

# HVAD ER KONSEKVENSERNE, NÅR EN TILDELINGSBESLUTNING VEDRØRENDE EN ALLEREDE INDGÅET RAMMEAFTALE ANNULLERES SOM FØLGE AF EN KLAGESAG?

Malene Roose Bagh (L) (LL.M.), Advokat, Partner -  
Poul Schmith/Kammeradvokaten

Rasmus Horskjær Nielsen, Advokat, Andel

Dansk Forening for Udbudsret

12. september 2023



# AGENDA

1. Retsgrundlaget for annullation af en tildelingsbeslutning ift. en rammeaftale, herunder konsekvenserne
  - Kontrollovens og klagenævnslovens regulering af annullation (Malene)
  - Udbudslovens § 185, stk. 2 (Rasmus)
  - Nærmere om klagenævnslovens § 17, stk. 5 (Malene)
2. Nærmere om uklarheden mellem klagenævnslovens § 17, stk. 5 og § 185, stk. 2 (Malene)
3. Argumenter for at en indkøbscentrals kunder *ikke kan* trække i en periode efter annullationstidspunktet (§ 17, stk. 5 har forrang) (Rasmus)
4. Argumenter for at en indkøbscentrals kunder *godt kan* trække i en periode efter annullationstidspunktet (§ 185, stk. 2 har forrang) (Malene)
5. Afsluttende betragtninger



1

# **RETSGRUNDLAGET FOR ANNULATION AF EN TILDELINGSBESLUTNING IFT. EN RAMMEAFTALE, HERUNDER KONSEKVENSERNE**

# KONTROLDIREKTIVETS OG KLAGENÆVNSLOVENS REGULERING AF ANNULATION

Kontroldirektivet 89/665, artikel 2, stk. 1:

- *"Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til (.....)*
- *b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger (...)"*

Artikel 2, stk. 7:

- *"Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret, jf. dog de i artikel 2d-2f omhandlede tilfælde."*

Klagenævnslovens § 13, stk. 1:

- *"Har en ordregiver overtrådt de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, kan Klagenævnet for Udbud: [...]"*
- *2) annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning."*

# NÆRMERE OM ANNULLATION

Klagenævnsspraksis (omfattende) viser, at annullation som udgangspunkt forudsætter:

- At der er tale om en væsentlig/grov overtrædelse af udbudsreglerne.
- At overtrædelsen har haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet.

Hvad er konsekvensen af annullation?

- Det er op til medlemsstaterne at fastlægge virkningen af, at en tildelingsbeslutning er blevet annulleret, jf. artikel 2, stk. 7.
- Sondring mellem udbudsretten og obligationsretten – annullationen er rettet mod ordregiverens beslutning og indebærer hverken ugyldighed eller uden virkning.
- *Tidligere*: Ingen pligt til at ophæve en allerede indgået kontrakt/rammeaftale, jf. også lovbemærkningerne til klagenævnssloven (2000 lovforslaget og 2010 lovforslaget).

# HVAD ER KONSEKVENSEN AF EN ANNULATION?

- **C-20/01 og 28/01, Kommissionen mod Tyskland, dom af 10. april 2003** – to tyske ordregivere fandtes at have indgået 30-årige kontrakter ved direkte tildelinger i strid med udbudsreglerne (spildevand/dagrenovation).
- Kontrakterne blev ikke bragt til ophør (dette var i tiden før ”uden virkning”).
- **C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, dom af 18. juli 2007** – EU-Domstolen fandt, at medlemsstaterne i visse situationer har pligt til at bringe en kontrakt til ophør, som er indgået i strid med udbudsreglerne (”traktatbrud”).
- **C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le Main, dom af 13. april 2010** – EU-Domstolen udtalte, at der ikke forelå en ophævelsespligt (koncession).

- Dommene gav anledning til overvejelser om, hvorvidt der i visse tilfælde (grove overtrædelser) var pligt til at ophæve en indgået kontrakt.
- Flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud og afgørelser fra domstolene.....

# HVAD ER KONSEKVENSEN AF EN ANNULLATION?

U 2009.1331 Ø, Taxa Stig m.fl. mod Region Sjælland:

*"...der ikke består en generel pligt til at ophæve en indgået aftale."*

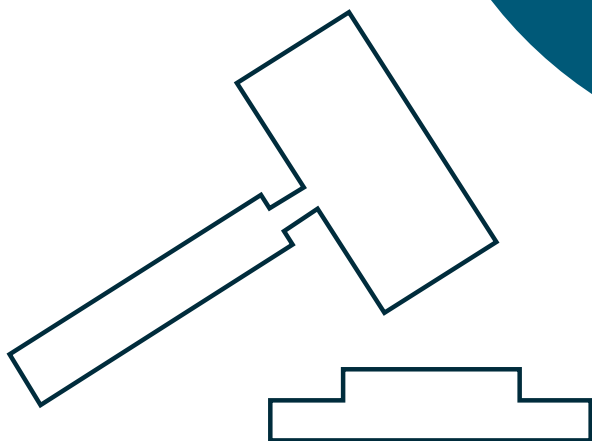
Kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune:

*"...må det endvidere antages at følge af de nævnte principper om lovlig forvaltning, at en offentlig ordregiver i tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er blevet annulleret af klagenævnet eller en domstol, og kontrakten dermed indgået uden lovlige hjemmel, er forpligtet til så vidt muligt at søge kontrakten bragt til ophør".*

# HVAD ER KONSEKVENSEN AF EN ANNULATION?

Region Syddanmark mod  
Sectra A/S, dom af 30. marts  
2009 (Østre Landsret):

*”Efter EU-retten i øvrigt  
består en sådan pligt ikke  
generelt, men efter EF-  
Domstolens praksis kan  
pligten dog gælde ved meget  
grove og alvorlige  
overtrædelser såsom efter  
omstændighederne  
undladt udbud.”*



Sådan så situationen ud inden vedtagelsen af udbudslovens § 185, stk. 2.



## UDBUDSLOVENS § 185, STK. 2 (RASMUS)

- Ordlyden af § 185, stk. 2.
  - Stk. 2. *Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.*
- Hvad var baggrunden?

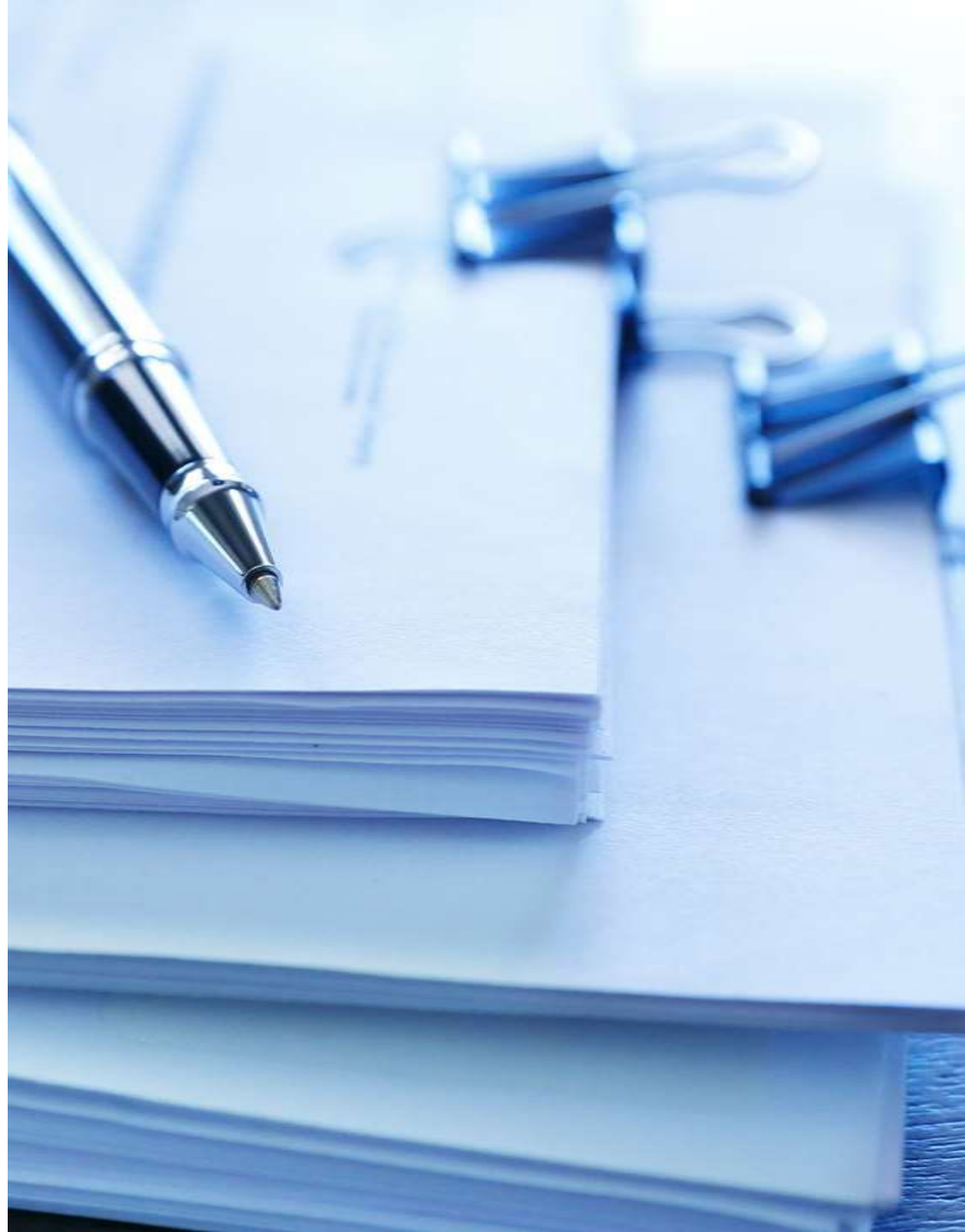
# •SAMMENHÆNGEN MELLEM § 185, STK. 2 OG KLAGENÆVNSLOVENS "UDEN VIRKNING" I §§ 16 OG 17.

- § 185, stk. 2 *"finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse."*
- § 185, stk. 2 pålægger ordregiveren en pligt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør, mens Klagenævnslovens §§ 16 og 17 angår Klagenævnet for Udbuds sanktionsmuligheder.
- Bestemmelserne er indbyrdes ekskluderende.
- Derfor fremgår det også af lovbemærkningerne, at såfremt §§ 16 og 17 kan anvendes, så er der ikke adgang til § 185, stk. 2. Dvs. §§ 16 og 17 har "førsteret".

2

**NÆRMERE OM  
UDBUDSLOVENS  
§ 17, STK. 5**

§



# NÆRMERE OM UDBUDSLOVENS § 17, STK. 5

Klagenævnslovens § 17, stk. 5 (indsat i loven L 2013 511 pr. 1. juni 2013):

*” Såfremt beslutning om tildeling af en indkøbscentrals rammeaftale ikke er annulleret, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, på tidspunktet for iværksættelse af tildelingsprocedure for en kontrakt på baggrund af rammeaftalen, kan kontrakten ikke erklæres for uden virkning med henvisning til, at indkøbscentralen har begået fejl, jf. dog stk. 1, nr. 2 og 3.”*

Lovbemærkningerne – om bestemmelsens formål:

*” ...at skabe sikkerhed for, at en ordregiver kan anvende en indkøbscentrals rammeaftaler uden at risikere, at kontrakten senere kan erklæres for uden virkning på baggrund af fejl begået af indkøbscentralen, så længe klagenævnet eller domstolene ikke har annulleret tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen.”*

# NÆRMERE OM UDBUDSLOVENS § 17, STK. 5

- Hvad var baggrunden for bestemmelsen – hvorfor var det nødvendigt at skabe ”sikkerhed” ?
- Klagenævnsspraksis var usikker ift. kontrakter indgået på baggrund af en indkøbscentral, rammeaftale, jf. lovbemærkningerne.

"Der er imidlertid uklarhed om de udbudsretlige konsekvenser for den enkelte bruger af en rammeaftale, når der konstateres fejl på en rammeaftale udbudt af en indkøbscentral. Uklarheden skal ses i sammenhæng med, at der i det nuværende udbudsdirektiv ikke er taget udtrykkeligt stilling hertil. Denne usikkerhed i forhold til indkøbscentraler og deres kunder er aktualiseret af flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud."

# HVILKE KENDELSER ?

## Delkendelse af 24. juli 2012, Abena A/S mod SKI A/S

*” Såfremt klagenævnet ved sin endelige afgørelse af sagen annullerer indklagedes beslutning om at tildele kontrakt til Stadsing A/S, følger det af udbudsdirektivets art. 11, stk. 2, at de tilsluttede kommuner mv. ikke lovligt har kunnet og fremover vil kunne anvende rammeaftalen. Foretagne indkøb vil være direkte tildeling, som afhængigt af indkøbsomfang mv. vil være stridende mod den enkelte ordregivers forpligtelser efter udbudsdirektivet eller tilbudslovens afsnit 2, og som for så vidt angår direkte tildeling i strid med udbudsdirektivet vil kunne erklæres uden virkning.”*

## Kendelse af 5. maj 2010, Remmer A/S mod SKI A/S

*” Indklagedes kunder kan efter udbudsdirektivets art. 11, stk. 2, jf. art. 1, stk. 10, jf. bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, § 3, stk. 1, afløfte deres forpligtelser til at foretage udbud efter direktivet ved at foretage indkøb m.v. gennem en indkøbscentral, der udbyder rammekontrakter i overensstemmelse med direktivets regler. Det er efter udbudsdirektivets art. 11, stk. 2, in fine, en forudsætning, at indkøbscentralen har overholdt direktivet.”*

Men.....  
Klagenævnspraksis viste også, at hvis en ordregiver (selv) havde offentliggjort en udbudsbekendtgørelse om en rammeaftale, kunne træk på rammeaftalen ikke erklæres for uden virkning med henvisning til § 17, stk. 1.

# PRAKSIS OM TRÆK PÅ ORDREGIVERS EGNE RAMMEAFTALER

Kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune:

*”Det, som er anført i klagenævnets kendelse af 5. maj 2010, Remmer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, ad påstand 10 og 11, drejer sig om andre ordregivende myndigheders manglende mulighed for at afløfte udbudspligt, jf. udbudsdirektivets artikel 11, i tilfælde, hvor en indkøbscentral har indgået en rammeaftale, som strider mod udbudsdirektivet. Kendelsen vedrører ikke tildeling af ordrer, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 3, i henhold til en af en ordregiver selv indgået rammeaftale.”*

Kendelse af 28. januar 2014, Adams Transport Co ApS mod Udenrigsministeriet:

*”Indklagede har tildelt Crown Worldwide ApS ordrer på grundlag af en rammeaftale, der – skønt uretmæssigt, jf. påstand 1 – kom i stand efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse af 6. september 2011 og en i øvrigt i tilknytning hertil gennemført udbudsforretning. Der er derfor ikke hjemmel i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, til at erklære de mellem indklagede og Crown Worldwide ApS indgåede kontrakter for uden virkning.”*

# LOVBEMÆRKNINGERNE TIL § 17, STK. 5:

”

- ” *Såfremt en ordregiver har indgået kontrakt eller har iværksat en tildelingsprocedure, inden klagenævnet eller domstolene har annulleret tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen, vil kontrakten ikke kunne erklæres for uden virkning under henvisning til fejl begået af indkøbscentralen. [...]*
- *Er tildelingsbeslutningen vedrørende en rammeaftale annulleret, og iværksættes der efter tidspunktet for annullationen en tildelingsprocedure under henvisning til rammeaftalen, vil en kontrakt, der på den baggrund indgås, kunne erklæres uden virkning, såfremt håndhævelseslovens betingelser herfor i øvrigt er opfyldt. [...]*
- *Såfremt en ordregiver af strengt nødvendige årsager efter tidspunktet for annullation af tildelingsbeslutningen har behov for at foretage indkøb af varer eller ydelser omfattet af en rammeaftale, vil ordregiveren kunne anvende rammeaftalen i en begrænset periode i overensstemmelse med EU's udbudsregler.”*

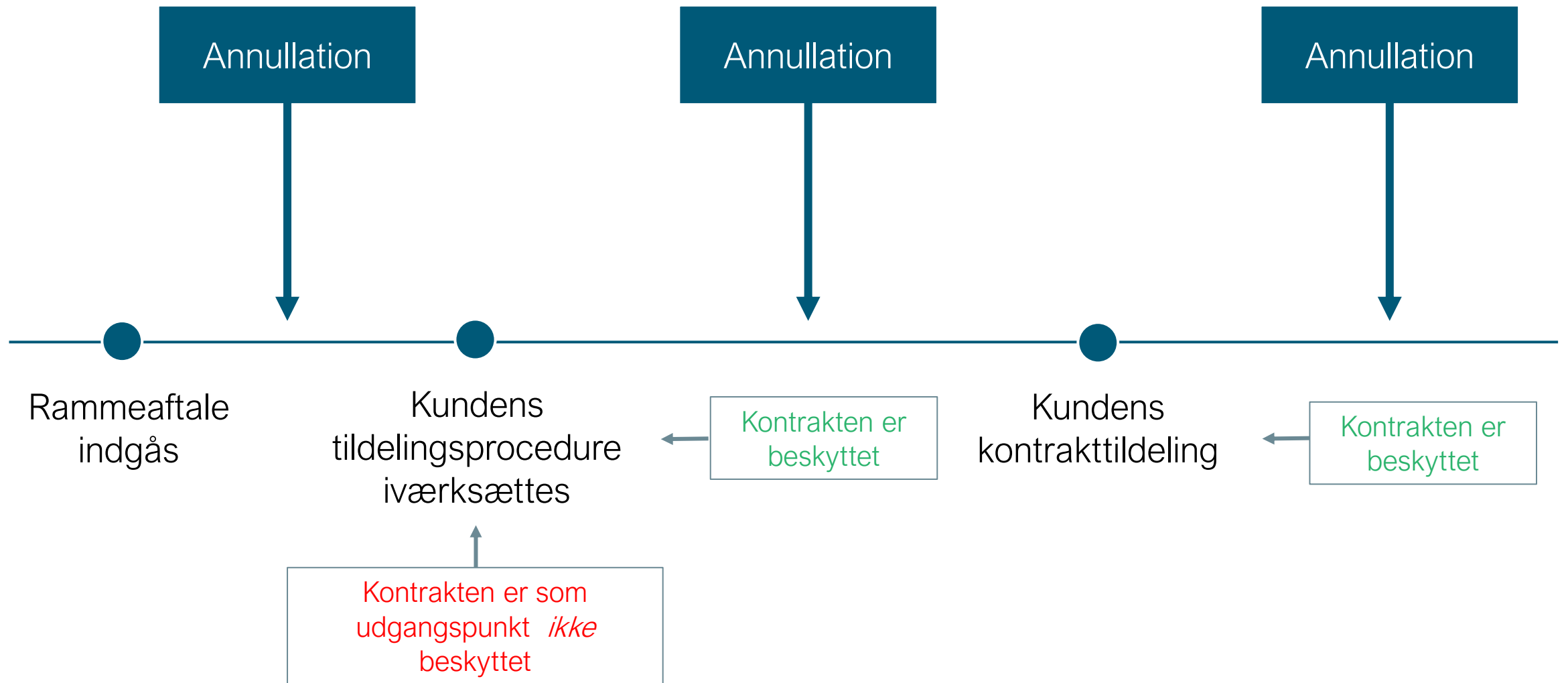


# NÆRMERE OM UDBUDSLOVENS § 17, STK. 5

## Lovbemærkningerne – hvem?

- I lovbemærkningerne nævnes som eksempler på indkøbscentraler *SKI, Amgro, Statens Indkøb* (f.s.v.a. ikke statslige institutioner) og kommunale indkøbsfællesskaber som *KomUdbud*.
- Definition af indkøbscentral, jf. udbudslovens § 24 nr. 15):
  - ”*En ordregiver, der foretager centraliserede indkøbsaktiviteter.*”
- Definition af ”centraliserede indkøbsaktiviteter, jf. udbudslovens § 24, nr. 6):
  - ”*Aktiviteter, der udføres på vedvarende basis og vedrører*
    - a) indkøb af varer og tjenesteydelser til brug for andre ordregivere eller*
    - b) tildeling af offentlige kontrakter eller indgåelse af rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser til brug for andre ordregivere*”.

# KONSEKVENNS IFØLGE LOVBEMÆRKNINGERNE:



## 2. UKLARHEDEN MELLEM KLAGENÆVNSLOVENS § 17, STK. 5 OG § 185, STK. 2 (MALENE)

### Udbudslovens § 185, stk. 2:

Rammeaftalen skal bringes til ophør med et "passende varsel", jf. lovbemærkningerne først når genudbud er gennemført.

Forudsætning: Der er tale om en endelig afgørelse/dom.

- Dvs.: Hvis kendelsen indbringes, skal rammeaftalen ikke bringes til ophør, mens sagen verserer.

### Klagenævnslovens § 17, stk. 5:

Der kan ikke lovligt foretages anskaffelser under en indkøbscentrals rammeaftale allerede efter det tidspunkt, hvor tildelingsbeslutningen er annulleret (dog i en "begrænset periode").

- Det er ikke efter ordlyden forudsat, at der foreligger en endelig afgørelse/dom.

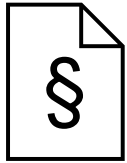
### Uklarhed:

Klagenævnslovens § 17, stk. 5 kan betyde, at brugerne ikke kan trække på rammeaftalen fra det tidspunkt, hvor der er truffet afgørelse om annullation (dog i en "begrænset periode").

- Hvor lang tid er det ?
- Også selvom kendelsen indbringes for domstolene?
- Hvad med udbudslovens § 185, stk. 2 ?



I forhold til *den fremadrettede brug af rammeaftalen* kan det sidestilles med, at en sanktion svarende til "uden virkning" træder i kraft omgående (bortset fra en "begrænset periode", jf. lovbemærkningerne).



Dette

- gælder uanset, at selve rammeaftalen ikke er erklæret for "uden virkning", og
- står i modsætning til rammeaftaler, som en ordregiver selv har udbudt (da de ikke er omfattet af klagenævnslovens § 17, stk. 5).



- I den situation:
- Ordregiver kan fortsat indgå kontrakter ("tildele ordrer") baseret på rammeaftalen, indtil rammeaftalen bringes til ophør i overensstemmelse med § 185, stk. 2.

Hvad betyder det nærmere?



# UKLAR SAMMENHÆNG - FORTOLKNING

- Ved fortolkningen af den lovmæssige uklarhed er det usikkert, om man skal lægge vægt på:
  - Princippet om *lex posterior*, da udbudslovens § 185, stk. 2 er en nyere bestemmelse (d.v.s. forrang i forhold til klagenævnslovens § 17, stk. 5).

*eller*

- Princippet om *lex specialis*, da klagenævnslovens § 17, stk. 5, specifikt omhandler indkøbscentraler (d.v.s. en undtagelse til udbudslovens § 185, stk. 2).

Både klagenævnslovens § 17, stk. 5 og udbudslovens § 185, stk. 2 er nationale bestemmelser, der ikke har baggrund i udbudsdirektivet eller kontroldirektiverne.



3

**ARGUMENTER FOR AT EN  
INDKØBSCENTRALS KUNDER  
*IKKE KAN* TRÆKKE I EN PERIODE  
EFTER  
ANNULLATIONSTIDSPUNKTET  
(§ 17, STK. 5 HAR FORRANG)**

# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *IKKE KAN* TRÆKKE I EN PERIODE EFTER ANNULATIONSTIDSPUNKTET (§ 17, STK. 5 HAR FORRANG)

- Er der en beskyttelse af kontrakter tildelt på en rammeaftale, hvor tildelingsbeslutningen er annulleret? Enten i § 185, stk. 2 eller § 17, stk. 5?
- Der er ingen uklarhed.... der er ingen beskyttelse.

# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *IKKE* *KAN* TRÆKKE I EN PERIODE EFTER ANNULATIONSTIDSPUNKTET (§ 17, STK. 5 HAR FORRANG)

Der er ingen uklarhed i beskyttelsen.

- Ordlyden af § 17, stk. 5 giver en beskyttelse ("træk" er beskyttet – indtil et vist punkt)
- Ordlyden af § 185, stk. 2 giver også en beskyttelse (Der er konsekvenser og beskyttelse af kontrakten eller rammeaftalen --- ikke "træk". Derfor indebærer § 185, stk. 2 heller ikke en forpligtelse til at bringe "træk" på rammeaftalen til ophør)



- Det er klart af ordlyden, hvad beskyttelsen omfatter.



# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *IKKE* *KAN* TRÆKKE I EN PERIODE EFTER ANNULATIONSTIDSPUNKTET (§ 17, STK. 5 HAR FORRANG)

§ 17, stk. 5:

- Bestemmelsen giver en beskyttelse.
- Denne beskyttelse er afgrænset.
- Man kan så have nogle politiske holdninger til, om der burde være en ekstra beskyttelse (jeg kommer med enkelte betragtninger efterfølgende, men i sidste ende er det et politisk valg under hensyntagen til kontroldirektivet).

# HØRINGSSVAR

Følgende fremgår af SKI's høringssvar vedr. evaluering af udbudsloven

*"Det foreslås, at § 17, stk. 5 i Lov om Klagenævnet ændres til følgende: "Såfremt beslutning om tildeling af en indkøbscentrals rammeaftale ikke er endeligt annulleret, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, på tidspunktet for iværksættelse af tildelingsprocedure for en kontrakt på baggrund af rammeaftalen, kan kontrakten ikke erklæres for uden virkning med henvisning til, at indkøbscentralen har begået fejl, jf. dog stk. 1, nr. 2 og 3."*

# HØRINGSSVAR

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærkede i rapporten følgende omkring forslaget:

*”Det vil skabe større sikkerhed for de ordregivere, der trækker på en indkøbscentrals rammeaftale, hvis beskyttelsen af deres træk udvides til at gælde, indtil rammeaftalen annulleres ved endelig dom. På den anden side vil disse ordregivere dermed potentielt få adgang til i en længere periode at købe ind på en aftale, som Klagenævnet for Udbud har fundet ulovlig. Det ville kunne kritiseres af de virksomheder, som ellers stod til at vinde opgaven. En sådan udvidelse af rækkevidden af den nuværende § 17, stk. 5, i lov om Klagenævnet for Udbud vil desuden påvirke incitamentet til at få prøvet Klagenævnets afgørelser om annulation ved domstolene.”*

# HØRINGSSVAR

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærkede i rapporten følgende omkring forslaget:

*”Klagesystemet i lov om Klagenævnet for Udbud er imidlertid ikke omfattet af denne evaluering. Det kan derfor overvejes, om der skal gennemføres et samlet servicetjek af det nuværende klagesystem for at sikre effektiv håndhævelse af reglerne. Her kan de fremkomne ønsker til ændringer til lov om Klagenævn for Udbud vurderes nærmere, herunder om ændringsforslagene vil kunne gennemføres inden for kontroldirektivernes rammer.”*

Det tydeliggøres derfor, at beskyttelsen ville være en ”udvidelse” af den nuværende beskyttelse, og at problemstillingen på nuværende tidspunkt reguleres af Klagenævnsloven, dvs. § 17.

# Tildelingsbeslutningen annulleres

Beskyttelse af **rammeaftalen** før den skal bringes til ophør

Tildelings af  
rammeaftale

Rammeaftalen indgås

Klagenævnet annullerer  
tildelingsbeslutningen

Endelig afgørelse ved  
domstolene

§ 185, stk. 2

Beskyttelse af **"træk"** før de er ulovlig foretage

Rammeaftalen indgås

Ordregivere tildeler kontrakt  
på baggrund af rammeaftalen

Klagenævnet annullerer  
tildelingsbeslutningen

Ordregivere tildeler kontrakt  
på baggrund af rammeaftalen

§ 17, stk. 5

# Tildelingsbeslutningen annulleres

Beskyttelse af **rammeaftalen** før den skal bringes til ophør

Tildelings af  
rammeaftale

Rammeaftalen indgås

Klagenævnet annullerer  
tildelingsbeslutningen

Endelig afgørelse ved  
domstolene

§ 185, stk. 2

Beskyttelse af **"træk"** før de er ulovlig foretage

Rammeaftalen indgås

Ordregivere tildeler kontrakt  
på baggrund af rammeaftalen

Klagenævnet annullerer  
tildelingsbeslutningen

Ordregivere tildeler kontrakt  
på baggrund af rammeaftalen

§ 17, stk. 5

# HVAD GÆLDER DER SÅ PÅ OMRÅDET, IDET DER IKKE ER EN BESKYTTELSE?

Hvem har ansvaret, når man kan konstatere, at noget er ulovligt?

- § 121 sammenholdt mellem § 119, indkøbscentralen er ansvarlig for udbuddet, men ordregiveren er ansvarlig for de dele, som den gennemfører. Her fremgår følgende af lovbemærkningerne til § 121: *”Med bestemmelsen fastlægges ansvarsfordelingen mellem en indkøbscentral og indkøbscentralens kunder. Ansvarsfordelingen skal ses i sammenhæng med bestemmelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. om sanktioner i forbindelse med fejlagtig anvendelse af udbudsreglerne m.v.”*
- Udbudsloven er jo klart ikke tænkt som grundlag for at ændre i ansvarsfordelingen mellem en indkøbscentral og dens kunder i § 121 sammenholdt med § 17, stk. 5 – også selvom vi har §185.
- Ansvarsfordelingen er fastlagt samtidigt som § 185, stk. 2, og der kan som følge heraf ikke anvendes et lex posterior-argument. Dette understøttes også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport om evaluering af udbudsloven, der nævnes senere.

# HVAD GÆLDER DER SÅ PÅ OMRÅDET, IDET DER IKKE ER EN BESKYTTELSE?

Hvem har ansvaret, når man kan konstatere, at noget er ulovligt?

- Hvem har ansvaret, når man kan konstatere, at noget er ulovligt?
- Her hjælper Klagenævnet for Udbud os. Kendelse af 24. juli 2012, Abena A/S mod SKI  
SOM TIDLIGERE ANFØRT: *"Såfremt klagenævnet ved sin endelige afgørelse af sagen annullerer indklagedes beslutning om at tildele kontrakt til Stadsing A/S, følger det af udbudsdirektivets art. 11, stk. 2, at de tilsluttede kommuner mv. ikke lovligt har kunnet og fremover vil kunne anvende rammeaftalen. Foretagne indkøb vil være direkte tildeling, som afhængigt af indkøbsomfang mv. vil være stridende mod den enkelte ordregivers forpligtelser efter udbudsdirektivet eller tilbudslovens afsnit 2, og som for så vidt angår direkte tildeling i strid med udbudsdirektivet vil kunne erklæres uden virkning."*
- Se også kendelse af 2. oktober 2012 COWI A/S mod SKI



# HVAD GÆLDER DER SÅ PÅ OMRÅDET, IDET DER IKKE ER EN BESKYTTELSE?

Hvem har ansvaret, når man kan konstatere, at noget er ulovligt?

- Kan det være uden virkning jf. Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, hvis grundlaget er bortfaldet som følge af, at Klagenævnet for Udbud har annulleret en indkøbscentrals tildelingsbeslutning?

# HVAD GÆLDER DER SÅ PÅ OMRÅDET, IDET DER IKKE ER EN BESKYTTELSE?

- Denne tilgang kan også finde en vis støtte i Rapporten om evaluering af Udbudsloven fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor følgende er anført ang. § 17, stk. 5:
  - *”Ordregivere kan således tildele kontrakter på en rammeaftale, som er indgået af en indkøbscentral, uden at risikere sanktionen ”uden virkning” for de enkelte tildelinger, der er foretaget, inden rammeaftalen annulleres. Herefter vil sanktionen ”uden virkning” være gældende, såfremt betingelserne herfor i lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1-3, er opfyldt.”*
  - Dvs.  
*Før* annullation af tildelingsbeslutningen = beskyttelse i § 17, stk. 5.  
*Efter* annullation af tildelingsbeslutningen = ”uden virkning” – hvis betingelserne er opfyldt.

Bemærk, der henvises ikke til § 185, stk. 2, men derimod til § 17.

# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *IKKE* KAN TRÆKKE EFTER ANNULLATIONSTIDSPUNKTET

Argumenter til støtte for, at *ikke* kunderne kan trække på rammeaftalen efter annullationstidspunktet

- Ordlyden § 17, stk. 5 og § 185, stk. 2 = ingen beskyttelse.
- Klar ansvarsfordeling i § 121
- SKI's høringssvar
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
- Spørgsmålet skal indledningsvis afgøres efter Klagenævnslovens § 17 – dermed ikke efter § 185, stk. 2.
- Praksis fra Klagenævnet for Udbud

# KONSEKVENSERNE AF MIN VURDERING

- Ordregiverne kan jo lige pludseligt stå uden en rammeaftale.
- Det skal vurderes, om deres køb er udbudspligtige – er de det, så kan ordregivere være nødsaget til at indgå en interim kontrakt indtil et nyt udbud er gennemført.

# BETRAGTNINGER, HVIS REGLERNE SKAL ÆNDRES

- Hvis reglerne skal ændres?

- Kan man overhovedet ændre reglerne, eller vil det gøre indgreb i kontroldirektiverne? Eller gik man så langt, som man kunne med § 17, stk. 5?
- Hvad vil man opnå med dette? Noget af kritikken ved § 185, stk. 2 var, at ordregivere blot kunne indbringe en sag med det ene formål at få kontrakten ”i mål”.
- Der er en risiko for, at der i en meget lang periode tildes på en kontrakt, der er tildelt ulovlig. Det kan være svært at opnå positiv opfyldelsesinteresse, så eventuelle forbigåede tilbudsgivere vil få meget lidt ud af at en langstrakt klagesag.
- Nogle af disse betragtninger fremgår også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport om evaluering af udbudsloven. Indgik også i udbudslovsudvalget.



4

**ARGUMENTER FOR AT EN  
INDKØBSCENTRALS  
KUNDER *GODT KAN*  
TRÆKKE I EN PERIODE  
EFTER  
ANNULLATIONSTIDS-  
PUNKTET (§ 185, STK. 2  
HAR FORRANG)**

# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *GODT KAN TRÆKKE* I EN PERIODE EFTER ANNULLATIONSTIDSPUNKTET (§ 185, STK. 2 HAR FORRANG) (MALENE)

Argumenter til støtte for, at kunderne kan trække på rammeaftalen i en periode efter annullationstidspunktet

- Baggrunden for § 17, stk. 5 var netop at skabe sikkerhed for, at ordregivere trygt kunne foretage indkøb på en indkøbscentrals rammeaftaler.
- På baggrund af lovbemærkningerne må der være et vist rum for fortsat indkøb - måske indtil ny rammeaftale er etableret (ligesom i § 185, stk. 2) ?
- Lovbemærkningerne til § 17, stk. 5: Hvis der er tale om "*strengt nødvendige årsager*" kan rammeaftalen anvendes "*....i en begrænset periode i overensstemmelse med EU's udbudsregler*". Det fremgår dog også, at rammeaftalen bør bringes til ophør "snarest muligt".
- Det er ikke klart:
  - hvad der skal til, for at der er tale om strengt nødvendige årsager eller
  - hvor lang en periode, der er tale om ("begrænset periode") eller
  - hvad der må forstås med "i overensstemmelse med EU's udbudsregler", især fordi der jo altid vil kunne købes ind under tærskelværdien eller i henhold til undtagelsesbestemmelserne.

# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER **GODT KAN TRÆKKE** I EN PERIODE EFTER ANNULLATIONSTIDSPUNKTET (§ 185, STK. 2 HAR FORRANG) (MALENE)

Argumenter til støtte for, at kunderne kan trække på rammeaftalen i en periode efter annullationstidspunktet

- Er der gjort op med forholdet mellem § 185, stk. 2 og § 17, stk. 5 i og med, at § 185, stk. 2 henviser til følgende: ”*Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om håndhævelse af udbudsreglerne finder anvendelse.*”
- Lovbemærkningerne:
- ”*Dette skyldes, at formålet med stk. 2 er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. §§ 16 og 17 i Lov om Klagenævnet for Udbud, sikrer en mulighed for, at Klagenævnet for Udbud under visse omstændigheder kan erklære en kontrakt for uden virkning. Som følge heraf er der på disse områder allerede en mulighed for, at en kontrakt indgået i strid med udbudsloven kan bringes til ophør, og derfor er det præciseret i stk. 2, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i disse områder.*”



# ARGUMENTER FOR AT EN INDKØBSCENTRALS KUNDER *GODT KAN* TRÆKKE EFTER ANNULATIONSTIDSPUNKTET (§ 185, STK. 2 HAR FORRANG) (MALENE)

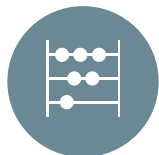
Argumenter for at § 185, stk. 2 må have forrang – og dermed "udvider" rummet for kundernes brug af rammeaftalen i opsigelsesperioden ("passende varsel") i forhold til § 17, stk. 5:

- Lovbemærkningerne:  
*"Klarhed om retsvirkningerne af anvendelse af indkøbscentralers rammeaftaler skaber større retssikkerhed for indkøbscentralers brugere, hvilket vil føre til større anvendelse af sådanne rammeaftaler".*
- brug ?  
kunder  
skal  
aftaledæ

# YDERLIGERE HENSYN



Samfundsmæssigt hensyn – kundernes/myndighedernes saglige behov for indkøb *i en periode* med henblik på at kunne varetage offentlige opgaver (indkøbscentralens behov for at sikre sine kunder).



Unødigt ressourceforbrug  
annullation af kontrakter  
domstolsforbrug



”Og

- 
- Sit
- K



Hensynet til økonomisk saglig forvaltning



Kunderne kan søge at mitigere § 17, stk. 5-risikoen ved at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse forud for hvert træk på rammeaftalen (.....men praktikken i den virkelige verden?).

Lovbemærkningerne til § 17, stk. 5:

*"Udbud er et effektivt redskab til at købe bedst og billigst ind, herunder gennem centralt koordinerede indkøb, f.eks. via indkøbscentraler".*

- fore
- ikke væ
- Ligeså pr

5

# AFSLUTTENDE BETRAGTNINGER



# HVORDAN KAN UKLARHEDEN AFHJÆLPES ?

Lovændring, således at udbudslovens § 185, stk. 2 og klagenævnslovens § 17, stk. 5 harmoniseres

Politisk valg

Carina Risvig Hamer: "Lov om Klagenævnet for Udbud" (2020), side 509:

*"Der ses ikke i udbudslovens § 185, stk. 2, at være taget stilling til forholdet til § 17, stk. 5. Hensigten med § 17, stk. 5, var oprindeligt at sikre, at ordregivere trygt kunne foretage indkøb på en indkøbscentrals rammeaftale. § 17, stk. 5, blev ifølge lovbemærkningerne indsat for at »... skabe større retssikkerhed for indkøbscentralers brugere«. Med 2014-udbudsdirektivet blev der ligeledes ændret på ansvarsfordelingen mellem ordregivere og indkøbscentraler for at sikre, at ordregivere kun er ansvarlige for de dele af processen de selv har ansvaret for. Med dette formål taget i betragtning, bør det kunne lægges til grund, at et indkøb på en indkøbscentrals rammeaftale ikke kan erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i øvrigt har fulgt rammeaftalens retningslinjer. § 17, stk. 5 forekommer derfor at være overflødig og skaber i dag muligvis den modsatte retsstilling end der oprindeligt var hensigten. Bestemmelsen bør derfor ophæves."*

Afklaring gennem praksis fra klagenævnet eller domstolene

Juridisk valg?

# KONTAKTOPLYSNINGER



**MALENE ROOSE BAGH**  
PARTNER, ADVOKAT (L)  
M +45 25 43 03 05  
@ MAL@POULSCHMITH.DK



**RASMUS HORSKJÆR NIELSEN**  
M +45 20 30 39 68  
@ RHN@ANDEL.DK

# TAK FOR I DAG

DETTE ER ET FÆLLES OPLÆG. OPLÆGSHOLDERNE  
HÆFTER DOG UDELUKKENDE FOR UDSAGN  
PÅ EGNE SLIDES.



Poul Schmith har indgået aftale med VISDA, som omfatter billederne i denne præsentation.

Præsentationen og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug for modtageren og må ikke viderespredes.