



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

Indledning

Klagenævnet for Udbud har ved kendelse af 16. januar 2020 i sagen Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark forelagt tre præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkning af reglerne for brug af rammeaftaler.

De forelagte spørgsmål drejer sig om, hvorvidt offentlige ordregivere ved udbud af rammeaftaler er forpligtet til at fastsætte klare grænser for det maksimale omfang af de ydelser, som kan anskaffes på en rammeaftale, samt – i bekræftende fald – om en manglende angivelse af en sådan klar grænse skal sanktioneres efter kontroldirektivet.

Sagens faktiske omstændigheder

Region Nordjylland offentliggjorde den 30. april 2019 en udbudsbekendtgørelse om et offentligt udbud efter udbudsdirektivet af en 4-årig rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør om køb af forbrugsartikler til hjemmepatienter og institutioner. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at Region Syddanmark alene deltog ”på option”.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke oplysninger om den forventede (eller maksimale) mængde eller værdi af de varer, som kunne købes på rammeaftalen, herunder oplysninger om udbuddets anslåede værdi samlet eller anslået værdi af rammeaftalen for Region Nordjylland eller af optionen for Region Syddanmark.

I stedet fremgik de forventede forbrugsmængder for varer, som var omfattet af den udbudte rammeaftale, af udbudsmaterialet (i et bilag til kontrakten). Her var der angivet et forventet årligt forbrug for henholdsvis Region Nordjylland og Region Syddanmark samt et samlet forventet forbrug. Det fremgik af udbudsmaterialet, at de angivne forbrugsmængder alene var estimater og derfor ikke afgørende for det faktiske forbrug. Endelig fremgik det af udbudsmaterialets kontraktudkast, at rammeaftalen ikke ville indebære en konkret endelig forpligtelse for Region Nordjylland eller Region Syddanmark til at aftage bestemte mængder på bestemte tidspunkter.

Udbuddet resulterede i, at Region Nordjylland modtog tre konditionsmæssige tilbud. Efter en vurdering af disse tilbud valgte regionen at tildele kontrakten til Nutricia A/S.

Simonsen & Weel A/S, der også havde afgivet tilbud, indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.

Ved kendelse af 18. september 2019 besluttede Klagenævnet for Udbud, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, og ved kendelse af 16. januar 2020 forelagde Klagenævnet for Udbud tre præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen med følgende indhold:

Det første spørgsmål vedrører, om udbudsbekendtgørelsen i en sag som den foreliggende skal indeholde oplysninger om den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen. Hvis dette er tilfældet, spørges der til, om oplysningerne skal angives for rammeaftalen samlet og/eller for den oprindelige ordregiver (dvs. Region Nordjylland i sagen) og/eller for den ordregiver, der deltager på option (dvs. Region Syddanmark i sagen).

Det andet spørgsmål vedrører, om der i udbudsmaterialet skal fastlægges en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der kan leveres på rammeaftalen, og om rammeaftalen vil have udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået. Hvis dette er tilfældet, spørges der til, om den maksimale grænse skal angives for rammeaftalen samlet og/eller for den oprindelige ordregiver og/eller for ordregiveren, der deltager på option.

Hvis spørgsmål 1 og 2 besvares bekræftende, spørges der for det tredje til, om sanktionen ”uden virkning” efter kontroldirektivet skal finde anvendelse for rammeaftaler i situationer, hvor udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder oplysninger om den ansåede mængde og/eller værdi af rammeaftalens varer, men alene et estimat, samt i situationer hvor ordregiveren ikke har fastsat en maksimal mængde og/eller værdi af rammeaftalens varer i udbudsmaterialet.

Regeringens interesse og argumenter i sagen

Ved offentlige indkøb betragtes rammeaftaler generelt som en effektiv indkøbsform, som kan tiltrække gode bud under velfungerende konkurrence, bl.a. ved at understøtte stordriftsfordele og holde ordregiveres transaktionsomkostninger nede. På den anden side vil rammeaftaler typisk udelukke konkurrence i deres løbetid, idet langt de fleste rammeaftaler kun har én leverandør eller har flere leverandører, hvor de anvender direkte tildeling. Der er derfor i udbudsdirektivet fastsat et loft for, hvor længe en rammeaftale må gælde. I den pt. eneste EU-dom på området, Autorità-dommen¹, som Klagenævnet for Udbud henviser til i forelæggelseskendelsen, udtalte Domstolen i den konkrete sag, at ordregiver på forhånd skal fastsætte en

¹ EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sag C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice.

maksimumgrænse, og at rammeaftalen vil have udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået².

Ifølge Klagenævnet for Udbud er rækkevidden af disse udtalelser i dommen forbundet med en sådan tvivl, at nævnet har besluttet at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen herom. Det samme gælder spørgsmålet om, hvorvidt dommen finder anvendelse efter det nuværende udbudsdirektiv i en situation som den foreliggende. Det kan ikke med sikkerhed fastslås, om Autoritá-dommen alene vedrører den konkrete sag eller om den vedrører rammeaftaler generelt.

Det centrale i sagen er dermed, om der – ud over et tidsmæssigt loft - også gælder et værdi- el. mængdemæssigt loft for rammeaftaler, og i givet fald hvilke muligheder ordregiver har for fleksibilitet, når trækket på aftalen nærmer sig/overstiger loftet. Særligt vil det være uheldigt, hvis fleksibiliteten indsnævres væsentligt i forhold til, hvad der vurderes at være retsstillingen i dag.

Det vurderes derfor, at der bør afgives et dansk indlæg i sagen, idet Domstolens besvarelse netop kan få betydning for, om danske ordregivere fremadrettet vil kunne bruge rammeaftaler på en tilpas fleksibel måde.

Hvert år udbyder danske ordregivere 2-3.000 EU-udbud, hvoraf ca. halvdelen udbydes som rammeaftaler. Det svarer til, at der udbydes rammeaftaler for omkring 50 mia. kr. årligt. Knap 2/3 af den samlede kontraktsum for rammeaftaler stammer fra kontrakter med en estimeret værdi på over 200 mio. kr.

Der lægges op til, at der med det danske indlæg skal arbejdes for at påvirke EU-Domstolen i retning af at sikre tilpas fleksibilitet for ordregiverne. Indlægget vil således indledningsvis bestå af en generel argumentation for vigtigheden ved fleksibilitet i forhold til brugen af rammeaftaler.

Det er som nævnt usikkert, om Domstolen vil finde, at Autoritá-dommen har generel rækkevidde (herunder for den danske sag), eller om dommen kun skal forstås i relation til den konkrete sag, som dommen vedrørte. Argumentationen for fleksibilitet vil afhænge af, hvad Domstolen når frem til på dette punkt.

Indlæggets anden del vil herefter bestå af, at begge de nedenfor nævnte argumentationslinjer fremføres sidestillet over for EU-Domstolen, så alle argumenter for fleksibilitet præsenteres uafhængigt af Domstolens vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt Autoritá-dommen har generel rækkevidde

² Jf. dommens præmis 60 og 61.

eller kun skal forstås i relation til den konkrete sag. De to sidestillede argumenter er som følger:

- 1) Med henblik på at understøtte fleksibilitet i et scenarie, hvor Domstolen ikke tillægger Autoritá-dommen betydning for den konkrete danske sag, præsenteres på den ene side argumenter for, at EU-Domstolen skal anerkende, at ordregivere har et sagligt skøn når det forventede træk på rammeaftaler anslås og dermed også retten til at ændre dette skøn, så længe der ikke ændres grundlæggende ved rammeaftalen. I relation til Klagenævnets spørgsmål vil det bl.a. betyde, at en overskridelse af rammeaftalens estimerede omfang, som udgangspunkt ikke skal anses som en ændring.
- 2) Med henblik på at skabe fleksibilitet i et scenarie, hvor Domstolen tillægger Autoritá-dommen betydning for den konkrete danske sag præsenteres på den anden side argumenter for, at EU-Domstolen skal anerkende, at der er vide muligheder i udbudsdirektivet for at ændre og videreføre rammeaftaler, så de ikke ”udtømmer deres virkninger”, når det fastsatte maksimum nås. I relation til Klagenævnets spørgsmål vil det bl.a. betyde, at overskridelser af rammeaftalens estimerede omfang anses for en ændring, der kan foretages i medfør af rammeaftalen, eller som ændringer af rammeaftalen. Desuden argumenteres for, at adgangen til at foretage ændringer i rammeaftaler bør være friere end for almindelige kontrakter. Sådanne ændringer skal enten aftales på forhånd eller accepteres af både ordregiver og tilbudsgiver, hvilket også bidrager til gennemsigtighed.