

Klagenævnet for Udbud
(Nikolaj Aarø-Hansen, Kirsten Thorup, Steen Treumer,
Kurt Bardeleben)

J.nr.: 19/06361
16. januar 2020

K E N D E L S E
om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen

Simonsen & Weel A/S
(advokat Sune Troels Poulsen, Herlev)

mod

Region Nordjylland og Region Syddanmark
(advokat Tina Braad og advokat Hanne Padkjær Sørensen, Aarhus)

Indført i Domstolens register under nr. <u>1139919</u>	
Luxembourg, den <u>20. 01. 2020</u>	Justitssekretæren e.b.
Fax / E-mail: _____	
Indgået den: <u>17.1.20</u>	Cecilia Strömholm Fuldmægtig

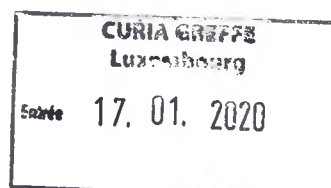
Intervenient:

Nutricia A/S
(selv)

Klagenævnet for Udbud behandler en klage, der er indbragt af Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Udfaldet af sagen beror blandt andet på en fortolkning af udbudsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014) og kontroldirektivet (Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 med senere ændringer).

Klagenævnet for Udbud har besluttet at udsætte sagen med henblik på præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen i medfør af EUF-traktatens artikel 267.



Sagens faktiske omstændigheder

Klagen vedrører et offentligt udbud efter udbudsdirektivet, som regionerne iværksatte ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 086-205406 af 30. april 2019, af en fireårig rammeaftale for Region Nordjylland med en enkelt aktør om køb af sonderemedier til hjemmepatienter og institutioner. Om Region Syddanmark var det anført, at denne region alene deltog ”på option”. I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4 ”Kort beskrivelse” var det oplyst, at det ikke var muligt ”at afgive tilbud på dele af kontrakten”, og der skulle afgives tilbud på ”alle positioner inden for kontrakten.” Endvidere var der angivet en hoved-CPV-kode og to supplerende CPV-koder, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.2 og II.2.2. Udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5 om ”Anslået samlet værdi” var ikke udfyldt. Det samme var tilfældet for pkt. II.2.6 om ”Anslået værdi”, og udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke i øvrigt oplysninger om udbuddets anslåede værdi, eller den anslåede værdi af rammeaftalen for Region Nordjylland eller optionen på rammeaftalen for Region Syddanmark. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt endvidere ikke oplysninger om rammeaftalernes maksimale værdi enkeltvis eller samlet, ligesom der ikke i udbudsbekendtgørelsen var oplysninger om den anslåede eller maksimale mængde varer, der påtænkes indkøbt under rammeaftalerne. Af udbudsbekendtgørelsens pkt. I.3 om ”Kommunikation” fremgik blandt andet, at udbudsmaterialet var ”gratis, ubegrænset og fuldt tilgængeligt” på en nærmere angiven internetadresse.

Af det nævnte udbudsmateriale, der var udfærdiget på dansk, fremgik blandt andet i et bilag (kontraktbilag 2 – kravspecifikationen) en uddybende beskrivelse af de udbudte produkter. Endvidere var det indledningsvis i udbudsbetingelserne anført, at de forventede forbrugsmængder vedrørende den udbudte kontrakt fremgik af et bilag (kontraktbilag 3 – tilbudslisten). Det var herved anført, at de *”angivne estimater og forventede forbrugsmængder er alene udtryk for Ordregivers forventninger til forbruget af de ydelser, der er omfattet af den udbudte kontrakt. Ordregiver forpligter sig således ikke til at aftage en bestemt mængde af ydelser eller at indkøbe for et bestemt beløb på baggrund af rammeaftalen. Det faktiske forbrug kan med andre ord vise sig at være højere eller lavere end, hvad estimaterne angiver.”*

Det pågældende kontraktbilag 3 (tilbudslisten) bestod af et regneark med 51 forskellige varelinjer. For hver varelinje var der angivet en varebetegnelse og et forventet årligt forbrug for henholdsvis Region Nordjylland og Region

Syddanmark samt et samlet årligt forbrug for de to regioner. Kolonnerne herefter skulle udfyldes af den enkelte tilbudsgiver med den tilbudte pris pr. basisenhed, hvorved det årlige forventede forbrug i kr. pr. basisenhed efterfølgende blev udregnet og anført i en efterfølgende kolonne. På den baggrund blev endvidere det årlige forventede forbrug i kr. udregnet i en totalsum i bunden af regnearket.

Udbudsmaterialet indeholdt tillige et kontraktudkast, hvoraf blandt andet fremgik, at rammeaftalen ikke ville indebære en konkret, endelig forpligtelse for kunden til at aftage bestemte mængder på bestemte tidspunkter, men give kunden ret til, fra gang til gang efterhånden som et konkret behov opstår, at foretage indkøb af produkter under rammeaftalen, og at dette betød, at de i udbudsmaterialet (de nævnte kontraktbilag 2 og 3) anførte mængder vedrørende forbrug under rammeaftalen skal betragtes som vejledende, idet den faktiske driftssituation kan give anledning til ændringer. Herudover fremgik, at der ikke skulle være tale om en eksklusiv rammeaftale, og at kunden således er berettiget til at aftage lignende produkter fra andre leverandører i overensstemmelse med de udbudsretlige regler, herunder ved at bringe sådanne produkter i særskilt udbud.

Under udbuddet modtog regionerne tre konditionsræssige tilbud, herunder fra Simonsen & Weel A/S samt fra Nutricia A/S. Den 9. august 2019 meddelte regionerne med en nærmere angivet begrundelse, at tilbuddet fra Nutricia A/S efter det fastsatte tildelingskriterium (bedste forhold mellem pris og kvalitet) med tilhørende underkriterier blev anset for at være det mest fordelagtige tilbud, og at Nutricia A/S dermed havde vundet udbuddet.

Den 19. august 2019 indgav Simonsen & Weel A/S klage til Klagenævnet for Udbud, der den 18. september 2019 besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Region Nordjylland har efterfølgende indgået rammeaftale med vinderen, Nutricia A/S, der under klagesagen er intervenseret til støtte for regionerne. Region Syddanmark har endnu ikke udnyttet den udbudte option.

Under klagesagen har Simonsen & Weel A/S i relation til de spørgsmål, klagenævnet ønsker afklaret med denne forelæggelse, blandt andet nedlagt påstand om, at klagenævnet skal fastslå, at hver af de to regioner

1. har handlet i strid med den danske udbudslovs § 56 og § 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens

§ 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, og

2. har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Under henvisning til blandt andet disse overtrædelser har Simonsen & Weel A/S nedlagt påstand om, at klagenævnet skal annullere regionernes beslutning om at tildele kontrakten til Nutricia A/S, og om, at klagenævnet skal erklære de indgåede kontrakter for uden virkning.

2. Det retlige grundlag

2.1. De relevante danske regler

Af den danske udbudslov (lov nr. 1564 af 15. december 2015 med senere ændringer), som implementerer udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) i dansk ret, fremgår blandt andet følgende bestemmelser:

”[Afsnit I]

Generelle principper

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

...

[Afsnit II]

§ 24. I denne lov forstås ved:

...

24) Offentlige kontrakter: Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.

...

30) Rammeaftale: 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.

...

§ 56. Ved offentligt udbud kan enhver økonomisk aktør afgive tilbud som svar på udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65). Ordregiveren skal anvende standardformularen, jf. § 128, stk. 3.

...

Udbudsbekendtgørelser

§ 128. En ordregiver skal anvende udbudsbekendtgørelser som indkaldelse af tilbud i forbindelse med alle procedurer med undtagelse af udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. ...

Stk. 2. Udbudsbekendtgørelser skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU ...

Stk. 3. Udbudsbekendtgørelsen skal udarbejdes i Europa-Kommissionens standardformularer, sendes elektronisk til EU's publikationskontor og offentliggøres i overensstemmelse med bilag VIII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU

..."

Lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, som blandt andet implementerer kontroldirektivet (direktiv 92/13/EØF), fastsætter blandt andet:

”§ 17. En kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis 1) en ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4,

...”

2.2. De unionsretlige regler

Af udbudsdirektivets indledende betragtninger fremgår blandt andet:

”(59) Der er ved at udvikle sig en kraftig tendens på EU-markederne for offentlige udbud i retning af koncentration af offentlige indkøberes efterspørgsel med henblik på at opnå stordriftsfordele, herunder lavere priser

og transaktionsomkostninger, og at forbedre og professionalisere indkøbsforvaltningen. Dette kan opnås ved at koncentrere indkøbene enten gennem antallet af berørte ordregivende myndigheder eller gennem mængde og værdi over tid. 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.

(60) Rammeaftaler er blevet anvendt i stor udstrækning og anses for at være en effektiv indkøbsteknik i hele Europa. De bør derfor bibeholdes stort set, som de er.

...

(61) De objektive betingelser for fastlæggelsen af, hvilke af de økonomiske aktører der er part i rammeaftalen, som skal udføre en given opgave såsom levering af varer eller udførelse af tjenesteydelser, der er bestemt til at blive anvendt af fysiske personer, kan i forbindelse med rammeaftaler, hvori alle betingelser er fastsat, omfatte de pågældende fysiske personers behov eller valg.

...

Rammeaftaler må ikke misbruges eller anvendes på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes. Ordregivende myndigheder bør ikke i henhold til dette direktiv være forpligtet til at indkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser dækket af en rammeaftale under den pågældende rammeaftale.”

Af udbudsdirektivets bestemmelser fremgår blandt andet:

“A f d e l i n g 1
Genstand og definitioner

...

Artikel 2

Definitioner

1. I dette direktiv forstås ved:

...

5) Offentlige kontrakter”: gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.

Afdeling 2
Tærskler
Artikel 4
Tærskelværdier

Dette direktiv gælder for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskler:

...

5. Den værdi, der skal tages hensyn til i forbindelse med rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, er den højeste anslåede værdi eksklusive moms af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystemets løbetid.

...

KAPITEL II
Generelle regler
Artikel 18
Udbudsprincipper

1. De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

...

KAPITEL II
Teknikker og hjælpemidler i forbindelse med elektroniske og samlede udbud
Artikel 33
Rammeaftaler

1. De ordregivende myndigheder kan indgå rammeaftaler under forudsætning, at de anvender procedurerne i dette direktiv.

Ved »rammeaftale« forstår 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 tildeles i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.

...

3. Når en rammeaftale indgås med en enkelt økonomisk aktør, indgås kontrakter baseret på denne rammeaftale på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen.

De ordregivende myndigheder kan i forbindelse med tildelingen af sådanne kontrakter skriftligt konsultere den økonomiske aktør, der er part i rammeaftalen, og om nødvendigt anmode ham om at komplettere sit tilbud.

...

Artikel 49 *Udbudsbekendtgørelser*

Udbudsbekendtgørelser anvendes som middel til indkaldelse af tilbud i forbindelse med alle procedurer, med forbehold af artikel 26, stk. 5, andet afsnit, og artikel 32. Udbudsbekendtgørelserne skal indeholde de i bilag V, del C, anførte oplysninger og offentliggøres i overensstemmelse med artikel 51.

...

BILAG V **OPLYSNINGER, DER SKAL ANGIVES I BEKENDTGØRELSE OG MEDDELELSER**

...

DEL C **Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser**

(jf. artikel 49)

...

2. Den e-mail- eller internetadresse, på hvilken der er fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsdokumenterne.

...

5. CPV-koder. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

...

7. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.

8. Det anslåede samlede omfang af kontrakten eller kontrakterne. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

...

10. Tidsramme for levering af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og så vidt muligt kontraktens varighed

- a) 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, og eventuelt påtænkt største antal økonomiske aktører, der kan deltage.

...”

I kontroldirektivet (Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 med senere ændringer) artikel 2 d er blandt andet fastsat følgende:

”Artikel 2d

Retsvirkningen »uden virkning«

1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af ordregiveren, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende enhed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2014/25/EU eller direktiv 2014/23/EU.”

...”

2.3. Praksis fra EU-Domstolen

Af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sag C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust og Coopservice*, fremgår blandt andet følgende:

”Muligheden for ordregivende myndigheder, der ikke er parter i en rammeaftale, for ikke at skulle fastlægge mængden af de ydelser, som kan bestilles, når de indgår efterfølgende kontrakter, eller for at fastlægge den med henvisning til deres sædvanlige behov.

57 Det fremgår af artikel 5, i udbudsdirektiv 2004/18, at en rammeaftale har til 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.

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

59 Denne fortolkning kan imidlertid ikke tiltrædes.

60 For det første følger det af et vist antal andre bestemmelser i direktiv 2004/18, at rammeaftalen fra begyndelsen skal fastlægge den maksimale mængde varer eller tjenesteydelser, der kan være genstand for efterfølgende kontrakter. Særligt bestemmer direktivets artikel 9, stk. 9, som bl.a. redegør for beregningsmetoderne for den anslåede værdi af rammeaftalerne, at den værdi, der skal tages hensyn til, er den anslåede maksimumsværdi eksklusiv moms af alle de kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid. Hvad angår punkt 6, litra c), med overskriften ”Offentlige tjenesteydelseskontrakter”, der figurerer under afsnittet ”Udbudsbekendtgørelse” i bilag VII A til direktiv 2004/18, er det ligeledes et krav, at en udbudsbekendtgørelse, der vedrører en sådan aftale, specificerer den samlede anslåede værdi af ydelserne for hele rammeaftalens løbetid samt, i det omfang det er muligt, værdien og hyppigheden af de kontrakter, der skal indgås. Som Kommissionen i det væsentlige har gjort gældende og som anført af generaladvokaten i punkt 78 i forslaget til afgørelse, skal den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen – selv om den kun er forpligtet til at iværksætte foranstaltninger, når der er tale om at præcisere værdien og hyppigheden af hver enkelt af de efterfølgende kontrakter, der indgås – til gengæld præcisere den samlede mængde, som kan blive genstand for efterfølgende kontrakter.

61 For det andet bestemmes i artikel 32, stk. 3, i direktiv 2004/18, at når en rammeaftale indgås med en enkelt økonomisk aktør, indgås kontrakter baseret på denne rammeaftale på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen. 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 klart er udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når den denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger.

62 For det tredje kan en sådan fortolkning sikre overholdelsen af de grundlæggende principper, der gælder for indgåelse af offentlige kontrakter, og som i henhold til artikel 32, stk. 2, første afsnit i direktiv 2004/18 finder anvendelse i forbindelse med indgåelsen af en rammeaftale. Rammeaftalen henhører nemlig generelt under begrebet offentlig kontrakt, for så vidt som den skaber en enhed af de forskellige specifikke kontrakter, den gælder for [...].

- 63 Imidlertid indebærer såvel ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling som det deraf afledte gennemsigtighedsprincip ..., at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om tilbudsgiverne bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt[...].
- 64 Gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører, der er berørt af indgåelsen af den rammeaftale, hvilke principper bl.a. er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18, ville blive påvirket, såfremt den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen, ikke præciserede den samlede mængde, som en sådan aftale vedrører.
- 65 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.
- 66 Endvidere gælder, at såfremt den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen, ikke var forpligtet til fra begyndelsen at angive den maksimale mængde af og det maksimale beløb for de ydelser, der er omfattet af aftalen, kunne indgåelsen af denne aftale tjene til en kunstig opdeling af en kontrakt og således forblive under de tærskelværdier, der er fastsat i direktiv 2004/18, hvilket forbydes i artikel 9, stk. 3, i direktiv 2004/18.
- 67 Selv hvis det endvidere antages, at en henvisning til de sædvanlige behov for de i rammeaftalen klart udpegede ordregivende myndigheder kan vise sig tilstrækkelig udtrykkelig for nationale økonomiske aktører, kan det ikke lægges til grund, at det samme nødvendigvis gælder for en økonomisk aktør, der er etableret i en anden medlemsstat.
- 68 Endelig gælder, at såfremt den samlede mængde ydelser, som disse sædvanlige behov udgør, er notorisk, bør der ikke være nogen vanskeligheder med at anføre den i selve rammeaftalen eller i en andet offentliggjort dokument såsom udbudsbetingelserne, og herved sikre en fuldstændig overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

69 For det fjerde vil et krav om, at den ordregivende myndighed, der oprindelig var part i rammeaftalen, i denne rammeaftale præciserer mængden af og beløbet for de ydelser, som aftalen omfatter, udgøre en konkretisering af det forbud, der er fastsat i artikel 32, stk. 2, femte afsnit, i direktiv 2004/18, mod at misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.

...

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen ... for ret:

Artikel 1, stk. 5 og artikel 32, fjerde afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at

- ...
- Det er udelukket, at de ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, ikke fastlægger mængden af de ydelser, der kan bestilles, når de indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen eller fastlægger den gennem en henvisning til deres sædvanlige behov, idet de erved vil tilsidesætte gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører, der er berørte af indgåelsen af den pågældende rammeaftale."

3. Parternes anbringender

Om kravet til angivelse af anslået værdi og/eller mængde

Simonsen og Weel A/S har navnlig gjort gældende, at regionerne har overtrådt udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, jf. udbudsdirektivets artikel 49, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, jf. udbudsdirektivets artikel 18, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale. Selskabet har herved navnlig henvist til, at det i udbudsdirektivets bilag V, del C, punkt 7, er fastsat, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en beskrivelse af "*arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang.*" Denne bestemmelse er ikke fraveget ved bilagets punkt 10 a. Bilag VII A til 2004-udbudsdirektivet indeholdt efter sin ordlyd både en henvisning til rammeaftalens samlede anslåede værdi og en henvisning til værdien af de underliggende kontrakter, der indgås på grundlag

af rammeaftalen. Når dette ikke er tilfældet i punkt 10 a i 2014-direktivet, er dette ikke udtryk for en ændring, men alene begrundet i, at kravet om angivelse af den samlede værdi fremgår af bilagets punkt 7. Henvisen i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4 til udbudsmaterialets tilbudsliste (kontraktbilag 3 - tilbudslisten) og dermed til estimater, der var indsat deri, var ikke tilstrækkelig, da de oplysninger, der kræves i bilag V, del C, skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen. Det forhold, at der er tale om en rammeaftale og ikke en offentlig kontrakt, kan ikke føre til et andet resultat, jf. præmis 62 i Domstolens dom af 19. december, C-216/17.

Regionerne har i første række navnlig gjort gældende, at der ikke gælder et absolut krav om, at der skal angives et bestemt omfang eller værdi på en rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen. Ordlyden af bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 33 ("i givet fald") må forstås således, at den påtænkte anslåede mængde alene skal angives, såfremt det er relevant og/eller muligt. Det er dermed alene tale om et "kan-krav". I 2014-udbudsdirektivets bilag V, del C, er henvisen til samlet anslået værdi af ydelserne for hele løbetiden endvidere udgået, jf. punkt 10 a, hvilket må antages at skyldes hensynet til at øge fleksibiliteten og tage hensyn til, at rammeaftaler ikke kan defineres præcist med hensyn til f.eks. kvantitet, værdi og karakteristika. Sonderemidler havde ikke tidligere været undergivet et offentligt udbud, og det kunne have været ødelæggende for konkurrencen, hvis regionerne i udbudsbekendtgørelsen havde oplyst en misvisende eller forkert anslået værdi. Rammeaftalens omfang (kvantitet, værdi og karakteristika) er afhængig af behandlingsbehovet. En angivelse af maksimal værdi eller omfang ville således være forbundet med stor usikkerhed og ville i givet fald skulle angives med en betydelig margin i forhold til den forventede værdi. Regionerne har i anden række gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne (kontraktbilag 3 - tilbudslisten) var oplyst et forventet forbrug af det forventede køb på aftalen for hver af de to regioner, og kravet i udbudsdirektivets bilag V, Del C, punkt 10 a, var således opfyldt. Efter ordlyden af 2014-direktivets bilag V, del C, punkt 7, har ordregiver ved indkøb af varer principielt set i udbudsbekendtgørelsen valget mellem enten at beskrive arten og mængden af de varer, der skal leveres, eller beskrive arten og værdien af de varer, der skal leveres, idet der ikke er tale om kumulative krav. Direktivets bilag V, del C, punkt 7, angår offentlige kontrakter generelt og tager ikke hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for rammeaftaler, herunder rammeaftalernes særlige karakter, formål og baggrund. Bilag V, del C, punkt 10 a, beskriver derimod som en

lex specialis de særlige oplysninger, som udbudsbekendtgørelsen skal indeholde, for så vidt angår rammeaftaler, og denne bestemmelse må derfor gå forud for bestemmelsen i punkt. 7. Det anførte støttes af den fastsatte standardformular for udbudsbekendtgørelser, hvor felterne "Anslået samlet værdi" i udbudsbekendtgørelsen punkt II.1.5 eller "Anslået værdi" i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6 ikke er obligatoriske felter og kun tillader angivelse af en økonomisk værdi – og ikke af "omfang" eller "mængde" i andre måleenheder.

Om kravet om fastsættelse af maksimal mængde og/eller værdi

Simonsen & Weel har navnlig gjort gældende, at Domstolen i sag C-216/17 har fastslået, at en ordregivende myndighed, der udbyder en rammeaftale, skal fastlægge den maksimale værdi eller maksimale mængde af varer, der kan være genstand for efterfølgende kontrakter, og at dette krav ikke er efterlevet. De estimater for de enkelte sonderemedier, der var anført i udbudsmaterialets tilbudsliste (kontraktbilag 3), lever ikke op til dette krav, da de udtrykkeligt ikke var bindende. Domstolens præmisser er generelle, jf. navnlig dommens præmis 61, og de er derfor også relevante for klagenævnets sag, uanset at denne skal afgøres efter det nugældende udbudsdirektiv, og at faktum i sagerne ikke er sammenlignelige. Ved ikke at angive den maksimale mængde af de varer, der kan anskaffes på rammeaftalen, eller den samlede maksimale værdi af rammeaftalen kan regionerne uden begrænsninger gøre brug af rammeaftalen i den periode, hvor den løber.

Regionerne har navnlig anført, at dommen i sag C-216/17 angik fortolkningen af 2004-udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5, og artikel 32, stk. 2, og at resultatet skal ses i lyset af de nedlagte påstande og sagens konkrete omstændigheder. Dommens anvendelsesområde er således begrænset til situationer, hvor en ordregivende myndighed handler på vegne af andre myndigheder, som ikke er direkte parter i den pågældende rammeaftale, hvilket ikke er tilfældet i sagen for klagenævnet. Dommens rækkevidde må endvidere antages at begrænse sig til ordlyden af 2004-udbudsdirektivet, hvor artikel 9, stk. 9, om beregningen af rammeaftalens kontraktværdi anvendte formuleringen: "den anslåede maksimumværdi eksklusivt moms af alle de kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid", mens 2014-udbudsdirektivets artikel 5, stk. 5, anvender formuleringen: "den højeste anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid". Efter dommen er det tilstrækkeligt, at den samlede mængde af ydelser er an-

ført i selve rammeaftalen eller i et andet offentliggjort dokument såsom udbudsbetingelserne, idet der herved sikres en fuldstændig overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, jf. dommens præmis 68. Det er afgørende for udbuddet af en rammeaftale, om der også udbydes på vegne af andre ordregivende myndigheder, jf. herved præmisserne i dommen og præambelbetragtning nr. 59, 60, 61 og 62 i det nye udbudsdirektiv. Kravet om angivelse af en maksimalmængde (eller maksimalværdi), som beskrives i præmis 61 i dommen C-216/17, kan ikke udstrækkes til ikke-sammenlignelige sager. Regionerne har udbudt en ikke-eksklusiv og ikke-gensidigt forpligtende rammeaftale og har ikke på udbudstidspunktet haft kendskab til omfanget af det konkrete indkøbsbehov eller prisniveauet for de "individuelle kontrakter". Regionerne har dermed ikke været i stand til at foretage et så tilstrækkeligt forsvarligt skøn over rammeaftalens anslåede værdi, at dette har egnet sig til udfyldelse af udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 eller punkt II.2.6. Det, som regionerne har beskrevet i udbudsmaterialet om fastlagte mængder af ydelser, er således i overensstemmelse med retningslinjerne i dommen, jf. præmis 31, 61 og 64. Regionernes angivelse af de påtænkte mængder indebærer ikke, at regionerne uden begrænsninger kan gøre brug af rammeaftalen i rammeaftalens løbetid, idet de mængder, som regionerne har angivet i udbudsbetingelserne (kontraktbilag 3 – tilbudslisten), sammen med den vindende tilbudsgivers udfyldelse og prissætning heraf giver rammeaftalens anslåede værdi henover kontraktperioden og dermed også værdien af den oprindelige kontrakt, som er en naturlig begrænsning for efterfølgende ændringer i medfør af udbudsdirektivets artikel 72.

Om sanktionen uden virkning

Simonsen & Weel har gjort gældende, at regionernes undladelse af at angive værdi, mængde eller omfang af rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen og samtidige undladelse af at angive maksimalmængder eller maksimalværdi i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale indebærer, at den rammeaftale, som Region Nordjylland har indgået, ikke har sammenhæng med den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse, og at udbudspligten dermed ikke er afløftet. Den indgåede rammeaftale skal dermed erklæres for uden virkning.

Regionerne har navnlig gjort gældende, at regionernes aftaleindgåelse med **Nutricia A/S** ikke er omfattet af de situationer, som kan medføre "uden virkning", da manglende udfyldelse af de ikke-obligatoriske felter "Anslået sam-

let værdi" i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 og "Anslået værdi" i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6 ikke kan sidestilles med en situation, hvor der sker kontraktindgåelse uden en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Dertil kommer, at regionerne i udbudsbekendtgørelsen henviste til tilbudslisten, hvor regionernes forventede årlige forbrug var angivet. Udbudspligten er dermed afløftet.

4. De præjudicielle spørgsmål

Klagenævnet bemærker, at de ovennævnte bestemmelser i den danske lovgivning efter nævnets opfattelse skal fortolkes i overensstemmelse med de bagvedliggende bestemmelser i udbudsdirektivet og kontroldirektivet, som de har til formål at implementere. Den klage, som klagenævnet behandler, er tydeligt inspireret af Domstolens dom i sag C-216/17. Denne dom angik imidlertid en meget speciel situation, ligesom den angik bestemmelserne i det tidligere udbudsdirektiv. Man kan derfor 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. En række af præmisserne synes imidlertid at give udtryk for en generel fortolkning af de gældende regler. Disse regler synes også i vidt omfang at være videreført uændret i det nye udbudsdirektiv. På det punkt kan selv mindre ændringer imidlertid give anledning til en vis tvivl om, hvorvidt de angivne fortolkninger kan udstrækkes til de gældende regler, jf. navnlig parternes anbringender vedrørende spørgsmål 1. Klagenævnet er også i tvivl om, i hvilket omfang det, som fremgår af præmis 57-69 i dommen, også gælder i en situation som den foreliggende, hvor de ordregivende myndigheder begge er oprindelige parter i rammeaftalen, og en af disse to parter kun deltager på en option. Klagenavnets tvivl angår navnlig rækkevidden af det anførte i præmis 60 om, at der skal fastsættes en maksimumsgrænse, og at den pågældende aftale vil have udtømt sine virkninger (præmis 61), når denne grænse er nået. Herunder giver det anledning til tvivl, om en sådan grænse både skal angive de maksimale mængder og de maksimale værdier af de varer, der vil kunne købes i henhold til rammeaftalen, og om et sådant maksimum i givet fald skal fastsættes fra "begyndelsen" og dermed angives allerede i udbudsbekendtgørelsen (og dermed er identisk med den anslåede værdi) og/eller i udbudsbetingelserne, jf. i den retning dommens præmis 66, mens det i præmis 68 og 69 synes forudsat, at det er tilstrækkeligt, at et maksimum først fastsættes i selve rammeaftalen og dermed ved afslutningen af udbuddet, jf. spørgsmål 2. Ved vurderingen af spørgsmålene kan det endvidere give anledning til tvivl om, hvorvidt en tilsidesættelse af kravene til udbudsbekendtgørelsen,

således som disse herefter må fastlægges, omfattes af artikel 2 d i kontroldirektivet, idet indgåelse af en aftale på grundlag heraf må sidestilles med den situation, at der slet ikke er offentliggjort en udbudsbekendtgørelse vedrørende indkøbet, og at der dermed er grundlag for at anse kontrakten for uden virkning, jf. spørgsmål 3.

På baggrund af ovenstående og under hensyn til det, som parterne har anført, finder klagenævnet, at spørgsmålene giver anledning til en sådan tvivl, at nævnet har besluttet at udsætte sagen og forelægge nedenstående spørgsmål for EU-Domstolen.

Derfor bestemmes:

EU-Domstolen anmodes om at besvare følgende spørgsmål:

- 1) Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 49, sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at udbudsbekendtgørelsen i en sag som den foreliggende skal indeholde oplysning om den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, anmodes Domstolen om tillige at oplyse, om de nævnte bestemmelser da skal fortolkes således, at oplysningerne skal angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregivende myndighed, der har tilkendegivet, at den ønsker at indgå en aftale på grundlag af udbuddet (her: Region Nordjylland) og/eller c) for den oprindelige ordregivende myndighed, som alene har tilkendegivet, at den deltager på en option (her: Region Syddanmark).

- 2) Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 33 og 49 sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at der i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal fastsættes en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, således at den pågældende rammeaftale vil have udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, anmodes Domstolen om tillige at oplyse, om de nævnte bestemmelser skal fortolkes således, at den nævnte maksimale grænse da skal angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregivende myndighed,

der har tilkendegivet, at den ønsker at indgå en aftale på grundlag af udbuddet (her: Region Nordjylland) og/eller c) for den oprindelige ordregivende myndighed, som alene har tilkendegivet, at den deltager på en option (her: Region Syddanmark).

Såfremt spørgsmål 1 og/eller spørgsmål 2 er besvaret bekræftende, anmodes Domstolen endvidere om – i det omfang det efter indholdet af de nævnte besvarelser er aktuelt – at besvare følgende spørgsmål:

- 3) Skal artikel 2 d, stk. 1, litra a, i kontroldirektivet læst i sammenhæng med udbudsdirektivets artikel 33 og 49 sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at betingelsen om, at den ”ordregivende enhed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende”, omfatter et tilfælde som det foreliggende, hvor ordregiveren har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om den påtænkte rammeaftale, men
- a) hvor udbudsbekendtgørelsen ikke lever op til kravet om at oplyse den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, idet der dog af udbudsbetingelserne fremgår et estimat herom, og
 - b) hvor ordregiveren har tilsidesat pligten til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at fastsætte en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale?


Nikolaj Aarø-Hansen


Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.


Maiken Nielsen
specialkonsulent