaler findes i artikel 51, stk. 1, 2. afsnit i direktiv 2014/25/EU, og forbuddet mod misbrug af rammeaftaler findes i artikel 51, stk. 2, 3. afsnit i direktiv 2014/25/EU

³⁴⁴ DLA Piper Advokatpartnerselskab har anvendt den tidligere version af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 20. august 2019, mens dette projekt alene inddrager den seneste version af notatet fra den 13. november 2019. Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af C-216/17, *Autorit s* anvendelighed ift. forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke har ændret sig, hvorfor DLA Piper Advokatpartnerselskabs artikel fortsat er relevant

³⁴⁵ Mikala Berg Dueholm og Trine Louise Larsen, *Betydningen af EU-Domstolens dom af 19. december 2018: Rammeaftalen er opbrugt, når der er anskaffet for den estimerede værdi*

³⁴⁶ De grundlæggende principper er bl.a. nævnt i artikel 36, stk. 1, 1. afsnit i direktiv 2014/25/EU og præambelbetragtning 52, 2. afsnit i samme direktiv

udbudsdirektiver og forsyningsvirksomhedsdirektivet, uanset om aftalen er indgået med en eller flere økonomiske aktører.³⁴⁷

Som både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Eversheds Sutherland bemærker, er retsstillingen efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og de klassiske udbudsdirektiver den samme, særligt hvad angår de grundlæggende principper og den overordnede regulering af rammeaftaler. EU-Domstolens henvisning til de grundlæggende principper i C-216/17, *Autoritá* og den sammenfaldende regulering af rammeaftaler kan derfor indikere, at retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler i C-216/17, *Autoritá* også gælder for forsyningsvirksomhedsdirektivet.

På den anden side er det ikke en selvfølge, at retstilstanden efter C-216/17, *Autoritá* uden videre kan udstrækkes til forsyningsvirksomhedsdirektivet, da dommen ikke er afgjort efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det bemærkes endvidere, at der er tale om forskellige direktiver med forskellige anvendelsesområder, og at der gælder en særskilt regulering for kontraktindgåelse inden for forsyningsvirksomhedssektoren.³⁴⁸

Derudover er der flere elementer i forsyningsvirksomhedsdirektivet, som kan indikere et øget behov for fleksibilitet ved kontraktindgåelse. For det første er tærskelværdierne i forsyningsvirksomhedsdirektivet højere end i udbudsloven, hvorfor færre kontrakter er udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.³⁴⁹ Dernæst bemærkes det, at udbud med forhandling kan anvendes på lige fod med udbudsprocedurerne offentligt- og begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregivere omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet har dermed øget adgang til at anvende en fleksibel udbudsprocedure end ordregivere efter udbudsloven.³⁵⁰ Endvidere er der mulighed for, at rammeaftaler efter forsyningsvirksomhedsdirektivet kan have en længere varighed end efter udbudsloven. Efter forsyningsvirksomhedsdirektivet må rammeaftaler have en løbetid på op til 8 år, medmindre en længere varighed kan begrundes i aftalens formål.³⁵¹

³⁴⁷ Edward Williams og Rhiannon Fletcher, *The EU Court provides guidance on the use of framework agreements by contracting authorities*

³⁴⁸ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 131-133

³⁴⁹ Direktiv 2014/25/EU, artikel 15 og UBL § 6

³⁵⁰ Direktiv 2014/25/EU, artikel 44, stk. 2 og Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU Udbudsretten*, s. 134 f

³⁵¹ Direktiv 2014/25/EU, artikel 51, stk. 1, 3. afsnit og UBL § 95, stk. 2

På baggrund af ovenstående kan forsyningsvirksomhedssektorens særlige karakteristika begrunde, at retstilstanden for værdiansættelse af rammeaftaler efter C-216/17, *Autoritá* ikke skal udstrækkes til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det skyldes, at der potentielt kan være større samfundsmæssige konsekvenser forbundet med, at en kontrakt omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet må ophøre ved overskridelse af rammeaftalens værdi.

Herefter bør det overvejes, hvorvidt det er hensigtsmæssigt, at retsvirkningen af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá*, som er fastslået tidligere i dette projekt,³⁵² udstrækkes til at gælde for rammeaftaler indgået efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. På den ene side vil være nemmere for de udbudsretlige aktører at navigere mellem udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet, såfremt retsvirkningen efter præmis 61 er den samme efter begge regelsæt. På anden side kan en udstrækning af retsvirkningen af præmis 61 i C-216/17, *Autoritá* til forsyningsvirksomhedsdirektivet potentielt være uhensigtsmæssig. Det skyldes, at en vidtgående fortolkning af præmis 61 potentielt kan få store samfundsmæssige konsekvenser, særligt henset til karakteren af de kontrakter der indgås efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregivere, der udbyder kontrakter efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal i så fald være særligt opmærksomme på, at rammeaftalens værdi ikke overskrides. Der henvises i den forbindelse til projektets Kapitel 7 om ordregivers overvejelser inden udbud og ordregivers ændringsmuligheder af igangværende kontrakter.³⁵³

Når ovenstående sammenholdes, antages det, at retstilstanden efter C-216/17, *Autoritá* i relation til udbudsloven kan udstrækkes til at gælde for rammeaftaler indgået efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der lægges særligt vægt på, at EU-Domstolens begrundelse i C-216/17, *Autoritá* baseres på de grundlæggende principper, som både gælder for udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Synspunktet understøttes af, at der blandt flere praktikere er enighed om, at hensynet til de grundlæggende principper taler for, at retstilstanden for C-216/17, *Autoritá* også gælder for forsyningsvirksomhedsdirektivet.³⁵⁴ Derudover lægges der vægt på, at der i forvejen er et større overlap mellem reguleringen af rammeaftaler og ordregivers ændringsmuligheder i udbudsloven og forsyningsvir-

³⁵² Se Afsnit 6.2.7. Særligt om præmis 61, s. 54 og Afsnit 6.5. Delkonklusion

³⁵³ Det bemærkes, at ændringsmulighederne af igangværende kontrakter er de samme efter udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

³⁵⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af den 13. november 2019, s. 5 f, Mikala Berg Dueholm og Trine Louise Larsen, *Betydningen af EU-Domstolens dom af 19. december 2018: Rammeaftalen er opbrugt, når der er anskaffet for den estimerede værdi*, og Edward Williams og Rhiannon Fletcher, *The EU Court provides guidance on the use of framework agreements by contracting authorities*

somhedsdirektivet. Ordregiver antages derfor at have flere muligheder for at undgå en overskridelse af rammeaftalens værdi – både efter udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet.³⁵⁵

³⁵⁵ Se Kapitel 7 Ordregivers muligheder for at undgå overskridelse af rammeaftalens værdi

Litteraturliste

EU-retlig regulering

Danske oversættelser

L 134/114, direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

L 335/31, direktiv nr. 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

L 94/243, direktiv nr. 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

L 94/65, direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Den konsoliderede udgave af protokol (nr. 3) vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol

Engelske oversættelser

L 134/114, Directive no. 2004/18/EC of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts

L 94/65, Directive no. 2014/24/EU of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC

National lovgivning

Lov 2015-12-15 nr. 1564, Udbudsloven

Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud

Lovforarbejder

Betænkning over Forslag til udbudsloven afgivet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 12. november 2015

Udbudsbekendtgørelser

Den Europæiske Union, Offentliggørelse af Supplement til den Europæiske Unions Tidende, Udbudsbekendtgørelse, direktiv 2004/18/EF

Supplement til den Europæiske Unions Tidende, Udbudsbekendtgørelse, direktiv 2014/24/EU

EU-retspraksis

C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust og Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) m.fl.*

C-23/20, *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*

C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*

Forslag til afgørelse, generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona, 3. oktober 2018, sag C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica (ASST)*

Retspraksis fra Klagenævnet for Udbud

KLFU 26. september 2011 *TDC A/S mod Økonomistyrelsen*

KLFU 25. september 2012 *UVdata A/S mod Københavns Kommune*

KLFU 7. oktober 2020 *Remondis A/S mod Hedensted Kommune*

KLFU 16. januar 2020 *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*

Retslitteratur

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, 2016, Jurist og Økonomforbundets Forlag

Evald, Jens, *At tænke juridisk*, 4. udgave, 2011, Nyt Juridisk Forlag

Hagel-Sørensen, Karsten, *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hansen, Kim Lundgaard, René Offersen, *Udbudsprocessen*, 2. udgave, 2016, Karnov Group

Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Høilund, Dorte, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 2. udgave, 2018, Hans Reitzels Forlag

Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten*, 3. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 1. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Videnskabelige artikler

Balshøj, Dorthe Kristensen, *Rammeaftaler: Hvad er ordregivers retsstilling, når den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter er nået? - en vurdering heraf på baggrund af sag C-216/17, ASST Vallecamonica - Sebino m.fl.*, EU-ret og Menneskeret, nummer 3, årgang 26, 2019, s. 38-49

Muras, Manuel Peláez, *Antitrust and Coopservice: Procurement Aggregation Is a Serious Thing (Adjudicating Too)*, European Papers, Vol. 4, 2019, No 3, European Forum, Insight of 17 November 2019, s. 809-821

Øvrige artikler

Dueholm, Mikala Berg og Trine Louise Larsen, *Betydningen af EU-Domstolens dom af 19. december 2018: Rammeaftalen er opbrugt, når der er anskaffet for den estimerede værdi*, 23. august 2019, offentliggjort på DLA Pipers hjemmeside, lokaliseret den 14. maj 2021

https://denmark.dlapiper.com/da/nyhed/betydningen-af-eu-domstolens-dom-af-19-december-2018-rammeaftalen-er-opbrugt-nar-der?fbclid=IwAR11GbGNExooRzCZ_hsOisINcE3qDt-HVxTVNspn5_kgibLVXPJcBJVHV-98

Steinicke, Michael og Anders Nørgaard Jensen, *Rammeaftaler og værdiopgørelse. Føjleton*, 15. januar 2019, offentliggjort på Publicure Advokatfirmas hjemmeside, lokaliseret den 14. maj på <http://publicure.dk/da/articles/201901/rammeaftaler-og-vaerdiopgoerelse-foelje-ton?fbclid=IwAR3N0qhtL5OgTfhUk8nstTvn7nCuihJTNZVBYOkex0cQoLpX785F6s5HNqw>

Taanum, Mikkel og Frederik Haugsted, *Sjælden forelæggelse fra klagenævnet for udbud af præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen*, januar 2020, offentliggjort på Bird & Birds hjemmeside, lokaliseret den 14. maj 2021 på https://www.twobirds.com/da/news/articles/2020/denmark/sjaelden-forelaeggelse-fra-klagenævnet-for-udbud?fbclid=IwAR0BAQHpd_H9EokkEEaTgdz1RsddnG3IrgTip_XuIXenmq-kUPBHBDA6bYA

Williams, Edward og Rhiannon Fletcher, *The EU Court provides guidance on the use of framework agreements by contracting authorities*, 11. februar 2019, offentliggjort på Eversheds Sutherlands hjemmeside, lokaliseret den 14. maj 2021 på https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en%2FCompetition_EU_and_Regulatory%2Fframework-agreements-

[110219&fbclid=IwAR1MRau9Nir7tXTrY5kXUyrW_hm5VPabjQCtq__Ws8AhP4HMnaLquKml1L8](https://www.konkurrence-og-forbrugerstyrelsen.dk/110219&fbclid=IwAR1MRau9Nir7tXTrY5kXUyrW_hm5VPabjQCtq__Ws8AhP4HMnaLquKml1L8)

Materiale fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Konkurrenceverket og Statens Indkøb
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evaluering af udbudsloven*, analyse af 7. maj 2021

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Høring vedrørende evaluering af udbudsloven*, 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2020*, januar 2021

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Udbudsloven Vejledning om udbudsreglerne*, januar 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *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.*, notat af den 13. november 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *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.*, notat af den 20. august 2019 (ældre udgave)

Konkurrenceverket, *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice*, notat af den 27. juni 2019

Rådgivningsenheden Statens Indkøb, *Vejledning til udfyldelse af udbudsbekendtgørelse - direktiv 2014/24/EU*, opdateret den 7. april 2021

Anden litteratur

Den Danske Ordbog, søgeresultat: "samtlige", lokaliseret den 14. maj 2021 på <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=samtlige>

Den Europæiske Union, *Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen)*, lokaliseret den 14. maj 2021 på https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_da

Elov.dk, *Definition af obiter dictum*, lokaliseret den 14. maj 2021 på <https://www.elov.dk/juridisk-ordbog/obiter-dictum/>

SKI, *Forstå forpligtelsen*, lokaliseret den 14. maj 2021 på <https://www.ski.dk/videnssider/forsta-forpligtelsen/>

Sproget.dk, søgeresultat: “samtlige”, lokaliseret den 14. maj 2021 på <https://sproget.dk/lookup?SearchableText=samtlige>

Udbudsportalen, *Om forskellen mellem rammeaftaler og kontrakter*, lokaliseret den 14. maj 2021 på <https://udbudsportalen.dk/2020/11/om-forskellen-mellem-rammeaftaler-og-kontrakter/>

Dokumentation for antal anslag

Ordoptælling

Statistik:

Sider	81
Ord	22.879
Tegn (uden mellemrum)	140.585
Tegn (med mellemrum)	163.330
Afsnit	346
Linjer	2.119

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk