

SKI
Att.: Adm. direktør Signe Lynggaard Madsen
Zeppelinerhallen
Islands Brygge 55
2300 København S

04-01-2011
4/0420-0204-0005

Vejledende udtalelse om anvendelse af SKIs rammeaftale 17.07, herunder om Lolland Kommunes tildeling af rådgivningsydelse

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har på baggrund af et tip valgt at undersøge, hvorvidt Lolland Kommune har handlet i strid med udbudsreglerne ved at træffe beslutning om at indgå aftale med Rambøll A/S om levering af rådgivningsydelse i forbindelse med udførelse af omfartsvej i kommunen. Aftalen er indgået i henhold til SKIs rammeaftale 17.07, og styrelsen har på denne baggrund undersøgt, hvorvidt SKIs rammeaftale er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN

ØKONOMI- OG
ERHVERVSMINISTERIET

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i forbindelse med udarbejdelsen af udtalelsen udbedt sig kommentarer fra Lolland Kommune, SKI samt EU-Kommissionen.

Sagens faktiske omstændigheder

Lolland Kommune har oplyst til styrelsen, at kommunen i forbindelse med forbedring og udbygning af forbindelsesvejene til erhvervsområdet ved Nakskov Havn og Stensø ville få brug for bistand fra et privat rådgivningsfirma, der har viden og erfaring med denne type anlægsprojekter og som har passende referencer. Lolland Kommune har på den baggrund indgået aftale med Rambøll A/S ved anvendelse af SKI-rammeaftale 17.07. Den ønskede bistand er efter kommunens opfattelse dækket af SKI-rammeaftale 17.07 Anlægsprojekter, Delaftale 5 - Trafik og transport. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger i det følgende dette til grund. Herudover lægges det til grund, at Lolland Kommune er part på denne rammeaftale og derfor lovligt kan trække på aftalen.

Lolland Kommune har oplyst, at tildelingen af opgaven til Rambøll A/S er til ”SKI-pris”, og at kommunen i den anledning har vurderet, at der ikke var behov for yderligere konkurrenceudsættelse ved mini-udbud. De i rammeaftalen fastsatte priser for de forskellige medarbejderkategorier vurderedes at være acceptable for kommunen.

På SKIs hjemmeside indeholder delaftale 5 en leverandørliste på 22 virksomheder, hvorfor styrelsen desuden lægger til grund, at der er tale om en rammeaftale med flere leverandører. Spørgsmålet er imidlertid, hvilken rammeaftale med flere leverandører, der er tale om, jf. nedenfor.

SKI har oplyst følgende til styrelsen vedrørende proceduren for den ordregivende myndigheds valg af leverandør i henhold til rammeaftale 17.07:

”Ved valg af leverandør på SKI’s rammeaftale 17.07 har de ordregivende myndigheder to muligheder:

- 1) Gennemførelse af miniudbud hvor leverandøren vælges på baggrund af tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.*
- 2) Direkte tildeling – retningslinierne for den direkte tildeling følger Konkurrencestyrelsens vejledning og beskrivelse af en ”simpel bestilling”.*

Den samme procedure for valg af leverandør fremgår desuden af SKI’s hjemmeside:

http://www.ski.dk/aftaler/konsulenttydelser/ingenioerer_anlaegsprojekter/Sider/default.aspx”

Advokatfirmaet Bruun & Hjejle har på vegne af SKI oplyst følgende til styrelsen vedrørende valget mellem direkte tildeling og miniudbud:

”Miniudbud relaterer sig til priskonceptet ”ordrespecifik markedspris”, og direkte tildeling relaterer sig til priskonceptet ”fastprisliste”. ”

”[...] kunder, som ønsker en rådgivnings-tjenesteydelser leveret på vilkår om fast pris eller maksimalpris, skal anvende miniudbud. Kunder, som ønsker at indkøbe ydelserne på baggrund af timepris, vil principielt kunne benytte både direkte tildeling og miniudbud, men forventes som klar hovedregel at anvende direkte tildeling.”

Ifølge styrelsens oplysninger finder denne procedure anvendelse uanset hvilken delaftale under rammeaftale 17.07, der er tale om. Spørgsmålet er, om denne procedure er i overensstemmelse med udbudsreglerne, særligt udbudsdirektivet artikel 32.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse

Indledningsvis skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse og således ikke har kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i konkrete sager. Det kan således ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud vil kunne være af en anden holdning end styrelsen.

1. Tildeling af kontrakter på baggrund af rammeaftalen

Ifølge udbudsdirektivet artikel 32, stk. 2, 2. afsnit, skal kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, indgås efter procedurerne i artikel 32, stk. 3 og 4.

Artikel 32, stk. 3, omhandler den situation, hvor en rammeaftale indgås med én leverandør, og er derfor ikke relevant ved behandlingen af denne sag.

Artikel 32, stk. 4, omhandler derimod den situation, hvor rammeaftalen indgås med flere leverandører. Artikel 32, stk. 4, har følgende ordlyd:

”Når en rammeaftale indgås med flere økonomiske aktører, skal der være mindst tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal økonomiske aktører, der opfylder udvælgelseskriterierne, og/eller et tilstrækkeligt antal antagelige tilbud, der opfylder tildelingskriterierne.

Tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører, kan ske:

- enten på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, uden at der iværksættes en fornyet konkurrence

- eller, hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen, efter at der er iværksat en fornyet konkurrence mellem parterne på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres, og i givet fald på andre vilkår, der anføres i udbudsbetingelserne i rammeaftalen, på følgende måde: [...] [Styrelsens fremhævnin].

Ifølge artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, skal den ordregivende myndigheds tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører, således ”enten” ske på grundlag af fastsatte vilkår ”eller” efter fornyet konkurrence (miniudbud). Når en ordregivende myndighed har valgt at etablere en rammeaftale, hvor alle vilkår er fastsat, har myndigheden således ikke længere mulighed for at genåbne konkurrencen. Efter styrelsens opfattelse er det ikke i overensstemmelse med udbudsdirektivet, såfremt det følger af rammeaftalen, at der er frit valg mellem fremgangsmåderne ved tildelingen af kontrakter baseret på rammeaftalen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning af artikel 32 understøttes af, at Kommissionen i deres fortolkende note om rammeaftaler¹ har udtalt følgende i note 23:

When the contracting authority has chosen to establish all the terms in the framework agreement itself, it no longer has the possibility of re-opening the competition, given that Article 32(4), second subparagraph, second indent, reserves that possibility exclusively for those

¹ Kommissionens ”Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive”, svarer til dokument CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005 og kan findes på følgende link: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf.

cases “where **not** all the terms are laid down in the framework agreement”.

Af note 26 fremgår følgende:

”For framework agreements that do not establish all the terms, it is by definition impossible to award the individual contracts based on the agreement in accordance with the procedures provided for in the first indent of the second subparagraph of paragraph 4. In fact, in order to be able to award the contracts without reopening competition, all the terms must be established in the framework agreement itself, which by definition is not the case here.”

Det er styrelsens opfattelse, at Kommissionen i sin fortolkende note har tilkendegivet, at de to fremgangsmåder således pr. definition udelukker hinanden.

Det er dog samtidig styrelsens opfattelse, at Art. 32, stk. 4 ikke i sig selv udelukker, at den samme rammeaftale kan tage højde for begge fremgangsmåder eksempelvis i relation til forskellige delaftaler. Den ordregivende myndighed skal dog i rammeaftalens udbudsbetingelser og i rammeaftalens vilkår fastlægge, hvilken fremgangsmåde der anvendes ved den senere kontraktindgåelse.

Ved anvendelse af rammeaftale 17.07 skal de ordregivende myndigheder som angivet ovenfor anvende miniudbud, når rådgivningsydelsen ønskes leveret på vilkår om fast pris eller maksimalpris, mens kontrakten kan tildeles efter enten miniudbud eller direkte tildeling, når ordregiver ønsker levering på baggrund af den anførte timepris. På baggrund af det oplyste, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at rammeaftale 17. 07 indebærer, at de ordregivende myndigheder har frit valg mellem brug af miniudbud eller direkte tildeling i forbindelse med tildeling af de enkelte kontrakter under rammeaftalen, når myndighederne ønsker levering på baggrund af timepris. Det er dermed styrelsens vurdering, at rammeaftale 17.07 er i strid med udbudsreglerne.

I forbindelse med udarbejdelsen af nærværende udtalelse har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rettet henvendelse til EU-Kommissionen med følgende spørgsmål:

”Kan det i en rammeaftale fastsættes, at der ved tildeling af kontrakter baseret på rammeaftalen er frit valg mellem at foretage denne tildeling enten på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen (jf. art. 32, stk. 4, 2. afsnit, første pind) eller efter iværksættelsen af fornyet konkurrence (miniudbud, jf. art. 32, stk. 4, 2. afsnit, anden pind).

I samme forbindelse ønskes der en tilkendegivelse af, om det i en rammeaftale kan fastsættes, at parterne på rammeaftalen skal anvende miniudbud når ydelsen skal leveres på vilkår om fast pris eller maksimalpris, mens der er frit valg mellem miniudbud eller fastsatte vilkår, hvis der ønskes levering på baggrund af en timepris.”

EU-Kommissionen svarede følgende:

”For det første ønsker du at få tilkendegivet, hvorvidt ordregivende myndigheder kan fastsætte i en rammeaftale, at fremgangsmåden for tildeling af kontrakter baseret på rammeaftalen frit kan vælges af den ordregivende myndighed ved at anvende valgmulighederne i artikel 32, stk. 4, andet afsnit. Bestemmelsen gør det muligt at tildele kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, enten på grundlag af vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, eller ved at iværksætte en fornyet konkurrence mellem deltagerne i en rammeaftale. I samme forbindelse ønsker du at få tilkendegivet, om det i en rammeaftale kan fastsættes, at enkeltkontrakter baseret på en fast pris eller maksimalpris tildeles ved iværksættelse af fornyet konkurrence, men hvis der er tale om en pris baseret på en timesats, kan myndigheden frit vælge mellem iværksættelse af en fornyet konkurrence og fastsættelse af vilkårene i selve rammeaftalen.

Som du så rigtigt påpeger, er udgangspunktet i direktivet fastsat i artikel 32, stk. 4, andet afsnit. Heri hedder det, at tildeling af kontrakter baseret på rammeaftaler kan ske enten på grundlag af de allerede fastsatte vilkår (dvs. uden at en fornyet konkurrence iværksættes) eller - hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen - på grundlag af miniudbud. Uanset hvilken metode der vælges, skal den ordregivende myndighed fra begyndelsen beslutte, hvilke vilkår og betingelser der skal fastsættes i selve rammeaftalen, og hvilke der eventuelt kan holdes åbne og blive fastsat i et miniudbud. Deraf følger, at valget mellem de to metoder skal være truffet én gang for alle ved indledningen af proceduren, og den valgte metode skal derfor udtrykkeligt være fastsat i udbudsdokumentene og i rammeaftalen.

Det betyder ikke, at det ved en rammeaftale er udelukket at anvende begge muligheder for tildeling af enkeltkontrakter. Men hvilken tildelingsprocedure der skal anvendes, må ikke overlades til den ordregivende myndigheds frie valg. Valget skal træffes på grundlag af objektive kriterier, der overholder principperne om ikke-diskriminering og gennemsigtighed. Og disse kriterier skal være fastsat i rammeaftalen. Det vil således være fuldt ud muligt at indgå en rammeaftale, der er opdelt i delkontrakter, og fastsætte, at kontrakter vedrørende en given delkontrakt vil blive tildelt efter allerede fastsatte vilkår, mens kontrakter vedrørende en anden delkontrakt vil blive tildelt efter et miniudbud. På samme måde kan det fastsættes, at for eksempel visse

ydelse udføres til faste priser, der er fastlagt på forhånd, mens andre udføres til timepriser ganget med det nødvendige antal timer, som fastsættes ved et miniudbud. Hvad angår vareindkøb, kan man også forestille sig et system, hvor "små" leverancer (op til en bestemt mængde) gennemføres på grundlag af allerede fastsatte priser, mens "store" leverancer er omfattet af et miniudbud."

EU-Kommissionen har således tilkendegivet sin enighed med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for så vidt angår de fremsendte spørgsmål: Den ordregivende myndigheds valg mellem brug af miniudbud eller direkte tildeling i forbindelse med tildeling af de enkelte kontrakter under en rammeaftale skal være truffet ved indledningen af proceduren. Valget må således ikke være frit. Valget mellem de to metoder skal være fastsat i udbudsbetingelserne for rammeaftalen og i selve rammeaftalen.

2. Indkøb gennem indkøbscentraler

Ifølge udbudsdirektivet artikel 11, stk. 2, anses en ordregiver, der anskaffer sig tjenesteydelser gennem en indkøbscentral, for at have overholdt bestemmelserne i direktivet, forudsat at indkøbscentralen har overholdt disse. Som følge heraf, overholder en ordregivende myndighed, efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, ikke direktivets bestemmelser såfremt myndigheden anvender en SKI rammeaftale, der ikke har overholdt bestemmelserne.

Lolland Kommune har oplyst til styrelsen, at kommunen i forbindelse med anvendelse af rammeaftale 17.07 har været i telefonisk kontakt med SKI med henblik på en nærmere afklaring af betingelserne for anvendelse af SKI rammeaftaler.

Det bemærkes for en ordens skyld, at uanset det forhold, at Lolland Kommune anskaffer rådgivningsydelsen gennem en rammeaftale udbudt af SKI, er det fortsat Lolland Kommunes ansvar, at egne anskaffelser sker i overensstemmelse med udbudsreglerne, jf. artikel 11, stk. 2. Ved at trække på SKI rammeaftaler kan de ordregivende myndigheder således undlade den formelle udbudsproces, men myndighederne har fortsat ansvaret for, at egne anskaffelser sker i overensstemmelse udbudsreglerne.

Sammenfatning

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering, at det ikke er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 32, at ordregivende myndigheder ved tildelingen af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører kan have et frit valg mellem at tildele kontrakterne på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen eller efter iværksættelsen af fornyet konkurrence (miniudbud).

Det er dog samtidig styrelsens opfattelse, at udbudsdirektivet ikke i sig selv udelukker, at den samme rammeaftale kan tage højde for begge fremgangs-

måder. Den ordregivende myndighed skal i rammeaftalens udbudsbetingelser og i rammeaftalens vilkår fastlægge, hvilken fremgangsmåde der anvendes ved den senere kontraktindgåelse.

På baggrund af det oplyste, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at rammeaftale 17. 07 indebærer, at de ordregivende myndigheder har frit valg mellem brug af miniudbud eller direkte tildeling i forbindelse med tildeling af de enkelte kontrakter under rammeaftalen, når myndighederne ønsker levering på baggrund af timepris,. Det er dermed styrelsens vurdering, at rammeaftale 17.07 er i strid med udbudsdirektivet.

Selvom et indkøb foretages gennem en indkøbscentral er det fortsat den enkelte ordregivende myndighed, der har ansvaret for, at egne anskaffelser sker i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Offentliggørelse

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal afslutningsvis henlede opmærksomheden på, at styrelsen agter af offentliggøre denne udtalelse på styrelsens hjemmeside www.ks.dk. Såfremt der måtte være bemærkninger til dette, bedes disse være styrelsens i hænde inden 10 hverdage fra modtagelsen af denne udtalelse.

Såfremt der måtte være spørgsmål til denne udtalelse, er I velkomne til at kontakte undertegnede på e-mail: pz@kfst.dk eller telefonisk på 72 26 80 25.

Med venlig hilsen

Pia Ziegler
Kontorchef