



Specialeafhandling:

Udbudsreglernes bestemmelser om rammeaftalers estimerende værdier set i lyset af EU-Domstolens afgørelser C-216/17, Autorità og C-23/20, Simonsen & Weel

Abstract

Initially this thesis is based on the analysis on the characteristics of framework agreements. The framework agreement determines the terms and conditions under which, the goods or services can be purchased throughout the period of the agreement, in particular concerning price and quantities. Thus, the contracting authority does not need to carry out a new and lengthy tendering procedure every time the need for a new procurement arises.

It is concluded that the characteristics of framework agreements help to ensure an agile public procurement process, which secures quick and efficient deliveries to the public sector. Thus, framework agreements are a flexible and popular purchasing method.

With regards to the “price and quantity frames” of framework agreements, Denmark has had a very pragmatic approach, where it has been assumed that framework agreements were more of a standing offer than an actual binding agreement. In continuation of this, it has generally been accepted in practice, that the estimated quantity or value of the framework agreement was not limited to the quantity or value of the agreement stated in the contract notice. Therefore, it was broadly recognized that the stated value did not limit the subsequent call offs of the framework agreement to the stated value.

However, with recent case law in *C-216/17, Autorità*, and *C-23/20, Simonsen & Weel*, the European Court of Justice has given rise to several questions of doubt, as to whether the contracting authorities are obliged to state an estimated and a maximum quantity or value of the expected procurements in connection with its tender.

Based on mentioned case law the thesis analyses and assesses the requirements for the declaration, determination and placement of the estimated and maximum value as well as the legal effects that apply if any of these obligations are breached.

With regard to the estimated value, it is concluded that it must be stated in the contract notice on the basis of the contracting authority's objective estimates, and on the basis of sufficient and well-informed grounds.

As for the maximum value, it is concluded that it must be stated either in the contract notice or in the other tender material, and must be determined on the basis of the contracting authority's objective estimates.

Finally, the thesis examines the contracting authority's possibility of avoiding that the framework agreement exhausts its effect by including the rules regarding modification of contracts during their

term. In addition, it is concluded that the modification rules provide broad access for the contracting authority to make changes after the conclusion of a framework agreement.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
1 INDLEDNING	7
2 PROBLEMFOMULERING	9
3 METODE.....	9
3.1 Den juridiske metode	9
4 RETSKILDER	10
4.1 EU-retten.....	10
4.1.1 Primærret	10
4.1.2 Sekundærret.....	11
4.2 National ret	14
4.2.1 Udbudsloven og forarbejderne.....	14
4.2.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud	14
4.2.3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger og udtalelser	15
4.3 Juridisk litteratur.....	16
4.4 Fortolkningsprincipper.....	16
5 AFGRÆNSNING	17
6 DE UDBUDSRETLIGE FORMÅL OG PRINCIPPER.....	18
6.1 Ligebehandlingsprincippet.....	20
6.2 Gennemsigtighedsprincippet.....	21
6.3 Proportionalitetsprincippet	22
6.4 Princippet om effektiv konkurrence.....	23
7 REGULERING AF RAMMEAFTALER	23
7.1 Indledende om rammeaftaler	24

7.2	Remondis mod Hedensted Kommune – Rammeaftale eller offentlig kontrakt	26
7.3	Hvad er en rammeaftale	27
7.4	Fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler	30
7.5	Delkonklusion	33
8	ORDREGIVERS FASTSÆTTELSE AF RAMMEAFTALENS VÆRDI	34
8.1	Den anslåede værdi	36
8.1.1	Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.....	36
8.1.2	Kravet til angivelsen af den anslåede værdi	38
8.1.3	Hvordan skal den anslåede værdi fastsættes?	42
8.1.4	Hvor skal den anslåede værdi fremgå?	47
8.2	Den maksimale værdi	54
8.2.1	Autoritå.....	54
8.2.2	Kravet til angivelse af den maksimale værdi	56
8.2.3	Hvordan skal den maksimale værdi fastsættes?.....	67
8.2.4	Hvor skal den maksimale værdi fremgå?.....	70
8.3	Krav om angivelse af samlet værdi eller værdi pr. ordregiver	73
8.4	Delkonklusion	78
9	KONSEKVENSEN VED IKKE AT ANGIVE DE PÅKRÆVEDE VÆRDIER	80
9.1	Annulation af tildelingsbeslutningen	82
10	RETSSTILLINGEN FOR ALLEREDE INDGÅEDE RAMMEAFTALER UDEN VÆRDIANGIVELSE	84
11	KONKLUSION	85
	LITTERATURLISTE.....	87
	Lovgivning	87
	EU-lovgivning:	87
	Dansk lovgivning:	87
	Forarbejder	87

Vejledninger, rapporter, meddelelser og notater	87
Afgørelsesregister	88
EU-Domstolen	88
Klagenævnet for Udbud	88
Bøger	89
Juridiske artikler	89
Internetkilder mv.	90

1 Indledning

Et velfungerende indre marked er afgørende for at skabe vækst og velfærd i det danske samfund og på tværs af landegrænserne i EU. Et sådan marked er karakteriseret ved, at de økonomiske aktører på den ene side af bordet konkurrerer effektivt, gennemsigtigt og på lige vilkår således, at de økonomiske aktører på den anden side af bordet let og enkelt kan foretage anskaffelser, som matcher deres indkøbsbehov bedst muligt til den bedst mulige pris.

Når offentlige myndigheder indkøber varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver over tærskelværdierne er hovedreglen ifølge udbudsreglerne, at indkøbene skal konkurrenceudsættes – netop for at opnå det bedst mulige produkt til den laveste pris og dermed den bedste udnyttelse af de offentlige midler. Dette er et af de væsentligste formål med den danske udbudslov.

De offentlige myndigheder kan i forbindelse med sine indkøb vælge at udbyde en almindelig offentlig kontrakt eller anvende andre indkøbsmetoder til sine anskaffelser, herunder rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer etc.

Brugen af rammeaftale har de seneste år været stigende, hvor man særligt i de skandinaviske lande anvender rammeaftaler som indkøbstechnik til sine anskaffelser¹. I Danmark skønnes det, at ca. 50 % af alle danske EU-udbud omhandler rammeaftaler² og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skønnede i en rapport fra 2015, at offentlige ordregivere indkøber for omkring 13,7 mia. kr. på rammeaftaler årligt.³

Rammeaftaler er en fleksibel indkøbsmetode som fastsætter vilkårene for de kontrakter, der indgås i løbet af rammeaftalens varighed, særligt med hensyn til mængder og priser. Når selve rammeaftalen har været i udbud, skal ordregiver ikke gennemføre en fornyet udbudsprocedure hver gang ordregiver

¹ Undersøgelse udarbejdet for Kommissionen fra marts 2011 af PwC, London Economics And Ecorys ”procurement in Europe – cost and efficiency”, s. 5

² Carina Risvig Hamer, Udbudsret (2021), s. 158 og Konkurrence og Forbrugerstyrelsen ”Status for offentlig konkurrence 2020”, s. 27

³ KFST rapport, Offentlige indkøb via centrale rammeaftaler (2015), s. 7

skal foretage et nyt indkøb.⁴ Således kan rammeaftaler bidrage til effektive indkøb gennem et lavere ressourceforbrug.

Imidlertid har rammeaftalens fleksibilitet og effektive virke gennem den seneste tid været genstand for debat på den danske udbudscene. Dette skyldes til dels, at det tidligere har været bredt anerkendt i praksis, at rammeaftalens estimerede værdi udelukkende udgjorde et uforpligtende estimat, hvilket betød at grundlaget, hvorpå de potentielle tilbudsgivere skulle afgive tilbud på var relativt løst. Dermed kunne ordregiverne foretage indkøb i henhold til rammeaftalen langt ud over, hvad der oprindeligt var blevet annonceret af værdi i udbudsgrundlaget.

Debatten opstod i kølvandet på EU- Domstolens afgørelse i sagen C-216/17, *Autorità*, som var den første afgørelse af sin slags, hvor Domstolen tog stilling til hvilke begrænsninger, der gælder for anvendelsen af rammeaftaler. EU-Domstolens afgørelse gav inspiration til den danske klagesag, *Simonsen & Weel*, ved Klagenævnet for Udbud, som resulterede i at Klagenævnet forelagde en række præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen. Spørgsmålene skulle klarlægge de tvivlsspørgsmål som *Autorità* affødte herunder, hvorvidt ordregiver skal angive en anslået- og en maksimal værdi i forbindelse med udbud af en rammeaftales offentliggørelse og i så fald, hvordan- og hvor værdierne skal angives samt om den maksimale værdi udgør en absolut grænse for ordregivers indkøb.

På denne baggrund tilsigter specialet at belyse retsstillingen for ordregivers værdiansættelse af rammeaftaler samt hvilke sanktionsmæssige konsekvenser en undladelse heraf vil betyde for ordregiver.

⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 152

2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående fremhævede tvivlsspørgsmål vil følgende formål danne grundlag for undersøgelserne i dette speciale:

Specialets formål er at foretage en dybdegående analyse af udbudsreglernes bestemmelser om rammeaftalers estimerende værdier set i lyset af EU-Domstolens afgørelser C-216/17, Autorità og C-23/20, Simonsen & Weel.

For at besvare specialets problemformulering opstilles følgende underspørgsmål, som vil danne rammerne for specialets struktur:

1. Hvordan er rammeaftaler defineret og reguleret i udbudsreglerne?
2. Hvilke krav sætter udbudsreglerne til angivelsen af værdien af en rammeaftale?
3. Hvilke konsekvenser har det, såfremt ordregiver ikke angiver værdierne af rammeaftalen?

3 Metode

3.1 Den juridiske metode

Til besvarelse af specialets problemformulering anvendes som udgangspunkt den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode har til formål at beskrive, fortolke og vurdere indholdet af de relevante retskilder for at finde frem til den gældende retstilstand⁵. Specialets formål er således at afklare gældende ret, også kaldet de lege lata.

Det bemærkes hertil, at vurderingen hovedsageligt vil blive foretaget på et sagligt og objektivt grundlag i overensstemmelse med den juridiske videnskabsteori, hvorfor de retspolitiske overvejelser har afsæt i specialets øvrige retsdogmatiske betragtninger. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil der være en tydelig angivelse af, at overvejelserne er forfatterens egen personlige holdning.

Nedenfor følger en gennemgang af de retskilder, som indeværende speciale vil tage afsæt i som en del af sin analyse og besvarelse af problemformuleringen.

⁵ Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode (2014), s. 286

4 Retskilder

Retskilderne spiller en central rolle i den retsdogmatiske metode, hvorfor nedenstående afsnit vil klarlægge de relevante retskilder, som danner grundlag for specialets undersøgelse af gældende ret.

De udbudsretlige retskilder spænder over en række af både internationale, EU-retlige og nationale retsregler, der alle bidrager til den samlede forståelse af gældende ret. På det EU-retlige område er reguleringen inddelt i primærret og sekundær ret. Primærretten omfatter Traktaterne, Traktaternes principper samt EU's Charter om grundlæggende rettigheder. Sekundær retten omfatter forordninger, direktiver og afgørelser.

For dette speciales vedkommende har både primærret og sekundær ret væsentlig betydning, herunder særligt Traktaternes grundlæggende principper, udbudsdirektivet og udbudsloven. I undersøgelsen af specialets problemfelt kan disse retskilder dog vanskeligt stå alene, hvorfor øvrige retskilder som har væsentlig indflydelse på fortolkningen heraf også vil blive inddraget.

4.1 EU-retten

4.1.1 Primærret

Den primære retskilde inden for EU-retten består af EU's traktatgrundlag, herunder Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) samt de grundlæggende EU-retlige principper⁶. Imidlertid omhandler traktaterne ikke specifikke regler for udbud af offentlige kontrakter. Traktatgrundlaget har dog alligevel en betydning for udbudsreglerne, idet gennemførelsen af offentlige indkøb er omfattet af TEUF's generelle regler om fri bevægelighed og forbud mod diskrimination⁷, som er direkte forpligtende for de offentlige organer i medlemslandene⁸.

Udbudsreglerne skal således ses i lyset af, at de har til formål at skabe og sikre vilkårene for det indre marked for offentlige kontrakter, når anskaffelserne har grænseoverskridende interesse.

⁶ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2017), s. 41-42.

⁷ Herunder TEUF art. 18 om nationalitetsdiskrimination, art. 34 om varer, art. 45 om arbejdskraft, art. 49 om etableringsfrihed, art. 56 om tjenesteydelser og art. 207 om den fælles handelspolitik

⁸ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst, (2017), s. 41-42.

På baggrund af EU-traktatens regler om fri bevægelighed og forbud mod forskelsbehandling har EU-Domstolen (herefter EUD) udviklet principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne er ifølge EUD grundlæggende i forståelsen af udbudsretten og spiller således en væsentlig rolle i udfyldningen og fortolkningen af udbudsreglerne.⁹ Både princippet om gennemsigtighed og ligebehandling er da også direkte indført i UBD-2014 og UBL, hvilket cementerer deres særlige betydning.¹⁰

I tillæg til de ovennævnte grundlæggende EU-retlige principper har EUD også udviklet et princip om effektivitet, som også har stor betydning for fortolkningen af udbudsreglerne, særligt udbudsreglernes formål om at sikre det indre marked.

For så vidt angår den del af primærretten, som består af de almindelige retsprincipper vil disse blive inddraget løbende igennem specialets besvarelse af problemformuleringen og en nærmere gennemgang af de relevante principper følger af afsnit 6. Den grundlæggende ret i traktatgrundlagene vil derimod alene blive inddraget i det omfang det er relevant.

4.1.2 Sekundærret

4.1.2.1 Direktiver

Hvad angår bindende sekundær regulering består denne af forordninger, direktiver og afgørelser.

Et direktiv er en retsakt, der fastsætter et fælles mål inden for EU, der skal opnås i alle medlemsstaterne. Direktiver har ikke direkte virkning i medlemsstaterne, hvorfor det er op til medlemsstaterne selv at bestemme, hvordan direktivet skal gennemføres og hvordan målet skal nås. Dette sker typisk ved, at medlemslandene implementerer direktiverne gennem en implementerende lov, som fortolkes i overensstemmelse med direktivet.

Det vigtigste direktiv i forhold til specialets problemstilling er det nugældende udbudsdirektiv fra 2014, Direktiv 2014/24/EU (herefter ”UBD-2014”), som afløser det tidligere udbudsdirektiv fra 2004¹¹ (herefter ”UBD-2004”). Udbudsdirektiverne regulerer alene, hvordan en ordregiver indgår

⁹ Peter Stig Jakobsen m.fl., EU-udbudsretten (2016), s. 54-55

¹⁰ Præambelbetragtning 1 til UBD-2014 og UBL § 2

¹¹ Direktiv 2004/18/EF

offentlige kontrakter og beskæftiger sig således hverken med, hvad den ordregivende myndighed skal købe og heller ikke hvilke konsekvenser der gælder ved tilsidesættelse af udbudsreglerne¹². Konsekvenserne af udbudsreglernes tilsidesættelse samt håndhævelsen heraf er derimod reguleret i de to kontroldirektiver, Direktiv 89/665 og Direktiv 92/13, som ændret ved Direktiv 2007/66/EF. Kontroldirektiverne er implementeret i lov om Klagenævnet for Udbud (herefter kaldet klagenævnsløven) og vil bidrage til fortolkningen af de retsvirkninger, som følger når rammeaftaler når deres maksimale værdi.

4.1.2.2 Præambelbetragtninger

Som ved de fleste andre EU-direktiver indeholder udbudsdirektivet en længere række præambelbetragtninger. Præambelbetragtningerne er de indledende betragtninger til direktivet, som kan bidrage til at belyse, hvordan lovgiver ønskede, at regelsættet skulle forstås¹³. Imidlertid gælder det for betragtningerne, at de ikke er direkte bindende og der kan ikke støttes selvstændig ret på dem.¹⁴ I stedet kan de udgøre "*(...) et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel*"¹⁵. Præambelbetragtningerne vil derfor inddrages løbende gennem specialet som et fortolkningsbidrag til den overordnede forståelse af bestemmelserne i udbudsdirektivet.

4.1.2.3 Afgørelser

Endeligt er EUDs afgørelser en væsentlig retskilde i udbudsretten, idet EUDs afgørelser har forrang frem for national ret¹⁶. Afgørelserne er således bindende for alle medlemsstaterne og tillægges derfor stor vægt i såvel Klagenævnet for Udbuds praksis, men også i almindelighed ved de danske domstole. Retspraksis fra EUD spiller derfor en væsentlig rolle i undersøgelsen af specialets problemfelt.

¹² Carina Risvig Hamer, Udbudsret (2021), s. 41

¹³ Mads Bryde Andersen, Ret & Metode (2002) s. 144f

¹⁴ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 42.

¹⁵ C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, af 13. juli 1989, pr. 31

¹⁶ Peter Stig Jakobsen m.fl., EU-udbudsretten (2016), s. 52 og Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode (2014), s. 199

EUD er den primære dømmende magt i sager, som vedrører EU-retten og træffer afgørelser i sager vedrørende den generelle fortolkning af EU-retsakter. EUD er den eneste retsinstans, der har kompetence til at behandle traktatbrudssager samt præjudicielle forelæggelser.¹⁷

Ved præjudicielle forelæggelser afgør Domstolen søgsmål fremsat af de nationale domstole i medlemsstaterne vedrørende gyldigheden og fortolkningen af retsreglerne i EU¹⁸. På denne måde sikrer EUD, at den EU-retlige lovgivning anvendes på samme måde i alle EU-lande.

EUD anlægger generelt en objektiv formålsfortolkning og har herigennem skabt en fortolkningsstil, som er dynamisk og udfyldende og som har EU-rettens udvikling for øje.¹⁹ For så vidt angår fortolkningen af undtagelser til det EU-retlige regelsæt har Domstolen tradition for at fortolke disse indskrænkende, hvilket vil sige at reglerne fortolkes mere restriktivt end den sproglige fortolkning umiddelbart lægger op til. Den indskrænkende fortolkning af undtagelser gælder således også i udbudsretten.²⁰

Specialet vil inddrage afgørelser fra EUD i det omfang det findes relevant, men vil særligt have fokus på EUDs afgørelser i sagerne C-216/17, *Autorità*, og C-23/20, *Simonsen & Weel*, da disse afgørelser har været banebrydende for forståelsen af anvendelsen af rammeaftaler.

Forud for EUDs afgørelser kan der foreligge et forslag til afgørelse fra EU's Generaladvokat. Dette forslag er ikke bindende for hverken EUD eller sagens parter²¹ og har derfor en begrænset retskildemæssig værdi. Imidlertid følger EUD generelt ofte Generaladvokatens forslag, hvorfor det giver en vigtig indikation af, hvilken retning dommen kommer til at gå i. Udtalelserne fra Generaladvokaten kan således anvendes som værdifuldt fortolkningsbidrag af sagens problemstillinger.

¹⁷ Karsten Engsig Sørensen m.fl., *EU-retten* (2014), s. 72.

¹⁸ TEUF art. 267

¹⁹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU ret - Fri bevægelighed* (2018), s. 28.

²⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 327

²¹ TEUF art. 288

4.2 National ret

4.2.1 Udbudsloven og forarbejderne

Den primære retskilde i dansk ret er selve lovene.²² Specialet vil derfor tage sit retlige udgangspunkt i udbudsloven og klagenævnsløven. Udbudsloven (herefter UBL) implementerer udbudsdirektivet i dansk ret med det formål at fastlægge procedureregler for offentlige indkøb²³, hvorimod klagenævnsløven gennemfører kontroldirektivet med henblik på at bestemme konsekvenserne af ikke at overholde udbudsreglerne.

Ved specialets fortolkning af UBL vil også lovens forarbejder blive inddraget, herunder lovbemærkningerne til loven. Lovens væsentligste forarbejder er lovbemærkningerne, som har til formål at begrunde de bagvedliggende hensyn for, hvorfor lovforslaget blev fremsat samt hvad hensigten var med de enkelte paragraffer i loven.²⁴ Imidlertid kan der ikke støttes selvstændig ret på lovbemærkningerne, men de har alligevel en vis retskildemæssig værdi, idet de har betydning for fortolkningen af lovteksten.²⁵

4.2.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Ydermere vil specialet inddrage kendelser fra Klagenævnet for Udbud (herefter KFU). Det primære håndhævelsesorgan ved udbudsretlige tvister består af KFU, som skal sikre, at klagere har en let og effektiv adgang til at indgive klager over overtrædelser af udbudsreglerne. Forud for oprettelsen af KFU blev det vurderet, at det almindelige domstolssystem var mindre velegnet til at håndtere udbudsretlige tvister. Derudover nødvendiggjorde den korte periode som udbudsproceduren normalt strækker sig over samt hensynet til de udbudsretlige aktører en hurtig sagsbehandling. Endvidere er medlemsstaterne også forpligtet til gennem kontroldirektivet at have en klageinstans, som kan træffe afgørelser på udbudsområdet. Det var således behovet for et hurtigt og effektivt organ, der var baggrunden for oprettelsen af KFU.²⁶

²² Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode* (2014), s. 112

²³ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2017), s. 64

²⁴ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode* (2014), s. 112

²⁵ Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?* U.2020B.114, 2020, s. 8 og Steen Treumer m.fl., *Udbudsretten* (2019), s. 28.

²⁶ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 797

Selvom KFU er et administrativt organ har EUD slået fast, at KFU skal betragtes som en ”ret” i overensstemmelse med art. 267 TEUF, hvorfor KFU er kompetent til at stille præjudicielle spørgsmål til EUD.²⁷ Klagenævnet har i sagen Simonsen & Weel benyttet sig af adgangen til at stille en række præjudicielle spørgsmål til EUD i relation til fortolkningen af anvendelsen af rammeaftaler, som blev besvaret i juni 2021.

KFUs praksis er en væsentlig retskilde til at forstå, hvad der gælder i udbudsretlige konflikter, idet KFUs afgørelser ofte tillægges stor betydning for praktikere. Specialet vil derfor i høj grad have fokus på den præjudicielle forelæggelse i Simonsen & Weel samt øvrige relevante kendelser fra KFU.

4.2.3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger og udtalelser

Endvidere vil specialet inddrage vejledninger og udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter KFST). KFST udgiver løbende vejledninger og udtalelser, som typisk vil være udtryk for KFSTs opfattelse af praksis på udbudsområdet.²⁸

Vejledninger og udtalelser er ikke bindende og kan derfor i sig selv ikke være regulerende, men kan anvendes som uddybning af reguleringen eller som vejledende principper. Den retskildemæssige værdi for KFSTs vejledninger og udtalelser kan da også diskuteres, idet KFU adskillige gange har set bort fra disse og fortolket udbudsreglerne forskelligt fra KFST.²⁹

Til trods for, at KFSTs udtalelser ikke har stor retskildemæssig værdi bidrager de alligevel til fortolkningen af gældende ret, hvorfor specialet vil inddrage KFSTs notat vedrørende vurderingen af EUDs afgørelse i Autoritá.³⁰

²⁷ Sag C-275/98, Unitron

²⁸ Steen Treumer, Udbudsretten (2019), s. 467

²⁹ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 55

³⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 13. november 2019, Vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST)

Derudover vil specialet også inddrage KFSTs vejledning om udbudsreglerne³¹ samt KFSTs analyse vedrørende status for offentlig konkurrence i 2020.³²

Udtalelserne og vejledningerne vil blive brugt som fortolkningsbidrag til brug for besvarelse af opgavens problemstilling.

4.3 Juridisk litteratur

Endeligt inddrager specialet i vidt omfang relevant juridisk litteratur. Formelt set har den juridiske litteratur en meget begrænset retskildeværdi, da den på grund af sin manglende autoritet reelt ikke kan anses for at være en egentlig retskilde. Litteraturen har derfor alene en retskildelignende værdi og indgår i den juridiske argumentation, hvor den bidrager til at klarlægge retstilstanden. Specialet anvender derfor alene den juridiske litteratur som et fortolkningsbidrag.

4.4 Fortolkningsprincipper

Bestemmelserne i udbudsloven er afledt af udbudsdirektivet som endeligt kan fortolkes af EUD. EUD har tidligere slået fast, at EU-retten har forrang for national ret³³ samt at medlemsstaterne er forpligtede til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten.³⁴ Således er retsakter, herunder UDB-2014 og afgørelser fra EUD bindende for alle EU's medlemsstater.

Ved sin fortolkning af EU-retten anvender EUD ofte en objektiv formålsfortolkning, hvor EUD typisk tager udgangspunkt i lovens eget indhold samt de oprindelige ideologiske formål med bestemmelserne.³⁵ Herved fortolker EUD retsakterne ud fra bestemmelsernes ordlyd samt de mål der forfølges.

Specialet vil derfor i sin fortolkning af EU-udbudsretten anvende en objektiv formålsfortolkning i overensstemmelse med EUD.

³¹ KFST Vejledning om udbudsreglerne (2016)

³² KFST analyse af status for offentlig konkurrence 2020 (2021)

³³ EU-rettens forrang blev for første gang fastslået i EUDs afgørelse i sag C-6/64, Costa mod ENEL

³⁴ Pligten til EU-konform fortolkning blev for første gang fastslået i EUDs afgørelse i sag 14/83, von Colson

³⁵ Peter Blume, Kapitel 1: Juridisk metode og argumentation i Thomas Riis og Jan Trzaskowski, Skriftelig Jura – den juridiske fremstilling (2013), s. 34-35

Ved fortolkningen af udbudsloven benyttes som udgangspunkt den objektive fortolkningsstil, hvor bestemmelsernes ordlyd er afgørende for tolkningen. I de tilfælde, hvor denne fortolkningsstil ikke giver et tilstrækkeligt klart svar, kan i tillæg anvendes den subjektive fortolkningsstil. Ved subjektiv fortolkning inddrages lovens forarbejder med det formål at klarlægge, hvad hensigten bag reglerne var.³⁶

Specialet vil i sin fortolkning af udbudsloven anvende både den objektive og subjektive fortolkningsstil.

5 Afgrænsning

Dette speciale er afgrænset til at tage udgangspunkt i udbudsdirektivet fra 2014, kontroldirektivet samt udbudsloven som det primære retsgrundlag.

Specialet afgrænses til alene at beskæftige sig med udbudslovens afsnit II om offentlige indkøb over tærskelværdierne.

Specialet afgrænser sig fra de øvrige direktiver på udbudsområdet, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Ligeledes afgrænser specialet sig fra tilbudsloven.

Specialet beskæftiger sig med nogle af de sanktionsmuligheder, som Klagenævnet for Udbud har ved overtrædelse af udbudsreglerne. Specialet afgrænser sig dog til alene at berøre uden virkning og annulation, hvorfor de øvrige sanktioner ikke vil blive berørt.

Specialets afsnit 7 beskæftiger sig kort med sondringen mellem almindelige offentlige kontrakter og rammeaftaler. Imidlertid vil ”kontrakt” til tider også blive anvendt som begrebsramme for rammeaftaler gennem hele specialet.

EU-Domstolens udtalelser i *Autorità* rejser bl.a. spørgsmålet om, hvorvidt der skal angives en anslået værdi og/eller mængde samt en maksimal værdi og/eller mængde. Hertil vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det er afgørende, at angivelsen af mængden eller værdien sker under hensyn til gennemsigtigheden for tilbudsgiverne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremhæver, at EU-

³⁶ Mads Bryde Andersen, *Ret og Metode* (2002), s. 172 ff.

Domstolen både henviser til angivelsen af mængder, antal, beløb og værdier, hvorfor det er tilstrækkeligt for ordregiver at fastsætte den maksimale mængde for de af rammeaftalen omfattede indkøb ved at angive den maksimale værdi.³⁷ Derved antages det, at det ikke er endeligt afgørende ift. specialets problemfelt, om værdierne angives som værdi eller mængde. Specialet diskuterer ikke dette yderligere og beskæftiger sig alene med angivelsen af værdien og ikke mængden.

I Simonsen & Weel fremhævede EU-Domstolen den eksplicitte præcisering til EU-Domstolens afgørelse i *Autorità*; at det i henhold til UBD-2014 art. 72 er muligt at foretage ændringer i rammeaftalen³⁸, hvis ikke ændringen er af væsentlig karakter og hvis den valgte tilbudsgiver samtykker til ændringen. Selvom specialet beskæftiger sig en del med rammeaftalers fleksibilitet og selvom EU-Domstolens præcisering kan tolkes som et udtryk for en holdning om, at den fleksibilitet der ligger ved brug af rammeaftaler bl.a. skal findes i ændringsreglerne, beskæftiger specialet sig ikke yderligere med de udbudsretlige ændringsregler.

Endeligt behandler specialet ikke hverken dynamiske indkøbssystemer eller indkøbscentraler, selvom en inddragelse af særligt indkøbscentraler kunne have været interessant.

6 De udbudsretlige formål og principper

Udbudsreglerne regulerer det offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejder, når disse indkøb angår en vis værdi. Udbudsretten er reguleret gennem de EU-retlige direktiver og de nationale regler.

EU-rettens overordnede mål er at skabe et indre marked med fri bevægelighed for bl.a. varer og tjenesteydelser således, at der sikres effektiv konkurrence. Principperne om fri bevægelighed er kodificeret i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.³⁹

³⁷ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 7

³⁸ Ændringer i rammeaftalen må forstås som ændringer i rammeaftalens maksimale værdi

³⁹ TEUF art. 26, stk. 2

Som en del af arbejdet forud for udarbejdelsen af UBD-2014 udarbejdede Kommissionen en Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Grønbogen skulle fungere som oplæg til drøftelse om, hvordan udbudsreglerne kunne forenkles og moderniseres for at sikre bedre brug af offentlige kontrakter, blandt EU's medlemslande. Der blev i Grønbogen bl.a. lagt vægt på målet om mere effektive indkøb og bedre udnyttelse af offentlige midler.⁴⁰ Hertil var det et ønske fra dansk side, at de offentlige midler blev udnyttet så effektivt, fleksibelt og enkelt som muligt for at sikre de bedste og billigste offentlige indkøb.⁴¹ Grønbogen resulterede i forslaget til udbudsdirektivet, som gentog Grønbogens fokuspunkter, herunder en mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre den bedst mulige værdi for pengene.⁴²

I overensstemmelse hermed er formålet med udbudsreglerne at sikre det indre marked- og fremme konkurrencen om offentlige kontrakter samt skabe lige adgang for alle økonomiske aktører i hele EU til at byde på offentlige indkøb.⁴³ Dette formål er tilmed indført i udbudslovens § 1, hvor det fremgår:

”Formålet med loven er at fastlægge procedure for offentlige indkøb, så der gennem effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler.”

Lovgiver har således med udgangspunkt i de overordnede formål søgt at forhindre nationale præferencer og favorisering af bestemte økonomiske aktører ved udbud af offentlige kontrakter.

Hertil skal det bemærkes, at det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at der ikke kan støttes selvstændig ret på udbudslovens formålsbestemmelse.⁴⁴ Bestemmelsen kan derfor alene anses for at udgøre lovgivers hensigt med reglerne.

Som en del af efterlevelsen af de EU-retlige og udbudsretlige formål spiller EU-rettens grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed også ind. Principperne er reguleret i UBD-2014 art. 18, stk. 1, som er implementeret i UBL § 2. Hertil fremgår det af UBL § 2, stk. 1:

⁴⁰ Europa-Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – KOM(2011) 15 endelig af 27. januar 2011

⁴¹ Ibid, s. 4

⁴² Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig, s. 2

⁴³ Betragtning 1 til UBD-2014

⁴⁴ Lovforslag som fremsat, FT 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 19, bemærkninger til § 2, s. 56

”En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.”

Tildelingen af offentlige kontrakter skal således ske i overensstemmelse med disse principper, hvorfor principperne anses for at have stor udbudsretlig betydning.⁴⁵

Nedenstående afsnit vil undersøge principperne, idet principperne indgår som et væsentligt instrument i fortolkningen og forståelsen af udbudsretten.

6.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet går ud på at sikre, at ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører på lige vilkår. EUD har tidligere slået fast i praksis, at ligebehandlingsprincippet indebærer at:

*”(...) ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet”.*⁴⁶

Det betyder, at ordregivere skal behandle økonomiske aktører lige og uden forskelsbehandling, med mindre at forskelsbehandlingen er sagligt begrundet. Ligebehandling af økonomiske aktører er en fundamental betingelse for at fremme konkurrencen om offentlige kontrakter og sikre EU's indre marked.⁴⁷

EUD har i sagen *Überschär*⁴⁸ udtalt, at det generelle ligebehandlingsprincip kan udledes af art. 18 TEUF, som hjemler et forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Princippet er i udbudsregi således udledt af primærretten og skal derfor forstås i sammenhæng med art. 18 TEUF.

⁴⁵ Betragtning 1 i UBD-2014

⁴⁶ Sag C-34/03, *Fabricom*, pr. 27

⁴⁷ EU-udbudsretten, s. 36

⁴⁸ Sag C-810/79, *Überschar*

Ligebehandlingsprincippet er dermed et generelt princip, der gælder for alle ordregivende myndigheder ved alle offentlige indkøb.⁴⁹

Ligebehandlingsprincippet er videreført i udbudsdirektiverne, hvoraf det fremgår eksplicit af UBD-2014 art. 18, stk. 1, at ordregivende myndigheder skal behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling. Indførelsen i direktivet skete efter EUDs afgørelse i C-243/89, Storebælt, hvor domstolen udtalte, at forpligtelsen til at overholde ligebehandlingsprincippet fulgte af direktivets hovedformål om at sikre en effektiv konkurrence.⁵⁰

Endeligt kommer ligebehandlingsprincippet også til udtryk i udbudsloven under overskriften ”generelle bestemmelser” i UBL § 2, stk. 1, som bestemmer:

”En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.”

Ligebehandlingsprincippet gælder i alle aspekter af udbudsprocessen og skal overholdes i alle udbuddets faser.⁵¹ Det skal desuden bemærkes, at det ikke alene er de aktuelle tilbudsgivere, der skal behandles lige, idet princippet også gælder for potentielle tilbudsgivere.⁵² Ordregiver skal derfor sikre ligebehandling både før, under og efter påbegyndelsen af udbudsproceduren.⁵³

6.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er ligesom princippet om ligebehandling et centralt princip i EU-udbudsretten. EUD har på baggrund af principperne om ikke-diskrimination og ligebehandling udviklet gennemsigtighedsprincippet⁵⁴, som betyder, at der skal være offentlighed og åbenhed omkring indgåelse af offentlige kontrakter for alle potentielle økonomiske aktører i alle stadier af udbudsproceduren. Gennemsigtighedsprincippet stiller derfor krav til udbudsprocedurens

⁴⁹ Dorthe Kristensen Balshøj, *Public Procurement and Framework Agreements* (2018), s. 61ff

⁵⁰ Sag C-243/89, Storebælt, pr. 33

⁵¹ Sag C-470/99, *Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, pr. 93

⁵² Sag C-16/98, *Kommissionen mod Den Franske Republik*, pr. 107-109

⁵³ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU-udbudsretten* (2016), s. 56

⁵⁴ *Ibid.*, s. 60-61 og sag C-470/99, *Universale Bau AG*, pr. 92-93 og sag C-454/06, *Pressetext*, pr. 32

gennemskuellighed og indebærer at de ordregivende myndigheder skal agere gennemsigtigt i deres handlinger såvel som intentioner.⁵⁵ En ordregiver er således forpligtet til på forhånd at give relevant og klar information om udbuddet, så potentielle tilbudsgivere i tilstrækkelig grad får mulighed for at vurdere indholdet og derudfra beslutte om de har interesse i at levere det adspurgte produkt eller ydelse. Forpligtelse imødegås ved, at ordregiver ved EU-udbud udarbejder en udbudsbekendtgørelse, som offentliggøres på TED.⁵⁶ På baggrund af den offentliggjorte bekendtgørelse kan økonomiske aktører i hele EU orientere sig i, hvilke ordregivere der påtænker at indgå hvilke offentlige kontrakter og derfra vurdere, om de ønsker at deltage i et af de aktuelle udbud.

Kravet om gennemsigtighed sikrer og kontrollerer, at alle de økonomiske aktører konkurrerer på lige vilkår i udbuddet samt at ordregiver ikke foretager indkøb fra leverandører, som ordregiver har en bestemt præference for.⁵⁷ På den måde supplerer gennemsigtighedsprincippet forbuddet mod ikke-diskrimination og ligebehandling.

Udover at princippet om gennemsigtighed kan udledes af princippet om forbud mod forskelsbehandling i art. 18 TEUF, fremhæves gennemsigtighedsprincippet også eksplicit af art. 18 i UBD-2014 og § 2 i UBL. Derudover kommer gennemsigtighedsprincippet til udtryk i en stor del af udbudslovens procedureregler, herunder ordregivers forpligtelse til at offentliggøre et udbud ved brug af bestemte skabeloner, forpligtelsen til at angive tildelingskriterier med vægtede underkriterier, forpligtelsen til at begrunde og beslutninger og afgørelser.⁵⁸

6.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet fremgår direkte af art. 5 TEU og er efterfølgende blevet fortolket og fastslået adskillige gange i praksis.⁵⁹ Ligesom gennemsigtighedsprincippet fremgår proportionalitetsprincippet også af art. 18 i UBD-2014 og § 2 i UBL.

⁵⁵ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 60

⁵⁶ TED er en online database, hvor alle udbudsbekendtgørelser om europæiske offentlige indkøb offentliggøres

⁵⁷ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 60

⁵⁸ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 61

⁵⁹ Sag C-11/70, Handelsgesellschaft

Proportionalitetsprincippet indebærer, at foranstaltninger ikke må gå videre end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med de pågældende foranstaltninger. Foranstaltningerne skal derfor være egnede og nødvendige i forhold til at realisere de mål, der lovligt forfølges med foranstaltningen.⁶⁰

6.4 Princippet om effektiv konkurrence

Princippet om effektiv konkurrence går ud på at sikre, at tildeling af offentlige kontrakter sker ved den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Princippet bygger på en overbevisning om, at en effektiv og ufordrejet konkurrence fordrer den frie udveksling af varer og tjenesteydelser mellem medlemslandene, hvilket bevirker at flere mulige økonomiske aktører får adgang til markedet. Dette fører til en rationalisering af produktionen af varer og tjenesteydelser og dermed lavere priser, bedre kvalitet og i sidste ende en effektiv samfundsmæssig ressourceudnyttelse.

Princippet har stor selvstændig betydning i udbudsretten og er derfor også indført i både UBD-2014 art. 18, stk. 1 og UBL § 2, stk. 2 samt fremgår af formålsbestemmelsen i UBL § 1. Det er i UBL § 2, stk. 2 angivet at:

”Et offentligt udbud ikke må udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen.”

Således kan der ved princippet om effektiv konkurrence udledes, at ordregiver har særligt to forpligtelser; 1) ordregiver må ikke planlægge udbuddet på en måde, der kan omgå udbudsreglerne og 2) ordregiver må ikke planlægge udbuddet på en måde, der på usaglig måde favoriserer visse økonomiske aktører, eller forringer deres mulighed for at vinde udbuddet.⁶¹

7 Regulering af rammeaftaler

Følgende afsnit undersøger reguleringen og definitionen på rammeaftaler, herunder på hvilke forskellige måder ordregiver kan indgå rammeaftaler. Som led i undersøgelsen af rammeaftalens

⁶⁰ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2017), s. 130-131

⁶¹ Jesper Fabricius, kapitel 2: udbudsretlige principper i Steen Treumer m.fl., Udbudsretten (2019), s. 51

definition vil specialet undersøge afgrænsningen mellem rammeaftaler og almindelige offentlige kontrakter. Endeligt vil afsnittet vurdere hvilke fordele og ulemper, der er ved brugen af rammeaftaler.

Afsnittet har til formål at besvare specialets underspørgsmål 1 samt danne fagligt grundlag for de problemstillinger, der rejses som en del af specialets analyse af kravene til ordregivers angivelse rammeaftalens omfang.

7.1 Indledende om rammeaftaler

Den første regulering af rammeaftaler blev indført med UBD-2004. Heri var det frivilligt for medlemslandene at implementere muligheden for ordregivers anvendelse af rammeaftaler i national ret.⁶² Imidlertid er medlemslandene med det nugældende udbudsdirektiv blevet forpligtede til at implementere denne mulighed.⁶³ Bestemmelsen om rammeaftaler i UBD-2014 ændrer dog kun reglerne i et begrænset omfang i forhold til UBD-2004, men uddyber og afklarer alligevel mange af de tvivlsspørgsmål, som ordregivere ofte er stødt på ved den praktiske anvendelse af rammeaftaler. Afklaringen har bl.a. sikret en friere og mere fleksibel anvendelse af indkøbsmetoden og dermed sikret en større anvendelighed af rammeaftaler for alle parter.⁶⁴

Rammeaftaler defineres i udbudslovens § 24, nr. 30 som:

”(...) en aftale indgået mellem en eller flere ordregivere og en eller 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.”

Rammeaftaler er dermed karakteriseret ved, at de fastlægger en række vilkår for de kontrakter, der efterfølgende indgås på baggrund af rammeaftalen, ligesom det i rammeaftalen fastsættes, hvordan ordregiver skal foretage de efterfølgende indkøb.⁶⁵

⁶² UBD-2004, art. 32, stk. 1

⁶³ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 151

⁶⁴ Karsten Hagel-Sørensen, Aktuel Udbudsret II (2016), s. 195 ff.

⁶⁵ Karsten Hagel-Sørensen, Aktuel Udbudsret II (2016), s. 197 og Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement - Regulation in the EU and UK (2014), s. 1101

Typisk anvendes rammeaftaler, når ordregiveren over en periode har et gentagende behov for at købe en række mere standardiserede produkter, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, men uden at ordregiver nødvendigvis kender sit præcise behov for hvor meget og hvornår ordregivere har brug for leverancen.⁶⁶ Fælles for indkøbet uanset, hvad indkøbet angår er dog, at ordregiver kan udskyde købet til et senere tidspunkt, hvor det reelle behov rent faktisk er opstået – dette gælder både for omfanget og tidspunktet. Eksempelvis kan ordregiver indgå en rammeaftale om køb af kuglepennene, men først foretage det konkrete træk på rammeaftalen, når der er brug for kuglepennene.⁶⁷

På den måde er rammeaftalen ikke i sig selv en forpligtende kontrakt for så vidt angår anskaffelserne, men fastlægger i stedet tildelingskriterierne og rammen om de kontrakter, som ordregiver indgår i løbet af rammeaftalens periode. Netop formuleringen 'en forpligtende kontrakt' er et væsentligt moment i vurderingen af, hvorvidt der er tale om en rammeaftale eller blot en almindelig offentlig kontrakt.

Sondring mellem rammeaftaler og offentlige kontrakter har for nyligt givet anledning til nogen tvivl, særligt i kølvandet på sagen Remondis A/S mod Hedensted Kommune⁶⁸ opstod en del teoretiske diskussioner om anvendelsen af rammeaftaler overfor kontrakter. Remondis-sagen vil kort blive gennemgået i det følgende. Det er i denne forbindelse værd at bemærke, at der foreligger begrænset praksis fra KFU på området vedrørende sondringen mellem almindelige kontrakter og rammeaftaler. Dertil bidrager EUD ikke yderligere til afklaringen.⁶⁹

⁶⁶ Martha Andrecka, Framework Agreements, EU Procurement Laws and the Practice, in *Procurement Law Journal*, (2015), s. 4

⁶⁷ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 197

⁶⁸ KFU kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted

⁶⁹ KFU har tidligere berørt grænserne mellem rammeaftaler og offentlige kontrakter i sagerne Abena A/S mod Slagelse Kommune (Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. maj 2014) og Bayer A/S mod Banedanmark (Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. september 2018). I førstnævnte fandt KFU, at der var tale om en rammeaftale fordi ordregiver ikke var bundet til at lade leverandøren udføre en bestemt mængde samt at aftalen alene fastsatte vilkårene for de aftaler, der efterfølgende skulle indgås i henhold til rammeaftalen. I sidstnævnte sag fandt KFU, at der var tale om en offentlig kontrakt, fordi leverandøren som udgangspunkt skulle levere hele ydelsen, som i dette tilfælde var alt ukrudtsbekæmpelse på hele togvejssporstrækningen.

7.2 Remondis mod Hedensted Kommune – Rammeaftale eller offentlig kontrakt

I sagen Remondis A/S mod Hedensted Kommune udbød Hedensted Kommune en offentlig kontrakt om indsamling af kildesorteret affald i offentligt udbud. Kontraktens varighed var 6 år med mulighed for forlængelse i op til 2 år. Den anslåede værdi af kontrakten var 135 mio. kr. Derudover fremgik det af udbudsmaterialet, at der var tale om en anskaffelse, hvor leverandøren skulle tåle til- og frameldinger i forhold til omfang og karakter af affaldsindsamlingen samt ændringer som følge af befolkningstallet i kommunen.

Efter at have fået afslag på sit tilbud indgav Remondis A/S en klage til KFU med følgende 3 påstande; 1) Hedensted Kommune havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, da den udbudte kontrakt reelt var en rammeaftale, men ikke var blevet udbudt som en rammeaftale, 2) Hedensted Kommune havde handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2 om rammeaftalers varighed, idet kontraktens varighed på 6 år med en option på yderligere 2 år var for lang, da rammeaftaler som udgangspunkt højst må have en løbetid på 4 år, 3) som følge af disse overtrædelser skulle udbuddet annulleres.

Til støtte for sin første påstand gjorde klager gældende, at der var tale om en rammeaftale, fordi leverandøren ikke var garanteret en mindsteomsætning, idet det angivne omfang alene var forventeligt og dermed ikke forpligtende samt, at den ordregivende myndighed frit kunne ændre omfanget af ydelserne, som skulle leveres i henhold til kontrakten.

KFU bemærkede, at udbudsmaterialet var udformet på en sådan måde, at leverandøren havde sikkerhed for i kontraktens løbetid at skulle foretage affaldsindsamling i det angivne omfang til de enhedspriser, som leverandøren havde angivet i sit tilbud.

Yderligere lagde KFU til grund, at ændringerne i omfanget og indholdet af leverandørens ydelser afhængigt af bl.a. til- og fraflytninger, ikke indebar, at der skulle tildeles nye kontrakter i henhold til UBL § 24, stk. 1, nr. 30.⁷⁰ KFU lagde således til grund, at der var tale om en gensidigt bebyrdende aftale, jf. UBL § 24, stk. 1, nr. 24⁷¹ og dermed en offentlig kontrakt. Da KFU ikke fandt, at der var tale om en rammeaftale, tog KFU ikke stilling til påstanden om rammeaftalens varighed.

⁷⁰ UBD-2014 art. 1, 2. pkt.

⁷¹ UBD-2014 art. 2, stk. 1, nr. 5

KFUs kendelse i Remondis-sagen slår dermed fast, at såfremt en aftale er gensidigt bebyrdende, skal aftalen kategoriseres som en offentlig kontrakt, jf. UBL § 24, stk. 1, nr. 24. Hvis aftalen derimod alene fastsætter vilkårene for de aftaler, som efterfølgende indgås i henhold til den oprindelige aftale, skal aftalen kategoriseres som en rammeaftale, jf. UBL § 24, stk. 1, nr. 30.

Det forhold, at omfanget af- og vederlaget for leverandørens leverancer kan variere og dermed ikke ligger fast, betyder ikke i sig selv, at aftalen ikke kan klassificeres som en offentlig kontrakt. Dermed er det afgørende for, at der er tale om en rammeaftale, hvorvidt rammeaftalen fastsætter vilkår for indgåelsen af efterfølgende kontrakter, eller om den ordregivende myndighed har forpligtet sig til at lade en leverandør levere hele ydelsen uanset omfang. Såfremt sidstnævnte er tilfældet, vil det forhold, at ydelse omfang kan variere ikke føre til, at kontrakten må defineres som en rammeaftale.

På trods af at fleksibilitet i ydelse omfang og pris oftest forbindes med rammeaftaler og netop udgør en af de største fordele ved rammeaftaler, kan der således også aftales en vis form for fleksibilitet i offentlige kontrakters bestemmelser om mængde, pris eller leveringstid, men hvornår denne fleksibilitet helt præcist overgår fra at være en offentlig kontrakt til at blive en rammeaftale eller omvendt, er fortsat uklart i både litteraturen og i praksis.

7.3 Hvad er en rammeaftale

Rammeaftalen er således en form for indkøbsmetode, hvor den konkrete købsforpligtelse først indtræder, når der indgås en egentlig leverancekontrakt og det egentlige køb af en ydelse sker derfor først, når ordregiveren placerer et køb iht. rammeaftalen.⁷² Ordregiverne skal derfor ikke gennemføre en udbudsproces hver gang et nyt indkøbsbehov opstår, idet udbudspligten for de efterfølgende kontrakter anses for at være afløftet ved selve rammeaftalens udbud.⁷³ Dette bidrager til at mindske tids- og ressourceforbruget på offentlige indkøb, hvilket øger effektiviteten betragteligt.

⁷² Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 152 ff.

⁷³ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, s. 890

Rammeaftaler er i udgangspunktet ikke obligatoriske, medmindre der under rammeaftalen er indgået en eksklusivitetsklausul, hvorved ordregiver bliver forpligtet til at aftage de aftalte ydelser fra de aftalte leverandører i henhold til rammeaftalen. Ordregiver er derfor som udgangspunkt ikke forpligtet til at købe ind efter rammeaftalen, hvis ordregiver eksempelvis ikke har et indkøbsbehov eller hellere vil købe ydelsen fra en leverandør, som ikke er omfattet af rammeaftalen.⁷⁴ Tilsvarende er leverandøren heller ikke garanteret en mindsteomsætning.

En stor del af de offentlige indkøb gennem rammeaftaler sker via indkøbscentraler, hvor de ordregivende myndigheder samler deres indkøbsbehov. Køb via indkøbscentraler vil derfor typisk betyde, at disse rammeaftaler har en meget høj anslået værdi.⁷⁵

Hvad angår værdien af rammeaftalen, opgøres denne efter metoden i UBL § 32⁷⁶, hvorefter ordregiver skal angive den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid. Dertil er en rammeaftale udbudspligtig, når rammeaftalens værdi overstiger tærskelværdierne i UBL § 6-7.

Formålet med at angive en anslået værdi er, at skabe gennemsigtighed således at tilbudsgiverne bedre kan vurdere om de har interesse i rammeaftalen og har den nødvendige leveringskapacitet til at løfte opgaven. En sådan estimering af rammeaftalens værdi kan imidlertid være vanskelig for ordregiver at foretage, da ordregiver ikke nødvendigvis kan forudse, hvor stort indkøbsbehovet vil være i rammeaftalens løbetid. Udfordringen bliver dog til dels imødekommet ved rammeaftalens fleksible natur, men alligevel må ordregiver foretage sit bedste skøn for at fastslå estimatet i udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL § 56, jf. § 128.

I sagerne *Autorità* og *Simonsen og Weel* har EUD og KFU taget stilling til ordregivers angivelsen af mængder og værdier ved udbud af rammeaftalen samt om denne værdi udgør et loft for rammeaftalens anvendelse. Fastsættelsen af rammeaftalens værdier har i høj grad påvirket måden man har anskuet

⁷⁴ UBD-2014 præambelbetragtning 61

⁷⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 150

⁷⁶ UBL § 32 implementerer artikel 5, stk. 5 i direktiv 2014/24/EU

rammeaftalers fleksible karakter på, særligt i Danmark, hvorfor sagerne på sin vis også har bidraget til yderligere klarhed over selve rammeaftalen som begreb samt deres anvendelsesområde. Sagsforløbet i begge sager samt deres bidrag til forståelsen af rammeaftaler vil blive gennemgået som en del af afsnit 8.

Derudover fremgår de centrale bestemmelser vedrørende indgåelse og tildeling af rammeaftaler af UBL §§ 95-100. Det følger af UBL § 95, at rammeaftaler skal indgås efter udbudsprocedurerne i UBL § 55. Ordregiver kan dermed vælge frit mellem procedurerne 'offentligt udbud' eller 'begrænset udbud'. Imidlertid kræver det en særlig begrundelse, såfremt ordregiver vil anvende en af de andre udbudsprocedurer, herunder 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog', 'innovationspartnerskaber', 'direkte tildeling' og 'projektkonkurrence'.⁷⁷

Den efterfølgende tildeling på baggrund af rammeaftalen er reguleret i UBL §§ 97-100 og afhænger af den type rammeaftale, som ordregiver vælger at udbyde. Rammeaftalerne kan tildeles ud fra to forskellige scenarier; 1) rammeaftales tildeles ved direkte tildeling eller 2) rammeaftalen tildeles ved fornyet konkurrence (miniudbud). Hertil sondres der mellem, om rammeaftalen er indgået med én leverandør eller flere leverandører.⁷⁸ For alle typer rammeaftaler gælder, at vilkårene i en kontrakt baseret på en rammeaftale ikke må afvige væsentligt fra rammeaftalens vilkår, herunder hvad angår anskaffelserne art, leverandører og ordregivere.⁷⁹

En rammeaftale er i hovedreglen begrænset til en løbetid på højst 4 år, medmindre der foreligger ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde at rammeaftalens varighed skal løbe ud over den 4-årige periode, jf. UBL § 95, stk. 2. En sådan tidsbegrænsning gælder alene for rammeaftaler og hverken UBL eller UBD-2014 indeholder bestemmelser om almindelige offentlige kontrakters varighed. Indgåelse af kontrakterne under rammeaftalen skal ske i rammeaftalens løbetid, men varigheden af de individuelt tildelte kontrakter kan godt strække sig udover udløbet af rammeaftalens løbetid, jf. UBL § 95, stk. 3.

⁷⁷ UBL § 55, jf. UBL § 95

⁷⁸ Martha Andrecka, *Framework Agreements: Transparency in the Call-off Award Process* (2015), s. 5

⁷⁹ Peter Stig Jakobsen m.fl., *EU-udbudsretten* (2016), s. 421

Årsagen til at en rammeaftale ikke må strække sig over en længere periode end 4 år er, at en længere varighed er med til at begrænse konkurrencen om offentlige kontrakter. Denne potentielle konkurrencebegrænsende karakter, som rammeaftaler kan have, udgør således en ulempe ved rammeaftale.

Et udvalg af de væsentligste fordele og ulemper ved rammeaftaler vil blive klarlagt i nedenstående afsnit.

7.4 Fordele og ulemper ved anvendelse af rammeaftaler

En af de primære fordele ved rammeaftaler er deres fleksible og effektive karakter. Flexibiliteten består bl.a. i, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at købe de ydelser, som rammeaftalen omhandler. Derved kan ordregiver samle et stort omfang af ydelser under rammeaftalens vilkår, men vente med at foretage indkøbet, til der opstår et reelt indkøbsbehov.

I forlængelse heraf kommer flexibiliteten også til udtryk ved, at ordregiver løbende kan trække på rammeaftalen, når indkøbsbehovene opstår uden at skulle afholde en ny udbudsprocedure forud for hvert enkelt indkøb. Årsagen til dette er, at udbudspligten for de efterfølgende kontrakter anses for opfyldt gennem udbuddet af selve rammeaftalen. På den måde behøver den offentlige myndighed kun at afholde udbud en enkelt gang forud for indgåelse af selve rammeaftalen. Dette forhold medfører også den fordel, at transaktionsomkostningerne ved indgåelse af rammeaftaler bliver mindsket for alle de involverede parter, idet ordregiver undgår en ressourcetung udbudsproces hver gang et indkøbsbehov opstår og tilsvarende undgår tilbudsgiver at skulle forberede ressourcekrævende tilbud, medmindre de efterfølgende kontrakter bliver tildelt ved genåbning af konkurrencen.⁸⁰ Rammeaftaler er derved en effektiv måde for ordregiver at sikre sig, at behovet for gentagende ydelser ikke skal udbydes hver gang en ordregiver skal have leveret den pågældende ydelse.⁸¹

Således kan brug af rammeaftaler både være mere tidseffektive og mere omkostningsbesparende.⁸²

I forhold til det tidsmæssige aspekt er det en praktisk fordel, at ordregiver er sikret, at kunne indkøbe og modtage varer eller tjenesteydelser hurtigt idet behovet opstår, uden at skulle vente på at lange administrative indkøbsprocesser bliver gennemført.

⁸⁰ UBL § 100, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evaluering af udbudsloven, s. 113 og Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II* (2016), s. 195

⁸¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 150

⁸² Martha Andrecka, *Framework Agreements, EU procurement law and the practice* (2015), s. 10

Hvad angår det økonomiske perspektiv, er en anden fordel, at der ofte vil være stordriftsfordele forbundet med anvendelsen af rammeaftaler, da leverandørerne ofte vil have en sikkerhed for, at ordregiveren aftager store volumener, hvilket giver fordelagtige priser ved masseindkøb. Fordelen ved stordrift er også fremhævet i præambelbetragtningerne til UBD-2014.⁸³ Dette vil særligt være tilfældet i de situationer, hvor flere ordregivere samler deres indkøbsbehov ved eksempelvis at anvende en indkøbscentral, hvorved der kan opnås store besparelser hos de ordregivende myndigheder.⁸⁴

Endeligt kan rammeaftaler konstrueres på mange forskellige måder, hvilket bidrager til fleksibiliteten. Alt afhængig af, hvordan ordregiver vælger at sammensætte rammeaftalen, kan rammeaftalen anses for at være både en fordel, men også en ulempe – særligt for de små- og mellemstore virksomheder (herefter SMV'er).⁸⁵

Det er fleksibelt for ordregiver, at ordregiver både kan indgå aftale med én eller flere leverandører samt at ordregiver efterfølgende har valgfrihed ift. tildelingsmetoden, såfremt at valget er truffet på grundlag af objektive kriterier.⁸⁶ Eksempelvis vil det fordre SMV'ers mulighed for at få tildelt kontrakten, hvis rammeaftalen bliver indgået som forskellige delaftaler til forskellige varer eller ydelser, da SMV'erne grundet deres størrelse vil have lettere ved at byde på opgaven og levere mindre dele. SMV'er har typisk ikke den fornødne leveringskapacitet til store rammeaftaler og kan derfor ikke deltage i udbuddet.

På den anden side kan rammeaftaler forhindre SMV'er i at afgive tilbud og dermed udelukke dem fra konkurrencen, hvis rammeaftalerne udbydes som én stor aftale mellem en enkelt leverandør og flere ordregivere for en længere periode.⁸⁷ Når flere SMV'er får mulighed for at deltage i udbuddet, vil dette selvsagt åbne konkurrencen for flere mindre leverandører og modsatvist vil det begrænse konkurrencen jo færre SMV'er, der får mulighed for at afgive tilbud.

⁸³ Præambelbetragtning 59 i UBD-2014

⁸⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evaluering af udbudsloven, s. 113 og Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 150 f

⁸⁵ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 150 f

⁸⁶ UBL § 98, stk. 2, jf. UBL § 100

⁸⁷ Martha Andrecka, Framework Agreements, EU procurement law and the practice (2015), s. 11 og Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 151

I forlængelse af ovenstående er det en ulempe ved rammeaftaler, at rammeaftaler som følge af deres karakteristik kan være med til at begrænse konkurrencen. Dette skyldes både det forhold, at rammeaftaler er relativt lukkede af natur, dvs. at det alene er de vindende tilbudsgivere, der vil blive tildelt de efterfølgende kontrakter i rammeaftalens løbetid. Rammeaftalen gælder derfor kun for de leverandører og ordregivere, som har været en del af rammeaftalen fra starten, jf. UBL § 96. Dette kan bidrage til at skabe oligopoler, hvorved markedet domineres af få leverandører, som afskærms og beskyttes fra den konkurrence, som foregår i markedet uden for rammeaftalen, ved at forhindre, at nye leverandører får del i rammeaftalen.⁸⁸

Konkurrencebegrænsningen er dog forsøgt mindsket ved at begrænse løbetiden på rammeaftalerne, således at der med passende mellemrum skabes konkurrence om de offentlige kontrakter.⁸⁹

Aggregeringen af indkøb samt de dertilhørende stordriftsfordele er også et forhold af væsentlig interesse for lovgiver, som er særlig opmærksom på, at rammeaftalernes eksistens ikke begrænser hverken gennemsigtigheden eller konkurrencen. I denne forbindelse fremhæver lovgiver i præambelbetragtning 59 til UBD-2014:

”Aggregeringen og centraliseringen af indkøb bør imidlertid overvåges nøje for at undgå uforholdsmæssig stor koncentration af købekraft og ulovlig samordning og for at opretholde gennemsigtighed og konkurrence samt SMV'ers muligheder for adgang til markedet.”

Konkurrencebegrænsningen samt de øvrige ulemper ved rammeaftaler må således ses i lyset af udbudsrettens grundprincipper om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudsrettens overordnede formål om effektiv konkurrence. Særligt gennemsigtighedsprincippet kan potentielt blive udfordret under rammeaftalerne, idet gennemsigtighedsprincippet i udbudsregi har den særlige funktion at skulle sikre et åbent internationalt marked for offentlige kontrakter på tværs af EU. Gennemsigtigheden sikres bl.a. ved forudgående offentliggørelse af udbuddet, herunder udbudsmaterialet, den valgte udbudsproces etc. Ulempen ift. rammeaftaler består imidlertid i, at det

⁸⁸ Martha Andrecka, Framework Agreements, EU procurement law and the practice (2015), s. 11

⁸⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evaluering af udbudsloven (2021), s. 113

kan være udfordrende for offentligheden at monitorere, hvilke indkøb der foretages under rammeaftalen, eftersom ordregiver ikke skal offentliggøre udbudsmaterialet forud for hvert enkelt køb. Jo mindre offentlighed, der er omkring processen des mindre gennemsigtighed vil der være. Manglende gennemsigtighed vil øge risikoen for favorisering og diskrimination, korrupsion og misbrug af rammeaftalerne.⁹⁰

Endeligt er der risiko for, at ordregivers anvendelse af rammeaftaler i mindre grad er begrundet i et effektivitetshensyn, men i stedet er motiveret af ordregivers ønske om at begrænse sin udbudsforpligtelse mest muligt for dermed at undgå den administrativt tunge opgave det er at gennemføre en udbudsproces.⁹¹

7.5 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående afsnit kan det konstateres, at rammeaftaler er en indkøbsmetode, hvor ordregiver fastsætter vilkårene for indgåelse af efterfølgende kontrakter. Ordregiver er således ikke afhængig af at skulle gennemføre en ny udbudsproces, hver gang behovet for indkøb af den pågældende ydelse opstår. Ordregiver kan i stedet trække på rammeaftalen, når det konkrete behov opstår og er derudover ikke forpligtet til at aftage i et bestemt omfang. Dette er med til at gøre den offentlige indkøbsproces mere agil og sikre hurtige leverancer af varer, tjeneste- og bygge- og anlægsydelser til det offentlige. Rammeaftaler er således en fleksibel måde at indgå offentlige kontrakter på.

Derudover kan det konkluderes, at rammeaftaler adskiller sig fra almindelige offentlige kontrakter ved to centrale forskelle. Den ene forskel består i, at der for rammeaftaler gælder en lovreguleret begrænsning af rammeaftalers varighed, jf. UBL § 95, stk. 2. Denne tidsmæssige begrænsning gælder ikke for almindelige offentlige kontrakter. Den anden forskel består i den gensidige forpligtelse, da en aftale, som er forpligtende for begge parter, ikke kan udgøre en rammeaftale, men i stedet må kategoriseres som en offentlig kontrakt. Det er således afgørende for kategoriseringen, hvorvidt

⁹⁰ Martha Andrecka, Framework agreements: Transparency in the Call of Award Process (2015), s. 232

⁹¹ Martha Andrecka, Framework Agreements, EU procurement law and the practice (2015), s. 11

tilbudsgiveren er sikret efterfølgende tildeling af kontrakter på baggrund af aftalen. Dette blev slået endeligt fast i KFUs kendelse i Remondis A/S mod Hedensted Kommune.

Rammeaftalers udprægede fleksibilitet samt de tids- og ressourcemæssige besparelser der medfølger, gør indkøbsmetoden særdeles attraktiv, særligt også henset til tendensen i det offentlige til at aggregere større mængder af ydelser og sikre stordriftsfordele med færre transaktionsomkostninger og lavere priser.

På trods af fordelene ved rammeaftaler, skaber den udbredte anvendelse også nogle risikoelementer, idet rammeaftalernes omfang og lukkede karakteristika kan øge risikoen for konkurrencebegrænsninger i markedet. Risikoen består i rammeaftalernes store omfang, som kan afholde særligt SMV'er fra at afgive tilbud, da de kan have sværere ved at løfte opgaven op store rammeaftaler. Derudover er rammeaftalen et lukket system i hele rammeaftalens varighed, da der i denne tid ikke kan optages flere leverandører, hvis ikke disse var en del af rammeaftalen fra start. Der sker således ingen konkurrenceudsættelse i markedet i hele rammeaftalens løbetid.

Endelig kan rammeaftalens varighed begrænse gennemsigtigheden, da ordregiver alene ved rammeaftalens indgåelse skal offentliggøre en udbudsbekendtgørelse. Dermed er der ingen forpligtelse til at offentliggøre øvrigt materiale ved den efterfølgende tildeling af de enkelte kontrakter i henhold til rammeaftalen. Dette skaber vanskelige vilkår for tilbudsgiverne og offentligheden generelt ift. at kontrollere om ordregiver har handlet i strid med udbudsreglerne ved de enkelte indkøb under rammeaftalen.

8 Ordregivers fastsættelse af rammeaftalens værdi

I udbudsretlig henseende har man i Danmark haft en meget pragmatisk tilgang til rammeaftaler, hvor det hidtil har været antaget, at rammeaftaler i højere grad var et stående tilbud mere end det var en egentlig forpligtende aftale. I forlængelse heraf, har det været alment accepteret i praksis, at den anslåede mængde eller værdi af rammeaftalen ikke var begrænset til en eventuel maksimalværdi som ordregiver havde angivet i udbudsbekendtgørelsen og derfor ikke begrænsede de efterfølgende træk på rammeaftalen til den oplyste værdi. Forståelsen var således, at det både var muligt at foretage indkøb over eller under, hvad der oprindeligt blev estimeret ift. mængder og værdier i rammeaftalen.

Rammeaftaler har derfor været attraktive at benytte for ordregivere, da de er blevet anset som en god og fleksibel indkøbsmetode i de situationer, hvor ordregiver havde vanskeligt ved at forudse sine indkøbsbehov og netop havde brug for et udbudsretligt manøvrerum.

EUD har med sin praksis den seneste tid i Autorità og Simonsen & Weel dog skabt en del debat og tvivl om, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at angive en anslået- og en maksimal værdi af de indkøb, der forventes indkøbt i henhold til rammeaftalen. Dertil har debatten også vedrørt, hvor i udbudsmaterialet værdierne i så fald skal angives samt om den maksimale værdi udgør en absolut grænse for rammeaftalens anvendelse, som medfører at rammeaftalen har udtømt sin virkning, når grænsen er nået.

Nedenstående afsnit vil derfor med udgangspunkt i sagerne Autorità og Simonsen & Weel analysere og vurdere, hvilke krav der stilles til angivelsen, fastsættelsen og placeringen af den anslåede- og maksimale værdi samt hvilke retsvirkninger der gælder såfremt en eventuel pligt tilsidesættes. Det skal hertil bemærkes, at indeværende speciale på baggrund af EUDs afgørelse i Autorità og Simonsen & Weel samt KFUs kendelse i Simonsen og Weel lægger til grund, at den anslåede- og maksimale værdi angår to forskellige forhold, som skal håndteres forskelligt. Nedenstående analyse vil derfor sondre mellem den anslåede værdi og den maksimale værdi og derfor systematisere sig i to hoveddele. Den første del vil undersøge, hvilke krav der gælder til fastsættelsen og placeringen af den anslåede værdi, mens den anden del undersøger kravene til angivelsen af den maksimale værdi. Sidstnævnte med henblik på at vurdere, om den fastsatte maksimale værdi udgør rammeaftalens loft.

Den første del af analysen vil indledningsvist tage udgangspunkt i en kort gennemgang af sagsforløbet i Simonsen & Weel, da netop oplysninger om den anslåede værdi var et af stridspunkterne i sagen. Den anden del af analysen vil blive indledt af en kort gennemgang af sagsforløbet i Autorità, idet EUDs afgørelse var særligt skelsættende i sine præmisser omkring ordregivers angivelse af den maksimale værdi.

Sagerne Autorità og Simonsen & Weel er dog svært adskillige i behandlingen af analysens problemstillinger, hvorfor disse vil supplere hinanden løbende igennem analysen.

8.1 Den anslåede værdi

8.1.1 Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

Sagen omhandlede et offentligt udbud af en fireårig rammeaftale om køb af sonderemedier til hjemmepatienter og institutioner for Region Nordjylland og Region Syddanmark. Hertil fremgik det af udbudsmaterialet, at Region Syddanmark alene deltog på option.⁹²

I udbudsbekendtgørelsen havde ordregiver hverken oplyst den anslåede værdi eller den maksimale værdi for køb af sonderemedier omfattet af rammeaftalen. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt i øvrigt ingen videre oplysninger herom – hverken for Region Nordjylland eller for optionen på rammeaftalen for Region Syddanmark. I stedet fremgik en uddybende beskrivelse af produkterne omfattet af rammeaftalen samt regionernes forventede estimater og forbrugsmængder af det øvrige udbudsmateriale.⁹³ Heri havde ordregiver angivet det forventede årlige forbrug for henholdsvis Region Nordjylland og Region Syddanmark samt et samlet forventet forbrug. Derudover fremgik det af beskrivelsen i udbudsmaterialet, at de angivne forbrugsmængder alene var udtryk for ordregivers estimater og at ordregivers forbrug derfor kunne vise sig at være højere eller lavere end hvad der fremgik af estimaterne. Af samme grund forpligtede ordregiver sig ikke til at indkøbe for en bestemt værdi fastsat i rammeaftalen.⁹⁴

Regionerne modtog under udbuddet tre konditionsmæssige tilbud, herunder tilbuddet fra Simonsen & Weel A/S og tilbuddet fra vinderen af udbuddet Nutricia A/S.⁹⁵

Efterfølgende indgav Simonsen & Weel en klage til KFU med påstand om, at ordregiver for det første havde handlet i strid med UBL §§ 56 og 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2, idet der i udbudsbekendtgørelsen ikke var angivet en anslået mængde og/eller værdi af rammeaftalen. For det andet lød påstanden på, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved hverken at angive en maksimal mængde og/eller værdi af de varer, der skulle leveres på baggrund af rammeaftalen i

⁹² KFU kendelse om forlæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, Simonsen & Weel, s. 2

⁹³ KFU kendelse om forlæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, Simonsen & Weel, s. 2 f

⁹⁴ Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervsudvalg om afgivelse af indlæg ved EUD i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark (2020), s. 1

⁹⁵ KFU kendelse om forlæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, Simonsen & Weel, s. 3

udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Den tredje påstand fremsat af Simonsen & Weel bestod i, at KFU skulle annullere tildelingsbeslutningen, og erklære de indgåede kontrakter for uden virkning.⁹⁶

KFU tillagde ikke klagen opsættende virkning, hvorefter Region Nordjylland efterfølgende indgik rammeaftalen med Nutricia.

I KFUs forelæggelseskendelse bemærker KFU, at klagesagen er tydeligt inspireret af EUDs dom i Autorità, men at Autorità angik en meget speciel situation, ligesom EUD fortolkede de relevante udbudsretlige bestemmelser i det tidligere udbudsdirektiv fra 2004. Hertil anførte KFU, at man derfor kan mene:

”(...) at Domstolens besvarelse kun med sikkerhed kan læses således, at den finder anvendelse på de helt særlige omstændigheder, der angives i Domstolens endelige konklusion.”⁹⁷

Imidlertid bemærkede KFU, at en række af præmisserne i Autorità synes at være udtryk for en generel fortolkning af udbudslovens regler.⁹⁸ KFU var således i tvivl om rækkevidden og den generelle anvendelighed af EUDs dom i Autorità, hvorfor KFU d. 16. januar 2020 valgte at udsætte sagen og forelægge EUD følgende tre præjudicielle spørgsmål:⁹⁹

1. Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet forstås således, at den anslåede mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale skal fastsættes i udbudsbekendtgørelsen?
 - a. I bekræftende fald, skal oplysningerne om den anslåede mængde og/eller værdi angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregiver og/eller c) for den ordregiver, der deltager på option?
2. Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet forstås således, at den maksimale mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale

⁹⁶ KFU kendelse om forlæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, Simonsen & Weel, s. 3 f.

⁹⁷ Ibid., s. 16

⁹⁸ KFU kendelse om forlæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, Simonsen & Weel, s. 16

⁹⁹ Ibid., s. 17 f

skal fastsættes enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at den pågældende rammeaftale har udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået?

- a. I bekræftende fald, skal oplysningerne om den maksimale mængde og/eller værdi angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregiver og/eller c) for den ordregiver, der deltager på option?
3. Skal de tilfælde, hvor den anslåede mængde og/eller værdi af rammeaftalen ikke er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og hvor den maksimale mængde og/eller værdi af rammeaftalen ikke er fastsat i hverken udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, anses for en direkte tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse.

Ved dom af 17. juni 2021 besvarede EUD de forelagte spørgsmål i Simonsen & Weel-sagen og skabte derved yderligere klarhed om retstilstanden ved udbud af rammeaftaler. Følgende afsnit vil herudfra først undersøge kravet til angivelsen af den anslåede værdi af rammeaftalen for derefter at analysere og vurdere, hvordan ordregiver skal fastlægge værdien samt hvor værdien i så fald skal angives.

8.1.2 Kravet til angivelsen af den anslåede værdi

Det fremgår af UBL § 29, at værdien af en offentlig kontrakt er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen.¹⁰⁰ I lovbemærkningerne til bestemmelsen er det uddybet, at en ordregiver til brug for vurderingen af om kontrakten ligger over eller under de gældende tærskelværdier, skal anslå værdien af kontrakten på det tidspunkt, hvor udbuddet bliver offentliggjort. Den anslåede værdi for en rammeaftale er således udtryk for ordregivers vurdering af værdien af de indkøb i løbet af rammeaftalens varighed.

Udbudspligten omfatter større offentlige indkøb, idet udbudsloven alene finder anvendelse, hvis kontraktens anslåede værdi overstiger de tærskelværdier, som fremgår af UBL § 6-7. Ordregivers beregning af den anslåede værdi har derfor afgørende betydning for, hvorvidt kontrakten skal i EU-udbud. Ligeledes har beregningen af den anslåede værdi betydning for, om potentielle tilbudsgivere kan vurdere, hvorvidt de har interesse i at byde på opgaven.

¹⁰⁰ Bestemmelsen gennemfører UBD-2014 art. 5, stk. 4

I Simonsen & Weel bemærkede EUD indledningsvist, at det fremgår af art. 33, stk. 1, andet afsnit i UBD-2014, at rammeaftalen har til formål at fastsætte vilkårene for den kontrakter, der skal tildeles i rammeaftalens løbetid, især hvad angår pris og mængder.¹⁰¹

Imidlertid fremhæver EUD i en senere præmis, at en rammeaftale har til formål *”i givet fald”* at fastsætte de påtænkte mængder, jf. UBD-2014, art. 33, stk. 1, andet afsnit. EUD henviser til at det adverbielle udtryk *”i givet fald”* præciserer, at mængden så vidt muligt skal fastsættes.¹⁰² I samme præmis fremhæver Domstolen følgende:

*”Det fremgår ligeledes af standardformularen i bilag II til gennemførelsesforordningen 2015/1986, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at udfylde rubrik II.1.5 med overskriften ”Anslået samlet værdi”, idet denne værdi **”hvis relevant”** kan præciseres, således som det fremgår af henvisningen i denne rubrik til fodnote 2 i denne formular.”*¹⁰³

Udtrykkene *”i givet fald”* og *”hvis relevant”* giver en opfattelse af, at bestemmelsen i art. 33 og standardformularen i bilag II ikke hjemler en obligatorisk angivelse af den anslåede værdi for ordregiveren. Dette bekræftes yderligere, når EUD anfører, at en henvisning til blot det *”samlede omfang”* frem for en henvisning til en præcist defineret værdi i UBD-2014, bilag V, del C, pkt. 8, kunne give indtryk af at ordregiver har en vis skønsmargin ift. angivelsen.¹⁰⁴

Endvidere fremhæver EUD i præmis 51, at det følger af UBD-2014, bilag V, del C, pkt. 10, at ordregiver i det omfang det er muligt, skal angive værdien, omfanget og hyppigheden af de anskaffelser der forventes indkøbt i rammeaftalens løbetid. Hertil konstaterer Domstolen, at bilagsbestemmelsen derved bestemmer, at det ikke kræves *”at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder skal angive værdien eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der tildeles.”*¹⁰⁵

¹⁰¹ C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 46

¹⁰² Ibid., pr. 51

¹⁰³ Ibid., pr. 52. Fremhævelsen er min egen

¹⁰⁴ C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 50

¹⁰⁵ Ibid., pr. 51

EUD henviser således til, at der ud fra ordlyden af de ovennævnte bestemmelser i UBD-2014 ikke umiddelbart kan fastlægges en forpligtelse for ordregiver til at fastsætte den anslåede værdi i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen.

I stedet konkluderer EUD at hjemlen til forpligtelsen skal findes i ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i art. 18, stk. 1 i UBD-2014, hvorved det ikke er muligt for ordregiver at undlade at angive værdien af de indkøb, der kan leveres som følge af rammeaftalen.¹⁰⁶

For at understøtte dette fremhæver EUD, at de grundlæggende principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt princippet om forbud mod forskelsbehandling indebærer, at alle betingelser i forbindelse med udbuddet skal formuleres ”*klart, præcist og utvetydigt*” således, at tilbudsgiverne kan forstå og vurdere indholdet og omfanget af opgaven på lige fod med tilbudsgivere fra andre medlemsstater.¹⁰⁷ Kravet om, at ordregiver skal oplyse den anslåede værdi er dermed et udtryk for, at potentielle tilbudsgivere fra enhver medlemsstat, som ønsker at orientere sig i det pågældende udbud skal kunne vurdere sin kapacitet til at opfylde sine forpligtelser i overensstemmelse med rammeaftalen. En undladelse af at oplyse om den anslåede værdi er således i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, da tilbudsgiverne uden at være oplyst om den anslåede værdi i princippet ikke ved, hvad de byder ind på.

Væsentligheden i at rammeaftalen indeholder oplysninger om den anslåede værdi er også fremhævet af Generaladvokaten i sit forslag til afgørelse i Autorità som den eneste måde at sikre overholdelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling for de aktører, der er interesserede i at deltage i rammeaftalen. Generaladvokaten udtaler således i præmis 78:

”Hvis der ikke foreligger en angivelse af en anslåede samlede værdi af ydelserne, eller grundlaget for at beregne ydelserne er af hypotetisk karakter, er det vanskeligt for ansøgerne at vurdere, om det kan betale sig for dem at forfølge kontrakten.”

¹⁰⁶ C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 54

¹⁰⁷ C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 61 og 63

Derudover fremgår det af KFUs kendelse i Simonsen & Weel af 9. november 2021, at Klagenævnet i vidt omfang tilslutter sig EUDs konklusion på KFUs præjudicielle spørgsmål vedrørende angivelsen af den anslåede værdi. I kendelsen henviser KFU til, at de ordregivende regioner ikke havde anført de påkrævede oplysninger om den anslåede værdi i hverken udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale og at ordregiver derved ikke forpligtede sig til at aftage en bestemt mængde eller pris på baggrund af rammeaftalen. Dertil udtaler KFU:

”(...) oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om den anslåede værdi eller mængde af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte aftale, må anses for et centralt element i potentielle tilbudsgiveres indledende screening af, om de ønsker af foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud.”¹⁰⁸

Derved fremhæver KFU vigtigheden af, at ordregivere oplyser om den forventede indkøbsværdi i henhold til rammeaftalen, så potentielle tilbudsgivere får mulighed for at vurdere opgavens omfang og derved opnår afklaring på, hvorvidt de ønsker at afgive tilbud eller ej.

I kendelsen fastslår KFU, at retsstillingen må være den, at en ordregivende myndighed skal angive den anslåede mængde eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.¹⁰⁹ Dertil følger KFUs konklusionen op med, at en manglende overholdelse af forpligtelsen til at oplyse om den anslåede værdi er i strid med UBD-2014 art. 49, som implementeret i UBL §§ 56 og 128, stk. 2, samt de grundlæggende principper i art. 18, som implementeret i UBL § 2.

Ud fra ovenstående kan det konstateres, at EUD i Simonsen & Weel har slået fast, at der ud fra hensynet til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet gælder et krav til ordregiver om at angive den anslåede mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale ved udbuddets offentliggørelse. Denne konklusion er yderligere tiltrådt af KFU.

¹⁰⁸ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 29

¹⁰⁹ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 28

8.1.2.1 Vurdering

Det er ud fra ovenstående min vurdering, at et krav om, at ordregiver skal fastsætte en anslået værdi af, hvad der forventes af forbrug på rammeaftalen, forekommer at være højst nødvendigt for at sikre overholdelse af gennemsigtighedsprincippet, idet tilbudsgiver fra udbuddets begyndelse bør vide, hvad der bydes på.

På den anden side kan der argumenteres for, at en sådan information er unødvendig idet en rammeaftale som udgangspunkt ikke indeholder en aftagerpligt, og tilbudsgiver derfor som udgangspunkt ikke kan forvente, at ordregiver i det hele taget gør brug af rammeaftalen i dennes løbetid.

Dette argument synes imidlertid at være omsonst, idet den manglende information om et så væsentligt parameter som rammeaftalens omfang per definition vil bidrage til et uklar, upræcis og ugenomsigtig udbud, hvor tilbudsgiverne fratages muligheden for at vurdere udbuddet tilstrækkeligt.

Hvis ikke det ved udbuddets offentliggørelse fremgår klart og tydeligt, hvor meget der forventes indkøbt, risikerer tilbudsgiverne at famle i blinde uden reelt at kunne vurdere, om udbuddet er af en sådan størrelse, at der er interesse i at byde og udarbejde tilbudsmateriale samt om virksomheden har kapacitet og evne til at løfte opgaven. Dette må siges at være til ugunst for både tilbudsgivere, men også for ordregivere og udbudsmarkedet generelt, idet en så stor usikkerhedsmargin næppe kan fordre gode tilbud eller skabe grobund for succesfuld opfyldelse af rammeaftalen.

8.1.3 Hvordan skal den anslåede værdi fastsættes?

Hvad angår værdien af rammeaftalen, følger det af UBL § 30, stk. 1, at ordregiver skal anslå værdien på baggrund af det samlede beløb som ordregiveren forventer at forbruge på rammeaftalen.¹¹⁰ Af bestemmelsen følger, at beregningen også skal tage hensyn til enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten, som er fastsat i udbudsmaterialet. Det er således her ordregiver giver sit syn på i hvilket omfang der forventes at blive købt ind.

Værdien af rammeaftalen opgøres i henhold til UBL § 32, hvorefter den ordregivende myndighed skal angive den højst anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for

¹¹⁰ Bestemmelsen i UBL § 30, stk. 1 implementerer UBD-2014 art. 5, stk. 1 og 3

rammeaftalens løbetid.¹¹¹ Den ordregivende myndighed skal således foretage et sagligt skøn, som baserer sig på en objektiv og realistisk vurdering af alle de enkelte kontraktens værdi sammenlagt i hele rammeaftalens periode.¹¹²

Kravet om ordregivers saglige forhåndsvurdering fremgår også af lovbemærkningerne til UBL § 30. Heri er det udtrykt, at det kan være relevant for ordregiver at inddrage rådgivere eller forskellige økonomiske aktører med kendskab til markedet, tidligere erfaringer med lignende kontrakter, vejledende priser etc. Ordregiver bør dog være varsom med at basere sig for meget på erfaringer, da markedet hele tiden udvikler sig. Desuden kan rådføring med potentielle tilbudsgivere skabe risiko for tilsidesættelse af lighedsprincippet.¹¹³ Ordregivers saglige vurdering gælder i alle tilfælde, men er særlig relevant i de situationer, hvor ordregiver fejlagtigt vurderer, at en kontraktens værdi er mindre end den relevante tærskelværdi således, at den anslåede værdi i rammeaftalens løbetid overstiger tærskelværdien og kontrakten således burde have været i udbud.

En nærmere fastsættelse af ordregivers skøn over den anslåede værdi fremgår imidlertid hverken af udbudsloven eller lovbemærkningerne til bestemmelserne heri. Ligeledes kan en nærmere uddybning af ordregivers skøn heller ikke findes i UBD-2014 eller dennes præambelbetragtninger. Imidlertid er skønnet præciseret gennem retspraksis. Her har KFU adskillige gange slået fast, at ordregiver i sin vurdering af kontraktens værdi må foretage grundige undersøgelser af markedet for at have det fornødne oplysningsgrundlag.

I KFUs kendelse i sagen *Bilhuset Randers* bemærkede KFU følgende:

*”(...) ordregiveren skal foretage en saglig forhåndsvurdering af den påtænkte anskaffelses værdi. Denne forhåndsvurdering skal foretages på grundlag af markedets generelle prisniveau for anskaffelsen. Den må ikke foretages på grundlag af prisen for et enkelt fabrikat”.*¹¹⁴

¹¹¹ UBL § 32 implementerer artikel 5, stk. 5 i UBD-2014

¹¹² Carina Risvig Hamer, Grundlæggende Udbudsret (2016), s. 159

¹¹³ Peter Stig Jakobsen m.fl., EU-udbudsretten (2016), s. 245

¹¹⁴ KFU kendelse af 16. december 2003, Bilhuset Randers A/S mod Sønderhald Kommune, s. 12

I sagen havde ordregiver fastsat den anslåede værdi ud fra ét enkelt fabrikat, som tilmed også var det billigste fabrikat i markedet. Dermed havde ordregiveren baseret sine markedsundersøgelser udelukkende på én tilbudsgivers priser, hvilket KFU fandt ikke var udtryk for et tilstrækkeligt grundlag.

Kravet til ordregivers saglige skøn er yderligere præciseret i sagen *Alfa Laval Nordic*, hvor KFU udtalte:

*”En ordregiver skal foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelig for udøvelsen af det saglige skøn”.*¹¹⁵

I sagen som bl.a. vedrørte et indkøb og installation af en vandcentrifuge, henviste KFU til at ordregiverens skøn vedrørende den anslåede værdi, af flere forskellige årsager, havde været utilstrækkeligt, bl.a. fordi indholdet af de indhentede prisoplysninger angik centrifuger med en mindre kapacitet end de centrifuger, der fremgik af udbudsbetingelserne. Kendelsen belyser dermed, at ordregiver ved fastsættelsen af rammeaftalens værdi skal foretage et sagligt skøn og hertil foretage de nødvendige undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige.

Tilsvarende udtalte KFU i sagen *Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune*:

*”Et for lavt estimat kan navnlig medføre, at ellers interesserede tilbudsgivere afstår fra at afgive tilbud, således at konkurrencen begrænses. I en situation som den foreliggende, hvor der ikke er angivet en værdi af den udbudte kontrakt, og hvor omfanget af opgaven alene er indirekte angivet under henvisning til de indsatte forbrugsestimater, kan således være i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, hvis en ordregiver bevidst angiver et for lavt estimat.”*¹¹⁶

Kendelsen omhandlede et offentligt udbud om drifts af hjælpemiddeldepot for kommunalt ejede hjælpemidler med en løbetid på 4 år. Ordregiver havde i udbudsmaterialet undladt at angive oplysninger om kontraktens anslåede værdi og mængde af hjælpemidler, som var forventet omfattet

¹¹⁵ KFU kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S, s. 7

¹¹⁶ KFU kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune, s. 26

af kontrakten. Imidlertid fremgik det af tilbudslisten i det øvrige udbudsmateriale, hvor mange forventede hjælpemidler og antal ud- og indleveringer af hjælpemidlerne, der var forventet. Det forventede antal var alene angivet som et estimat baseret på ordregivers tidligere indløb hos den eksisterende leverandør og ordregiver havde bevidst fastsat estimerne lavt for ikke at risikere, at den kommende leverandørs forventninger til kontraktens værdi ikke kunne blive indfriet. KFU udtalte, at der ved ordregivers fastsættelse af de estimerede mængder og værdier, som udgangspunkt ikke gælder nogle konkrete krav til ordregivers faktuelle grundlag, eksempelvis krav om specifikke undersøgelser, inddragelse af særlige økonomiske aktører eller lignende. Dog fandt KFU, at i forhold til det historiske forbrug, som de forventede forbrugsestimater var fastsat på baggrund af, samt at disse alene var estimer og dermed behæftet med en vis usikkerhedsmargin, var estimerne fastsat for lavt. De estimerede forbrugsmængder gav dermed ikke et retvisende billede af den omsætning der kunne forventes indfriet under kontrakten og vurderedes ikke at være udtryk for ordregivers saglige skøn i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2.

Det kan på baggrund af ovennævnte kendelser fra KFU udledes, at ordregiver er ansvarlig for at tilvejebringe en realistisk og fyldestgørende mængde oplysninger til brug for sit saglige skøn således, at grundlaget for beregningen af den anslåede værdi tager udgangspunkt i et bredt og helstøbt billede af virkeligheden.

KFU har senest i sin kendelse af 9. november 2021 i Simonsen & Weel skabt yderligere klarhed over den nærmere fastsættelse af den anslåede værdi. Som tidligere nævnt havde regionerne ikke angivet den anslåede værdi af rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen, men havde alene angivet estimer og de forventede årlige forbrugsmængder for de pågældende varer i tilbudslisten i det øvrige udbudsmateriale. Ligesom det blev konstateret i ovennævnte kendelse *Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune*, konstaterede KFU ligeledes i Simonsen & Weel, at de angivne estimer i sagens natur var forbundet med stor usikkerhed, idet regionerne ikke forpligtede sig udtrykkeligt til at aftage en bestemt mængde eller indkøbe for et bestemt beløb på baggrund af rammeaftalen.¹¹⁷ Det faktiske forbrug kunne dermed vise sig at være højere eller lavere end, hvad estimerne foreskriver,

¹¹⁷ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen og Weel, s. 29

hvorfor KFU betragtede dem vejledende.¹¹⁸ Hertil udtalte KFU, at estimerne dermed ikke kan være udtryk for den anslåede værdi eller mængde af rammeaftalen:

Udbudsmaterialet indeholder i tilbudslisten en oversigt med angivne estimer og forventede årlige forbrugsmængder for de enkelte varer, som udbuddet angik. Der var således heller ikke her angivet den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.”¹¹⁹

Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregiver vedlægger en tilbudsliste til brug for oplysning om rammeaftalens omfang, da en sådan ikke er udtryk for ordregivers konkrete saglige skøn over den anslåede værdi i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

Det kan dog i praksis være vanskeligt at angive et præcist beløb for den anslåede værdi på en rammeaftale – særligt når rammeaftalen indgås af en indkøbscentral, der har mange ordregivende myndigheder som kunder, og hvor indkøbscentralen ikke nødvendigvis har kendskab til den enkelte ordregivers behov.¹²⁰

Som tidligere nævnt har det også været alment antaget i udbudsDanmark, at ordregiver kunne indgå rammeaftaler uden på forhånd at forpligte sig til at kvantificere sine forventede indkøb. Ligeledes har det været bredt accepteret, at rammeaftalen ikke mistede sin virkning, hvis ordregivere foretog træk på rammeaftalen udover den anslåede værdi samt at fejl i estimatet ikke skulle have nogle konsekvenser.¹²¹

På baggrund af ovenstående synes det dog efterhånden klarlagt, at rammeaftalens anslåede værdi skal være udtryk for ordregivers saglige skøn foretaget på et tilstrækkeligt grundlag. Ordregivers saglighedsvurdering vil utvivlsomt afhænge af de konkrete omstændigheder, men kan alligevel siges at skulle fastsættes ud fra markedets generelle prisniveau og på baggrund af grundige

¹¹⁸ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen og Weel, s. 29

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende Udbudsret (2016), s. 159

¹²¹ Ibid., s. 159

markedsundersøgelser således, at den anslåede værdi afspejler et realistisk og fyldestgørende billede af virkeligheden. Det synes dog fortsat uklart om den anslåede værdi og/eller mængden skal angives som et konkret fikseret tal, dvs. værdien angivet i kr. eller mængden angivet i antal, da hverken EUD eller KFU besvarer dette.

I de tilfælde, hvor ordregiver har særlig svært ved at forudse de konkrete forventninger til omsætningen på rammeaftalen kan det imidlertid synes uhensigtsmæssigt, at ordregiver ikke blot kan få lov til at angive et forventet estimat for rammeaftalen. Så længe værdien er angivet klart og tydeligt som værende et ”estimat”, må det være klart for tilbudsgiverne, at der er en vis usikkerhed knyttet til angivelsen og at det er under disse forudsætninger tilbudsgiverne kan byde ind. Formålet med at angive den anslåede værdi er jo netop at give tilbudsgiverne en indikation af, om opgaven har interesse eller om de vil kunne løfte opgaven. Selvom en estimeret værdi ikke er bindende, kan den godt give tilbudsgiver en ide om omfanget og dermed være formålstjenstlig.

Det må dog alligevel være den endelige vurdering, at gennemsigtighedsprincippet, herunder hensynet til ordregivers korrekte estimering af, hvorvidt rammeaftalen skal i udbud samt tilbudsgivers mulighed for orientering i værdien af den forventede omsætning i henhold til rammeaftalen, udgør et tilstrækkeligt vægtigt argument til at værdien ikke blot kan angives som et ikke-bindende og ukonkret estimat. Et upræcist estimat kan potentielt afholde tilbudsgivere for at afgive tilbud, da usikkerheden i rammeaftalens udvikling eller mangel på samme undervejs i løbetiden kan blive for stor. En risiko for at tilbudsgivere afholder sig fra at afgive tilbud er samtidig en risiko for færre konkurrerende virksomheder, hvilket strider mod princippet om effektiv konkurrence

8.1.4 Hvor skal den anslåede værdi fremgå?

Som tidligere nævnt fremgår det af UBL § 29, at ordregivers vurdering af rammeaftalens anslåede værdi skal foreligge på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen og i de tilfælde, hvor der ikke afsendes en udbudsbekendtgørelse, skal værdien beregnes når udbudsproceduren indledes. Imidlertid opstod der i forbindelse med EUDs afgørelse i Autorità og KFUs kendelse i Simonsen & Weel tvivl om, hvor den anslåede værdi skal angives, hvilket også endte med at blive et af stridspunkterne i Simonsen & Weel. Nedenstående afsnit vil derfor undersøge udbudsreglernes krav til placeringen af den anslåede værdi.

Som led i ordregivers udbudspligt skal ordregiver udarbejde et udbudsmateriale bestående af de dokumenter, der beskriver eller fastlægger elementer i det pågældende udbud. Udbudsmaterialet er således et overordnet begreb, som omfatter alle de relevante dokumenter i forbindelse med udbuddet af den offentlige kontrakt, herunder udbudsbetingelserne, kravspecifikationer, kontraktbetingelser, udbudsbekendtgørelsen, etc. jf. UBL § 24, nr. 36.¹²²

Det følger af UBL § 128¹²³, stk. 1, at ordregiver skal anvende en udbudsbekendtgørelse, når ordregiver offentliggør sit udbud over tærskelværdierne. Udbudsbekendtgørelse skal indeholde de overordnede oplysninger vedrørende udbuddet, der som minimum skal offentliggøres, for at potentielle tilbudsgivere kan danne sig et overblik over, hvad opgaven indebærer. Oplysningerne kan eksempelvis angå kontraktens genstand, udbudsformen, egnethedskrav, udvælgelses- og tildelingskriterierne etc. Det følger også af lovbemærkningerne til UBL § 128, at udbudsbekendtgørelsen som led i overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet skal indeholde oplysningerne, som gør det muligt for potentielle tilbudsgivere at vurdere, hvorvidt opgaven er attraktiv for dem at byde på, og skal således danne grundlag for at vurdere, om de vil bruge ressourcer på at udarbejde tilbudsmateriale og afgive tilbud.

Dette er understreget af KFU i sin offentliggjorte delkendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland, hvor KFU udtalte sig om formålet med udbudsbekendtgørelsen:

”Udbudsbekendtgørelsens formål er at sikre, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at få kendskab til og dermed også for at overveje, om den udbudte anskaffelse har en sådan størrelse og karakter, at virksomheden er interesseret i at deltage i udbudsprocessen. Det er derfor væsentligt, at bekendtgørelsen indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, at bekendtgørelsen er udformet på en gennemsigtig måde, og at bekendtgørelsen beskriver de faktiske forhold af betydning for vurderingen.”¹²⁴

¹²² KFST, Vejledning om udbudsreglerne (2016), side 126

¹²³ UBL § 128 implementerer UBD-2014 art. 49 og art. 51, stk. 2

¹²⁴ KFU kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland, s. 11

Tilsvarende henviste KFU til formålet med udbudsbekendtgørelsen som angivet i lovbemærkningerne til UBL § 145, stk. 3, nr. 3 i sagen vedrørende Albertslund Tømrer og Snedker A/S:

”(...) give potentielle ansøgere eller tilbudsgivere grundlag for at vurdere, hvorvidt det er relevant for dem at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning. Brugen af udbudsbekendtgørelser indebærer således, at en lang række grundlæggende oplysninger om udbuddet stilles til rådighed på en ensartet, enkel, overskuelig og let tilgængelig måde, således at virksomhederne har mulighed for uden uforholdsmæssig brug af ressourcer løbende at holde sig orienteret om og overveje at deltage i de udbud, som måtte være relevante for dem.”¹²⁵

Oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen bliver yderligere specificeret og uddybet i det øvrige udbudsmateriale¹²⁶ og samtlige potentielle tilbudsgivere i hele EU skal have fri, direkte og elektronisk adgang til dette fra den dato, hvor udbudsbekendtgørelsen offentliggøres.¹²⁷ Ordregiver skal således give fuld og vederlagsfri adgang til hele udbudsmaterialet, hvilket fremmer tilbudsgivernes indblik i opgaven i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet og giver dem de bedste forudsætninger for at kunne afgive de bedste tilbud.

Hertil skal det imidlertid bemærkes, at en angivelse af den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen kontra en angivelse i det øvrige udbudsmateriale, synes at have den væsentlige forskel, at oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen ofte udarbejdes på engelsk¹²⁸ samt gengives som resume på alle de øvrige EU-medlemsstaters officielle sprog, hvilket ikke gælder det øvrige udbudsmateriale, herunder udbudsbetingelserne.¹²⁹ Det kan dermed ikke forventes, at potentielle tilbudsgivere særligt fra andre medlemsstater end den ordregivendes medlemsstat, bruger ressourcer på at oversætte og orientere sig i det øvrige udbudsmateriale. Dette forhold sammenholdt med udbudsbekendtgørelsens formål om at skabe gennemsigtighed for tilbudsgivere taler for, at den anslåede værdi skal angives i

¹²⁵ KFU kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune

¹²⁶ KFST, Vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 126

¹²⁷ UBL § 132 som implementerer UBD-2014 art. 53, stk. 1, 1. og 2. afsnit

¹²⁸ Jesper Fabricius, Offentlige indkøb i praksis (2017), s. 347

¹²⁹ KFST, Vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 155

udbudsbekendtgørelsen således, at tilbudsgiverne skal kunne vurdere rammeaftalens omfang allerede fra udbuddets begyndelse. Det synes derfor som en unødvendigt tung og ressourcekrævende proces at kræve at tilbudsgivere orienterer sig i det ofte omfattende udbudsmateriale for hvert af de tilbud, der potentielt har interesse for tilbudsgiver.

Derudover følger det af UBL § 128, stk. 2, at en udbudsbekendtgørelse skal indeholde de oplysninger, der fremgår af bilag V, del C til UBD-2014. Hertil skal det bemærkes, at UBD-2014 ved sin ophævelse af det tidligere udbudsdirektiv UBD-2004 ændrede ordlyden af direktivets bilagsbestemmelse om kravet til indholdet af udbudsbekendtgørelsen ved udbud af rammeaftaler. Således fremgik det af UBD-2004 bilag VII A, punkt 6:

*”I tilfælde af rammeaftaler oplyses ligeledes rammeaftalens planlagte løbetid, **samlet anslået værdi** (for det relevante indkøb) for hele løbetiden samt, i det omfang det er muligt, værdien og hyppigheden af de kontrakter, der skal indgås.”¹³⁰*

Dermed krævede bilag VII A, pkt. 6, at ordregiver angav oplysninger om den samlede anslåede værdi for rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen. Den tilsvarende bilagsbestemmelse i det nugældende udbudsdirektiv UBD-2014 har dog ikke samme ordlyd, idet følgende fremgår af dette direktivs bilag V, del C, pkt. 10 a ved udbud af rammeaftaler:

”I tilfælde af rammeaftaler oplyses ligeledes rammeaftalens planlagte løbetid, i givet fald med begrundelse af en løbetid, der overskrider fire år. I det omfang det er muligt, værdien eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles”.

Dermed er kravet om angivelsen af den anslåede værdi udgået af ordlyden for så vidt angår bilagsbestemmelsen, der specifikt vedrører rammeaftaler. I stedet fremgår det af pkt. 7 og 8 bilag V, del C i UBD-2014, at mængden eller værdien af de varer der skal leveres, skal fremgå af beskrivelsen

¹³⁰ Fremhævelsen og den indsatte parentes er min egen. Parentesen indsat da UBD-2004, bilag VII, punkt 6 indeholder både litra a, b og c som alle indeholder den ramme bestemmelse vedrørende rammeaftaler, men for henholdsvis offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter

af kontrakten i udbudsbekendtgørelsen, ligesom udbudsbekendtgørelsen skal indeholde det anslåede samlede omfang af kontrakten.

Forskellen mellem de to bilagsbestemmelser i hhv. UBD-2004 og UBD-2014 kan ud fra ordlyden muligvis forstås således, at det ikke har været lovgivers hensigt at videreføre kravet om angivelse af den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen i det nugældende udbudsdirektiv for så vidt angår rammeaftaler. Netop denne uoverensstemmelse skabte grundlag for et af stridspunkterne i klagenævns sagen Simonsen & Weel, idet sagen skabte usikkerhed om, hvor ordregiver skulle angive den anslåede værdi – i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale.

Her gjorde klager, Simonsen & Weel, gældende at de indklagede, regionerne, var forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede værdi af rammeaftalen og at UBD-2014 ikke ændrede på, at regionerne ved deres undladelse heraf havde tilsidesat UBD-2014 art. 49, ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i art. 18, stk. 1 samt punkt 7 bilag V, del C.

Til støtte for sin påstand argumenterer Simonsen & Weel for, at bilag V, del C, punkt 7 fastsætter at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en beskrivelse af *”arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelseernes art og omfang”* og at denne bestemmelse ikke er fraveget ved bilag V, del C, punkt 10 a. Hertil henviser Simonsen & Weel til præmis 62 i Domstolens dom i Autorità, hvor Domstolen fastslår, at en rammeaftale generelt hører under begrebet offentlig kontrakt, for så vidt som den skaber en enhed af de forskellige specifikke kontrakter den gælder for.¹³¹ Dvs. at punkt 7 vedrørende ’beskrivelse af kontrakten’ og punkt 10 a vedrørende ’tidsrammen’ begge angår de oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelsen både ved udbud af offentlige kontrakter såvel som ved rammeaftaler. Bestemmelserne forpligter dermed ordregiver til, ligesom i UBD-2004, at angive rammeaftalens anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen.

Modsatvis gjorde regionerne gældende, at der i UBD-2014 ikke følger et direkte krav om, at ordregiver skal angive den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen, idet henvisningen til den samlede anslåede værdi for rammeaftalen i punkt 10 a var udgået af UBD-2014. Regionerne

¹³¹ KFU kendelse om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, s. 12-13

argumenterede for at dette skyldes hensynet til at øge fleksibiliteten, herunder at ordregiver vanskeligt kan definere værdien og mængden af rammeaftalen præcist.

Regionerne gjorde gældende, at punkt 10 a var et udtømmende udtryk for, hvilke informationer ordregiver skulle angive i udbudsbekendtgørelsen ved udbud af rammeaftaler og at bilagsbestemmelsen således beskriver en *lex specialis* for så vidt angår rammeaftaler. Derimod regulerede punkt 7 offentlige kontrakter generelt og fandt derfor ikke anvendelse på de særlige forhold, der karakteriserer rammeaftaler. Ud fra de almindelige retsanvendelsesprincipper anførte regionerne dermed, at den specielle situation i punkt 10 a gik forud for den generelle situation i punkt 7, hvorfor den anslåede værdi ikke var obligatorisk for ordregiver at angive i udbudsbekendtgørelsen.¹³²

Imidlertid var KFU i tvivl om netop dette spørgsmål, hvilket kom til udtryk i det første præjudicielle spørgsmål til EUD, hvor KFU søgte afklaret om udbudsbekendtgørelsen skulle indeholde oplysning om den anslåede mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

I sit svar på det første spørgsmål fastslog EUD indledningsvist, at udbudsbekendtgørelsen skal anvendes som middel til indkaldelse af tilbud i forbindelse med alle procedurer, jf. UBD-2014 art. 49 samt at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C til det nævnte direktiv.¹³³ Således finder art. 49 og bilag V, del C i UBD-2014 i sin helhed anvendelse på rammeaftaler.¹³⁴

I de efterfølgende præmisser bemærker EUD, at de omhandlede bestemmelser, herunder bilagsbestemmelserne i punkt 8 og 10, del C, bilag V samt art. 33 i UBD-2014 kunne tolkes som om, at der ikke stilles et absolut krav til ordregivers angivelse af værdien af de kontrakter, der tildeles som følge af rammeaftalen – hvert fald ikke for så vidt angår bestemmelsernes ordlyd.¹³⁵

¹³² KFU kendelse om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EUD, 16. januar 2020, s. 13-14

¹³³ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 47

¹³⁴ *Ibid.*, pr. 48

¹³⁵ *Ibid.*, pr. 49-52

Imidlertid finder EUD, at de relevante bestemmelser skal fortolkes i lyset af de grundlæggende EU-retlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvorfor de anslåede værdier skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

På baggrund af EUDs afgørelse i Simonsen & Weel udtrykte KFU generel enighed i Domstolens konklusioner, hvortil KFU fastslog:

”Efter EU-Domstolens besvarelse af klagenævnets spørgsmål er det fastslået, at retsstillingen er, at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen skal angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.”¹³⁶

KFU har dermed endeligt fastslået, at den anslåede værdi og/eller mængde af en rammeaftale skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. KFU begrundede konklusionen med, at oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen er af så væsentlig betydning i de potentielle tilbudsgiveres indledende vurdering af, om udbuddet har interesse for dem. Netop derfor skal ordregiver fremstille en klar og gennemsigtig udbudsbekendtgørelse, der giver tilbudsgiverne tilstrækkelige muligheder for at oplyse sig om rammeaftalens anslåede værdi og alle de andre centrale parametre i øvrigt.

På baggrund af ovenstående analyse er det endeligt klarlagt, at ordregiver er påkrævet at angive den anslåede værdi af de samlede indkøb på en rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen.

Den fastslåede retsstilling synes at være hensigtsmæssig og i overensstemmelse med de grundlæggende principper, idet tilbudsgiverne allerede på baggrund af udbudsbekendtgørelsen kan vurdere, om de vil byde på opgaven uden at dette kræver tunge ressourcer af leverandørmarkedet. Tilbudsgiverne skal derved ikke læse sig grundigt ind i det samlede udbudsmateriale for at vurdere sin interesse i udbuddet. Dette forhold synes også at tage hensyn til det konkurrencemæssige perspektiv, da det alt andet lige vil gøre det mindre kompliceret for kommende leverandører at opnå indsigt i de relevante udbud og dermed resultere i, at færre leverandører vil føle sig afskrækket af at byde. Dette synes særligt positivt for SMV'erne, da disse på grund af deres størrelse og kapacitet i højere grad kan lide under ressourcekrævende processer i udbudsreglerne og dermed afstå fra at afgive tilbud.

¹³⁶ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 28

8.2 Den maksimale værdi

8.2.1 Autorità

Med EUDs afgørelse i sagen Autorità d. 19. december 2018 tog EUD for første gang stilling til hvilke begrænsninger, der gælder for anvendelsen af rammeaftaler og dommen kan derfor siges at være forgængerens til EUDs afgørelse i Simonsen & Weel.¹³⁷

Sagen omhandlede en italiensk rammeaftale om renovation, indsamling og bortskaffelse af affald med en løbetid på 9 år. Det fremgik af udbudsmaterialet til rammeaftalen, at denne indeholdt en udvidelsesklausul, hvilket betød, at aftalen kunne udvides således, at en række identificerede regionale sundheds- og socialmyndigheder kunne tiltræde aftalen på et senere tidspunkt. Derudover fastslog udvidelsesklausulen mængden af de ydelser, som den oprindelige ordregiver, Coopservice, forventede at indkøbe i løbet af rammeaftalens varighed. Imidlertid fremgår det ikke klart af sagens faktuelle forhold, om det af udvidelsesklausulen fremgik, hvilken mængde de tiltrædende ordregivere kunne indkøbe for, men dette har ifølge KFST formentlig ikke været tilfældet.¹³⁸

Nogle år efter at rammeaftalen var indgået med den vindende tilbudsgiver, tiltrådte en anden ordregiver rammeaftalen i henhold til udvidelsesklausulen. Denne tiltrædelse blev anfægtet ved den regionale forvaltningsdomstol i to separate søgsmål anlagt af henholdsvis konkurrencemyndighederne i Italien og den virksomhed, der hidtil havde udført tjenesteydelserne for den oprindelige ordregiver.¹³⁹ Påstanden lød bl.a. på annullation af både den oprindelige rammeaftale og aftalen indgået med den tiltrædende myndighed samt annullation af udvidelsesklausulen. Begrundelsen bestod bl.a. i, at aftalerne muliggjorde tildeling af en ny tjenesteydelseskontrakt i strid med nationale- og EU-konkurrenceregler, herunder udbudspligten.¹⁴⁰

Den regionale forvaltningsdomstol forkastede dog begge søgsmål, hvorefter klagerne iværksatte appel til prøvelse af dommen til den øverste forvaltningsdomstol i Italien.¹⁴¹ Herefter blev de to

¹³⁷ Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervsudvalg om afgivelse af indlæg ved EUD i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark (2020), s. 3

¹³⁸ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 2. Uanset, at det ikke er helt klart om mængden var fastlagt, behandler EUD det 2. præjudicielle spørgsmål ud fra en forudsætning om, at mængden alene er fastlagt gennem henvisning til det sædvanlige behov

¹³⁹ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 2

¹⁴⁰ Ibid., pr. 21

¹⁴¹ Ibid., pr. 23

søgsmål forenet, hvorefter domstolen forelagde to præjudicielle spørgsmål for EUD. Indeværende speciale vil alene beskæftige sig med EUDs besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål, idet spørgsmål 1 ikke har direkte relevans for dette speciale. Ved det andet præjudicielle spørgsmål søgtes svar på følgende:

2. Om UBD-2004 tillader, at de ordregivere, der ikke er direkte parter i rammeaftalen, kan foretage indkøb baseret på rammeaftalen uden, at der i udbudsmaterialet er angivet mængden af de ydelser, disse ordregivere kan indkøbe under rammeaftalen, eller om mængden i sådanne tilfælde kan fastlægges alene med henvisning til disse ordregiveres ”sædvanlige behov”.¹⁴²

Forud for forelæggelse af spørgsmål 2 havde den regionale domstol i Italien henvist til definitionen af en rammeaftale i UBD-2004 art. 1, stk. 5, hvorved en rammeaftale skal forstås som en:

*”aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører 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 påtænkte mængder”.*¹⁴³

Hertil udtrykte den regionale domstol den opfattelse, at en rammeaftale - henset til det adverbelle udtryk ”i givet fald” – er kendetegnet ved ikke at skulle indeholde en præcisering af de mængder, den omfatter.¹⁴⁴ Derved fortolkede den regionale domstol udtrykket på en sådan måde, at det ikke var nødvendigt, at en rammeaftale udtrykkeligt præciserede mængden af de ydelser, som de tiltrædende ordregivere kunne indkøbe under rammeaftalen, eftersom denne mængde allerede er fastsat implicit gennem henvisningen til ordregiverens sædvanlige indkøbsbehov.¹⁴⁵

Imidlertid fandt den forelæggende ret, at denne fortolkning af ”i givet fald” var for vidtgående og hældte derfor til en mere restriktiv fortolkning af udtrykket, men valgte alligevel at udsætte sagen og forelægge tvivlsspørgsmålet for EUD.¹⁴⁶

¹⁴² Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 33

¹⁴³ Ibid., pr. 57. Fremhævelse er min egen

¹⁴⁴ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 28

¹⁴⁵ Ibid., pr. 22

¹⁴⁶ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 30-31

Ved dom af 19. december 2018 besvarede EUD de forelagte spørgsmål og skabte således både klarhed og forvirring om anvendelsen af rammeaftaler.

I forbindelse med forelæggelsen af de præjudicielle spørgsmål henviste den forelæggende ret til, at spørgsmålene blev omfattet af en samlet fortolkning af det dagældende UBD-2004 og det nugældende UBD-2014.¹⁴⁷ Hertil fastslog EUD dog, at sagen skulle behandles på baggrund af UBD-2004, da rammeaftalen var indgået på det tidspunkt, hvor UBD-2004 var gældende.¹⁴⁸ Derudover slog EUD også fast, at det ikke er godtgjort, at rammeaftalen ikke kan kvalificeres som en rammeaftale alene på grund af den omstændighed, at rammeaftalen er indgået for en længere periode end 4 år og at der ikke er givet nogen forklaring på den manglende overholdelse af fristen på 4 år.¹⁴⁹ Den indgåede rammeaftale kunne således principielt kvalificeres som en rammeaftale på trods af den lange løbetid. Følgende afsnit vil med indledende udgangspunkt heri undersøge, hvordan den maksimale værdi af rammeaftalen defineres for derefter at analysere og vurdere, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at angive denne værdi samt hvordan og hvor værdien i så fald skal angives.

8.2.2 Kravet til angivelse af den maksimale værdi

Ved sin besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål udtalte EUD i Autorità følgende om bestemmelsen i UBD-2004, art. 1, stk. 5, og udtrykket ”i givet fald”:

”Det kunne ganske vist udledes af det adverbielle udtryk ”i givet fald”, at angivelsen af mængden af ydelser, som aftalen vedrører, kun er fakultativ.”

Således anerkendte EUD, at udtrykket ”i givet fald” kunne indikere, at den ordregivende myndighed frit kunne vælge, om denne ville angive mængden af de ydelser som rammeaftalen vedrørte.¹⁵⁰ I direkte forlængelse heraf fastslog EUD imidlertid, at denne fortolkning ikke kunne tiltrædes og fandt således, at udtrykket ”i givet fald” ikke var ensbetydende med, at angivelsen af den påtænkte mængde var valgfri.¹⁵¹

¹⁴⁷ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 26

¹⁴⁸ Ibid., pr. 46-47

¹⁴⁹ Ibid., pr. 42

¹⁵⁰ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 58

¹⁵¹ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 59

Spørgsmålet om hvorvidt værdiangivelsen alene var fakultativ eller om den hjemlede en obligatorisk angivelse af den maksimale værdi var også genstand for diskussion i EUDs afgørelse i Simonsen & Weel.¹⁵² Også her anerkendte EUD, at visse bestemmelser i UBD-2014¹⁵³ ud fra en ordlydsfortolkning kunne give indtryk af, at ordregiver selv kunne vælge om den maksimale værdi af de varer, som kunne indkøbes i henhold til rammeaftalen skulle angives i udbudsbekendtgørelsen, men at en ordlydsfortolkning ikke var afgørende for konklusionen.¹⁵⁴ Herefter påpegede EUD, at henset til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, *”kan det imidlertid ikke tiltrædes, at den ordregivende myndighed kan undlade i udbudsbekendtgørelsen at angive en maksimale værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale.”*¹⁵⁵ Således er ordregiver forpligtet til at angive en maksimal værdi for at sikre overholdelsen af de grundlæggende principper.

I sin begrundelse af sin besvarelse i Autorità anfører EUD fire forhold som en del af sin argumentationsrække.

For det første henviste EUD til, at flere bestemmelser i UBD-2004 stiller krav om, at der allerede ved udbuddet af rammeaftale skal være fastlagt den maksimale mængde af varer eller tjenesteydelser, der kan blive genstand for de efterfølgende træk på rammeaftalen.¹⁵⁶

I forlængelse heraf henviste EUD til beregningsmetoderne for den anslåede værdi af rammeaftaler, der følger af UBD-2004 art. 9, stk. 9 og fastslår herved nødvendigheden af at bestemme sig for en maksimalværdi for at kunne angive en anslået værdi. I overensstemmelse med Generaladvokatens forslag til afgørelse fremhæver EUD også, at en rammeaftale skal indeholde oplysninger om den samlede værdi af ydelserne, der skal leveres, da potentielle tilbudsgivere skal kunne vurdere, om de

¹⁵² Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 46

¹⁵³ De omhandlede bestemmelser var art. 33, stk. 1 i UBD-2014 samt UBD-2014, bilag V, del C, pkt. 10 og pkt. 8 i samme bilags del C. Ifølge pkt. 10 i bilagsbestemmelsen skal ordregiver i det omfang det er muligt angive værdien af de kontrakter, der efterfølgende kan tildeles. Ifølge pkt. 8 i bilagsbestemmelsen skal ordregiver angive det anslåede omfang af rammeaftalen, hvilket kan indikere at værdiangivelsen er tilnærmelsesvis, dvs. være defineret upræcist, hvis overhovedet defineret.

¹⁵⁴ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 49-53

¹⁵⁵ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 54

¹⁵⁶ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 60

har interesse i at forfølge kontrakten.¹⁵⁷ Hertil skal det bemærkes, at Generaladvokatens forslag til afgørelse ikke er bindende for Domstolen, men at Domstolens konklusioner i sagen alligevel synes at lægge sig op ad Generaladvokatens konklusioner.

For det andet fremhævede EUD UBD-2004 art. 32, stk. 3 i afgørelsens præmis 61, hvorved den oprindelige ordregiver kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre specifikt anførte ordregivere indenfor rammeaftalens mængdebegrænsninger. Dertil udtalte EUD:

*”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”.*¹⁵⁸

Bemærkningen om, at når grænsen for den angivne mængde er nået, ”vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger” indebærer, at den oprindelige ordregiver har pligt til at præcisere den samlede mængde, som kan udgøre det økonomiske omfang af de efterfølgende kontrakter og dermed angive en maksimal grænse for indkøbene på rammeaftalen. Det er således ikke tilstrækkeligt blot at henvise til ordregivers sædvanlige indkøbsbehov uden yderligere præcision.

Når den samlede værdi er nået, vil rammeaftalen have udtømt sine virkninger og ordregiver vil ikke længere kunne afløfte sin udbudspligt via rammeaftalen. Præmissen var en nyskabelse i dansk udbudspraksis og en restriktiv tolkning i forhold til, hvordan direktivteksten hidtil var blevet anskuet i Danmark, idet opfattelsen i praksis tidligere havde været, at de estimerede værdier alene udgjorde et estimat, som senere kunne ændres, hvis dette var nødvendigt. Den almene opfattelse om rammeaftaler som særegen fleksibel indkøbsmetode havde dermed været at den anførte værdi i udbudsbekendtgørelsen alene var et udtryk for ordregivers bedste skøn. Netop derfor gav præmis 61 anledning til en del tvivl og diskussion i de udbudsretlige kredse i Danmark.

¹⁵⁷ Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona, forslag til afgørelse, sag C-216/17, Autoritá Garante pr. 78

¹⁵⁸ Sag C-216/17, Autoritá Garante, pr. 61

Samme restriktive fortolkning er senere fuldt op af KFST, der i sin vurdering af EUDs dom i Autorità, fortolker afgørelsen således, at en rammeaftale skal opsiges, når den maksimale værdi for rammeaftalen er nået.¹⁵⁹

Samtidig opstod der usikkerhed om, hvorvidt præmissen havde generel rækkevidde eller om den blot skulle opfattes som et obiter dictum uden afgørende betydning for den konkrete- og fremtidige sager. Tvivlen om den generelle rækkevidde lå særligt i, at EUD på daværende tidspunkt på egen opfordring foretog en fortolkning af begrænsningen for rammeaftaler, idet Domstolen uden at være blevet direkte adspurgt satte en ultimativ grænse for rammeaftalens virkning, når den maksimale værdi for rammeaftalen er nået.

Tvivlen om den generelle rækkevidde af afgørelsen skyldes yderligere, at EUD afsagde dommen på baggrund af det tidligere gældende UBD-2004 og ikke det nugældende UBD-2014. Det skal hertil kort bemærkes, at det præjudicielle spørgsmål blev afgjort på baggrund af art. 1, stk. 5 og art. 32 i UBD-2004, som i det væsentlige er videreført i UBD-2014 og som gik igen i EUDs afgørelse i Simonsen & Weel. Hertil gentog EUD præmis 61 i Autorità i sin konkluderende præmis 68 i Simonsen & Weel. Således videreførte EUD sit obiter dictum og fastslog, at den oprindelige ordregiver har pligt til at præcisere rammeaftalens samlede mængde i form af en maksimal grænse, og når denne grænse er nået, har aftalen udtømt sine virkninger.

Henset til EUDs afgørelse i Simonsen & Weel, synes det således sikkert at konstatere, at EUDs udtalelse i præmis 61 i Autorità kan tillægges generel retlig virkning.

For det tredje henviste EUD til, at Domstolens fortolkning i præmis 61 skal sikre overholdelsen af de grundlæggende principper, herunder ligebehandlingsprincippet, forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. EUD bemærker, at principperne indebærer, at alle betingelserne fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal formuleres ”*klart, præcist og utvetydigt*” således, at det for det første er muligt som tilbudsgiver at forstå indholdet af udbuddet samt for det andet, at det er muligt som ordregiver at føre kontrol med om tilbuddene opfylder de angivne kriterier i udbudsmaterialet.¹⁶⁰ Herefter fremhæver EUD, at særligt

¹⁵⁹ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 12

¹⁶⁰ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 62-63

gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet vil blive kompromitteret, hvis ikke ordregiver fra start forpligtes til at angive den maksimale grænse af rammeaftalen.¹⁶¹ Dette skyldes bl.a., at den manglende klarhed og gennemsikuelighed ved ikke at angive den maksimale værdi kan gøre det svært for potentielle tilbudsgivere at vurdere det fulde omfang af rammeaftalen, når den ordregivende myndighed vil kunne tildele kontrakter langt ud over rammeaftalens anslåede værdi. Ligeledes argumenterede EUD for, at det ikke vil være tilstrækkeligt gennemsigtigt særligt for tilbudsgivere etableret i andre medlemsstater, hvis angivelsen af den samlede mængde sker under henvisning til det sædvanlige behov og dermed ikke konkretiseres.¹⁶²

EUD underbygger da også sin argumentation ved at fremhæve gennemsigtighedsprincippet som et særligt væsentligt princip i håndteringen af rammeaftaler:

*Gennemsigtighedsforpligtelsen gælder så meget desto mere, som de ordregivende myndigheder i tilfælde af en efterfølgende kontrakt i henhold til artikel 35, stk. 4, andet afsnit, i direktiv 2004/18 er fritaget for at skulle sende en bekendtgørelse om hver af de kontrakter, der indgås på grundlag af rammeaftalen.*¹⁶³

EUD uddyber desværre ikke, hvad der nærmere menes med, at gennemsigtighedsforpligtelsen ”gælder så meget desto mere”, når det kommer til rammeaftaler, men et forsigtigt bud herpå kunne være, at EUD i denne henseende ser rammeaftaler som en form for undtagelse til det udbudsretlige udgangspunkt, om at alle offentlige indkøb over tærskelværdierne skal konkurrenceudsættes. Såfremt rammeaftaler – eller nærmere bestemt de enkelte kontrakter, der indgås i henhold til rammeaftalen – ansues ud fra et undtagelsesperspektiv er det relevant at knytte en bemærkning til, hvordan undtagelser oftest fortolkes i EU-retten. Hertil er det fast EU-praksis, at anvendelsesområdet for undtagelser skal fortolkes indskrænkende hvilket vil sige, at reglerne fortolkes mere restriktivt end den sproglige fortolkning umiddelbart lægger op til. Samme praksis gælder, når der er tale om undtagelser til udbudsloven.¹⁶⁴

¹⁶¹ Sag C-216/17, Autoritá Garante, pr. 64

¹⁶² Sag C-216/17, Autoritá Garante, pr. 67-68

¹⁶³ Sag C-216/17, Autoritá Garante, pr. 65

¹⁶⁴ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 327

Når vi betragter rammeaftaler som en undtagelse er det dermed nødvendigt at acceptere anvendelsen af rammeaftaler i lyset af en indsnævrende fortolkning. Tager udbudsDanmark denne pointe til sig, kan det fremadrettet bidrage til en fortolkningsmæssig retning af, hvordan markedet skal forstå og anvende rammeaftaler i andre situationer i fremtiden.

Domstolens restriktive tolkning i præmis 61 i forhold til rammeaftalers udtømmende virkning, når ordregiver har foretaget anskaffelser udover det anførte maksimale træk på rammeaftalen, kan da ses i dette lys og dermed pege i samme retning.

Ligesom det var tilfældet i *Autorità* synes særligt gennemsigtighedsprincippet at spille en central rolle i EUDs argumentation i *Simonsen & Weel*, hvortil EUD fremhævede vigtigheden af et gennemsigtigt udbudsmateriale, således *”at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.”*¹⁶⁵ Tilbudsgivers kendskab til den maksimale værdi har dermed væsentlig betydning, idet tilbudsgiveren på baggrund af den estimerede værdi kan vurdere sin kapacitet i forhold til at levere i overensstemmelse med rammeaftalen.

I forlængelse heraf udtalte EUD i præmis 64:

”Hvis (...) den anslåede maksimale værdi (...) ikke skulle være angivet, eller hvis en sådan angivelse ikke skulle være retligt bindende, ville den ordregivende myndighed kunne fravige denne maksimale mængde. Den valgte tilbudsgiver ville i henhold til sit kontraktlige ansvar følgelig kunne søges for manglende opfyldelse af rammeaftalen, hvis det ikke lykkes den pågældende at levere de mængder, som den ordregivende myndighed har anmodet om, selv om disse mængder overstiger den maksimale mængde i udbudsbekendtgørelsen”.

Det synes at kunne udledes af udtalelsen, at ordregiver vil kunne fravige den maksimale grænse, hvis ikke værdien er angivet eller retligt bindende for ordregiver. Herved ville den vindende tilbudsgiver blive ansvarlig for manglende opfyldelse af rammeaftalen i det tilfælde, hvor tilbudsgiveren ikke har kapacitet til at levere i overensstemmelse med ordregivers estimerende mængdebehov, på trods af at disse mængder lægger over den maksimale mængde angivet i udbudsbekendtgørelsen. I en sådan

¹⁶⁵ Sag C-23/20, *Simonsen & Weel*, pr. 61

situation vil tilbudsgiver få et misvisende eller ugennemskueligt indblik i rammeaftalens omfang, hvilket vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Som det fjerde argument understreger EUD i Autorità, at en manglende angivelse af den maksimale værdi vil kunne medføre, at ordregiver opdeler kontrakten kunstigt for at holde de efterfølgende kontrakter under tærskelværdierne og dermed omgår sin udbudsforpligtelse.¹⁶⁶ Kravet om ordregivers præcisering af mængden af ydelserne omfattet af aftalen synes således at være en konkretisering af forbuddet mod misbrug af rammeaftaler, herunder anvendelse af rammeaftaler på en måde, der begrænser konkurrencen.

På baggrund af EUDs argumentation i Autorità og Simonsen & Weel, synes det klart, om end skelsættende i dansk udbudspraksis, at EUD af hensyn til overholdelsen af de grundlæggende principper, har forsøgt at fastslå, at ordregiver på trods af ordlyden ”i givet fald” i både det dagældende og nugældende udbudsdirektiv er forpligtet til at angive de maksimale mængder, der efterfølgende kan indkøbes under en rammeaftale. Dertil synes det også endeligt bekræftet i Simonsen & Weel, at såfremt den maksimale værdi er nået har rammeaftalen udtømt sin virkning og kan dermed ikke anvendes til at afløfte ordregivers udbudspligt. Denne retsstilling synes bekræftet af KFU i kendelsen af d. 9. november 2021 i Simonsen & Weel, idet KFU udtaler:

”Efter EUDs besvarelse af klagenævnets spørgsmål er det fastslået, at retsstillingen er, at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen (...) eller i det øvrige udbudsmateriale tillige skal angive en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.”¹⁶⁷

KFU tilslutter sig således EUDs afgørelse i Autorità og Simonsen & Weel, idet ordregivere efter KFUs kendelse, udover at angive den anslåede værdi også skal angive et loft som rammeaftalen skal holde sig inden for i rammeaftalens levetid.

Derudover udtaler KFU i overensstemmelse med præmisserne i Autorità og Simonsen & Weel at:

¹⁶⁶ Sag C-216/17, Autorità Garante, pr. 66

¹⁶⁷ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 28

”Manglende overholdelse af disse forpligtelser udgør en overtrædelse af udbudsdirektivets art. 49, som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2 og artikel 18, som svarer til udbudslovens § 2.”¹⁶⁸

Udtalelsen skal ses i lyset af, at de indklagede regioner ikke havde angivet hverken den anslåede eller maksimale værdi i udbudsbekendtgørelsen hvortil klager, Simonsen & Weel, gør gældende at ordregiver henset til Autorità og domstolens besvarelse af de præjudicielle spørgsmål i Simonsen & Weel, er forpligtet til netop at angive disse værdier. I klagenævns sagen bestred regionerne ikke, at oplysningerne ikke stod i udbudsbekendtgørelsen, men påstod at de manglende oplysninger ikke kunne være i strid med gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2, idet den manglende oplysning om den maksimale værdi blot var en formel fejl, som ikke havde haft betydning for tildelingsbeslutningen. Som tidligere nævnt indeholdt udbudsmaterialet en tilbudsliste, hvori der fremgik en oversigt med de forventede forbrugsmængder og angivne estimater for de enkelte varer, som rammeaftalen omhandlede, hvilket var offentligt tilgængeligt for alle. Der var således nogle oplysninger i udbudsgrundlaget, som gav tilbudsgiver en indikation af, hvad forbruget på rammeaftalen var, hvorfor den manglende angivelse af værdien ikke i sig selv kunne være en overskridelse af UBL § 2.¹⁶⁹ Denne påstand var KFU ikke enig i, idet KFU konkluderede:

”De beskrevne undladelse udgør også en overtrædelse af udbudslovens § 2.”¹⁷⁰

Af ovenstående citerede udtalelse synes KFU at konstatere meget klart og på en enkelt sætning, at manglende overholdelse af kravet om angivelse af de relevante værdier, udgør en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. KFU begrundede konklusionen med, at en rammeaftale på denne måde ikke er anderledes end en offentlig kontrakt, hvor ordregiver skal finde ud af sit indkøbsbehov og angive dette på forhånd.¹⁷¹

¹⁶⁸ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 28

¹⁶⁹ Ibid, s. 28-29

¹⁷⁰ Ibid., s. 29

¹⁷¹ Ibid, s. 30

8.2.2.1 *Vurdering*

At ordregiver skal angive en estimeret værdi af rammeaftalen, synes at være sagligt og i overensstemmelse med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed som også gør sig gældende i udbudsretten.

Imidlertid kan det bemærkes, at rammeaftalens begrænsning til den maksimale værdi på den anden side ikke forekommer i overensstemmelse med EU-rettens- og udbudsreglernes overordnede formål, herunder målet om mere effektive indkøb og bedre udnyttelse af offentlige midler med effektive, fleksible og enkle processer. Begrænsningen synes at hindre ordregivers fleksibilitet ift. til tidligere dansk udbudspraksis, fordi ordregiver kan risikere at skulle genudbyde rammeaftalen før dennes egentlige tidsmæssige udløb, når den anslåede maksimale værdi er nået. Ud fra perspektivet om et effektivt indre marked og optimal ressourceudnyttelse kan det virke ineffektivt og unødvendigt, at en rammeaftale skal ophøre med at virke alene fordi der er indkøbt flere varer på rammeaftalen end ordregiver oprindeligt havde regnet med.

Ligeledes kan der argumenteres for, at EUD med kravet om maksimalangivelsen har overfortolket på formålet med selve udbudsbekendtgørelsen, som går ud på at sikre, at potentielt interesserede tilbudsgivere kan få kendskab til den pågældende opgave. Selvom tilbudsgiver ikke er oplyst om en maksimal grænse for leverancerne på rammeaftalen kan tilbudsgiver jo godt få en indikation af rammeaftalens omfang alligevel – og derudfra vurdere sin interesse i udbuddet.

Dertil kommer, at der ved disse nye retningslinjer er risiko for at ordregiver estimerer værdien højere end hvad der er realistisk for rammeaftalen for at være sikker på, at man har tilstrækkeligt manøvrerum i slutningen af rammeaftalen. Dertil kommer at leverandører, som leverer i henhold til rammeaftaler med offentlige myndigheder, vil skulle bruge ressourcer på at afrapportere og tilsvarende vil ordregivere skulle monitorere, hvor meget der løbende er indkøbt i aftalens løbetid.

På den anden side kan det bemærkes, at krav om mængde og/eller værdiangivelse fordrer, at ordregiver har større fokus på at udarbejde præcise estimater for det forventede forbrug på rammeaftalen, hvilket gavner det overordnede udbud, idet ordregiver kommer til at kende sit estimerede behov bedre og dermed øges kvaliteten af estimaterne og ordregiver opnår færre negative overraskelser undervejs.

Derudover får tilbudsgiverne et bedre og mere præcist indblik i rammeaftalerne, hvilket giver grobund for bedre tilbudsmateriale og en stærkere prissætning. Dette vil forbedre gennemsigtigheden

og tilliden til rammeaftaler som indkøbsmetode, hvilket muligvis har været et tiltrængt behov, idet der i den nuværende udbudspraksis kan siges at være et uhensigtsmæssigt misforhold mellem rammeaftalens parter. Misforholdet kan siges at bestå i, at ordregiver ikke har haft nogle forpligtelser til at indkøbe en bestemt mængde og/eller værdi, men har i vidt omfang, undervejs i kontraktperioden, kunne tilpasse sin volumen til mere eller mindre end estimeret alt efter indkøbsbehovet. Leverandøren på rammeaftalen har derimod været forpligtet i hele kontraktperioden, således at denne er tvunget til at opfylde ordregivers indkøbsbehov uanset om dette ligger væsentligt over eller under den estimerede volumen. For leverandøren betyder dette eksempelvis, at virksomheden skal have et vist personalemæssigt beredskab eller en tilpas stor lagerbeholdning til at leveringsforpligtelserne kan sikres opfyldt.

Når der ikke er angivet en maksimal grænse, betyder det at ordregiver har ubegrænsede muligheder for at bruge rammeaftalen uden at skulle genudbyde. Dermed kan det skærpede krav til ordregivers estimat af den forventede maksimale værdi være med til at beskytte den vindende tilbudsgiver, som muligvis ikke vil have kapacitet til at levere udover den anslåede maksimale ramme og risikerer at komme i kontraktlig misligholdelse. Dette vil særligt have betydning for SMV'er der generelt må forventes at have vanskeligere ved at levere en højere kapacitet, end hvad virksomheden oprindeligt bød ind på.

Det skærpede krav til den maksimale værdi synes også at fremme konkurrencen, idet en rammeaftale med ubegrænsede træk vil begrænse mulighederne for de tilbudsgivere, som ikke er en del af rammeaftalen.

Endeligt må det konstateres, at fleksibiliteten i rammeaftaler ikke er uden grænser. Ligesom rammeaftalen har en tidsmæssig begrænsning, har den også en værdi- og/eller mængdebegrænsning, som på sin vis ikke er anderledes en den tidsmæssige begrænsning. Når den 4-årige periode er udløbet kan rammeaftalen som udgangspunkt ikke længere benyttes til at afløfte udbudspligten – på samme måde gælder det ved den omfangsmæssige begrænsning.

På baggrund af ovenstående er det min vurdering, at EUDs krav om ordregivers angivelse af en den maksimale værdi for rammeaftalen er en forudsætning for at kunne sikre overholdelse af de grundlæggende principper i udbudsretten.

8.2.2.2 *Præcisering af rammeaftalen som begreb*

EUD udtaler i Autorità, at det er udelukket, at ordregivende myndigheder ikke fastlægger mængden af de ydelser, der skal leveres i henhold til rammeaftalen, da dette vil være i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet¹⁷². I Simonsen & Weel udtaler Domstolen tilsvarende, at ordregiver i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet skal angive den anslåede- og maksimale værdi¹⁷³. Disse udtalelser vidner om, at EUD anser fleksibiliteten for rammeaftaler anderledes end, hvordan det hovedsageligt har været opfattet og praktiseret i Danmark.

Som yderligere bidrag til klarlægningen udtaler KFU i kendelsen i Simonsen og Weel:

”Selv om rammeaftaler for de ordregivende myndigheder angår en særlig fremgangsmåde ved bestilling og levering af anskaffelser, skal ordregivende myndigheder således være bekendt med deres behov, inden en rammeaftale indgås. Dette adskiller sig ikke fra andre udbud.

Rammeaftalens fleksible karakter angår dermed fremgangsmåden ved de konkrete anskaffelser på baggrund af rammeaftalen, men ikke rammeaftalens overordnede karakter.”¹⁷⁴

Således er rammeaftaler for så vidt angår fremgangsmåden ved den efterfølgende tildeling særlig karakteristisk for rammeaftaler, men for så vidt angår fastsættelsen af en værdi, er rammeaftaler ikke anderledes end en almindelig offentlig kontrakt, hvor ordregiver skal fastlægge sit indkøbsbehov og oplyse om dette på forhånd. Rammeaftalens fleksibilitet angår dermed ikke omfanget af rammeaftalens værdi, men derimod i fremgangsmåden ved de efterfølgende konkrete afskaffelser på baggrund af rammeaftalen.¹⁷⁵ Denne bemærkning synes særdeles bemærkelsesværdig, idet den på sin vis bidrager til yderligere klarhed af ikke bare værdiangivelsen, men af selve rammeaftalen som begreb og anvendelsesområde.

¹⁷² Sag C-216/17, Autorità, pr. 70

¹⁷³ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 74

¹⁷⁴ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 30

¹⁷⁵ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 30

Fastsættelsen af rammeaftalens værdier har i høj grad påvirket måden man har anskuet rammeaftalers fleksible karakter på hidtil, særligt i Danmark. Der har i denne forbindelse hidtil været bred enighed i litteraturen og blandt praktikere om, at eventuelle fejl i estimatet af rammeaftalen ikke skulle have konsekvenser, da estimatet ikke var udtryk for en endeligt fastsat værdi.¹⁷⁶ Denne opfattelse synes dog at have fået en ende i KFUs kendelse i Simonsen & Weel.

Både EUD og KFU præciserer, at fleksibiliteten ved rammeaftaler kommer til udtryk ved udbudslovens ændringsregler, herunder muligheden for at foretage kvantitative udvidelser af rammeaftalen, såfremt denne udvidelse udgør en ændring i overensstemmelse med UBL §§ 178 ff.¹⁷⁷

8.2.3 Hvordan skal den maksimale værdi fastsættes?

Udover at fastsætte den anslåede værdi af rammeaftalen, hvori ordregiver giver sit bedste skøn på, hvad der forventes indkøbt på rammeaftalen, skal ordregiver også angive rammeaftalens maksimale værdi, dvs. det loft som ordregiver skal holde under i rammeaftalens levetid.

Imidlertid fremgår det ikke direkte af EUDs afgørelser i hverken Autorità eller Simonsen & Weel, hvordan den maksimale værdi skal fastsættes.

EUD udelukkede dog i Autorità, med henvisning til gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver i sin angivelse af mængden henviste til et sædvanligt behov.¹⁷⁸ Domstolen forklarer dog ikke, hvad formuleringen ”sædvanligt behov” dækker over, hvorfor det synes nødvendigt at undersøge, hvordan den maksimale mængde og/eller værdi skal præciseres for at være tilstrækkelig i sin beregning.

Det fremgår af Generaladvokatens forslag til afgørelse i Autorità, at det er Generaladvokatens opfattelse, at der som udgangspunkt ikke er noget til hinder for at henvise til ordregivers sædvanlige behov, så længe behovet er klart og præcist defineret i rammeaftalen eller i udbudsbetingelserne. Behovene skal således kunne forstås af alle potentielt interesserede parter.¹⁷⁹

Hertil anførte Generaladvokaten, at det sædvanlige behov kunne være de behov som omfatter købsmængden fra tidligere år. Dog argumenterede Generaladvokaten for, at en henvisning til det

¹⁷⁶ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende udbudsret (2016), s. 160

¹⁷⁷ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 30 og C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 70

¹⁷⁸ Sag C-216/17, Autorità, pr. 67-68

¹⁷⁹ Generaladvokatens udtalelse i generaladvokatens forslag til afgørelse i Autorità, pr. 80 og 81

sædvanlige behov, som fremsættes uanmeldt i løbet af rammeaftalens løbetid og uden det historiske grundlag, ikke vil være tilstrækkeligt, da dette ville skabe ubestemte anvendelsesområder i strid med de grundlæggende principper.¹⁸⁰

EUD indtog imidlertid en mere restriktiv fortolkning end Generaladvokaten, idet Domstolen argumenterede for, at selvom en henvisning til det sædvanlige behov muligvis var en tilstrækkelig gennemsigtig information for nationale ordregivere, var det det ikke nødvendigvis for udenlandske leverandører og dermed i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.¹⁸¹

Hertil bemærkede EUD, at når det sædvanlige behov er velkendt bør det ikke være vanskeligt at angive det i rammeaftalen eller i udbudsbetingelserne og derved sikre overholdelse af de grundlæggende principper.¹⁸²

Det kan af ovenstående udledes, at EUD har forsøgt at fastsætte et ret absolut krav til konkretiseringen af den maksimale mængde og/eller værdi, hvor omfanget af rammeaftalen udtrykkes i klare og præcise enheder, hvad enten dette gælder pris, mængde eller volumen.

Ved den reelle fastsættelse af den maksimale værdi fremfører KFST i sin vurdering af Autorità, at det kan være vanskeligt for ordregivere at fastsætte denne, idet ordregivere netop ofte bruger rammeaftaler i de tilfælde, hvor behovet er svært at afklare. Det kan især være svært for indkøbscentraler at estimere den maksimale værdi præcist, fordi de indgår rammeaftaler for en lang række ordregivere, som alle har forskellige behov og disse behov er ikke nødvendigvis kendt af indkøbscentralen.¹⁸³

For at imødekomme dette udtaler KFST, at ordregivere har ”et betydeligt skøn ved fastsættelsen af rammeaftalens maksimale værdi”. På den måde kan ordregiver i sin skønsmæssige vurdering tage hensyn til, at der ikke er en fuldstændige sikkerhed for, at den værdi, der fastsættes på ét tidspunkt reelt afspejler virkeligheden på et senere tidspunkt. Den maksimale værdi kan således anskues som

¹⁸⁰ Generaladvokatens udtalelse i generaladvokatens forslag til afgørelse i Autorità, pr. 82

¹⁸¹ Sag C-216/17, Autorità, pr. 67

¹⁸² Ibid., pr. 68

¹⁸³ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 12

en buffer til den anslåede værdi, som kan korrigere for de tilfælde, hvor ordregivers estimat ikke holder stik.

KFST pointerer dog også, at skønnet skal være sagligt begrundet, hvorfor det vil være i strid med proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet, hvis ordregiverne fastsætter den maksimale værdi kunstigt højt.¹⁸⁴ Med kunstigt højt menes, at ordregiver sætter værdien væsentligt højere end, hvad der reelt var behov for alene for at skabe mere fleksibilitet ved at skabe et unaturligt højt udbudsretligt manøvrerum samt undgå at rammeaftalen udtømmer sin virkning før tid.

En kunstig høj værdiangivelse vil således både være i strid med udbudsreglerne, men kan også gøre det sværere for tilbudsgivere at vurdere den sande værdi af rammeaftalen, hvilket øger risikoen for at leverandørerne på rammeaftalen ikke udnytter deres kapacitet til fulde og dermed fremover vil være mindre tilbøjelige til at tilbyde skarpe priser.

Dertil bemærker KFST, at ordregivers saglige skøn kan være baseret på ordregivers tidligere købshistorik, udsigter for fremtiden eller den budgetmæssige ramme.

På baggrund af ovenstående kan det synes uklart, hvornår ordregivers saglige skøn ligger for højt og dermed vanskeligt for ordregiver at balancere på den ene side beregningen af rammeaftalens omfangsmæssige potentiale under hensyn til at rammeaftalen ikke risikere at udtømme sin virkning og på den anden side kravet om et sagligt skøn og dermed ikke at fastsætte værdien for højt. I forhold til tidligere udbudspraksis vil det kræve en del mere af ordregiver både at forholde sig til- og beskrive sit reelle indkøbsbehov, men også løbende at føre kontrol med rammeaftalerne.

Dette kan synes særlig ressourcetungt for indkøbscentralerne, da der naturligt er mange ordregivere med forskellige behov tilknyttet disse rammeaftaler.

I praksis bør ordregiver derfor sikre sig mod at værdiangivelsen bliver vurderet som værende usaglig ved at føre fyldestgørende dokumentation for det saglige skøn og de undersøgelser, der er foretaget i forbindelse med udøvelsen af skønnet, evt. i form af et notat om, hvordan ordregiver har forholdt sig til den angivne værdi.

Ikke desto mindre må det vurderes, at hensynene der søges beskyttet i de grundlæggende principper er tilstrækkeligt tungtvejende til, at det er nødvendigt at forpligte ordregiver til at fastsætte den maksimale værdi på et sagligt og virkelighedsnært grundlag.

¹⁸⁴ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 12

8.2.4 Hvor skal den maksimale værdi fremgå?

Hvad angår spørgsmålet om, hvor i udbudsmaterialet den maksimale værdi skal angives, fremhæver EUD i Autorità, at såfremt ordregiver ikke var forpligtet til fra begyndelsen at angive den maksimale værdi af ydelserne omfattet af rammeaftalen vil dette kunne betyde omgåelse af tærskelværdierne i strid med UBD-2004.¹⁸⁵ På baggrund af denne udtalelse kan det tolkes, at EUD allerede ved offentliggørelsen af udbuddet forpligter ordregiver til at angive den maksimale værdi, idet udbuddets offentliggørelse må være udbuddets begyndelse.

Imidlertid synes EUD i en senere præmis at godtage, at den maksimale værdi af rammeaftalen først angives i selve rammeaftalen i forbindelse med ordregivers bekendtgørelsen om tildeling af kontrakt. EUD anfører således:

*”Såfremt den samlede mængde ydelser (...) er notorisk, bør der ikke være nogen vanskeligheder med at anføre den i selve rammeaftalen eller i et andet offentliggjort dokument såsom udbudsbetingelserne og herved sikre en fuldstændig overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.”*¹⁸⁶

EUD er således tvetydig i sin afgørelse i Autorità for så vidt angår placeringen af den maksimale værdi af rammeaftalen, hvilket resulterede i, at KFU søgte afklaring på spørgsmålet i forelæggelsessagen i Simonsen & Weel.

Imidlertid synes det også i EUDs besvarelse af de præjudicielle spørgsmål vanskeligt at gennemskue præcist, hvor EUD mener, at den maksimale værdi skal placeres. Dette kan delvist skyldes, at EUD har omstruktureret spørgsmålene fra KFU således, at spørgsmålet vedrørende angivelsen af henholdsvis den anslåede værdi og den maksimale værdi er blevet sammenskrevet og ikke holdt adskilt som KFUs spørgsmål oprindeligt lagde op til. Sammenskrivningen kan have bidraget til en smule begrebsforvirring undervejs, når EUD forsøger at afklare, hvor i udbudsmaterialet de forskellige værdier skal angives.

Under alle omstændigheder nævner EUD i præmis 74, at bl.a. art. 49, art. 33 og art. 18 i UBD-2014 ”skal fortolkes således, at der i udbudsbekendtgørelsen skal angives den anslåede mængde og/eller

¹⁸⁵ Sag C-2016/17, Autorità, pr. 66

¹⁸⁶ Ibid., pr. 68

*den anslåede værdi samt en maksimale mængde og/eller en maksimale værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale (...).*¹⁸⁷ Tilsvarende anfører EUD i adskillige andre præmisser, at den maksimale værdi skal angives eksplicit i udbudsbekendtgørelsen.¹⁸⁸

Imidlertid nævner EUD i en enkelt præmis:

*”For det andet kan angivelsen af den maksimale mængde eller maksimale værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, fremgå enten af udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsbetingelserne (...).*¹⁸⁹

Således anfører EUD, at angivelsen af den maksimale værdi af varer ikke nødvendigvis behøver at fremgå af udbudsbekendtgørelsen, men kan fremgå af udbudsbetingelserne. Forud for denne præmis bemærker EUD desuden, at dette er en *”supplerende præcisering”*¹⁹⁰. Dette kan på den ene side tolkes som værende en modifikation til uklarhederne vedrørende placeringen af den maksimale værdi i Domstolens afgørelse i Autorità, således at EUD nu med denne supplerende præcisering har taget endelige stilling til, hvor i udbudsmaterialet den maksimale værdi skal angives. Hertil skal det bemærkes, at en forudsætning for, at ordregiver kan angive værdien i udbudsbetingelserne og ikke i selve udbudsbekendtgørelsen er, at alle potentielle tilbudsgivere har fri adgang til udbudsbetingelserne i overensstemmelse med UBL § 132.

På den anden side kan EUDs inkonsistens i sin anvendelse af begreberne siges at udgøre et væsentligt usikkerhedsmoment og det er uklart, om præmis 71 i Simonsen & Weel reelt er udtryk for Domstolens endegyldige holdning, særligt fordi det af afgørelsens afsluttende præmis fremgår, at det alene er udbudsbekendtgørelsen, der skal indeholde den maksimale værdi.

Det skal hertil bemærkes, at det er min vurdering, at der ud fra et gennemsigtigheds- og ligebehandlingshensyn er vægtige argumenter for, at den maksimale værdi angives i udbudsbekendtgørelsen. Dette skyldes at tilbudsgiver får de bedst mulige forudsætninger for at

¹⁸⁷ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 74

¹⁸⁸ Ibid., pr. 59, 76 og 77

¹⁸⁹ Ibid., pr. 71

¹⁹⁰ Ibid., pr. 69

vurdere, hvorvidt virksomheden har den nødvendige kapacitet til at løfte den udbudte opgave, hvis tilbudsgiver allerede ved udbuddets begyndelse får indsigt i den maksimale værdi som rammeaftalen kan have. Det må således forekomme mest naturligt at ordregiver skal angive den maksimale værdi i udbudsbekendtgørelsen.

Til støtte for denne vurdering bemærkes det, ligesom i afsnit 8.1.4 om placeringen af den anslåede værdi, at oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen ofte udarbejdes på engelsk¹⁹¹ og i resumeret form på alle de øvrige EU-medlemsstaters officielle sprog. Imidlertid gælder dette ikke for det øvrige udbudsmateriale, hvorfor udbudsbetingelserne oftest vil være på den ordregivende myndigheds eget sprog.¹⁹²

Såfremt ordregiver alene fastsætter den maksimale værdi i udbudsbetingelserne, vil dette betyde, at potentielle tilbudsgivere fra andre medlemsstater end den ordregivendes medlemsstat, ikke kan orientere sig om rammeaftalens maksimale værdi uden at skulle bruge ressourcer på at oversætte det øvrige udbudsmateriale, hver eneste gang tilbudsgiver ønsker at vurdere et potentielt attraktivt udbud. Dette forekommer umiddelbart ikke som en enkelt og let tilgængelig måde for tilbudsgivere at orientere sig om udbud på, som ellers synes at være formålet med udbudsbekendtgørelsen.

Derimod synes det at være en unødvendig brug af ressourcer for tilbudsgiverne særligt henset til, at når den maksimale værdi er angivet i det øvrige udbudsmateriale, kan ordregiver lige så godt også angive den i udbudsbetingelserne uden nogle større ressourcemæssige omkostninger eller komplikationer for ordregiver. Dette taler for, at den maksimale værdi skal angives i udbudsbekendtgørelsen således, at tilbudsgiverne skal kunne vurdere rammeaftalens omfang og værdi ud fra udbudsbekendtgørelsen og ikke skal ned i udbudsmaterialet for at vurdere, om de vil investere tid og økonomi i at udarbejde det pågældende tilbud.

På baggrund af ovenstående er det ikke lykkedes EUD endeligt at afklare spørgsmålet, hvorvidt den maksimale værdi skal angives i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Tvivlsspørgsmålet synes dog endeligt at være blevet afklaret i KFUs kendelse i Simonsen & Weel af 9. november 2021, hvor KFU udtalte:

¹⁹¹ Jesper Fabricius, Offentlige indkøb i praksis (2017), side 347

¹⁹² KFST, Vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 155

”Efter EUDs besvarelse af klagenævnets spørgsmål er det fastslået, at retsstillingen er, (...) at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale tillige skal angive en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.”¹⁹³

KFU har dermed endeligt fastslået, at den maksimale værdi eller mængde af en rammeaftale kan fremgå af enten udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsbetingelserne. Dermed har KFU valgt at lægge sig fast på det mindst vidtgående synspunkt i forhold til EUDs afgørelse i samme sag.

Ud fra ovenstående gennemgang og egne betragtninger kan der stilles spørgsmålstejn ved fornuften af KFUs beslutning på dette punkt. Hertil er det min vurdering, at det synes vanskeligt at fremsætte gode argumenter for, hvorfor der ikke skulle gælde et krav om angivelse af den maksimale værdi i udbudsbekendtgørelsen. Særligt henset til både EUDs og KFUs endelige konklusion om, at ordregiver under alle omstændigheder er forpligtet til at angive den maksimale værdi, synes det at være en ren formalitet og en mindre indgribende manøvre for ordregiver, at fastsætte værdien i udbudsbekendtgørelsen, hvor den umiddelbart hører til.

Ikke desto mindre er der ud fra KFUs kendelse i Simonsen & Weel ikke længere tvivl om, at KFU anser gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet som værende opfyldt, hvad enten ordregiver fastlægger den maksimale værdi i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Det bliver dog interessant at se, hvorledes leverandørmarkedet reagerer på kendelsen, da man godt kan forestille sig, at en eventuel forbigået tilbudsgiver vil forsøge at få afklaret, om EUD i virkeligheden mente, at den maksimale værdi eller mængde kan angives i enten udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale og dermed få prøvet, hvorvidt KFU nu har taget fejl i sin fortolkning af svarene på de præjudicielle spørgsmål.

8.3 Krav om angivelse af samlet værdi eller værdi pr. ordregiver

I kølvandet på Autorità og klagenævns sagen i Simonsen & Weel opstod tvivl om, hvorvidt den anslåede- eller maksimale værdi af rammeaftalen skulle angives samlet for hele rammeaftalen

¹⁹³ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 28

inklusiv alle ordregivere, der potentielt vil kunne tildele ordrer, eller om værdi i stedet skulle angives pr. individuel ordregiver, som kan tiltræde rammeaftalen. Tvivlen opstod især idet udbudsmaterialet til rammeaftalen i sagen *Autorità* indeholdt en udvidelsesklausul, hvorved aftalen kunne udvides med en række tiltrædende ordregivere.

Tilsvarende var det tilfældet i klagenævns sagen i *Simonsen & Weel*, hvor udbuddet var iværksat af to regioner, Region Nordjylland og Region Syddanmark, hvoraf den ene, Region Syddanmark, alene deltog på option. Klagenævns sagen resulterede i, at KFU i det første præjudicielle spørgsmål, litra b, og det andet præjudicielle spørgsmål, litra b, søgte afklaret om henholdsvis den anslåede værdi og den maksimale værdi af rammeaftalen skulle angives 1) samlet for alle relevante ordregivere, 2) kun for den oprindelige ordregiver eller 3) kun for den tiltrædende ordregiver.

I sin besvarelse af det første og andet præjudicielle spørgsmål, litra b, behandlede EUD disse samlet og skelnede for så vidt ikke mellem om angivelsen af den anslåede værdi og angivelsen af den maksimale værdi skulle fastlægges samlet eller pr. ordregiver. Da der ikke synes at være noget til hinder for, at behandlingen af den anslåede- og maksimale værdi i denne henseende bør adskilles og det i øvrigt synes meningsfuldt at behandle værdierne samlet, følger nedenstående undersøgelse dermed EUDs struktur.

I *Autorità* anvender EUD betegnelsen ”den samlede mængde” i flere præmisser, når Domstolen omtaler værdiangivelserne¹⁹⁴, herunder anføres det i præmis 60, at den oprindelige ordregiver skal ”(...) præcisere den samlede mængde, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter.” Dette kan tolkes som en indikation på, at rammeaftalens værdi skal angives som en samlet mængde og ikke nødvendigvis en mængde pr. ordregiver.

Imidlertid fastsatte EUD i en senere præmis, at det er udelukket at tiltrædende ordregivere, dvs. de ordregivere der deltager på option ”ikke fastlægger mængden af de ydelser, der kan bestilles, når de indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen”.¹⁹⁵ Dette kan muligvis tolkes som en pligt til at angive en samlet mængde pr. tiltrædende ordregiver. På den anden side fremstår præmissen ikke som en direkte indikation på, at rammeaftalens værdi skal angives pr. ordregiver og EUD nævner ingen steder

¹⁹⁴ Sag C-2016/17, *Autorità*, pr. 60, 64 og 68

¹⁹⁵ *Ibid.*, pr. 71

i dommen, at værdien af rammeaftalen absolut skal fastsættes pr. tiltrædende ordregiver. Såfremt dette havde været EUDs intention, kunne de have fastslået dette i en separat præmis således, at Domstolens pointe fremstod klar og utvetydig.

I sin vurdering af Autorità udtaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det må være tilstrækkeligt med en angivelse af den samlede mængde eller værdi af de ydelser, som er omfattet af rammeaftalen, således at den oprindelige ordregiver skal angive den samlede værdi for hele rammeaftalen.¹⁹⁶

I Autorità tog EUD dog ikke endegyldigt stilling til om værdierne skal angives samlet eller pr. ordregiver, hvorfor dette blev forsøgt afklaret i Simonsen & Weel-sagen. I denne forbindelse konstaterede EUD i Simonsen & Weel:

*”(...) gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, er til hinder for, at en ordregivende myndighed begrænser sig til at meddele delvise oplysninger om genstanden for og omfanget af en rammeaftale på det kvantitative og/eller finansielle plan”.*¹⁹⁷

I forlængelse heraf udtalte EUD, at angivelsen af den anslåede værdi *”kan fremgå samlet i udbudsbekendtgørelsen, da en sådan angivelse er tilstrækkelig til at sikre overholdelsen af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.”*¹⁹⁸

Imidlertid fremhævede Domstolen:

*”Der er imidlertid intet til hinder for, at en ordregiver med henblik på at supplere oplysningerne til tilbudsgiverne og sætte dem i stand til bedst muligt at vurdere, om det er hensigtsmæssigt at afgive tilbud, fastsætter supplerende krav og underinddeler den samlede værdi af rammeaftalen.”*¹⁹⁹

”Ligeledes kan en ordregivende myndighed særskilt angive den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi samt en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af

¹⁹⁶ KFST notat om vurdering af EUDs dom af 19. december 2018 i sagen 216/17 (2019), s. 8

¹⁹⁷ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 76

¹⁹⁸ Ibid., pr. 77

¹⁹⁹ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 78

*de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, for hver af de ordregivende myndigheder, uanset om disse har til hensigt at indgå rammeaftalen, eller om de har en option.*²⁰⁰

Herved kan ordregiver for så vidt angår den anslåede værdi opdele rammeaftalens samlede værdi, hvis dette giver tilbudsgiverne bedre forudsætninger for at kunne bedømme om rammeaftalen er attraktiv. Ligeledes kan ordregiver angive den anslåede- eller maksimale værdi særskilt for de individuelle ordregivere, hvad enten disse er tiltrædende- eller oprindelige ordregivere. Da EUD i både præmis 78 og 79 bruger verbet ”kan”, må præmisserne tolkes som værende udtryk for en mulighed og ikke en pligt for ordregiver.

Af ovennævnte præmisser må det dermed forstås, at henholdsvis den anslåede- og maksimale værdi af rammeaftalen som udgangspunkt skal angives som samlede værdier og at ordregiver derved ikke har en absolut pligt til at opdele værdierne på de enkelte ordregivere i tilfælde, hvor dette ellers kunne være relevant og hvis dette giver tilbudsgiverne bedre forudsætninger for at vurdere hensigtsmæssigheden i at afgive tilbud.

Det må dog alligevel bemærkes, at det henset til princippet om gennemsigtighed kan forekomme naturligt, såfremt ordregiver udbyder adskillige forskellige delaftaler på en rammeaftale, at ordregiver her opsplitter den samlede værdi i overensstemmelse hermed.

Ligeledes kan der argumenteres for, at behovet for tilbudsgivers indsigt i værdiangivelserne pr. ordregiver alt andet lige vil stige i takt med antallet af forskellige ordregivere på rammeaftalen, da opdelingen vil give tilbudsgiver bedre mulighed for at vurdere det omfang de forskellige ordregivere estimerer at anvende rammeaftalen.

Ydermere kan der opstå et praktisk problem i forhold til gennemsigtighed for tilbudsgivere i de tilfælde, hvor et udbud af en rammeaftale iværksættes af adskillige ordregivere med placering forskellige steder i landet, men hvor langt størstedelen af ordregiverne eksempelvis er placeret på Sydsjælland, men en enkelt ordregiver er placeret i Nordjylland. Hvis ordregiveren i Nordjylland på et tidligt tidspunkt i rammeaftalens levetid ender med at indkøbe for størstedelen af rammeaftalens værdi, således at ordregiverne på Sydsjælland ikke får mulighed for at trække på rammeaftalen i det omfang det oprindeligt var tiltænkt, vil det potentielt gøre rammeaftalen langt mindre attraktiv for en

²⁰⁰ Sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 79

leverandør på Sydsjælland. Dette skyldes, at leverandøren på Sydsjælland kan have vurderet rammeaftalen interessant under den forudsætning at ordregiverne på Sydsjælland netop ville have anvendt rammeaftalen i langt højere grad end det i dette tilfælde endte med at være muligt. I sådan et tilfælde vil tilbudsgiveren fra Sydsjælland ende med at have gennemgået en ressourcetung proces for at afgive tilbud på et udbud, som oprindeligt fremstod interessant, men som viste sig alligevel ikke at være det, fordi den attraktive del af rammeaftalen (forbruget for ordregiverne på Sydsjælland) ikke blev som forventet. Såfremt ordregiverne havde haft pligt til at fastsætte rammeaftalens værdi pr. ordregiver, kunne det have været undgået at ordregiveren fra Nordjylland havde opbrugt hele værdien og dermed have skabt et bedre indblik for tilbudsgiveren fra Sydsjælland, om rammeaftalen var attraktiv eller ej.

Imidlertid følger der ingen forpligtelse for ordregiver til at aftage en bestemt volumen og ordregiver er derfor som udgangspunkt ikke påkrævet at købe ind efter rammeaftalen, hvis ordregiver eksempelvis ikke har et indkøbsbehov. Således kan den enkelte ordregivers forventede forbrug på rammeaftalen ikke være afgørende for tilbudsgivers vurdering af interessen i udbuddet, da tilbudsgiver under alle omstændigheder ikke er sikret at skulle levere det angivne omfang. I ovennævnte tilfælde var det under alle omstændigheder ikke sikkert at ordregiverne på Sydsjælland havde gjort brug af rammeaftalen alligevel.

Der kan også argumenteres for, at en værdiangivelse pr. ordregiver ville stride imod rammeaftalens grundlæggende fleksible karakter, da en sådan opdeling naturligt vil begrænse ordregiverne i at udnytte rammeaftalens fulde værdi, da det i princippet ville betyde, at ordregiverne alene kunne foretage indkøb inden for den værdi, som er angivet individuelt for de respektive ordregivere. Skulle en ordregiver opleve et øget indkøbsbehov i rammeaftalens løbetid vil det således ikke være muligt at "låne indkøbskapacitet" ved at trække på den værdi som en anden ordregiver ikke anvender. Dette må opfattes som et generelt ressourcspild samt en hindring af den fleksibilitet, der ligger i fremgangsmåden ved de konkrete indkøb og dermed selve grundlaget for anvendelsen af rammeaftaler.

På trods af ovenstående betragtninger må det afgørende for angivelsen af den samlede værdi ud fra gennemsigtighedsprincippet være, at udbuddet beskrives på en sådan måde, at de potentielle tilbudsgivere kan overskue, om de overordnet finder udbuddet attraktivt uanset fordelingen af tilknyttede ordregivere og deres forventede forbrug.

Tilsvarende fastslår KFU i sin kendelse af 9. november 2021 i Simonsen & Weel, i overensstemmelse med EUDs konklusioner i samme sag, at den anslåede- og maksimale værdi skal angives som samlede

værdier af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.²⁰¹ KFUs afgørelse synes således at stemme overens med gennemsigtighedsprincippet samt rammeaftalens fleksible karakter.

8.4 Delkonklusion

EUDs afgørelser i Autorità og Simonsen & Weel har gennem den seneste tid været genstand for en del debat og har affødt en række tvivlsspørgsmål vedrørende kravene til angivelsen af henholdsvis den anslåede- og maksimale værdi af rammeaftaler, herunder hvordan disse værdier skal fastsættes og ikke mindst, hvor de skal placeres i udbudsmaterialet. Tvivlsspørgsmålene synes særligt at optage danske udbudspraktikere, hvilket må begrundes med, at man i Danmark hidtil har haft en meget pragmatisk tilgang til rammeaftaler. Det har herved været bredt antaget blandt markedets aktører, at rammeaftalens omfang og værdi kunne ansues ud fra et lidt løsere perspektiv, hvor rammeaftalens værdi i højere grad var udtryk for et vejledende omfang end en absolut fastsat grænse.

Størstedelen af de centrale juridiske tvivlsspørgsmål må efter EUDs afgørelser i Autorità og Simonsen & Weel samt KFUs kendelse af 9. november 2018 dog siges at være endeligt klarlagt.

På den ene side lægger EUD i sin argumentation i begge afgørelser stor vægt på de grundlæggende EU-retlige principper, hvor særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet spiller en central rolle i kravet om, at alle potentielle tilbudsgivere skal have mulighed for at få indsigt i rammeaftalens væsentlige forhold, herunder den anslåede- og maksimale værdi af de kontrakter, der kunne forventes indfriet under rammeaftalen, uanset tilbudsgivers størrelse og fysiske placering.

Derudover fremhæves også hensynet til en effektiv konkurrence som et vægtigt forhold i argumentationen for, hvorfor ordregiver er påkrævet at fastsætte rammeaftalens værdi. Hertil er ordregivers præcisering af omfanget af de ydelser, som er omfattet af aftalen en konkretisering af forbuddet mod misbrug af rammeaftaler og dermed en sikring mod korrupsion, diskrimination og favorisering af ordregivere således at anvendelsen af rammeaftaler ikke sker på en måde, der begrænser konkurrencen.

²⁰¹ KFU kendelse Simonsen & Weel, 9. november 2021, s. 28

På den anden side fremhæves hensynet til den udprægede fleksibilitet, som gør rammeaftalen til en særdeles attraktiv indkøbsmetode og som skal sikre et effektivt indre marked og optimal ressourceudnyttelse. Imidlertid står hensynet til fleksibiliteten ofte som modstykke til ovennævnte hensyn om gennemsigtighed og ligebehandling, hvorfor fleksibiliteten og de muligheder hensynet medfører, ikke er uden begrænsninger.

I forhold til ovenstående analyses første afsnit vedrørende den anslåede værdi, kan det konkluderes, at der gælder et krav om at ordregiver skal fastsætte den anslåede værdi af, hvad der forventes af forbrug på rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen. Kravet forekommer at være nødvendigt for at sikre overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, idet alle tilbudsgivere fra udbuddets offentliggørelse skal have mulighed for at vurdere, om virksomheden har kapacitet til at løfte opgaven samt om udbuddet er attraktivt for dem at byde på. På denne baggrund er det væsentligt, at udbudsbekendtgørelsen indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, hvilket må konkluderes også at gælde rammeaftalens værdi og/eller mængde.

Derudover kan det konkluderes, at rammeaftalens anslåede værdi skal være udtryk for ordregivers saglige skøn. Ordregivers saglighedsvurdering skal være foretaget på et tilstrækkeligt, realistisk og sammenligneligt grundlag og må ikke være et vejledende upræcist estimat, som ordregiver ikke bliver bundet af.

Hvad angår analysens andet afsnit vedrørende den maksimale værdi kan det konkluderes, at der gælder et krav om, at ordregiver skal angive den maksimale værdi i enten udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Ud fra afvejning af de relevante hensyn samt inddragelse af relevant praksis, synes det uundgåeligt at ordregiver i fremtidige udbud ikke fastlægger sit maksimale indkøbsbehov og angiver dette på forhånd. Konklusionen er særlig fordi KFU i deres kendelse i Simonsen & Weel d. 9. november 2021, skelsættende fastslår, at den fleksibilitet som tilbudsgivere og ordregivere ellers har arbejdet ud fra som et tungtvejende hensyn, der gjaldt generelt for anvendelsen af rammeaftaler nu kan konkluderes primært at gælde ved tildelingen af rammeaftaler. Den fleksibilitet der ligger i rammeaftalens karakter gælder dermed ikke for selve værdiangivelsen af rammeaftalen, men i det efterfølgende forløb, når rammeaftalen er indgået, hvor ordregiver således har en fleksibilitet i forhold til at kunne bruge rammeaftalen. På denne baggrund synes hensynet til fleksibiliteten at være blevet mærkbart begrænset i forhold til tidligere antagelser og kravet om

ordregivers angivelse af den maksimale værdi af rammeaftalen synes at være en forudsætning for at kunne overholde de grundlæggende principper.

Ydermere skal det her fremhæves, at det på trods af det ovenfor anførte for så vidt angår placeringen af den maksimale værdi i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet fortsat foreligger en vis usikkerhed ift. om EUD, hvis direkte adspurgt ville nå samme konklusion som KFU. På den ene side synes angivelse af den maksimale værdi at stride mod rammeaftalens formål, herunder at hindre fleksibiliteten. På den anden side udgør de grundlæggende principper vægtige hensyn for at værdien angives i udbudsbekendtgørelsen, hvilket også er grunden til, at der i ovenstående afsnit stilles et undrende spørgsmålstejn ved, hvorfor værdien – når den nu alligevel skal angives i det øvrige udbudsmateriale – ikke påkræves angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Endvidere kan det konkluderes, at rammeaftalens maksimale omfang skal være udtryk for ordregivers saglige skøn og skal udtrykkes i klare og præcise enheder, hvad enten dette angår rammeaftalens pris, mængde eller volumen. Den maksimale værdi kan således ikke alene fastsættes med en henvisning til ordregivers sædvanlige behov og må ikke fastsættes unaturligt højt, da dette vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet. I forhold til tidligere udbudspraksis vurderes denne værdiangivelse at kræve nogle flere ressourcer af ordregiver, idet ordregiver skal kunne beskrive sit reelle maksimale indkøbsbehov samt efterfølgende monitorere rammeaftalerne, så de ikke risikerer at udtømme deres virkning.

Endeligt konkluderes det for så vidt angår angivelsen af den anslåede- og maksimale værdi per individuel ordregiver eller som en samlet værdi, at disse skal angives som samlede værdier af de varer, der kan indkøbes på rammeaftalen.

9 Konsekvensen ved ikke at angive de påkrævede værdier

Det står nu klart, at det er i strid med de udbudsretlige principper i UBL § 2, når ordregiver ikke angiver en maksimal grænse i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Imidlertid fremgik det ikke af EUDs afgørelse i Autorità, hvilke konsekvenser det ville have, såfremt ordregiver fortsat anvendte en rammeaftale, hvor den maksimale værdi var nået. EUD uddybede således ikke i sin udtalelse i præmis 61, hvad der gjaldt af retsvirkninger ved ordregivers manglende værdiangivelse

af rammeaftalen, herunder hvorvidt dette kunne sidestilles med direkte tildeling samt om rammeaftalen derved kunne erklæres for uden virkning.

På den baggrund forelagde KFU det tredje præjudicielle spørgsmål, hvor dette tvivlsspørgsmål netop blev søgt afklaret, herunder om en tilsidesættelse af værdiangivelseskravene ville være omfattet af de sanktioner, der gælder ved direkte tildeling og om sanktionen 'uden virkning' kunne finde anvendelse i dette tilfælde.

Imidlertid skal det bemærkes, at klager, Simonsen & Weel, på baggrund af EUDs præjudicielle afgørelse i sagen har frafaldet påstanden om, at den indgåede rammeaftale skal erklæres for uden virkning og alene opretholdt påstanden om en annullation af tildelingsbeslutningen. Dette skyldes, at EU-Domstolen med henvisning til hensigten bag indførelse af kontroldirektivet og sanktionen uden virkning²⁰² fandt, at det ville være uforholdsmæssigt at udvide sanktionen uden virkning til også at omfatte den situation, hvor ordregiver har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, men undladt at angive den anslåede- og maksimale mængde og/eller værdi, der skulle leveres i henhold til rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale.²⁰³ I en situation som den omhandlede i Simonsen & Weel, konkluderede EUD således, at de manglende værdiangivelser i strid med udbudsdirektivet og de grundlæggende principper ikke var alvorlige nok til at udløse uden virkningssanktionen. Denne konklusion blev understøttet af følgende udtalelse fra EUD:

*”Den ordregivende myndigheds tilsidesættelse af sin pligt til at angive omfanget af en rammeaftale er nemlig i et sådant tilfælde tilstrækkeligt synlig til, at den kan opdages af en økonomisk aktør, der agter at afgive et tilbud, og som derfor må anses for at være informeret.”*²⁰⁴

Sanktionen finder derfor alene anvendelse på de alvorligste tilsidesættelser af udbudsretten og ikke i den situation, hvor en udbudsbekendtgørelse er offentliggjort, da tilbudsgiver ved sin vurdering af udbuddet derved har været bekendt med, at den anslåede- og maksimale værdi ikke var angivet.²⁰⁵

²⁰² Simonsen og Weel, pr. 86

²⁰³ Simonsen og Weel, pr. 87

²⁰⁴ Ibid., pr. 89

²⁰⁵ Ibid., pr. 90

Imidlertid tog EUD ikke videre stilling til de forskellige scenarier, denne konklusion medførte, herunder de situationer, hvor ordregiver eksempelvis ikke har angivet hverken en anslået værdi eller en maksimal værdi i udbudsgrundlaget eller, hvor ordregiver har angivet en anslået værdi, men ikke en maksimal værdi og hvad konsekvenserne i så fald skal være ved at foretage træk på en sådan rammeaftale. EUDs konklusion efterlader derved nogle tvivlsspørgsmål, som giver anledning til en diskussion, som dog ikke vil blive berørt yderligere i dette speciale.

På baggrund af klagers, Simonsen & Weel, frafald af påstanden om sanktionen uden virkning, tog KFU i kendelsen ikke stilling til denne sanktion og afklarede dermed heller ikke de tvivlsspørgsmål, der fortsat er ubesvarede.

Følgende afsnit vil derfor alene beskæftige sig med annulationssanktionen i vurderingen af konsekvensen ved ikke at angive de påkrævede værdier.

9.1 Annullation af tildelingsbeslutningen

Det følger af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, at KFU kan annullere ordregivers ulovmæssige beslutninger eller udbudsforretning. KFU kan derved principielt annullere alle de typer af beslutninger, som ordregiver træffer i forbindelse med udbuddet, herunder beslutningen om ikke at foretage et EU-udbud, beslutningen om at afvise et tilbud, beslutningen om at ændre en kontrakt etc. I praksis er der dog muligheden for at annullere ordregivers tildelingsbeslutning, der har størst interesse, idet de fleste klager er indgivet i standstill-perioden og dermed efter ordregiver har truffet sin tildelingsbeslutning.²⁰⁶

Betingelserne for at KFU annullerer tildelingsbeslutningen er, at der er tale om 1) en retlig mangel, 2) manglen skal være væsentlig og 3) der må ikke foreligge særlige forhold, der taler afgørende imod en annulation. Derudover skal den retlige mangel have en vis grovhed for, at annulationssanktionen kan finde anvendelse samt have haft konkret indflydelse på afgørelsen af hvem, der har vundet kontrakten.²⁰⁷

²⁰⁶ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten (2016), s. 635

²⁰⁷ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende Udbudsret (2016), s. 81

Imidlertid fremgår det ikke af klagenævnetsloven, hvilke konsekvenser det har, at ordregivers tildelingsbeslutning annulleres, idet KFUs kompetence ikke rækker længere end til ordregivers beslutning. KFUs beslutning om annullation af ordregivers ulovlige tildeling medfører dermed ikke automatisk ugyldighed.²⁰⁸

De nærmere konsekvenser for overtrædelse af udbudsreglerne følger af UBL 185, stk. 2, hvorved en ordregiver som udgangspunkt skal bringe en rammeaftale til ophør, når tildelingsbeslutningen annulleres ved endelig afgørelse eller dom. I de tilfælde hvor KFU eller domstolene har annulleret ordregivers tildelingsbeslutning skal rammeaftalen således ophøre.

Annulationssanktionen spiller således en væsentlig rolle i KFUs påbud om lovliggørelse af udbuddet og har derfor også betydning for gyldigheden af en indgået rammeaftale.²⁰⁹

I KFUs kendelse i Simonsen & Weel kommer KFU frem til, at der skal ske en annullation af tildelingsbeslutningen, hvorefter regionerne skal bringe rammeaftalen til ophør, jf. UBL § 185, stk. 2. I forlængelse heraf udtaler KFU, at der ikke er grundlag for at videreføre aftalen, da der ikke er nogle særlige samfundshensyn, som kan begrunde en videreførelse.²¹⁰ Kendelsen er ved sin annullation af regionernes tildelingsbeslutning således en skærpelse af EUDs dom, som alene fastslog, at sanktionen uden virkning var forbeholdt de grelleste overtrædelser af udbudsloven. KFU uddyber kort sin konklusion med bemærkningen:

”Regionerne har ikke løftet bevisbyrden for, at den manglende beskrivelse af rammeaftalens rammer ikke har bevirket, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra at afgive tilbud.”²¹¹

KFU konstaterer dermed, at regionerne ikke har kunne godtgøre, at overtrædelsen ved ikke at angive de påkrævede oplysninger, ikke har haft konkret betydning for de potentielle tilbudsgiveres muligheder for at afgive tilbud. Hvis udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne havde

²⁰⁸ Carina Risvig Hamer, Grundlæggende Udbudsret (2016), s. 821

²⁰⁹ Ibid., s. 636

²¹⁰ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 30

²¹¹ KFU kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel, s. 30

indeholdt oplysninger om rammeaftalens værdier kunne andre tilbudsgivere potentielt have fundet rammeaftalen attraktiv og afgivet tilbud, hvilket kunne have påvirket ordregivers tildelingsbeslutning. Derudover henviser KFU blot til hensynene i sin besvarelse af påstand 1a og 1b, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed som tidligere gennemgået i dette speciale.

På baggrund af ovenstående har KFU endeligt slået fast, hvilke konsekvenser der gælder for ordregivers manglende angivelse af rammeaftalens omfang.

Det fortolkningsbidrag som kendelsen giver, er således at de manglende oplysninger vedrørende rammeaftalens omfang ikke alene udgør en formel overtrædelse af UBL §§ 56 og 128, stk. 2, men derimod en materiel overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2 som har påvirket konkurrencen om udbuddet. Denne overtrædelse giver dermed grundlag for KFUs annullering af tildelingsbeslutningen.

I praktisk forlængelse heraf kan der blandt markedets økonomiske aktører dog være tvivl om, hvad der gælder for de rammeaftaler, der allerede blev udbudt inden Simonsen & Weel indgav klage til KFU, men hvor udbudsbekendtgørelsen ikke indeholdt en angivelse af eksempelvis den maksimale værdi. Denne tvivl vil kort blive behandlet i afsnittet nedenfor.

10 Retsstillingen for allerede indgåede rammeaftaler uden værdiangivelse

Hvad angår den situation, hvor ordregiver har udbudt en rammeaftale og i denne forbindelse angivet en anslået værdi, men ikke en maksimal værdi, vil det være ukendt, hvad der reelt er rammeaftalens maksimalværdi. Såfremt ordregiver foretager træk på rammeaftalen, som overstiger den anslåede værdi vil det dermed være uklart, hvad konsekvenserne heraf vil være. Eftersom EUD i Simonsen & Weel udtalte, at sanktionen uden virkning alene kunne finde anvendelse i de mest alvorlige tilfælde af tilsidesættelse af EU-retten, kan en situation som denne næppe antages at være af så tilstrækkelig alvorlig karakter. Det synes derfor mest oplagt og tillige mest pragmatisk at anse den anslåede værdi og den maksimale værdi som værende sammenfaldende dvs., at den manglende værdiangivelse for den maksimale grænse vil være identisk med den anslåede værdi. Således vil rammeaftalen have udtømt sine virkninger på det tidspunkt, hvor den anslåede værdi er nået og vil herefter skulle

genudbydes. Denne løsning synes også at være i overensstemmelse med udbudsrettens formål om effektive og agile indkøbsprocesser, idet rammeaftalen herved kan fortsætte indtil den anslåede værdi er nået. Ligeledes synes løsningen i overensstemmelse med de grundlæggende principper, idet alle tilbudsgiverne har fået oplyst den anslåede værdi ved udbuddets offentliggørelse.

Der synes således at være vægtige argumenter for, at disse eksisterende rammeaftaler vil kunne fortsætte, dog ikke i et omfang, der går udover den angivne værdi.

Dertil gælder der ifølge klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3 en klagefrist på 6 måneder såfremt en eventuel leverandør eller forbigået tilbudsgiver vil klage over tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen. For så vidt angår de udbudte rammeaftaler og dertilhørende udbudsbekendtgørelser, som ligger et halvt år forud for KFUs kendelse i Simonsen & Weel synes klagefristen på 6 måneder derfor at være sprunget.

Således er det min vurdering, at i det tilfælde, hvor der i udbudsbekendtgørelsen ikke er oplyst en maksimal værdi og hvor det er mere end 6 måneder siden, at ordregiver har tildelt, vil der ikke længere kunne klages over tildelingsbeslutningen.

Ovenstående scenarie har endnu ikke været prøvet af hverken EUD eller KFU, men der er nok ingen tvivl om at dette vil blive efterprøvet i fremtiden, da der må antages at eksistere mange rammeaftaler, hvor der ikke er angivet hverken en anslået eller maksimal værdi i udbudsbekendtgørelsen. Det bliver derfor spændende at følge, hvordan leverandørmarkedet reagerer herpå.

11 Konklusion

Formålet med specialet har været at foretage en dybdegående analyse af udbudsreglernes bestemmelser om rammeaftalers estimerende værdier set i lyset af EU-Domstolens afgørelser C-216/17, Autorità og C-23/20, Simonsen & Weel.

Rammeaftaler kan bidrage til effektive og mere fleksible indkøb gennem et lavere ressourceforbrug, idet rammeaftalen afløfter udbudspligten for de enkelte ordregivere. Netop dette udgør nogle af de fordele, der er ved brugen af rammeaftaler.

Imidlertid er der også visse markeds-mæssige udfordringer forbundet med rammeaftaler, særligt i de tilfælde hvor rammeaftalerne dækker store andele af omsætningen på markedet. I disse tilfælde er der risiko for at markedsadgangen begrænses for de virksomheder, som står uden for rammeaftalen.

Denne ulempe vil på længere sigt føre til hindret konkurrence, højere priser og dårligere løsninger for ordregiverne.

Derefter analyserer specialet, hvilke krav der gælder for ordregivere til angivelsen af rammeaftalens værdier når denne udbydes. Hertil kan det konkluderes, at størstedelen af de centrale juridiske tvivlsspørgsmål efter EUDs afgørelser i Autorità og Simonsen & Weel samt KFUs kendelse af 9. november 2018 i Simonsen & Weel er endelig klarlagt. Begge afgørelser er skelsættende for dansk udbudsret, men særligt kendelsen i Simonsen & Weel synes at bidrage til en anden måde at anskue rammeaftaler på. Således fastslog KFU, at den fleksibilitet som hidtil har været forbundet med rammeaftalernes omfang primært gælder ved tildelingen af kontrakter under rammeaftalen og ikke fastsættelsen af værdien. Flexibiliteten omkring værdiansættelserne er dermed blevet indskrænket mærkbart for ordregiverne.

Hvad angår den anslåede værdi af rammeaftalen gælder der ud fra hensynet til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed et krav for ordregiver om at angive den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen. Den anslåede værdi skal fastsættes på baggrund af ordregivers saglige skøn, som skal foretages på et tilstrækkeligt og realistisk grundlag og må ikke alene være udtryk for et vejledende og ikke bindende estimat.

For så vidt angår den maksimale værdi gælder der ligeledes ud fra hensynet til de grundlæggende princippet et krav om, at værdien skal angives i enten udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Den maksimale værdi skal fastsættes ud fra en saglighedsvurdering og må ikke fastsættes unaturligt højt.

Begge værdier skal angives som samlede værdier af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale og således ikke pr. ordregiver.

Såfremt ordregiver ikke overholder kravene til angivelsen af de pågældende værdier vil dette være en overtrædelse af UBL samt de grundlæggende principper, hvilket KFU har fastslået skal sanktioneres med annullation af tildelingsbeslutningen.

Litteraturliste

Lovgivning

EU-lovgivning:

Udbudsdirektivet 2004 (UBD-2004): Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004

Udbudsdirektivet 2014 (UBD-2014): Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

Kontroldirektiverne: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF som ændret ved 2007/66/EU

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Dansk lovgivning:

Udbudsloven: Lov nr. 1564 af 15. december 2015

Forslag til Udbudsloven: Lovforslag nr. L 19 fremsat den 7. oktober 2015 af erhvervs- og vækstministeren Troels Lund Poulsen

Lov om Klagenævnet for Udbud: Lbk nr. 593 af 2. juni 2016

Lov om håndhævelse af udbudsreglerne: Lkb nr. 593 af 2. juni 2016

Forarbejder

Europa-Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – KOM(2011) 15 endelig af 27. januar 2011

Lovforslag nr. L 19, Folketinget 2015-16

Vejledninger, rapporter, meddelelser og notater

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Udbudsloven Vejledning om udbudsreglerne, 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen notat, 13. november 2019, Vurdering af EU-domstolens dom af 19. december 2018 i sagen 216/17, Autorità garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Copservice Soc. Coop arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) m.fl.

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

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rapport, Offentlige indkøb via centrale rammeaftaler, 2015

Erhvervsministeriets notat af 27. maj 2020: Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervsudvalg om afgivelse af indlæg ved EU-Domstolen i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, EEU Alm. del Bilag 682, Offentliggjort på <https://www.ft.dk/samling/20191/almdel/EUU/bilag/682/2199812/index.htm>

Undersøgelse udarbejdet for Kommissionen af PwC, London Economics And Ecorys ”procurement in Europe – cost and efficiency”, marts 2011

Afgørelsesregister

EU-Domstolen

EUD dom af 15. juli 1964, sag C-6/64, Costa mod Enel

EUD dom af 13. juli 1989, sag C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt

EUD dom af 22. juni 1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark

EUD dom af 5. oktober 2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig

EUD dom af 3. marts 2005, C-34/03, Fabricom SA mod État belge

EUD dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich

EUD dom af 12. december 2012, sag C-470/99, Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH

EUD dom af 19. december 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) m.fl.

Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona, forslag til afgørelse, sag C-216/17, Autorità Garante

Klagenævnet for Udbud

KFU kendelse af 16. december 2003, Bilhuset Randers A/S mod Sønderhald Kommune

KFU kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S

KFU kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland

KFU kendelse af 8. maj 2014, Abena A/S mod Slagelse Kommune

KFU kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark

KFU kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune

KFU kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune

KFU delkendelse af 16. januar 2020, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

KFU kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune

Bøger

Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3rd edition, 2014, Sweet & Maxwell.

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

Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende Udbudsret*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, 1. udgave, 2021, Djøf forlag

Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten*, 7. udgave, 2019, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Nielsen, Ruth og Ølykke, Grith Skovgaard, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets forlag

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

Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave, 2008, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Michael Steinicke og Bent Ole Gram Mortensen, *Dansk markedsret*, 4. udgave, 2015, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Steen Treumer, *Udbudsloven*, 1. udgave, 2016, Ex Tuto Publishing

Mads Bryde Andersen, *Ret og Metode*, 1. udgave, 2002, Gjellerup

Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2014, Jurist- og økonomiforbundets forlag

Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 4. udgave, 2017

Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU Ret – Fri bevægelighed*, 3. udgave, 2018, Karnov Group

Steen Treumer (red.), *Udbudsretten*, 1. udgave, 2019, Ex Tuto publishing

Dorthe Kristensen Balshøj, *Public Procurement and Framework Agreements*, 1. udgave, 2018, Jurist- og økonomiforbundets forlag

Juridiske artikler

Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*, U.2020B.114, 2020, Ugeskrift for Retsvæsen

Marta Andrecka, *Framework agreements, EU procurement law and the practice*, 2015, URT Upphandlingsrättslig Tidskrift / Procurement Law Journal, No. 2

Marta Andrecka, Framework agreements: Transparency in the Call of Award Proces, 5. juni 2015, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 10(4), 227 -230

Internetkilder mv.

Michael Steincke og Anders Nørregaard Jensen, *Rammeaftaler og værdiopgørelse. Føljeton* (2019). Offentliggjort på <http://www.publicure.dk/da/articles/201901/rammeaftaler-og-vaerdiopgoerelse-foeljeton>
Besøgt d. 18. december 2021

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*, 23. august 2019. Offentliggjort på https://denmark.dlapiper.com/da/nyhed/betydningen-af-eu-domstolens-dom-af-19-december-2018-rammeaftalen-er-opbrugt-nar-der?fbclid=IwAR11GbGNEooRzCZ_hsOisINcE3qDt-HVxTVNspn5_kgibLVXPJcBJVHV-98 Besøgt d. 18 december 2021

Mikkel Taanum og Frederik Haugsted, *Sjælden forelæggelse fra klagenævnet for udbud af præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen*, januar 2020. Offentliggjort på https://www.twobirds.com/da/news/articles/2020/denmark/sjaelden-forelaeggelse-fra-klagenavnet-for-udbud?fbclid=IwAR0BAQHpd_H9EokkEEaTgdz1RsddnG3Ir-gTip_XuIXenmq-kUPBHBDA6bYA Besøgt d. 18. december 2021

Thomas Larsen og Sofie Kaae Antonisen, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fortolker på begrænsninger i omfanget af rammeaftaler*, september 2019. Offentliggjort på <https://www.twobirds.com/da/news/articles/2019/denmark/konkurrence-og-forbrugerstyrelsen-fortolker>
Besøgt d. 18. december 2021

Cecilie Hald og Frederik Haugsted Jensen, *Ordregiver skal nøje overveje rammeaftalens anslåede værdi*, januar 2019. Offentliggjort på <https://www.twobirds.com/da/news/articles/2019/denmark/ordregiver-skal-noeje-overveje-rammeaftalens-anslaede-vaerdi> Besøgt d. 18. december 2021

Grith Skovgaard Ølykke og Mikkel Kurtzmann Hansen, *Hvilke regler gælder for ordregivers angivelse af rammeaftalens omfang?*, december 2019. Offentliggjort på <https://kammeradvokaten.dk/nyheder-viden/nyheder/2021/12/hvilke-regler-gaelder-for-ordregivers-angivelse-af-rammeaftalens-omfang> Besøgt d. 18. december 2021

Malene Roose Bagh, Niels Karl Heilskov Rytter og Grith Skovgaard Ølykke, Simonsen & Weel-dommen, juli 2021. Offentliggjort på <https://kammeradvokaten.dk/nyheder-viden/nyheder/2021/12/hvilke-regler-gaelder-for-ordregivers-angivelse-af-rammeaftalens-omfang> Besøgt d. 18. december 2021

IKA Podcast, Månedens Udbudskendelser med Horten – November, 15. november 2021

IKA Podcast, August: Rammeaftaler – hvad gør vi nu?, 31. august 2021

IKA Podcast, Juni: Ny vigtig dom fra EU-Domstolen om rammeaftaler og maksimalværdi, 24. juni 2021