

**Lidt om sag C-216/17 og
mere om kendelse af
14. marts 2019 i voldgiftssagen
Mediq Danmark A/S mod SKI A/S**

v/ landsdommer Katja Høegh,
Klagenævnet for Udbud

Oversigt

- Lidt om EU-Domstolens dom i sag C-216/17, Autoritá– mens vi venter på afklaring
- Kendelse af 14. marts 2019 i voldgiftssagen Mediq Danmark A/S mod SKI – hvad kan læres ?
- Spørgsmål/bemærkninger?

Sag C-216/17 – EUD's konklusioner

Artikel 1, stk. 5, og artikel 32, stk. 2, 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

- en ordregivende myndighed kan handle i eget navn og på vegne af andre klart udpegede ordregivende myndigheder, der ikke er direkte parter i en rammeaftale, såfremt kravene om offentliggørelse og retssikkerhed og følgelig gennemsigtighed er overholdt, og
- det er udelukket, at de ordregivende myndigheder, der ikke [er direkte parter i] 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 derved vil tilsidesætte gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører, der er berørte af indgåelsen af den pågældende rammeaftale.

Sag C-216/17 – EUD's konklusioner

L'article 1er, paragraphe 5, et l'article 32, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que :

- un pouvoir adjudicateur peut agir pour son propre compte et pour celui d'autres pouvoirs adjudicateurs clairement désignés qui ne sont pas directement parties à un accord-cadre, dès lors que les exigences de publicité et de sécurité juridique et, partant, de transparence sont respectées et,
- il est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires de cet accord-cadre ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre.

Sag C-216/17 – første led i konklusionen

Se præmis 56:

”Der er således ikke i henhold til artikel 32, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18 krav om, at en »sekundær« ordregivende myndighed såsom ASST Valcamonica i hovedsagen har deltaget i rammeaftalens undertegnelse for dernæst at kunne indgå en efterfølgende kontrakt. Det er tilstrækkeligt, at en sådan ordregivende myndighed forekommer at være en potentiel part i denne rammeaftale på tidspunktet for aftalens indgåelse ved at være specifikt anført i udbudsdokumenterne ved en udtrykkelig angivelse, som kan orientere såvel selve den »sekundære« ordregivende myndighed som enhver berørt aktør om denne mulighed. Denne angivelse kan figurere enten i selve rammeaftalen eller i et andet dokument såsom en udvidelsesklausul i udbudsbetingelserne, såfremt kravene om offentlighed og retssikkerhed og følgelig gennemsigtighed er overholdt.”

Intet overraskende heri.

Sag C-216/17 – andet led i konklusionen

Det som giver anledning til tvivl:

- 1) Skal mængde/værdi *altid* angives i UBK?
- 2) Skal der ved rammeaftaler angives en maximal værdi ?
- 3) Stopper rammeaftalen præcist, når værdien rammes - præmis 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 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.”

Sag C-216/17 – andet led i konklusionen

Det som giver anledning til tvivl (fortsat):

4) Skal der ved flere ordregivere anføres max. *pr. ordregiver*?

5) Hvis spm. 2-3 (og evt. 4) besvares med ja: Er angivelsen af estimerede delmængder, så også et max vare for vare?

(Spm. 5 er ikke noget, som nævnes af EUD. I givet fald videreudvikling-/viderefortolkning på de udtalelser, som giver anledning til spm. 2-4)

Sag C-216/17 – ”Skolerne”

Skole 1): *Rolig nu!*

(Carina Risvig Hammer på udbudslov.dk)

- Ekstrem sag – hard cases make bad law
- 3 dommer sag
- Præmis 61 er obiter dictum
- Rammeaftaler er i 2014/24-direktivet fremhævet som anerkendelsesværdige (tydeligere end før). Dommen handler om det tidligere udbudsdirektiv 2004/18
- KlFU mfl. må, hvis EUD fremturer, lave en ”Linnakis”

Sag C-216/17 – ”Skolerne”

Skole 2) *EUD er EUD er EUD*

(KFST (til dels) og klager i verserende KFLFU-sag)

- Sagt er sagt!
- Intet som tyder på begrænset til ”gamle” direktiv
- 3 dommer er også EUD

Sag C-216/17 – Har vi/hvornår får vi svar?

- KFST vurdering – men gentænker
- KOFA afgørelse af 30/-19

Udbud af rammeaftale arbejdstøj. Anslået værdi 3,9 mio. (med forbehold usikkerhed). Modtagne tilbud viste værdi på ca. 8 mio. Klagerne påberåbte C-216/17 til støtte for ej muligt trække mere end 3,7 mio., og heraf udledt pligt til at annullere.

KOFA: Allerede fordi ej nævnt i præmis 61, at der af det her anførte om ”udtømmer sin virkning” betyder pligt til at annullere, ikke pligt hertil. Dvs. ej forholdt sig til Autoritá-afgørelsen. Iø ej annulation af da den forkerte angivelse ikke kunne antages at have afholdt nogen fra at byde (efter KOFA’s praksis klagerens bevisbyrde)

- Klagenævnet – verserende sag
- Medic Danmark A/S vs. SKI – kun spm. 5

Sag C-216/17 - Hvornår får vi svar?

- Ad 1 og 2) Skal mængde/værdi *altid* angives i UBK og skal en max. værdi for rammeaftaler også angives?

KFST: Ja (indtil videre)

KlfU: Verserende: Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

- Ad 3) "Stopper" rammeaftale præcist, når værdien rammes?

KFST: (indtil videre) Ja

KlfU: Ikke nødvendigvis svar i Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

- Ad 4) og 5)

KFST: (indtil videre) Nej

KlfU: Ikke (formentlig) svar i Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

Voldgiftskendelsen: Svar ad spm. 5

Medic Danmark A/S vs. SKI - Baggrund

- Rammeaftale 50.95 4-årig om sygeplejeartikler (773 varenumre). Pligt køb indenfor sygepleje og ret udenfor (omfang denne ret omtvistet i voldgiftssagen).
- Medics tilbud
 - spørgsmål/svar om handskepris
- KLFLU Kendelse af 9/1-17, Abena A/S mod SKI
 - Estimater ok
- Anden SKI-aftale 50.20 m. pligt købe indenfor aftalens område.
 - Også handsker. Nævnt i Rammeaftale 50.95
- Og hvad der videre hændte ...

Medics påstande

Påstand 1: SKI tilpligtes at anerkende, at SKI's kunder ikke er berettiget til at foretage indkøb af et produkt på en rammeaftale, såfremt det pågældende produkt skal bruges i anden sammenhæng, end hvad der er rammeaftalens overordnede formål, og produktet er omfattet af en anden, for kunden forpligtende, rammeaftale.

Påstand 2: SKI tilpligtes at anerkende, at den af SKI anvendte metode til udregning af det årlige estimerede forbrug af sygeplejeartikler på Rammeaftale 50.95 har været usaglig.

Påstand 3 : SKI tilpligtes at anerkende, at indkøbsvolumen på Rammeaftale 50.95 ved udgangen af 2017 afveg så markant fra det i udbudsmaterialet anførte estimat, at Mediq fra dette tidspunkt ikke længere var forpligtet af rammeaftalen.

Påstand 4: SKI tilpligtes at anerkende, at den praktiske håndhævelse af Rammeaftale 50.95 har karakter af en grundlæggende ændring af kontrakten i strid med udbudsreglerne.

Medics synspunkter og Voldgiftsrettens afg.

Ad påstand 1

SKI tilpligtes at anerkende, at SKI's kunder ikke er berettiget til at foretage indkøb af et produkt på en rammeaftale, såfremt det pågældende produkt skal bruges i anden sammenhæng, end hvad der er rammeaftalens overordnede formål, og produktet er omfattet af en anden, for kunden forpligtende, rammeaftale.

- **Medic:** SKI/kommuner overtræder udbudsreglerne ved at købe Medic-handsker til "forkert" formål (dækket af den anden rammeaftale)
- **Voldgiftsret:** Ikke taget til følge. Aftale 50.95 gav ikke Medic "ret" til, at der der kun blev købt til sygeplejeformål. Ikke Medic, som i givet fald var krænket, men leverandøren på aftale 50.20.
- **Processuelt:** a) Hvad ville konsekvens være af påstand til følge ? b) Retlig interesse? (Voldgiftssag så næppe ex officio)

Medics synspunkter og Voldgiftsrettens afg.

Ad påstand 2

SKI tilpligtes at anerkende, at den af SKI anvendte metode til udregning af det årlige estimerede forbrug af sygeplejeartikler på Rammeaftale 50.95 har været usaglig.

- **Medic:** "Recirkulation" af KLFU-klagen over (for) upræcise (usaglige) estimater + C- 216/17 forstået sådan, at også delestimater ikke må overskrides (spm. 5 ovf.)
- **Voldgiftsret:** Ikke taget til følge. Samme begrundelse som i KLFU-klagesagen + fsv angik C- 216/17 ikke grundlag for at den i UBK anslåede (samlede) værdi på 400-600 mio. kr. var overskredet. *Så vidt ses svar på spm. 5 ovf.*
- **Processuelt:** Samme spørgsmål som ad påstand 1

Medics synspunkter og Voldgiftsrettens afg.

Ad påstand 3 og 4 (behandlet samlet af Voldgiftsretten)

3) SKI tilpligtes at anerkende, at indkøbsvolumen på Rammeaftale 50.95 ved udgangen af 2017 afveg så markant fra det i udbudsmaterialet anførte estimat, at Mediq fra dette tidspunkt ikke længere var forpligtet af rammeaftalen.

4) SKI tilpligtes at anerkende, at den praktiske håndhævelse af Rammeaftale 50.95 har karakter af en grundlæggende ændring af kontrakten i strid med udbudsreglerne

- **Medic:** Afvigelse fra estimeret handskeforbrug = bristende forudsætninger forudsætninger + ugyldighed udledt af C- 216/17 (forstået sådan, at også "delestimater" ikke må overskrides (spm. 5 ovf.)) + "den praktiske håndhævelse af aftalen var en grundlæggende ændring i strid med udbudsreglerne, jf. C-454/06, Pressetext

Medics synspunkter og Voldgiftsrettens afg.

Ad påstand 3 og 4 (fortsat)

- **Voldgiftsret:** Ikke taget til følge. ikke bristende forudsætninger (Medic professionel aktør, som vidste estimater var usikre og valgte selv prissætning, herunder af handsker) + ingen udbudsretlige principper krænket, jf. ad påstand 3 fsv angik C- 216/17 og fordi kontrakts identitet ej ændret, jf. Pressetext
- **Processuelt:** Eneste påstand i sagen, som gik på inter partes forholdet og som ville have direkte konsekvens, hvis den blev taget til følge, var påstand påstand 3.

Påstand 4 (som påstand 1 og 2) a) hvad ville konsekvensen af at tage påstanden til følge være ? b) Retlig interesse?

Voldgiftskendelsen – hvad kan læres?

Ikke (direkte) behandlet af Voldgiftsretten:

- Kan vinder (nu kontraktpart) inter partes påberåbe sig udbudsretlig ugyldighed af den indgåede aftale ift. ordregiveren ?
- Kunne Medic i stedet have klaget til KLFU – og over hvad ?

Konklusion (med en vis forsigtighed):

- Leverandøren har *ikke* inter partes et udbudsretligt forsvar mod en aftale, der udvikler sig uheldigt (modsat konkurrenceretten)
- Klage til KLFU sjældent/aldrig farbar løsning
- ”En aftale er en aftale”

Tak for opmærksomheden

- Spørgsmål/bemærkninger?