

ÆNDRING I RAMMEAFTALER

26. APRIL 2023



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET

5. APRIL 2023

MICHAEL STEINICKE
PROFESSOR



RAMME FOR PRÆSENTATIONEN

Kort om reglerne for ændringer i rammeaftaler: er der forskel på reguleringen af ordinære offentlige kontrakter og rammeaftaler?

Forskelle mellem offentlige kontrakter og rammeaftaler

Har forskellene betydning for anvendelsen af reglerne? Udvalgte eksempler fra praksis fra klagenævnet og EU-Domstolen

DEN GRUNDLÆGGENDE RAMME: REGLERNE OM ÆNDRING I KONTRAKT

Reglerne i udbudslovens §§ 178-184 gælder for både alm. offentlige kontrakter og rammeaftaler

Skal genudbyde, hvis der er tale om grundlæggende ændringer, hvilket typisk vil sige, hvis der var andre der kunne have deltaget såfremt ændringen havde været gældende fra starten

Bestemmelserne om ændringer af kontrakter sonderer ikke mellem de to typer af kontrakter og reglerne skal således som udgangspunkt anvendes på samme måde i begge situationer

HVAD SIGER REGLERNE OM RAMMEAFTALER OM MULIGE ÆNDRINGER?

Udbudsdirektivets art. 33, stk. 2, 3. afsnit:

Når der indgås kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, kan der under ingen omstændigheder foretages væsentlige ændringer i aftalevilkårene, navnlig ikke i det i stk. 3 omhandlede tilfælde.

Stk. 3 omhandler det tilfælde, hvor en rammeaftale indgås med en enkelt økonomisk aktør, og hvor rammeaftalen dermed baseret på de vilkår, der er fastsat på forhånd

Giver bestemmelsen noget nyt i forhold til art. 72 (§§ 178-184)?

- Sprogligt en unødvendig tilføjelse: "under ingen omstændigheder.." .. "..navnlig.."

Bestemmelsen er ikke implementeret i udbudsloven

RELEVANTE FORSKELLE MELLEM OFFENTLIGE KONTRAKTER OG RAMMEAFTALER

Der kan argumenteres for, at der er fire forskellige situationer – fire forskellige grader af en kontrakt

1: Ændring af en ordinær kontrakt

2: Ændring i en rammeaftale indgået med én økonomisk aktør

3: Ændring i en rammeaftale, indgået med flere økonomiske aktører og hvor konkurrencen afgøres på baggrund af aftalens vilkår

4: Ændring i en rammeaftale, indgået med flere økonomiske aktører og hvor konkurrencen afgøres på baggrund af mini-udbud

Hvad er forskellene i de fire situationer?

I situationerne 1 og 2 er der udelukkende forholdet til de potentielle leverandører at tage hensyn til

I situationerne 3 og 4 er der yderligere en konkurrencesituation at tage hensyn til

FORSKELLE MELLEM OFFENTLIGE KONTRAKTER OG RAMMEAFTALER

Selv om det regelmæssige udgangspunktet for ændringer i de to typer af aftaler er det samme så er der i visse rammeaftaler desuden en konkurrencesituation der potentielt kan medføre, at der kan være forskellig tilgang til vurderingen af om der foreligger en grundlæggende ændring

Der kan med muligvis på denne baggrund stilles det spørgsmål, om der er en anden (supplerende) standard for ændringer i rammeaftaler?

KENDELSE AF 19. MAJ 2020, ALSVOGNEN

Sagens omstændigheder

Udbud i august 2018 af flextrafik, variabel kørsel

Udbuddet skete efter forsyningsvirksomhedsdirektivet

Et spørgsmål var, om ændringer af rammeaftalen var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 om ændringer af kontrakten

KENDELSE AF 19. MAJ 2020, ALSVOGNEN

Rammeaftalens krav til vogntyper var mindstekrav, hvilket også omfattede kravet om, at vogne af vogntype 5 og 6 skulle være ”indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen.”

Trafikselskaberne frafaldt i august 2019 kravet om, at ”der skal være plads til to store kørestole” i vogntyperne 5 og 6

Overholdelse af mindstekravet ville have medført meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og tilbud på vogne, som overholder mindstekravet, må derfor antages at have været mindre konkurrencedygtige end tilbud på vogne, som ikke overholder mindstekravet

Endvidere måtte mindstekravet anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud

KENDELSE AF 19. MAJ 2020, ALSVOGNEN

Klagenævnet udtalte, at der således var tale om en væsentlig ændring, der dels ”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89, stk. 4, litra a, dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, jf. art. 89, stk. 4, litra b.

Som det fremgår af art. 89, stk. 5, kan sådanne ændringer ikke ske uden forudgående udbud

KENDELSE AF 19. MAJ 2020, ALSVOGNEN

Der er ikke nogen yderligere forklaring af, hvordan den del af art. 89, hvor der tales om ændring af den økonomiske balance til den økonomisk aktørs fordel, kan komme i spil i denne sammenhæng

Som udgangspunkt kunne man vel argumentere for, at der udelades nogle omkostninger fra tilbuddet, hvorved tilbuddet bliver billigere

Men der er vel intet der peger i retning af, at den økonomiske balance forskubbes i den forstand som bestemmelsen angiver

Alsvognen argumenterer for, at den økonomiske balance forskubbes til fordel for nogle tilbudsgivere (dem, der ikke opfylder mindstekravet og dermed kan afgive lavere tilbud) frem for andre

- Dette er korrekt, men dette er udelukkende en økonomisk fordel der viser sig i selve konkurrencesituationen, ikke som en forskydning af den økonomiske balance i den efterfølgende kontrakt

KENDELSE AF 19. MAJ 2020, ALSVOGNEN

Omvendt kunne der argumentere for, at ændringen havde en meget klar betydning for den eksisterende konkurrencesituation inden for rammeaftalen, idet visse tilbudsgivere ikke havde indregnet justeringen og dermed leverede dyrere tilbud

Der kan på dette grundlag argumenteres for, at ændringen havde betydning i forhold til konkurrencesituationen og at ændringen dermed kunne ses at være grundlæggende

Sagen kan muligvis ses som et eksempel på, at der efter omstændighederne kan være et behov for at håndtere ændringer der fortrinsvis har en konkurrencemæssig betydning for tildelingen af konkrete kontrakter i rammeaftalen

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

Sagen handlede om et udbud af en rammeaftale om "02.19 SaaS-Cloud" (software-ydelser) – en SKI-aftale

SaaS er en leveringsmodel, hvor software leveres på abonnementsvilkår og er centralt hostet

SaaS applikationer er fuldt udviklede slutbruger applikationer, der leveres som en internetbaseret eller anden databaseret service. Servicen ejes, udvikles, vedligeholdes og driftes af leverandøren

Rammeaftalens samlede værdi er i udbudsbekendtgørelsen oplyst at være 3.965.000.000 kr. eksklusive moms

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

EG havde bl.a. nærmere gjort gældende, at kommunen i forbindelse med den direkte tildeling har forhandlet med KMD, og at kommunen og KMD herved har aftalt en prisreduktion på ca. 75 % sammenlignet med de priser, KMD havde tilbudt ved det oprindelige udbud af Rammeaftalen.

Der var to versioner af KMD's bilag C.5 og af version 1 fremgår bl.a. et løbende årligt vederlag på i alt 4.754.779,22 kr. (eksklusive optioner) og et samlet vederlag i kontraktperioden på i alt 37.082.235,34 kr. (inklusive optioner).

Af version 2 af bilaget, fremgår derimod væsentligt lavere delpriser, et væsentligt mindre løbende årligt vederlag, nemlig 1.237.416,64 kr. (eksklusive optioner) og et væsentligt mindre samlet vederlag i kontraktperioden, nemlig i alt 9.324.499,84 kr.

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

Klagenævnet påpegede, at på den ene side er den pris, ordregiveren skal betale, normalt et af de vigtigste elementer i en aftale, og ændringer i prisen vil derfor ofte være væsentlige. Dette gælder også ændring af eller afvigelse fra en aftalt struktur for priser, prisniveauer og prisændringer, når en sådan ændring eller afvigelse ikke sker i medfør af en lovlig ændringsbestemmelse i aftalen.

På den anden side skal enhver nok så ringe ændring af tidligere aftalte vederlagsbestemmelser ikke nødvendigvis betragtes som en væsentlig kontraktændring, hvorved også omfanget af prisændringen sammenholdt med betydningen for kontrakten i sin helhed må indgå.

Endvidere udtalt, at "Ved vurderingen af, om den valgte fremgangsmåde med forhandling og prisnedsættelse i øvrigt harmonerer med de almindelige udbudsretlige regler om adgang til ændring af kontrakter, indgår bl.a., hvem ændringen kan anses til fordel for."

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

Klagenævnet udtalte, at der var flere forhold der havde betydning for resultatet

Det fremgik eksempelvis af Rammeaftalens pkt. 3, at kunderne på Rammeaftalen havde ret, men ikke pligt til at anvende aftalen

Det er således frivilligt for SKI's kunder, om de vil anvende Rammeaftalen og de parallelle rammeaftaler

Klagenævnet lagde til grund, at alternativet til at anvende Rammeaftalen ville være enten at iværksætte et nyt udbud med en deraf følgende åben, fornyet konkurrenceudsættelse eller at anvende et andet rammeaftalekompleks, hvis dette måtte være muligt

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

Om begrebet fordel for leverandøren udtalte Klagenævnet:

”Det må således anses for en fordel for leverandøren, at denne får mulighed for at tilpasse sine priser på en måde, der medfører, at virksomheden via en individuel og konkret forhandling med ordregiveren, i dette tilfælde Egedal Kommune, og uden direkte konkurrence fra andre kan opnå kontrakten på trods af, at virksomheden tidligere har tilbudt væsentligt højere og måske ikke (længere) konkurrencedygtige priser. Herved kan leverandøren som nævnt modvirke, at ordregiveren beslutter at iværksætte en konkurrenceudsættelse med risiko for, at virksomheden i konkurrence med andre virksomheder ikke opnår kontrakten. ”

KENDELSE AF 19. AUGUST 2020, EG

Der kan argumenteres for, at forståelsen af, hvad der vurderes at være en økonomisk fordel for tilbudsgiveren strækkes lidt længere end hvad reglerne tilsigter

Der er ingen tvivl om, at situationen er særegen for rammeaftaler, og der vil formentlig sjældent opstå tilsvarende situationer inden for almindelige offentlige kontrakter

C-23/20, SIMONSEN & WEEL

Handlede jo om pligten til at angive forventede mængder/beløb samt maksimale mængder/beløb i rammeaftalen

Da pligten ikke har været lige populær alle steder, har der været overvejelser om, i hvilket omfang de fastsatte beløb/mængder efterfølgende kunne ændres

Der er intet der tyder på, at der i denne situation skulle være andre hensyn end dem der ligger bag §§ 178-184 der kunne pege i retning af en særlig fortolkning eller anvendelse af disse regler

I sag C-23/20, præmis 70, er det også begrænset, hvad der lægges i ændringsmulighederne:

”For det første er det i henhold til artikel 33, stk. 2, tredje afsnit, og artikel 72 i direktiv 2014/24 tilladt at foretage ændringer af rammeaftalen, der ikke er af væsentlig karakter, idet en sådan ændring principielt forudsætter, at der er enighed herom, således at det kræves, at den valgte tilbudsgiver samtykker hertil.”

KONKLUSION

Kan kendelserne ses som udtryk for en supplerende standard for ændring i rammeaftaler?

Der er intet i kendelserne der indikerer, at dette skulle være tilfældet

I begge kendelser er der tale om situationer, hvor det tydeligt har en betydning, at der er tale om en rammeaftale, og det kan ikke udelukkes, at der i visse situationer kan være behov for at vurdere ændringer foretaget i rammeaftaler, hvor ændringerne har betydning for konkurrencesituationen i rammeaftalen, frem for at der skal ske en vurdering på baggrund af den oprindelige konkurrencesituation (udbuddet af rammeaftalen)



JURIDISK INSTITUT
AARHUS UNIVERSITET