

Krav til angivelse av mengde ved kunngjøring av rammeavtaler etter regelverket for offentlige anskaffelser

Rettstilstanden etter EU-domstolens avgjørelse i sak C-216/17.

Kandidatnummer: 653

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 17861



Innholdsfortegnelse

FORKORTELSER OG DEFINISJONER I OPPGAVEN.....	1
1 OPPGAVENS TEMA	2
1.1 Mengdeangivelser - den konkrete problemstillingen	2
1.1.1 Nåværende praksis i Norge.....	2
1.2 Hvorfor er oppgavens tema viktig?.....	3
1.3 Rammeverk og avgrensninger	4
2 METODE OG RETTSKILDER.....	4
2.1 Metode	4
2.1.1 Den EU-rettslige metoden	4
2.1.2 EU-domstolens avgjørelser som tolkningsgrunnlag.....	5
2.2 Rettskilder	6
2.2.1 Offisielle standpunkt til avgjørelsen.....	6
2.2.2 Rettskildeværdien av oppgavens rettskilder	7
3 OVERSIKT OVER AVHANDLINGEN.....	8
4 NÆRMERE OM REGELVERKET FOR RAMMEAVTALER	8
4.1 Hva er en rammeavtale?.....	8
4.2 Reglens plassering og system.....	8
4.3 Grunnprinsipper er rettsregler	9
4.3.1 Prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering	9
4.3.2 Gjennomsiktighetsprinsippet	10
4.3.3 Prinsippet om konkurranse	10
4.4 Regelverkets krav til mengdeangivelser	11
4.5 Innenfor rammen.....	12
4.6 Utenfor rammen - vesentlige endringer	12
5 EU-DOMSTOLENS DOM C-216/17 AV 19. DESEMBER 2018	13
5.1 Saksgang og bakgrunn	13
5.2 Forutsetninger for realitetsbehandling og rettsgrunnlag	14
5.3 Domstolens vurdering av hovedspørsmålene	14
5.3.1 Innledning.....	15
5.3.2 Prejudisielt spørsmål nr. 2 – om fastleggelse av mengder	15
6 TOLKNING AV AVGJØRELSEN	19
6.1 Innledning	19
6.2 Har avgjørelsen betydning for nåværende direktiv?	20
6.3 Har avgjørelsen betydning ut over den konkrete saken og for alle rammeavtaler?	21
6.4 Mengdekravet.....	21
6.4.1 Mengde = behov	22
6.4.2 Hvordan skal mengden presiseres for å være forsvarlig beregnet?	22
6.4.3 Hvem skal fastsette mengden, skal den angis offentlig og når?	23
6.5 Kan mengde angis som verdi?	24
6.5.1 Problemstillingen mengde/verdi.....	24

6.5.2	Mengde kan ikke angis som verdi	25
6.6	Rettsvirkninger av brudd på plikten til å fastsette mengde	31
6.6.1	Før inngåelse av kontrakt - avlysningsplikt	31
6.6.2	Etter inngåelse av kontrakt - uten virkning	34
6.7	Rettsvirkninger av å ha overskredet kunngjort mengde	35
6.7.1	Hva innebærer Domstolens utsagn i avsnitt 61?	35
6.7.2	Om virkning av plikten - terskelen for vesentlige endringer er skjerpet	36
7	INNVENDING MOT AVGJØRELSEN	37
8	KONKLUSJON: SVAR PÅ OPPGAVENS HOVEDSPØRSMÅL	38
9	RAMMEAVTALER: HVOR ER DE NORSKE MYNDIGHETENE?	39
10	AVSLUTTENDE MERKNADER	40
	LITTERATURLISTE	42

Forkortelser og definisjoner i oppgaven

C-216/17	EU-domstolens avgjørelse av 19. desember 2018 i sak C-216/17 - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust and Coopservice.
Domstolen	EU-domstolen.
2014-direktivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om op- hævelse af direktiv 2004/18/EF. Någjeldende direktiv.
2004-direktivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Loa	LOV-2016-06-17-73, Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven). I kraft fra 01.01.2017.
Foa	FOR-2016-08-12-974, Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften). I kraft fra 01.01.2017.
Oppdragsgiver	Den offentlige myndighet som foretar en anskaffelse som faller inn under regelverket.
Avrop	Oppdragsgivers bestilling under rammeavtalen. Et avrop innebærer at det sluttet en kontrakt om et faktisk kjøp av en vare eller tjeneste.
Mengde	Kvantitet i enheter, eksempelvis antall, vekt eller volumstørrelser.
Verdi	Pengebeløp.
Ulovlig direkte anskaffelse	Knyttet til brudd på kunngjøringsplikten. ¹ Omfatter ulike forhold. Herunder vesentlig endring av kontrakt, som anses som inngåelse av ny kontrakt og dermed en ulovlig direkte anskaffelse om endringen ikke er kunngjort. ²
«Uten virkning»	«Uten virkning» innebærer at inngått avtale ikke lenger har virkning, slik at det må lyses ut ny konkurranse. ³ Idømmes av retten i medhold av loa § 13, bl.a. ved ulovlig direkte anskaffelse over terskelverdi.

¹ Jf. Prop. 51 L (2015-2016) s. 86.

² NOU 2014:4 kapittel 15, s.139, punkt 15.5.2.

³ Bakken og Nordby (2013) s. 232.

1 Oppgavens tema

1.1 Mengdeangivelser - den konkrete problemstillingen

Oppgavens tema er hvilke krav regelverket for offentlige anskaffelser stiller til oppdragsgivers angivelse av den mengden av ytelser det skal kjøpes inn for under en rammeavtale. Fordi regelverket utvikles i tråd med EU-domstolens rettspraksis, er temaet helt presist hva som er rettstilstanden på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse av 19. desember 2018 i sak C-216/17.

I saken synes EU-domstolen å stille opp en absolutt plikt til å fastlegge samlet mengde av ytelser som kan bestilles. I avsnitt 61 fastslår Domstolen at en rammeavtale må gjennomføres innenfor de på forhånd definerte mengder, og når mengdene er oppnådd, vil rammeavtalen «have udtømt sine virkninger».

På bakgrunn av avgjørelsen stiller oppgaven opp tre hovedspørsmål:

1. Har oppdragsgiver plikt til i anskaffelsesdokumentene å angi samlet forventet mengde av ytelser under en rammeavtale?

Dersom det foreligger en plikt:

2. Hva er rettsvirkningene av atplikten tilsidesettes?

3. Hva innebærer Domstolens utsagn i avsnitt 61 om at rammeavtalen vil ha «udtømt sine virkninger» når mengdegrensen er nådd?

Det vil for det første argumenteres for at avgjørelsen stiller opp en klar plikt for oppdragsgiver til å angi den totale mengden ytelser en rammeavtale skal omfatte. For det andre at det kan utledes rettsvirkninger i form av avlysningsplikt og «uten virkning» derplikten er tilsidesatt. For det tredje vil det argumenteres for at Domstolen i avsnitt 61 presiserer allerede gjeldende regelverk. På denne bakgrunn vil det anføres at Norge, som følge av C-216/17, må legge om praksis for å være i samsvar med EØS-retten.

1.1.1 Nåværende praksis i Norge

En plikt til å angi samlet mengde ytelser ved kunngjøring, står i kontrast til den praksis som har utviklet seg på rammeavtalenes område. Rammeavtaler har av oppdragsgivere blitt sett på som en god løsning der de ikke har hatt klart for seg hvor mye som skal bestilles. Samlet mengde for hele rammeavtalens løpetid er ofte utelatt i anskaffelsesdokumentene eller er gitt i varierende grad, og forståelsen av regelverket har vært at man har kunnet gjøre avrop ut over det som opprinnelig ble estimert om mengder. Oppdragsgivere har imidlertid vært pliktig til å oppgi et estimat over samlet kontraktsverdi for rammeavtalen. Verdien uttrykker hva oppdragsgiver forventer alle kontraktene under rammeavtalen til sammen vil utgjøre i betaling til leverandør. På samme måte har disse estimatene konsekvent blitt ført opp med forbehold og blitt ansett som uforpliktende. Kun ved svært store avvik mellom estimert kontraktsverdi og

endelig utfall, har KOFA⁴ ansett tilfellene som vesentlig endring av kontrakt og ilagt gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. Terskelen KOFA har operert med, har vært svært høy.

KOFA-sak 2011/294 tjener som et godt eksempel på den praksisen som beskrives her. Innklagedes kjøp av advokattjenester⁵ for kr 5 565 688,80 fra valgte leverandør ble av klagenemnda ansett å ligge innenfor omfanget av den rammeavtalen som var kunngjort. I det som var kunngjort, var det oppgitt i anskaffelsesdokumentene et historisk forbruk på 700 000 kroner årlig for advokattjenester, men angitt at dette tallet kunne bli lavere eller høyere. KOFA anså at avviket ikke var stort nok til at det nådde opp til den terskelen som medfører at kontrakten er vesentlig endret. KOFA mente at terskelen skulle ta høyde for at omfanget var angitt som et estimat, og at leverandører måtte antas å være kjent med at omfanget ville kunne overskrides.⁶

EU-domstolens avgjørelse har i mange juridiske kretser blitt forstått som at estimert kontraktsverdi, uavhengig av mengdeberegninger, nå ikke lenger er uforpliktende, men en absolutt grense som medfører at kontrakten er uten virkning. Denne tolkningen har aktualisert flere spørsmål. Blant disse er - om verdi kan sidestilles med mengde, om overskridelser av estimert kontraktsverdi automatisk medfører at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og om regelverket for vesentlige endringer fortsatt er aktuelt for rammeavtaler. Oppgaven vil derfor også adressere disse spørsmålene.

1.2 Hvorfor er oppgavens tema viktig?

Gjennom konkurranse i leverandørmarkedet skal regelverket fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og sikre tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.⁷ Over en fastsatt terskelverdi gjennomfører regelverket Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.⁸ Regelverkets formål er derfor også å bidra til realiseringen av et felles indre marked i Europa⁹ gjennom fri flyt av varer og tjenester og fri konkurranse.¹⁰

For at formålene og Norges forpliktelser skal oppfylles, må Norges praksis være i samsvar med EØS-retten. Med dagens praksis ser man at det tillates rammeavtaler som både har et svært løst fundament for grunnlaget leverandørene skal regne pris på, og at det foretas avrop langt ut over det som har blitt kunngjort fordi opplysningene anses uforbindende. Dette innebærer risiko for at store verdier kan samles hos én leverandør, over lang tid, til priser som ikke nødvendigvis er konkurransedyktige. En eventuell plikt til å bindende angi mengder i rammeavtaler, kan derfor medføre store besparelser for offentlig sektor og gi økt konkurranse på det

⁴ Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Reguleres av FOR-2002-11-15-1288 (Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser).

⁵ Juridiske tjenester er nå til dels unntatt forskriften, jf. foa §2-4 bokstav d.

⁶ Se avsnitt 31 og 33, KOFA-sak 2011/294.

⁷ Jf. foa § 1.

⁸ Jf. foa § 5-3.

⁹ NOU 2014:4 kap 9.2.

¹⁰ Se sak C-380/98 avsnitt 16 og sak C-19/00 avsnitt 32.

indre markedet. Årlig anskaffes varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider til norsk offentlig sektor for omlag 520 milliarder kroner.¹¹ Over hele Europa anses rammeavtaler som en effektiv innkjøpsteknikk og benyttes i stor utstrekning.¹² Tall fra Sverige for 2018, viser offentlig innkjøp for 706 milliarder kroner. Av disse ble 37 prosent av alle innkjøp, og 48 prosent av alle innkjøp over terskelverdi, gjort ved rammeavtaler.¹³ I mangel på norske statistikker gir tallene en pekepinn på hvilke verdier det årlig kjøpes inn for via rammeavtaler i Norge.

1.3 Rammeverk og avgrensninger

Det overordnede formålet med oppgaven er å ta stilling til hva som er gjeldende rett vedrørende mengdeangivelse for rammeavtaler over EØS-terskelverdi, jf. foa § 5-3, som følge av sak C-216/17. Rettslig grunnlag er anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I og III, samt direktiv 2014/24/EU med tilhørende grunnprinsipper og praksis fra EU-domstolen som det norske regelverket gjennomfører med bakgrunn i EØS-avtalen.¹⁴ Oppgaven avgrenser derfor mot anskaffelser under EØS-terskelverdi og anskaffelser som faller utenfor klassisk sektor, jf. foa § 2. Oppgaven avgrenser også mot andre innkjøpsmetoder enn rammeavtaler, som dynamiske innkjøpssystemer, elektroniske auksjoner og elektroniske kataloger. I lys av oppgavens tema faller behandling av WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA)¹⁵ utenfor.

2 Metode og rettskilder

2.1 Metode

Det metodiske utgangspunktet i oppgaven er alminnelige juridisk metode. Gjeldende rett vil forsøkes utledes gjennom en tolkning av sak C-216/17 innenfor rammene av den EØS-rettslige metoden. Gjennom spørsmålene oppgaven har stilt, vil det utledes om avgjørelsens rettssetninger har overføringsverdi til rammeavtaler generelt.

Der norsk rett gjennomfører EØS-forpliktelser, har EØS-retten ikke bare materiell påvirkning ved at innholdet i reglene skal være de samme. EØS-retten har også metodisk påvirkning, ved at reglene skal fortolkes i tråd med den EØS-rettslige rettskildelæren.¹⁶ Dette har implikasjoner for rettskildebuk og tolkning. Særlige viktige elementer for oppgavens metodebruk gjennomgås i punkt 2.1.1 og punkt 2.1.2.

2.1.1 Den EU-rettslige metoden

Anskaffelsesregelverkets regler over terskelverdi skal tolkes i samsvar med direktivet og EU-domstolens rettspraksis etter den EU-rettslige metoden slik den er utviklet av EU-domstolen.

¹¹ Regjeringen.no (2020).

¹² Direktiv 2014/24/EU, fortalet punkt 60.

¹³ Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket (2020), s.8-9, 53-55.

¹⁴ Jf. EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2.

¹⁵ Agreement on Government Procurement.

¹⁶ Thue mfl. (2014) kap. 2.2.

Dette følger av det EU-rettslige kravet til rettsenhet.¹⁷ I sak C-72/09 avsnitt 20, understreker Domstolen at kravet om enhetlig fortolkning er utstrakt til EØS-avtalen i det et av hovedformålene med EØS-avtalen er å utstrekke den videst mulige gjennomførelse av den frie bevegelse for varer, personer, tjenesteytelser og kapital også til EFTA-statene og at «[...]Det tilkommer herved Domstolen at sørge for, at de bestemmelser i EØS-avtalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelsene i traktaten, fortolkes ensartet inden for medlemsstatene.»

Selv om utgangspunktet ved tolkningen er en språklig forståelse av ordlyden i direktivene, innebærer antallet språkversjoner¹⁸, med det det måtte innebære av en ordlydstolkning på 24 språk, at tolkningsmomentene kontekst og formål er særlig fremtredende i EU-retten.^{19 20} Kontekstuell tolkning innebærer at en bestemmelse skal tolkes ut fra sin sammenheng, i lys av hele EU-retten, herunder direktivets forale og alminnelige EU-rettslige prinsipper.²¹

De grunnleggende prinsippene brukes som tolkningsfaktor ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket. «Ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, vil den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene, som utgangspunkt måtte legges til grunn».^{22 23}

I formålstolkning ligger at bestemmelsene skal tolkes slik at formålet med dem best mulig oppnås.²⁴

2.1.2 EU-domstolens avgjørelser som tolkningsgrunnlag

Reelle hensyn, som hensynet til å få det indre markedet til å fungere og hensynet til EU-retts effektive virkning, står sentralt i EU-domstolens avgjørelser.²⁵ Videre er premissene ofte knappe og stilen postulerende.²⁶ Det kan tenkes flere årsaker. For det første må dommerne enes om én tekst fordi det ikke er tillatt med dissenser. En annen årsak kan knytte seg til at Generaladvokatens forslag til avgjørelse offentliggjøres sammen med avgjørelsen.²⁷ Domstolen står fritt i forhold til innstillingen, men den er likevel en kilde til å forstå regelverket og avgjørelsene.

¹⁷ Slik C-128/11, avsnitt 39.

¹⁸ Det er 24 offisielle språkversjoner i EU.

¹⁹ Slik også Fredriksen og Mathisen (2014) s. 219 og 241.

²⁰ Se C-455/05 avsnitt 19 og 20.

²¹ Se C-98/91 avsnitt 9 og 16.

²² Prop.51 L (2015–2016) side 81.

²³ Se kap. 4.3 om prinsippene.

²⁴ Se sak C-98/91 avsnitt 35.

²⁵ Slik også Dragsten (2013) s. 57.

²⁶ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 239.

²⁷ Generaladvokatene er knyttet til Domstolen og har som oppgave å komme med et uavhengig, upartisk og begrundet forslag til avgjørelse. Se TEUV art. 252.

Et annet særtrekk ved tolkningsgrunnlaget er den vekten EU-domstolen legger på egen rettspraksis, og stillingen denne rettspraksisen har i EU-retten.²⁸ Det er ikke tvilsomt at EU-domstolen «bevisst formulerer abstrakte rettssetninger som er ment å ha rekkevidde utover den konkrete saken».²⁹ Dette er særlig relevant i prejudisielle avgjørelser som denne avhandlingen gjelder. I en prejudisiell avgjørelse har et nasjonalt domsorgan i en medlemsstat forelagt EU-domstolen spørsmål tilknyttet en konkret nasjonal sak om hvordan EU-regelverket skal tolkes.³⁰ Avgjørelsen skal derfor tolkes i lys av de forelagte spørsmålene og rammene den nasjonale domstolen har trukket opp for EU-domstolen.³¹ Alle medlemsstater og EUs institusjoner, i tillegg til partene i den nasjonale saken, kan velge å komme med saksinnlegg til den prejudisielle saken.³² Formålet med en prejudisiell avgjørelse er å sikre ensartet fortolkning av EU-retten, samtidig som nasjonale dommere skal få bistand i EU-rettslige spørsmål.³³ Ettersom EU-Domstolen ikke avgjør en tvist, men avsier en tolkningsdom, kan avgjørelsene være generelle i formen, med behov for nyanseringer i fremtiden.³⁴

2.2 Rettskilder

2.2.1 Offisielle standpunkt til avgjørelsen

I Sverige foreligger fire avsagte dommer fra Kamarrätten³⁵ som knytter seg til C-216/17.³⁶ Sakene gjelder plikten til å angi bindende grense for maksimalt avrop. I Danmark har Klagenævnet for Udbud³⁷ en sak under behandling og har i den forbindelse forelagt EU-domstolen med prejudisielle spørsmål om forståelsen av C-216/17. Den prejudisielle foreleggelsen har fått saksnummer C-23/20 i EU-domstolen og er ennå ikke behandlet. Fra Konkursverket og Upphandlingsmyndigheten i Sverige³⁸ og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i Danmark³⁹ foreligger det offisielle standpunkt og veiledere til avgjørelsen. KOFA har hatt to saker til behandling hvor spørsmål om overskridelse av estimat innebærer automatisk ulovlig

²⁸ Se eksempelvis direktivet, foralen punkt 89, med anvisning på tolkning i samsvar med «case-law».

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 239.

³⁰ Jf. TEUV 267.

³¹ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 193 og 241.

³² Fredriksen og Mathisen (2014) s. 193.

³³ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 239.

³⁴ Se Arnesen og Stenvik (2009) s. 35.

³⁵ Kamarrätten er ankeinstans for Förvaltningsrätten og underinstans for Högsta förvaltningsdomstolen.

³⁶ Kamarrätten i Jönköping - Mål nr. 3390-19. Dom av 27. mars 2020 (endelig avgjort).

Kamarrätten i Sundsvall - Mål nr. 2770-19. Dom av 23. april 2020 (endelig avgjort).

Kamarrätten i Göteborg - Mål nr. 604-20 m.fl. Dom av 15. juni 2020 (endelig avgjort).

Kamarrätten i Stockholm - Mål nr. 3582-20. Dom av 5. oktober 2020 (anket).

Kamarrätten i Sundsvall - Mål nr. 3570-19 (ikke behandlet).

³⁷ Dansk klagenemnd for offentlige anskaffelser.

³⁸ Upphandlingsmyndigheten skal formidle kunnskap på området for offentlige anskaffelser. Konkursverket er tilsynsmyndighet for offentlige anskaffelser.

³⁹ Dansk fagmyndighet for offentlige anskaffelser.

direkte anskaffelse har kommet opp.⁴⁰ Sakene ble avgjort på annet grunnlag.⁴¹ Det foreligger en ny sak for KOFA, sak 2020/1, hvor saksforholdet ligger i kjernen av C-216/17. Saken ble behandlet i nemndsmøte den 9. november 2020. Avgjørelse er forventet innen primo februar 2021. Norske myndigheter har ikke kommet på banen.

2.2.2 Rettskildeverdien av oppgavens rettskilder

EU-domstolens avgjørelser

EU-domstolens avgjørelser er tungtveiende rettskilder ved tolkningen av regelverket for offentlige anskaffelser. Formålet om en enhetlig og dynamisk utvikling av regelverket i tråd med EU-domstolens praksis følger av forpliktelsen til ensartet fortolkning. Rettskildevekten kan også utledes av EØS-avtalen artikkel 6, sammenholdt med ODA,⁴² artikkel 3 (2). I praksis innebærer det at «nyere rettspraksis fra EU-domstolen normalt tillegges avgjørende betydning for tolkningen av EØS-avtalen».⁴³ Via engelsk, fransk, tysk og spansk oversettes avgjørelsene til de 24 andre EU-språkene.⁴⁴ Dette innebærer at det kan forekomme oversettelsesfeil. Oppgaven har, for å fange opp eventuelle oversettelsesfeil, derfor sammenholdt de relevante direktivene og avgjørelsen C-216/17 i engelsk, svensk og dansk versjon. Der det siteres, er den danske versjonen fortrinnsvis brukt. Generaladvokatens forslag til avgjørelse vil det ses hen til der EU-domstolen har vist til denne, og ellers der den forklarer avgjørelsen. Den rettskildemessige vekten av en avgjørelse fra EU-domstolen ligger i avgjørelsens prejudikatsverdi alene.

KOFA-praksis

KOFAs avgjørelser er rådgivende og avgjørelsene har begrenset rettskildemessig verdi. Avgjørelsene har imidlertid stor praktisk veiledningsverdi for det norske regelverket, slik at Høyesterett har sett hen til KOFAs avgjørelser der disse har argumentasjonsverdi, jf. eksempelvis Rt-2007-1783 og Rt. 2008-1705. KOFA behandler en rekke saker, og avgjørelsene gir derfor et godt bilde av hvordan regelverket praktiseres i Norge.

Utenlandske rettskilder

I Rt. 2001 s. 1062, Nucleus, på side 1078, anså Høyesterett at rettstilstanden i andre EØS-land har en viss vekt på EØS-rettens område. I Rt. 2008 s. 1705 gjengir Høyesterett dansk litteratur på anskaffelsesområdet. Dette viser at Høyesteretts rettskildebilde omfatter kilder i øvrige EØS-land og at andre lands praksis, særlig på et område der reglene er felles og det ikke foreligger særlig nasjonal praksis, kan ha en viss rettskildemessig verdi. Dette følger også av målsetningen om fungerende rettslikhet.⁴⁵ Utenlandske avgjørelser og myndighetspraksis vil likevel aldri kunne være bindende for norsk rett.⁴⁶ Andre lands myndighetspraksis og juridiske fremstillinger, trekkes inn i oppgaven i kraft av argumentasjonsverdi og som eksempler på forståelser av sak C-216/17. Oppgaven har særlig sett hen til svensk domstolpraksis fra Kammarrätten⁴⁷ og veiledninger til avgjørelsen fra svenske og danske myndigheter. Disse er

⁴⁰ KOFAs avgjørelse i forente saker 2019/354 og 2019/394 og KOFA-sak 2019/61.

⁴¹ KOFA knyttet en bemerkning til avgjørelsen, se kap. 6.6.1.

⁴² ODA – avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

⁴³ Arnesen og Stenvik (2009) s. 82.

⁴⁴ Fredriksen og Mathisen (2014) s.242.

⁴⁵ Jf. Arnesen og Stenvik (2009) s. 34.

⁴⁶ Jf. Arnesen og Stenvik (2009) s. 84.

⁴⁷ Se note 12.

Ställningstagande nr. 2019:1 fra Konkursverket i Sverige, Vägledning nr 2019:3 fra Upphandlingsmyndigheten i Sverige, samt Notat av 13. november 2019 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i Danmark.

3 Oversikt over avhandlingen

Avhandlingen vil i kapittel 4 fremstille rettsgrunnlaget tolkningsdelen av oppgaven hviler på. I kapittel 5 fremstilles avgjørelsen, før tolkningsdelen følger i kapittel 6,7 og 8. I kapittel 9 vil det kort ses på hvilket kunnskapsmateriale som er offentlig tilgjengelig innenfor rammeavtaler, knyttet opp mot anskaffelsesmyndighetenes ansvar for veiledning under EØS-avtalen, før det gis avsluttende merknader i kapittel 10.

4 Nærmere om regelverket for rammeavtaler

4.1 Hva er en rammeavtale?

En rammeavtale er en avtale mellom en eller flere offentlige oppdragsgivere og en eller flere leverandører som fastsetter kontraktsvilkårene for senere innkjøp i en gitt periode⁴⁸. Innkjøpene skjer ved avrop på rammeavtalen hos den leverandøren eller de leverandørene som ble tildelt rammeavtalen. Oppdragsgiver har ikke kjøpeplikt med mindre annet er avtalt.⁴⁹ En rammeavtale er derfor en innkjøpsteknikk som faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Det er kun konkurransen om rammeavtalen som er kunngjøringspliktig, ikke de etterfølgende avropene eller tildelingene av kontrakt. Rammeavtaler utgjør derfor i sin natur et lukket system med økt risiko for at konkurransen på leverandørmarkedet hindres, begrenses eller vris og offentlige midler ikke utnyttes samfunnstjenlig.

4.2 Reglenes plassering og system

Artikkel 33 og fortalet punkt 59-62 i 2014-direktivet oppstiller særlige bestemmelser for rammeavtaler over terskelverdi. Hoveddelen av disse bestemmelsene gjenfinnes i foa del III § 26-1 - § 26-3 og i generelle bestemmelser i del I.

Oppdragsgiver skal følge anskaffelsesregelverket ved inngåelsen av rammeavtaler, jf. foa § 26-1 (1). Rammeavtaler skal derfor kunngjøres som en alminnelig kontrakt.⁵⁰ Over EØS-terskelverdi kunngjøres konkurransene i hele EØS gjennom TED-databasen.⁵¹ EØS-terskelverdiene justeres årlig og fremkommer av foa § 5-3. Terskelverdien regnes ut ved at oppdragsgiver foretar en forsvarlig beregning på tidspunktet for kunngjøringen og legger til grunn den mak-

⁴⁸ Se foa § 4-1 i).

⁴⁹ Treumer (2019) s. 196.

⁵⁰ Jf. foa kap. 2.1.

⁵¹ TED (Tenders Electronic Daily) er den europeiske offisielle databasen for kunngjøringer, og online-versjonen av vedlegget til Den Europeiske Unions Tidende, jf. ted.europa.eu (2020).

simale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens varighet, inkludert verdien av opsjoner, jf. foa § 5-4 (1) (2) (5). Videre skal en av de tillatte anskaffelsesprosedyrene benyttes. Utgangspunktet er åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. foa kap. 13. Tildeling av rammeavtalen skal skje på grunnlag av fastsatte tildelingskriterier, jf. foa kap. 18. Avtalens oppdragsgivere skal være klart identifisert i anskaffelsesdokumentene⁵², og kun leverandører som allerede er part i rammeavtalen deltar i en eventuell fornyet konkurranse. Tildeling av kontrakt under rammeavtalen følger prosedyrene i forskriften § 26-2 eller § 26-3.⁵³

4.3 Grunnprinsipper er rettsregler

De grunnleggende prinsippene er kjernen i anskaffelsesregelverket.⁵⁴ Fra prinsippene utleder EU-domstolen rettigheter og plikter, og ivaretagelse av prinsippene skal sikre en effektiv formålsoppnåelse. Enkeltbestemmelsene i forskriften er derfor et utslag av grunnprinsippene.⁵⁵ Det understrekes i Prop. 51 L (2015–2016) side 81 at: «Innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene må fastlegges i samsvar med EØS-retten. Det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for».

Artikkel 18 i 2014-direktivet fastslår at oppdragsgiveren skal behandle leverandører likt og uten forskjellsbehandling og handle på en gjennomslutlig og forholdsmessig måte. Anskaffelsen skal ikke utformes med det formål å utelukke det fra direktivets anvendelsesområde, eller for kunstig å innskrenke konkurransen slik at visse leverandører urettmessig favoriseres eller stilles mindre gunstig. Utover artikkel 18 er misbruksforbudet i fortalens punkt 61 et særlig prinsipp på rammeavtalenes område: «Rammeaftaler må ikke misbruges eller anvendes på en sådan måte at konkurransen hindres, begrenses eller fordrejes.» Loa § 4 gjennomfører prinsippene i norsk rett, og det heter at oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.⁵⁶ Fordi oppdragsgiver i en rammeavtale låser opp én eller noen leverandører i lang tid, er det særlig kravene til likebehandling, gjennomslutlighet og konkurranse bestemmelsene om rammeaftaler skal ivareta.⁵⁷

4.3.1 Prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering

EU-domstolen understreker i sak C-331/04 avsnitt 22 at: «[...] forpligtelsen til at overholde prinsippet om likebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter [...], og at de bydende skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene [...]» Likebehandlingsprinsippet er derfor det

⁵² Jf. C-216/17 avsnitt 56, og direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 60.

⁵³ Se direktiv 2014/24/EU artikkel 33.

⁵⁴ Prop. 51 L (2015-2016) s. 41, punkt 7.4.1.

⁵⁵ Bakken og Nordby (2013) s. 64 slik også Prop. 51 L (2015-2016) s. 41, punkt 7.4.1.

⁵⁶ I den tidligere anskaffelsesloven av 1999, § 5, var prinsippene utformet som krav. Det ligger nå implisitt i § 4 at prinsippene stiller opp krav.

⁵⁷ Goller mfl. (2017) s. 102.

mest fundamentale prinsippet bak anskaffelsesreglene. Det stiller opp et forbud mot all forskjellsbehandling, men også en plikt til å behandle ulike tilfeller forskjellig.⁵⁸ I prinsippet ligger det grunnleggende EU-rettslige prinsippet for det indre marked - kravet til ikke-diskriminering. Det innebærer at det ikke skal diskrimineres på bakgrunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, slik at utenlandske leverandører diskrimineres og/eller nasjonale favoriseres.⁵⁹ Leverandører skal derfor ha tilgang på informasjon som gjør dem i stand til å inngi tilbud på lik linje.

4.3.2 Gjennomsiktighetsprinsippet

Prinsippet om gjennomsiktighet utledes fra likebehandlingsprinsippet⁶⁰ og anses som et verktøy for å sikre likebehandling og åpne opp markedet i EU.⁶¹ I dette ligger for det første et krav til offentliggjøring og åpenhet om selve anskaffelsen, hvor bestemmelsene om kunngjøring er et utslag av prinsippet.⁶² For det andre følger et krav til klarhet. I sak C-223/16, avsnitt 34, beskrives at gjennomsiktighetsforpliktelsen skal sikre at det ikke er risiko for favorisering og vilkårlighet fra oppdragsgiver: «Denne forpliktelse innebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsprosedyren skal formuleres klart, præcist og utvetydige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede 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 tilbudsgivernes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt [...]».⁶³ Gjennom krav til offentlighet, åpenhet og klarhet vil dermed potensielle leverandører få nødvendig informasjon, markedet åpnes og det kan kontrolleres hvorvidt prosessen er upartisk.⁶⁴ Prinsippet er gjennomført i loa § 4 ved kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet.⁶⁵

4.3.3 Prinsippet om konkurranse

Konkurranse er det viktigste virkemiddelet for å oppnå regelverkets formål. Konkurranse skal gagne både oppdragsgiver og leverandører, jf. sak C-324/14, avsnitt 34: «[...] En sådan fortolkning er i overensstemmelse med formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men ligeledes for de ordregivende myndigheder [...]». Kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgiver ikke må tilrettelegge anskaffelsen slik at anskaffelsesreglene omgås, eller slik at visse leverandører favoriseres eller at muligheten til å vinne anskaffelsen forringes,⁶⁶ jf. også misbruksforbudet nevnt over. Oppdragsgiver plikter så langt det er mulig å

⁵⁸ Treumer (2019) s. 43.

⁵⁹ Bakken og Nordby (2013) s. 65.

⁶⁰ Slik C-324/98 avsnitt 61, C-91/08 avsnitt 36, C-538/13 avsnitt 34 og C-216/17 avsnitt 63.

⁶¹ Balshøj (2018) s. 165.

⁶² Treumer (2019) s. 44-45.

⁶³ Jf. også C-76/16 avsnitt 34, og C-216/17 avsnitt 63.

⁶⁴ Slik også Dragsten (2020) s. 20-21.

⁶⁵ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.5.

⁶⁶ Treumer (2019) s. 51.

sikre at anskaffelsen baserer seg på konkurranse, med mindre det finnes en klar hjemmel for direkte anskaffelse.⁶⁷

4.4 Regelverkets krav til mengdeangivelser

Av definisjonen, jf. §4-1 i) følger at formålet med en rammeavtale er «å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde». Ordlyden forutsetter derfor at mengde er et kontraktsvilkår.⁶⁸ Kontraktsvilkår skal offentliggjøres, jf. eksempelvis krav til innhold i konkurransegrunnlag, jf. foa § 14-1 (3) b).

I tillegg følger krav til mengdebeskrivelse gjennom krav til innhold i kunngjøringen, jf. foa kap. 21, jf. 2014-direktivet vedlegg V del C. Forskriften gir anvisning på at rammeavtalen skal kunngjøres i samsvar med skjemaer fastsatt av departementet, jf. foa § 21-1. Mengdeangivelse knytter seg først og fremst til skjemaets rubrikk II.2.4) "Description of the procurement" og til rubrikk II.1.4 «Short description».⁶⁹ Det er derfor opp til oppdragsgiver å bestemme hva som angis om mengde.⁷⁰ Det han opplyser om, er han bundet av.⁷¹

Postene i skjemaet gjennomfører direktivet Vedlegg V del C. Under gjengis de bestemmelsene som knytter seg til angivelse av mengde - samt også verdi, da det har relevans for merknadene i kap. 6.2.

"7. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsenes 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."

Krav til angivelse av mengde kan også utledes fra kravene til innhold til konkurransegrunnlaget, jf. foa § 14-1. Konkurransegrunnlagets krav stilles i lys av hva som fremkommer i kunngjøringen. Blant annet skal det oppgis hva som skal anskaffes og hvilke kontraktsvilkår som

⁶⁷ Bakken og Nordby (2013) s. 65-66.

⁶⁸ I direktivet, som bestemmelsen skal leses i lys av, er ordlyden både i nytt og gammelt direktiv «givet fald påtænkte mængder». «I givet fald» gjenfinnes av ukjent grunn ikke i foa. Tidligere norsk forskrift hadde ordlyden «eventuelt planlagte mængder». I «givet fald» vil som kap. 5.3.2.1 skal vise, utgjøre tolkningskjernen i C-216/17.

⁶⁹ Standard-formular 2 TED - contract notice.

⁷⁰ Det er i KOFA-praksis ikke stilt store krav til angivelse av mengde i kunngjøringsskjemaet. KOFA anser i sak 2012/231 avsnitt 66 at «Det kan imidlertid ikke utledes strenge krav til detaljnivået i oppdragsgivers angivelse av mengde eller omfang på bakgrunn av den angjeldende skjemateksten».

⁷¹ Dragsten (2020) s. 705.

gjelder for oppdraget, dersom dette ikke fremkommer av kunngjøringen.⁷² Sammen skal anskaffelsesdokumentene sikre leverandørene tilstrekkelige opplysninger for å ta stilling til om de vil delta og til å regne ut riktige tilbud.⁷³

4.5 Innenfor rammen

Det sentrale ved rammeavtaler er at alle avrop skal foregå innenfor rammene av avtalen. Avropene må være fastsatt i avtalen og foretas innenfor avtalens varighet, art, omfang og øvrig anvendelsesområde.⁷⁴ Tidsbegrensningen er fire år, med mindre det foreligger særlige forhold, jf. foa § 26-1 (4). Fordi etterfølgende tildeling skjer uten offentlige kunngjøringer, er tildeling med hjemmel i rammeavtalens kontraktsvilkår slik de ble utlyst, en grunnleggende forutsetning i regelverket.

I rammeavtaler med én leverandør der alle vilkår er fastsatt, jf. foa § 26-2 (1), skal kontrakter tildeles på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen. Der det er flere leverandører under en rammeavtale, og alle kontraktsvilkår er fastsatt i rammeavtalen, skal tildeling av kontrakt skje etter en fordelingsnøkkel som er angitt i rammeavtalen, jf. foa § 26-3 første ledd. Typiske kontraktsvilkår som må avtales, er «omfang, avtaleperiode, hvilke produkter eller ytelser som omfattes, priser og betalingsbetingelser, bestillings- og leveringsvilkår osv»⁷⁵.

I § 26-3 annet ledd beskrives prosedyren for rammeavtale med flere leverandører hvor ikke alle vilkår er fastsatt. Da skal det avholdes ny konkurranse mellom de valgte leverandørene, etter regler som skal være angitt i anskaffelsesdokumentene. Det følger av ordningen at alle kontraktsvilkår derfor ikke må avtales ved inngåelse av rammeavtalen, men avtalen skal inneholde alle regler og vilkår for gjennomføringen av fornyet konkurranse. Oppdragsgiver kan etter visse vilkår også velge en kombinasjon av direkte tildeling eller fornyet konkurranse mellom de valgte leverandørene.⁷⁶

4.6 Utenfor rammen - vesentlige endringer

Avrop utover rammen av det som er kunngjort - beløpsmessige, artsmessige eller innholdsmessige, utgjør et brudd på kravet til konkurranse fordi andre leverandører ikke får mulighet til å konkurrere om dette.⁷⁷ Utenfor rammen skal det kunngjøres ny konkurranse. Hvis ikke kan det bli ansett som en ulovlig direkte anskaffelse.⁷⁸⁷⁹ Læren om vesentlige endringer, som

⁷² Jf. foa § 14-1 (1) jf. § 14-1 (3) a) og b).

⁷³ Jf. C-87/94 avsnitt 88.

⁷⁴ Bakken og Nordby (2013) s.208.

⁷⁵ Dragsten (2013) s. 129.

⁷⁶ Kombinasjonsmuligheten følger forutsetningsvis av foa § 26-3 (3) og direkte av direktivet 014/24/EU artikkel 33, 4 ledd bokstav b).

⁷⁷ Bakken og Nordby (2013) s. 208.

⁷⁸ Bakken og Nordby (2013) s. 208.

⁷⁹ Domstolene kan kjenne en kontrakt «uten virkning» der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loa § 13. Å gå utenfor en kontrakts rammer, som overskridelser i dimensjon, art eller ved vesentlige endringer, vurderes opp mot dette.

har grunnlag i EU-domstolens praksis, forutsetter at vesentlige endringer i en inngått kontrakt vil være å anse som inngåelse av en ny kontrakt som skal følge regelverket.⁸⁰ En vesentlig endring av de opprinnelige kontraktsvilkårene, er derfor å anse som en ulovlig direkte anskaffelse og er ikke tillatt, jf. foa §§ 26-1 (5) og 28-1 flg. Hva som utgjør «vesentlige endringer» eksemplifiseres i foa § 28-2. En endring er vesentlig, dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. I § 28-2 a) – d) er det angitt typetilfeller for når en endring alltid skal anses vesentlig. Sentralt er at endringen er vesentlig dersom den gjelder nye betingelser, som dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne ha tildelt kontrakten til en annen leverandør. Bestemmelsen kodifiserer EU-domstolens praksis i sak C-454/06 (Presstext) og må tolkes i lys av EU-domstolens praksis. Det følger av C-454/06 (Presstext) og C-549/14 (Finn Frogne) at adgangen til å foreta endringer utover endringsklausuler, er snever.⁸¹ I tillegg til endringsklausuler er visse andre endringer av kontrakt tillatt. Disse følger av 2014-direktivet artikkel 72 og foa § 28-1.

5 EU-domstolens dom C-216/17 av 19. desember 2018

5.1 Saksgang og bakgrunn

Italias øverste domstol for forvaltningsrettslige saker, Consiglio di Stato, fremsatte 24. april 2017 anmodning om prejudisiell avgjørelse for EU-domstolen. På grunnlag av skriftlig forhandling, rettsmøte, saksinnlegg fra Coopservice Soc.coop.arl., Markas Srl., og fra den italienske, tsjekkiske, østeriske og finske regjering, EU-kommisjonen samt Generaladvokatens forslag til avgjørelse, ble fortolkningsdom i sak C-216/17 avsagt den 19. desember 2018.

Saken har bakgrunn i offentlig tjenesteanskaffelse innen renovasjon, innsamling og bortkjøring av avfall. Det regionale italienske helseforetaket Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di Desenzano del Garda (ASST⁸² del Garda) tildelte kontrakt til leverandøren ATE Markas.

Avtalen, med løpetid på 9 år fra 1. desember 2011, inneholdt en utvidelsesklausul som ga 18 navngitte helseforetak mulighet til å tiltre avtalen uten ny konkurranseutsetting, og uten plikt for leverandøren til å godkjenne en utvidelse. Dersom leverandøren godkjente utvidelsen, skulle det resultere i et selvstendig avtaleforhold. Selv om det ikke fremkommer direkte av sakens faktum, fastslo utvidelsesklausulen formentlig ikke mengden av de ytelser som kunne bestilles av tiltredende helseforetak.⁸³

Det offentlige helseforetaket ASST della Valcamonica tiltrådte avtalen i medhold av klausulen. Selvstendig kontrakt om renovasjonstjenester ble inngått med ATE Markas for perioden 1. februar 2016 til 15. februar 2021.

Både Coopservice, som tidligere hadde levert tjenesten, og de italienske konkurransemyndighetene, AGCM, gikk til søksmål mot ASST del Garda (ASST), som inngikk hovedkon-

⁸⁰ Slik også Dragsten (2020) s. 927.

⁸¹ Dragsten (2013) s. 940.

⁸² ASST er italienske regionale helseforetak.

⁸³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2019) s. 2.

trakten, og ASST della Valcamonica som tiltrådte avtalen. Påstanden var at avtalene og utvidelsesklausulen var ugyldig fordi de stred mot nasjonale og europeiske konkurransebestemmelser, blant annet plikten til konkurranseutsetting. Den regionale forvaltningsdomstolen for Lombardiet i Italia forkastet søksmålene. Sakene ble anket til Consiglio di Stato, som i den forbindelse forela EU-domstolen to prejudisielle spørsmål. EU-domstolen omformulerte opprinnelig spørsmålsstilling og behandlet de to spørsmålene slik:

«1. Muligheten for en ordregivende myndighet for at handle i eget navn og på vegne af andre specifict angivne ordregivende myndigheder, der imidlertid ikke er direkte parter i rammeavtalen.

2. 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.»⁸⁴

Omformuleringen medførte en endring. Det opprinnelige spørsmålet om mengder knyttet seg til om det er tillatt å inngå en rammeavtale hvor mengden av ytelsene senere tiltredende myndigheter kan bestille, ikke er fastlagt. Opprinnelig spørsmål knyttet seg dermed til opprinnelig oppdragsgivers plikter, mens spørsmålet etter omformulering knytter seg til tiltredende oppdragsgivers plikter. Dette forklares nærmere i kap. 6.4.3.

5.2 Forutsetninger for realitetsbehandling og rettsgrunnlag

Innledningsvis behandler Domstolen avvisningsanførsler fremmet av Coopservice og EU-kommisjonen. Det var anført avvisning på grunnlag av tilsidesettelse av artikkel 32 (2) fjerde ledd i 2004-direktivet (bestemmelsen om en rammeavtales varighet) med begrunnelse i at avtalen ikke var en rammeavtale i det kontrakten var på 9 år. Avtalen var av den nasjonale domstolen ansett som en rammeavtale. Domstolen uttrykker at selv om en offentlig kontrakt overskrider 4-års-begrensningen, uten at dette er begrunnet, gjør ikke det at den ikke kan betegnes som en rammeavtale. Domstolen viser også til at en anmodning om prejudisiell avgjørelse bare kan avvises når spørsmålene ikke er relevante for den nasjonale saken, eller om det ikke foreligger tilstrekkelige opplysninger til å avgjøre spørsmålene. Domstoler henviser den foreleggende rett til selv å bedømme om løpetiden på 9 år er forenlig med artikkel 32 (2) fjerde ledd ettersom partene i den opprinnelige saken hadde lagt til grunn kunngjøringsbestemmelsene i direktivets vedlegg om samlet verdi. Sammenhengen i dette skal det kommes tilbake til under kap. 6.5.2.1. Domstolen finner på denne bakgrunn at saken skal tas til behandling etter reglene for rammeavtaler.

Fordi saksforholdet knyttet seg til opprinnelig tildeling av kontrakt i 2011, og tiltredelse til kontrakt i 2015, finner Domstolen at dagjeldende direktiv 2004/18/EF kommer til anvendelse. Domstolen gjør sin tolkning på grunnlag av 11. og 15. betraktning i 2004-direktivets fortale, samt artikkel 1 (5), artikkel 2, 9, 32 og 35 og vedlegg VII A.

5.3 Domstolens vurdering av hovedspørsmålene

⁸⁴ C-216/17, avsnitt 49 og 57.

5.3.1 Innledning

Domstolens vurderinger om mengdeangivelse knytter seg til prejudisielt spørsmål nr. 2, avsnitt 57-71 i avgjørelsen. Domstolens vurderinger gjennomgås i det følgende.

For ordens skyld bemerkes at Domstolen besvarte prejudisielt spørsmål nr. 1 slik: «En ordregivende myndighet 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.»⁸⁵

5.3.2 Prejudisielt spørsmål nr. 2 – om fastleggelse av mengder

5.3.2.1 *Utelukket ikke å fastlegge mengden av ytelser*

Domstolen besvarer spørsmål 2 slik:

«Artikel 1, stk. 5, og artikel 32, stk. 2, fjerde afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF [...] 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.»⁸⁶

Det foreligger dermed et tydelig svar fra EU-domstolen: Mengden av ytelser som kan bestilles ved etterfølgende kontrakter, skal fastlegges.

Svaret er forankret i definisjonen for rammeavtaler, artikkel 1 (5):

«Ved »rammeaftale« forstås 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 indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.»⁸⁷

Domstolen tar utgangspunkt i definisjonen og peker på at rammeavtalens formål er å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal inngås i løpet av en gitt periode, «især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mengder».⁸⁸

At definisjonen stiller opp vilkår som må være oppfylt, kommer tydeligere frem av Generaladvokatens innstilling, avsnitt 74: «Ifølge artikel 1, stk 5 [...] omfatter vilkårene [...] vilkår ”med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mengder».

⁸⁵ Jf. C-216/17, avsnitt 71, jf. 2014/24/EU artikkel 33, annet ledd.

⁸⁶ C-216/17, avsnitt 71.

⁸⁷ Gjenfinnes i artikkel 33 (1) i direktiv 2004/14/EU.

⁸⁸ C-216/17, avsnitt 57.

Domstolen tolker så ordlyden «**i givet fald påtænkte mængder**».⁸⁹

Den uttrykker at selv om uttrykket «i givet fald» kunne tolkes som at det er frivillig å angi de mengdene rammeavtalen omfatter, kan en slik tolkning «ikke tiltrædes» (dansk versjon), «godtas» (svensk versjon), «be accepted» (engelsk versjon).⁹⁰

Generaladvokaten anser i sin innstilling på samme måte at «i givet fald», ikke innebærer at angivelsen av påtenkte mengder er valgfritt, men at det derimot er en obligatorisk bestemmelse.

I avsnitt 60 – 69 gir Domstolen premissene for hvorfor «i givet fald» ikke skal tolkes slik at det er frivillig å fastlegge rammeavtalens mengder, men hvorfor uttrykket skal tolkes slik at det er utelukket ikke å gjøre det. Dette gjøres gjennom fire ulike argumentasjonsrekker.

5.3.2.2 Domstolens argument nr. 1 for hvorfor det ikke er frivillig å fastsette mengde- avsnitt 60- det følger av andre bestemmelser at maksimal mengde skal fastsettes

Domstolen uttrykker at det for det første følger av flere andre bestemmelser i direktiv 2004/18 at en rammeavtale fra begynnelsen skal fastsette den maksimale mengden varer eller tjenesteytelser som kan bli gjenstand for etterfølgende kontrakter.

Domstolen viser særlig til direktivets artikkel 9 (9)⁹¹ om terskelverdiutregning, og hvordan den estimerte verdien av rammeavtaler skal regnes ut:
«[...] den værdi, der skal tages hensyn til, er den anslåede maksimumsværdi eksklusive moms af alle de kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid».

Deretter viser Domstolen til punkt 6 c) i vedlegg VII A til direktivet som omhandler «Opplysninger som skal tas med i kunngjøringer av offentlige kontrakter»⁹². Den relevante bestemmelsen lyder: «I tilfælde af rammeaftaler oplyses ligeledes rammeaftalens planlagte løbetid, samlet anslået værdi af ydelserne for hele løbetiden samt, i det omfang det er muligt, værdien og hyppigheden af de kontrakter, der skal indgås».

Domstolen understreker at det er et krav etter denne bestemmelsen at en kunngjøring som vedrører en slik avtale [offentlig tjenesteytelse],⁹³ spesifiserer den samlede anslåtte verdi av ytelsene for hele rammeavtalens løpetid, «samt, i det omfang det er muligt, værdien og hyppigheden af de kontrakter, der skal indgås». Domstolen viser her blant annet til Generaladvokatens anførsler på dette punktet, innstillingen punkt 78. Generaladvokaten uttrykte at å angi samlet verdi, var den eneste måte gjennomslutnings- og likebehandlingsprinsippet kunne etterleves på; og at hvis det ikke foreligger angivelse av anslått samlet verdi, eller grunnlaget for å beregne ytelsene er av hypotetisk karakter, vil det være vanskelig for tilbyderne å vite om det er lønt å forfølge kontrakten. Domstolen understreker at selv om oppdragsgiver, som er opprinnelig part i en rammeavtale, kun er forpliktet etter beste evne å presisere verdien og

⁸⁹ I engelsk versjon: «where appropriate, the quantities envisaged», i svensk versjon: «i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet», norsk forskrift-versjon etter 2004-direktivet: «eventuelt planlagte mengder».

⁹⁰ C-216/17, avsnitt 57-59.

⁹¹ Gjenfinnes i artikkel 5 i direktiv 2014/24/EU.

⁹² Gjenfinnes i Vedlegg V del C punkt 10 a), med endring.

⁹³ Den italienske saken gjaldt en tjenesteavtale.

frekvensen av hver av de etterfølgende kontraktene, så er oppdragsgiver derimot nødt til å presisere den samlede mengden som kan komme til å bli gjenstand for etterfølgende kontrakter.

5.3.2.3 Domstolens argument nr. 2 for hvorfor det ikke er frivillig å fastsette mengde- avsnitt 61- det følger av at kontrakter inngås basert på rammeavtalens vilkår

Domstolen utdyper ytterligere i avsnitt 61 hvorfor «i givet fald påtænkte mængder» ikke kan tolkes som et frivillig vilkår for å fastsette en rammeavtales mengde. Domstolen viser til artikkel 32 (3), i hovedbestemmelsen om rammeavtaler, i 2004-direktivet.⁹⁴ Artikkel 32 (3) gjelder inngåelse av rammeavtale med én leverandør og fastlegger:

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

Domstolen gir så uttrykk for det som kan oppfattes som oppstilling av et takvolum. Domstolen fastslår at det følger av denne bestemmelsen at en offentlig oppdragsgiver som opprinnelig var part i rammeavtalen, kun kan forplikte seg i eget navn og på vegne av andre offentlige oppdragsgivere som er klart utpekt i avtalen «**[...] inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger**».

Tilsvarende meningsinnhold kommer til uttrykk i engelsk og svensk språkversjon. I engelsk versjon uttrykkes det slik at oppdragsgiver kan gjøre forpliktelser på egne og andre utpekede oppdragsgiveres vegne: "[...] only up to a certain quantity and once that limit has been reached the agreement will no longer have any effect". I svensk versjon: «[...] inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan».

5.3.2.4 Domstolens argument nr. 3 for hvorfor det ikke er frivillig å fastsette mengde- avsnitt 62-68 - det følger av prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet

Domstolen uttrykker i avsnitt 62 at en tolkning av «i givet fald påtænkte mængder» som at det er obligatorisk å fastsette mengder, iakttar de fundamentale prinsippene som gjelder for tildeling av offentlige kontrakter.

Domstolen fastslår i avsnitt 63 at prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet innebærer at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsprosessen skal være klart, presist og utvetydig formulert i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget («contract notice or tender specifications»). Dette for det første, slik at alle «rimelig velinformerte og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjaktige indhold og fortolke dem på samme måte».⁹⁵ For det andre, slik at oppdragsgiver på en effektiv måte kan kontrollere om tilbudene oppfyller kriteriene som er satt for den aktuelle kontrakten.

⁹⁴ Gjenfinnes i direktiv 2014/24/EU i artikkel 33 (3).

⁹⁵ C-216/17, avsnitt 63.

Domstolen fastslår i avsnitt 64 at gjennomsiktighetsprinsippet og prinsippet om likebehandling [av de økonomiske aktørene som er berørt av inngåelsen av rammeavtalen] ville «blive påvirket» dersom den offentlige oppdragsgiveren som opprinnelig var part i avtalen «ikke præciserte den samlede mengde, som en sådan aftale vedrører».

Domstolen viser samtidig til at de grunnleggende prinsippene er nedfelt i artikkel 2 i 2004-direktivet: «Prinsipper for inngåelse af kontrakter. De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsiktig måde».⁹⁶

Domstolen uttrykker i avsnitt 65 at gjennomsiktighetsprinsippet er særlig viktig for rammeavtaler. «Gennemsiktighetsforpligtelsen gælder så meget desto mere, som de ordregivende myndigheder i tilfælde af en efterfølgende kontrakt i henhold til artikkel 35, stk. 4 andet afsnit, i direktiv 2004/18/EF er fritaget for at skulle sende en bekendtgørelse om hver af de kontrakter, der indgås på grundlag af rammeaftalen».⁹⁷

I avsnitt 66 fastslår Domstolen videre at inngåelse av en rammeavtale kunne tjene til en kunstig oppdeling av kontrakt, og slik forbli under terskelverdiene, dersom den offentlige oppdragsgiveren som opprinnelig var part i rammeavtalen, ikke var forpliktet til å «fra begynnelsen at angive den maksimale mengde af og det maksimale beløb for de ydelser, der er omfattet av aftalen». Domstolen viser til at kunstig oppdeling er forbudt i henhold til artikkel 9 (3) i 2004-direktivet som fastsetter at: «Et bygge- og anlægsprojekt eller et projekt til indkøb af en vis mængde varer og/eller tjenesteydelser må ikke opdeles med henblik på at udelukke det fra dette direktivs anvendelsesområde».⁹⁸

Domstolen adresserer i avsnitt 67 spørsmålet om hvorvidt man kan fastsette mengden ved henvisning til et «sædvanlig behov». Med grunnlag i gjennomsiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet finner Domstolen at en slik henvisning ikke sikrer full overholdelse av disse prinsippene. Domstolen uttrykker at selv om en slik henvisning kan vise seg tilstrekkelig uttrykkelig for nasjonale økonomiske aktører, så kan det ikke legges til grunn at det samme nødvendigvis gjelder for en økonomisk aktør som er etablert i en annen av [EUs/EØSs] medlemsstater.

Videre, i avsnitt 68, uttrykker Domstolen at dersom den «samlede mengde ydelser, som disse sædvanlige behov udgør» er kjent, så bør det ikke være noen vanskeligheter med å anføre samlet mengde i selve rammeavtalen eller i et annet offentliggjort dokument som konkurransegrunnlaget, «og herved sikre en fuldstændig overholdelse af gennemsiktighedsprinsippet og ligebehandlingsprinsippet».

I motsetning til hva Generaladvokaten, i tråd med Kommisjonen og den finske regjeringen, innstilte på⁹⁹, fastslår Domstolen at mengdefastsettelsen ikke kan gjøres ved å henvise til et «sædvanlig behov», se nærmere om dette i kap. 6.4.2.

⁹⁶ Gjenfinnes i direktiv 2014/24/EU i artikkel 18 (1).

⁹⁷ Gjenfinnes i direktiv 2014/24/EU artikkel 50 (2) annet ledd.

⁹⁸ Gjenfinnes i direktiv 2014/24/EU i artikkel 5 (3).

⁹⁹ «Forslag til afgørelse» fra Generaladvokaten sak C-216/17, avsnitt 17-18.

5.3.2.5 *Domstolens argument nr. 4 for hvorfor det ikke er frivillig å fastsette mengde- avsnitt 69- det følger av forbudet mot å misbruke en rammeavtale og av konkurransehensyn*

For det fjerde, finner Domstolen at et krav om at den offentlige oppdragsgiveren, som opprinnelig var part i rammeavtalen, «i denne rammeavtale præciserer mængden af og beløbet for de ydelser, som aftalen omfatter» er en konkretisering av forbudet mot å misbruke rammeavtaler eller å bruke dem på en slik måte at konkurransen hindres, begrenses eller fordreies. Domstolen viser til det såkalte misbruksforbudet som er fastsatt i artikkel 32 (2) femte ledd i 2004-direktivet som fastsetter:

«De ordregivende myndigheder må ikke misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes».¹⁰⁰

6 Tolkning av avgjørelsen

6.1 Innledning

I det følgende skal det undersøkes hvilke krav avgjørelsens rettssetninger stiller til rammeavtaler generelt. Nærmere bestemt hvilke krav som stilles til angivelse av samlet mengde ved kunngjøring av en rammeavtale, - om oppdragsgiver har en plikt til å angi samlet mengde, hva rettsvirkningene i så fall er av at plikten tilsidesettes og hva domstolens utsagn i avsnitt 61 innebærer.

Avgjørelsens rettssetninger kan systematiseres i to deler.

1. Plikt til å fastlegge samlet mengde

I tolkningssvaret kom Domstolen frem til at det er utelukket at de offentlige oppdragsgiverne, som ikke har inngått rammeavtalen, ikke fastlegger mengden av de ytelser som kan bestilles når de inngår kontrakter i henhold til rammeavtalen, og at det er utelukket at de fastlegger mengden gjennom en henvisning til sine sedvanlige behov. Noe annet ville tilsidesette gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet.

Sammenholdt med avgjørelsens øvrige premisser stiller tolkningssvaret opp en tydelig rettssetning om at det foreligger en absolutt plikt til å fastlegge samlet mengde ytelser som kan bestilles under en rammeavtale.

2. Den fastsatte mengden utgjør rammeavtalens grense

Domstolen stiller i avsnitt 61 opp rettssetningen om at en oppdragsgiver kun kan forplikte seg innenfor grensene av den fastlagte mengden, slik at når den fastlagte mengden er nådd, «vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger». Rettssetningen kan ses som et uttrykk for pliktens bindende side.

Man ser ut fra dette at plikten både er absolutt og bindende, slik at denne mengden utgjør en grense for rammeavtalen.

¹⁰⁰ Gjenfinnes i direktiv 2014/24/EU i fortalen punkt 61, tredje avsnitt.

6.2 Har avgjørelsen betydning for nåværende direktiv?

Første spørsmål er om avgjørelsen er relevant også for fortolkningen av 2014-direktivet, i det avgjørelsen knytter seg til 2004- direktivet. En sammenligning av avgjørelsens aktuelle bestemmelser i nytt og gammelt direktiv, viser at bestemmelsene i all hovedsak er uforandret. Både artikkel 1 om definisjonen, og artikkel 32 (2) fjerde ledd som tolkningssvaret viser til, er videreført uendret. Av de bestemmelsene avsnitt 57-70 aktualiserer, er det kun to bestemmelser som foranlediger merknader. Skjemaet viser bestemmelsenes plassering i nytt og gammelt direktiv, med to endringsmerknader.

Bestemmelse:	Plassering i C-216/17	Direktiv 2004/18/EF	Direktiv 2014/24/EU	Endringer?
Definisjonen	Avsnitt 57-58	Art. 1 (5)	Art. 33 (1)	Nei
Om varighet	Avsnitt 41	Art. 32 (2) fjerde ledd	Art. 33 (1)	Nei
Utrekning av terskelverdi	Avsnitt 60	Art. 9 (9)	Art. 5 (5)	Nei
Opplysninger i kunngjøring	Avsnitt 60	Vedlegg VII A, punkt 6 c)	Vedlegg V del C punkt 10 a).	JA*
Rammeavtale med én økonomisk aktør	Avsnitt 61	Art. 32 (3) første ledd	Art. 33 (3) første ledd	Nei
Prinsippene	Avsnitt 62-68	Art. 2	Art. 18 (1)	Nei
Misbruksforbudet	Avsnitt 69	Art. 32 (2) femte ledd	Fortalen punkt 61, tredje avsnitt	Nei**

***Opplysninger i kunngjøring.** Domstolen vurderer i avsnitt 60 setningen «samlet anslået værdi af ydelserne for hele løbetiden» som fulgte av 2004-direktivets vedlegg over opplysninger som skal inngå i kunngjøring. Setningen er fjernet fra tilsvarende bestemmelse, punkt 10 a), i 2014-direktiv. Vedlegg V del C (2014) har endret oppsett fra Vedlegg VII A (2004). Nåværende bestemmelser må anses å videreføre kravet. Se. kap. 4.4 for nåværende bestemmelser i vedlegget. Også Opphandlingsmyndigheten anser at endringen ikke hadde endret på domstolens resonnement om den hadde tolket 2014-direktivet. Opphandlingsmyndigheten anser i tråd med denne avhandlingen og KFST at realitetene nå følger av punkt 7 og 8 i bilag V del C.^{101 102} Endringen antas etter dette å kun være på systemnivå uten realitetsendring.

**** Misbruksforbudet** er flyttet fra artikkel til fortale. Fortalens rettskildemessige vekt avhenger av konkret vurdering, men der en materiell bestemmelse er flyttet til fortalen ut fra simplifisering, antas det ikke å ha realitetsendring.¹⁰³ Misbruksforbudet er videre nært knyttet til grunnprinsippene og står for grunnleggende krav. Endringen anses uten betydning.

Det følger av 2014-direktivets fortale punkt 60, jf. punkt 59, at regelverket for rammeavtaler beholdes stort sett som det er, med unntak for noen presiseringer om at oppdragsgivere ikke bør bruke rammeavtaler de ikke er identifisert i. Ettersom det ikke har skjedd noen realitetsendringer som angår de aktuelle bestemmelsene fra gammelt til nytt direktiv, anses avgjørelsen derfor å ha betydning for tolkningen av nåværende direktiv og dermed for de norske bestemmelsene.

Slutning: Avgjørelsen har betydning for nåværende direktiv.

¹⁰¹ Opphandlingsmyndigheten (2019) s.11 note 15.

¹⁰² KFST (2019) s.11 note 31.

¹⁰³ Treumer (2019) s. 30-31.

6.3 Har avgjørelsen betydning ut over den konkrete saken og for alle rammeavtaler?

Avgjørelsen stiller i den konkrete saken opp en absolutt plikt til bindende å fastlegge samlet mengde ytelser som skal omfattes av rammeavtalen. Spørsmålet er hvorvidt avgjørelsen har betydning ut over den konkrete saken.

Domstolens overordnede fortolkningsgrunnlag er de generelle reglene som gjelder for alle rammeavtaler. Plikten er i hovedsak forankret i definisjonsbestemmelsen, i grunnleggende prinsipper og i krav til opplysninger som skal inngå ved kunngjøring. Dette innebærer at Domstolen stiller opp generelle rettssetninger som har betydning ut over den konkrete saken. På samme måte har Upphandlingsmyndigheten og Konkurrentverket i Sverige, og den danske Konkurrent- og Forbrugerstyrelsen funnet at avgjørelsen har betydning ut over den konkrete saken.

Det er kun én bestemmelse Domstolen viser til, som ikke gjelder alle rammeavtale-typer. Avsnitt 61 omhandler bestemmelsen som gjelder avtaletypen rammeavtale med én leverandør og alle vilkår fastsatt, som også den nasjonale saken gjaldt.¹⁰⁴ Det neste spørsmålet er derfor om avgjørelsen bare har betydning for denne avtaletypen, eller også for rammeavtale-typen flere leverandører og ikke alle vilkår fastsatt. I sistnevnte skal det avholdes ny konkurranse. Et ellers obligatorisk vilkår som pris må eksempelvis ikke fastsettes før i en senere fornyet konkurranse¹⁰⁵ De ovennevnte svenske og danske myndigheter har lagt til grunn, med ulik grad av sikkerhet, at plikten også gjelder denne rammeavtale-typen. Upphandlingsmyndigheten har påpekt at dette kan synes som en mer fleksibel avtaletype med mindre behov for forutberegnelighet, men tar i betraktning også kravet til konkurranse.

Selv om behovet for forutberegnelighet skulle kunne sies å være noe mindre, vil kravet til konkurranse på markedet, ved at man med mengdeangivelse kan fange opp rammeavtaler som avroper utover sine rammer, være det samme for rammeavtaler med flere leverandører uten alle vilkår fastsatt. Videre har Domstolen i avsnitt 3 innlemmet direktiv-portalens beskrivelse av begge rammeavtale-typene. I tillegg har 2014-direktivet åpnet for en kombinert løsning av de to typene. Videre gjelder bestemmelsene som knytter seg til beregning av terskelverdi og samlet verdi uavhengig av hvilken rammeavtale-type som inngås. At avgjørelsen har betydning for alle rammeavtaler, inkludert denne avtaletypen, må derfor anses å følge direkte fra det lovgrunnlaget Domstolen har fortolket ut fra og fra direktivets system. Avgjørelsen anses derfor å ha betydning for alle rammeavtaler. Herunder rammeavtaler inngått via innkjøpsentraler.

Slutning: Avgjørelsen har betydning ut over den konkrete saken. Det foreligger en absolutt plikt til å fastlegge samlet mengde ytelser for alle rammeavtaler.

6.4 Mengdekravet

¹⁰⁴ Se også Konkurrentverket (2019) s. 8.

¹⁰⁵ The Commission's Explanatory note on framework agreements, punkt 3.3. s.8.

6.4.1 Mengde = behov

Den samlede mengden av ytelser som skal bestilles under en rammeavtale, er et uttrykk for behovet til oppdragsgiver. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «mengde» er at ordet viser til kvantiteter. Det vil si en samling enheter oppgitt i antall og volum-størrelser. Mengde er derfor en annen størrelse enn verdi som oppgis i kroner. Mengden av de ytelser som skal bestilles, speiles av den samlede anslåtte kontraktsverdien, men i verditallet er mengdene ganget opp etter markedspriser og andre faktorer som kan spille inn. Kontraktsverdien angis i pengebeløp. Det følger av foa § 5-4 (5), om terskelverdiberegning, at oppdragsgiver skal regne ut den samlede betalingen for kontrakten ekskl. mva, ved å legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene han forventer å inngå i løpet av avtalen, og av foa § 5-4 (2) at beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen. Det følger av avsnitt 60 første setning og avsnitt 69 at det er den maksimale mengden som skal fastlegges. Fra dette sluttes, på bakgrunn av direktivets system om terskelverdiberegning, at fastleggelse av samlet mengde innebærer en presis fastleggelse av den maksimale mengden, ut fra en forsvarlig beregning på tidspunktet for kunngjøringen.

6.4.2 Hvordan skal mengden presiseres for å være forsvarlig beregnet?

Domstolen utelukker at oppdragsgiver, når han skal angi samlet mengde henviser til et «sædvanlig behov». Den forklarer imidlertid ikke ytterligere hva som ligger i uttrykket. I kunngjorte konkurranser ser man at oppdragsgivere oftere enn å vise til et sædvanlig behov, bare viser til «etter oppdragsgivers behov» og lignende. For praktiske formål er det derfor nødvendig å avklare hvordan slike henvisninger stiller seg opp mot plikten til å presisere mengde. Spørsmålet er derfor hvordan mengden skal presiseres for å være forsvarlig beregnet.

Generaladvokaten anførte at det ikke var noe i veien for å bruke en henvisning til ”sædvanlige behov”, så lenge behovene var klart og presist definert i rammeavtalen eller konkurransegrunnlaget, på en måte alle eventuelt interesserte parter kunne forstå.¹⁰⁶ ”Sædvanlige behov” kunne, etter Generaladvokatens mening, være de behov som omfatter kjøpsmengden fra tidligere år. For behov som fremsettes uanmeldt i løpet av rammeavtalens varighet, uten et slikt historisk grunnlag, mente Generaladvokaten at ”sædvanlige behov” ikke var tilstrekkelig fordi det ville oppstå ubestemte bruksområder.

På bakgrunn av å ha tatt stilling til Generaladvokatens argumentasjon konkluderte Domstolen likevel med at en henvisning til ”sædvanlig behov” ikke kan gjøres. Domstolen levner derfor ikke noe rom til slike henvisninger, selv om de måtte være så tydelige som i Generaladvokatens eksempel. Heri ligger også svaret for henvisninger til «etter oppdragsgivers behov» og lignende. Slike henvisninger kan ikke gjøres. Domstolen understreket nettopp i avsnitt 67 at slike henvisninger ikke nødvendigvis setter utenlandske leverandører i stand til å forstå hvilke mengder det er snakk om, selv om det er kjent for nasjonale leverandører.

Domstolen bemerker derfor, i avsnitt 68, i det som må leses som et tydelig svar på Generaladvokatens argument, - at når dette behovet er kjent ut fra tidligere kjøpshistorikk, bør det ikke være vanskelig å angi det og herved sikre fullstendig overholdelse av gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet. Når man leser avgjørelsen på bakgrunn av Generaladvokatens anførsler, er det tydelig at Domstolens uttalelse i avsnitt 68 heller ikke stiller opp noe unntak for

¹⁰⁶ «Forslag til afgørelse» fra Generaladvokaten sak C-216/17, avsnitt 81 og 82.

tilfeller der historiske tall ikke er kjent og oppdragsgiver for eksempel må foreta nye markedsanalyser.

Man ser at Domstolen fastsetter et absolutt presiseringskrav i alle tilfeller ut fra hensynene til gjennomsiktighet og ikke-diskriminering. Av dette kan slutes at mengde ikke kan angis gjennom en ordlyd som viser til noe, men må direkte uttrykkes i mengde/volum-enheter.

Slutning: Samlet forventet mengde av ytelser under rammeavtalen skal presiseres i mengde/volum-enheter.

6.4.3 Hvem skal fastsette mengden, skal den angis offentlig og når?

Hvem skal fastsette mengden? Av ordlyden i tolkningssvaret følger at oppdragsgiver som tiltrer rammeavtalen, skal fastlegge mengden av ytelser som skal bestilles. I avgjørelsens øvrige premisser er plikten knyttet opp mot opprinnelig oppdragsgiver. Det var også ordlyden i den opprinnelige spørsmålsstillingen fra den italienske retten.¹⁰⁷ I foreleggelsessaker omformulerer EU-domstolen ofte de forelagte spørsmålene slik at svaret er anvendelig for den foreleggende domstolen i avgjørelse av den nasjonale saken.¹⁰⁸ I den nasjonale saken forelå en endringsklausul som tillot tiltredende oppdragsgivere å inngå kontrakt uten at det var angitt mengder. Man ser derfor hvordan svaret knytter direkte an til den nasjonale saken og de tiltredende oppdragsgiverne, samtidig som avgjørelsen forøvrig innehar generelle rettssetninger hvor det går klart frem at opprinnelig oppdragsgiver har en plikt. Det kan derfor slutes fra ordlyden i opprinnelig spørsmålsstilling og leses direkte ut av avgjørelsen, jf. eksempelvis avsnitt 69: «krav om, at den ordregivende myndighet, der oprindeligt var part i rammeaftalen, i denne rammeaftale presier mengden av og beløpet for de ytelser som avtalen omfatter», jf. også avsnitt 61, 64, 65, 66 og 69, sammenholdt med tolkningssvaret, at plikten til å fastsette mengden, påhviler oppdragsgiverne kumulativt. Oppdragsgiver som er opprinnelig part i rammeavtalen, har plikt til å fastsette maksimal mengde for hele rammeavtalen, og tiltredende oppdragsgiver har plikt til å fastsette sine mengder og kommunisere dette til opprinnelig part i rammeavtalen.¹⁰⁹

Hvor og når? Samlet mengde skal angis offentlig i anskaffelsesdokumentene. Dette følger uttrykkelig fra flere premisser i avgjørelsen. I avsnitt 58 tar Domstolen utgangspunkt i definisjonens vilkår for rammeavtaler. Kontraktsvilkårene er opplysninger som skal kunngjøres. I avsnitt 63 fastslås at «alle betingelser» skal angis i kunngjøring eller konkurransegrunnlag og i avsnitt 68 beskrives at samlet mengde skal angis i rammeavtalen selv eller et annet offentliggjort dokument som konkurransegrunnlaget. Ved å sammenholde avsnitt 63 og 68, fremgår at den samlede mengden av ytelser skal angis klart, presist og utvetydig i et offentlig dokument som rammeavtale, kunngjøring og/eller konkurransegrunnlag. Samlet mengde skal angis «fra begynnelsen», jf. avsnitt 66.

Slutning: Oppdragsgiver skal, på en klar og presis måte, etter en forsvarlig fastlegging, i anskaffelsesdokumentene angi samlet forventet mengde av ytelser under rammeavtalen.

¹⁰⁷ Se kap 5.1.

¹⁰⁸ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 193.

¹⁰⁹ Dette muliggjøres av at alle som tiltrer en rammeavtale, skal være klart identifisert i rammeavtalen, i tråd med Domstolens konklusjon på spørsmål 1.

6.5 Kan mengde angis som verdi?

6.5.1 Problemstillingen mengde/verdi

Det har blitt anført i en rekke juridiske fremstillinger at EU-domstolens avgjørelse avsnitt 61, - om at en oppdragsgiver kun kan forplikte seg innenfor grensene av den fastlagte mengden, og når mengden er nådd, «vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger», - kan forstås slik at når den estimerte kontraktsverdien er nådd, har rammeavtalen uttømt sin virkning. Dette slik at den estimerte kontraktsverdien som ble kunngjort, innebærer en absolutt begrensning for rammeavtalen, og at alle avrop utover dette innebærer en ulovlig direkte anskaffelse.¹¹⁰ Også beskrevet slik: «Det kan imidlertid synes som at dersom oppdragsgiveren benytter en rammeavtale ut over den angitte verdien, så vil dette utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom dette legges til grunn, er det også uklart om reglene om vesentlige endringer i kapittel 28 er anvendelige for rammeavtaler.»¹¹¹

Forutsetningen for denne tolkningen er at man likestiller verdi med mengde. I dette ligger også at man tillegger EU-domstolen at den anser at mengde og verdi er to størrelser som kan erstatte hverandre, slik at kontraktsverdi kan utgjøre rammeavtalens grense istedenfor en mengdestørrelse.

6.5.1.1 Vurderinger fra svenske og danske kilder

Danske **Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen** (KFST) anser på bakgrunn av avgjørelsen at direktivet nå innebærer at oppdragsgivere skal angi «den samlede maksimale mengde eller verdi af de af rammeaftalens omfattede ydelser», slik at oppdragsgiver istedenfor å angi den samlede maksimale mengde, kan velge å angi den samlede maksimale verdien. Videre finner KFST at når den samlede maksimale verdi eller mengde er nådd, vil avtalen som utgangspunkt ha uttømt sine virkninger, med mindre den kan utvides uten at utvidelsen utgjør en vesentlig endring.¹¹² **Upphandlingsmyndigheten** i Sverige har innført begrepet takvolum for den absolutte grensen og anser at takvolumet først og fremst skal angis som mengde, men dersom det er tilstrekkelig transparent, bør takvolumet kunne angis som verdi. Da bør det være tydelig at det er oppdragsgivers hensikt at verdien skal utgjøre takvolumet. Upphandlingsmyndigheten finner også at det ikke er noe krav til både å oppgi mengde og verdi, og uttrykker at estimert kontraktsverdi ikke automatisk bør utgjøre et takvolum som kobles til rammeavtalens gyldighet. Upphandlingsmyndigheten anser at når takvolumet er nådd, og det ikke finnes muligheter for å gjøre endringer, er rammeavtalen uten anskaffelsesrettslig virkning. Den finner også at det er unntakssituasjoner der beregnet kvantitet ikke må oppgis fordi den ikke lar seg uttrykke i kvantitet eller en verdi som gjør den målbar.¹¹³ Svenske **Konkurrensverket** anser at både samlet mengde og samlet verdi skal angis, og finner at avsnitt 61 innebærer at avrop utover angitt kvantitet kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, gitt at det ikke er snakk om en tillatt endring. Hos de nevnte kildene foreligger ikke nærmere domsanalyser for slutningene på spørsmålet om mengde kan angis som verdi.

¹¹⁰ Eksempelvis Gulsvik (2019)

¹¹¹ Dragsten (2020) s. 900, også s. 930.

¹¹² KFST (2019) s. 12 og 17.

¹¹³ Upphandlingsmyndigheten (2019) s. 17-19.

Kammarrätten i Jönköping har i dom av 27. mars 2020 lagt til grunn med endelig virkning at både samlet mengde og samlet verdi skal angis, og at beregningen skal være forsvarlig, slik at rammeavtalen i saken måtte gjennomføres på nytt, i det det ikke var foretatt en forsvarlig mengdeberegning. **Kammarrätten i Sundsvall** har i dom av 23. april 2020 avgjort med endelig virkning at rammeavtalen i saken måtte gjennomføres på nytt, i det det ikke var angitt et volumtak, hverken i form av verdi eller mengde. **Kammarrätten i Göteborg** har i dom av 15. juni 2020, med endelig virkning avgjort at et takvolum oppgitt i et kronebeløp, som i anskaffelsesdokumentene også var benevnt som takvolum, oppfylte kravet til å angi takvolum.

Kammarrätten i Stockholm har i dom av 5. oktober 2020 ansett at kravet til mengdeangivelse var innfridd selv om samlet mengde ikke var angitt, i det det var angitt et volum per måned som ikke var summert opp. En dommer dissenterte og anså at konkurransen skulle gjennomføres på nytt, fordi kravet om å angi samlet kvantitet, i tråd med gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet, ikke var overholdt. Avgjørelsen er anket til Högsta Förvaltningsdomstolen.

6.5.1.2 Konsekvenser av å oppgi verdi istedenfor mengde

Som ovenstående viser, har det blitt trukket ulike slutninger fra avgjørelsens avsnitt 61. Alle kildene, bortsett fra Kammarrätten i Stockholm¹¹⁴, har lagt til grunn at det nå foreligger en plikt til å angi en bindende grense for maksimalt avrop under en rammeavtale.

Kildene spriker derimot i spørsmålet om mengde kan angis som verdi. Dersom det er tilstrekkelig at kun verdi kan angis, som KFST og Kammarrätten i Göteborg har lagt til grunn, vil estimert kontraktsverdi nettopp utgjøre taket og ha til følge en helt annen rettsvirkning enn om mengde angis. Dette vil, som sitatet i kap. 6.5.1 anslår, komme i konflikt med reglene for tillatte endringer i en rammeavtale. KFST har løst dette ved å si at reglene om tillatte endringer gjelder likevel. Det samme har Opphandlingsmyndigheten for de tilfellene der den anser at verdi kan oppgis i stedet. En slik anvendelse av regelverket gir en logisk brist. Ettersom avsnitt 61 angir uten virkning i det grensen er overskredet, og reglene om tillatte endringer innebærer at man kan utvide grensen innenfor visse vilkår, så vil den grensen Domstolen har stilt opp, alltid måtte forstås som en grense med påslag dersom man regner tillatte endringer med. Dersom man regner det for en absolutt grense uten påslag for tillatte endringer, vil ikke reglene for vesentlige endringer lenger være anvendelige for rammeavtaler, selv om det følger uttrykkelig av direktivets artikkel 72 at rammeavtaler kan endres i tråd med reglene, som i norsk versjon er gjengitt i foa §§ 28-1, 28-2, jf. også foa § 26-1 (5). I tillegg har det å kun angi verdi også andre følger. Se kap. 6.5.2.5.

6.5.2 Mengde kan ikke angis som verdi

Denne avhandlingen vil i det følgende forsøke å vise hvordan det følger av avgjørelsen at **verdi ikke kan angis istedenfor mengde**, og at både **verdi og mengde** skal angis i anskaffelsesdokumentene. Dette gjøres gjennom en systemanalyse med slutninger fra kontekst, ordlyd og formål.

¹¹⁴ Dissens, og anket.

6.5.2.1 *Det følger av tolkningssvarenes kontekst*

Utgangspunktet for tolkningen er avgjørelsens kontekst - de rammene den foreleggende rett har trukket opp for saken. Det er derfor grunnleggende å se på hvilke bestemmelser Domstolen viser til i tolkningssvaret, som er svaret på den foreleggende retts spørsmål. Domstolen kom her frem til at artikkel 1 (5) og artikkel 32 (2) fjerde ledd skal fortolkes slik at det er utelukket ikke å fastlegge mengde. Den første artikkelen er definisjonen, hvor Domstolen fant, på bakgrunn av fire argumenter at denne skal fortolkes slik at det er obligatorisk å angi samlet mengde, se kap 5.3.2. Den andre artikkelen er bestemmelsen om tidsbegrensning for rammeavtaler som fastsetter:

«Rammeavtaler må høyst gælde for en periode på fire år, undtagen i særlige tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål».

I utgangspunktet kan EU-domstolens henvisning til sistnevnte bestemmelse se ut som en feil henvisning, i det Domstolen ikke har berørt denne bestemmelsen i stor grad i premissene. Henvisningen kan imidlertid forstås som en direkte tjenlig hjelp til den foreleggende domstolen i den nasjonale saken. Den aktuelle saken gjaldt en avtale på 9 år. Coopservice og EU-kommisjonen anførte at saken måtte avvises fra behandling fordi det ikke kunne være en rammeavtale i og med lengden. Den nasjonale retten anså avtalen som en rammeavtale, og Domstolen tok ikke anførselen om avvisning til følge. Domstolen knyttet likevel bemerkninger til avtalens lengde på 9 år. Det som stilles opp i avsnitt 41, er en nøkkel til å forstå avgjørelsen

«Det påhviler imidlertid som anført af generaladvokaten i punkt 77 i forslaget til afgørelse den forelæggende ret at undersøge, om det er muligt for den at bedømme, om den løbetid, der er fastsat i den oprindelige kontrakt, er forenelig med artikel 32, stk. 2, fjerde afsnit, i direktiv 2004/18, for så vidt som parterne i hovedsagen synes at have påberåbt sig punkt 6, litra c), med overskriften »Offentlige tjensteydelseskontrakter«, der figurerer under afsnittet »Udbudsbekendtgørelse« i bilag VII A til direktivet. Denne sidstnævnte anfører blandt de oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser, den samlede anslåede værdi af ydelserne for hele rammeaftalens løbetid».¹¹⁵

Det sentrale her er at den nasjonale retten har lagt til grunn de reglene som gjelder for kunngjøringen av en slik rammeavtale. Av disse reglene følger det at samlet anslått verdi av ytelsene skal angis. Samtidig har avtalen i den nasjonale retten en varighet på 9 år. Domstolen henviser den foreliggende retten derfor til å bedømme om den løpetiden som er fastsatt i den opprinnelige kontrakten, er innenfor eller utenfor grensen på fire år, ut fra det regnestykket som gjøres når samlet anslått verdi skal beregnes. Hvordan blir først klart når man ser til Generaladvokatens innstilling avsnitt 77, som Domstolen viser til, og dennes note nr. 24. Det er note 24 som er sentral.

Avsnitt 77: «I punkt 6, litra c), i bilag VII A til direktiv 2004/18, som der henvises til i direktivets artikel 36, stk. 1, præciseres de oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelserne inden indgåelsen af en rammeaftale. Der skal konkret oplyses om »samlet anslået værdi af ydelserne for hele løbetiden [(24)] samt, i det omfang det er muligt, værdien og hyppigheden af de kontrakter, der skal indgås«».

¹¹⁵ C-216/17, avsnitt 41.

Det er note 24, siste setning, her uthevet, som gir nøkkelen til forståelse:

«Rammeaftalens varighed er således en af de vigtigste faktorer til at bestemme den samlede værdi af ydelserne og er et væsentligt element i udbuddet. Heraf følger det, at den forelæggende ret – når denne undersøger, hvordan dette element foreligger i hovedsagen – skal tage det i betragtning, hvilket kan give anledning til at kontrollere, om artikel 32, stk. 2, fjerde afsnit, i direktiv 2004/18 er blevet overholdt, eller om de ordregivende myndigheder i selve rammeaftalen behørigt har anført de objektive grunde til at udvide varigheden på fire år. **Det kan således anføres, at parterne, idet de har diskuteret fastlæggelsen af de mængder, der skal leveres, indirekte har rejst spørgsmålet om rammeaftalens varighed, som er en forudsætning for at vurdere den samlede værdi af disse mængder**».¹¹⁶

Av notens siste setning følger at det er fastleggelsen av de mengdene som skal leveres, som er utgangspunktet for å avgjøre tiden på rammeavtalen, som igjen er en forutsetning for å vurdere den samlede verdien av mengdene, altså kontraktsverdien.

Ved denne henvisningen til Generaladvokatens avsnitt 74 inkludert note 24, blir sammenhengen mellom størrelsene mengde, verdi og tid tydelig, og det blir tydelig at de er ulike størrelser. EU-domstolen forutsetter dermed at oppdragsgiver ikke kan regne ut tiden på rammeavtalen eller den samlede verdien av rammeavtalen dersom samlet mengde ikke allerede er fastlagt.

Dette grunnlaget åpner opp for en klar forståelse av avgjørelsen.

For det første får Domstolens argument nr. 1 – avsnitt 60 – at det følger av andre bestemmelser at maksimal mengde skal fastsettes, selvstendig mening. Det blir tydelig hvordan det nettopp følger av bestemmelsene om terskelverdiregning og samlet verdi-beregning at mengde skal oppgis. Oppdragsgiver kan ikke regne ut terskelverdi eller samlet verdi om mengden ikke allerede er fastsatt. Derfor skal definisjonen forstås som at det ikke er frivillig å fastsette mengde. Det bakenforliggende regnestykket vil da kunne oppstilles slik: Mengde avgjør tidsrammen, mengde + tid x markedspriser og andre påvirkningsfaktorer = samlet verdi. Når denne forståelsen av avgjørelsen legges til grunn, ser man også at dersom verdi skulle kunne oppgis i stedet for mengde i avsnitt 61, så mister hele argument 1 om terskelverdi- og samlet- verdi-utregningen, sin selvstendige verdi og mening.

Når oppdragsgiver da i anskaffelsesdokumentene angir verdi og tid, men ikke mengde, innebærer det at man mister en kontrollstørrelse som allerede er gitt. Ved også å oppgi mengde, kan størrelsene verdi og tid kontrolleres. Det vil si om de er reelle uttrykk for selve kilden for dem: mengden - som er uttrykket for behovet og foranledningen til rammeavtalen. Man ser også at kontraktsverdien påvirkes av markedspriser og eventuelt andre faktorer. Ved ikke å oppgi samlet mengde, kan man dermed ikke se om oppdragsgiver har foretatt en forsvarlig beregning av verdien. Et eksempel er KOFA's forente saker 2019/354 og 2019/394, som det gis et sammendrag av i kap. 6.6.1. I en slik forståelse ser man også hvordan det må bære galt avsted når oppdragsgiver skal regne ut kontraktsverdi for et ikke-definert behov.

For det andre gir Domstolens henvisning til den foreleggende rett i avsnitt 40, om å kontrollere rammeavtalens lengde på 9 år mot de øvrige tallene, på denne bakgrunn mening. Avsnitt 60 blir da å forstå som en videre henvisning til dette og et eksempel på to situasjoner hvor

¹¹⁶ «Forslag til afgørelse» fra Generaladvokaten sak C-216/17, avsnitt 77, jf. note 24.

Domstolen mener at den nasjonale retten allerede må ha fastlagt mengden. Ettersom de nasjonale partene hadde lagt til grunn at kunngjøringsskjemaet for tjenestekontrakter gjaldt for avtalen, der det er obligatorisk å oppgi samlet verdi, kunne den foreleggende retten selv foreta regnestykket og bedømme hvorvidt avtalen var i strid med artikkel 32 (2) fjerde ledd ut fra de mengdene som nødvendigvis allerede måtte ha blitt beregnet og dannet grunnlag for den samlede verdien.

For det tredje forklarer dette hvorfor Domstolen har henvist til artikkel 32 (2) fjerde ledd i selve tolkningssvaret. Svaret innebærer dermed at det er utelukket ikke å fastlegge mengde, ikke bare fordi det følger av definisjonen for rammeavtaler i artikkel 1 (5), men også fordi det følger av at det er fastlegging av mengden som forutsetter rammeavtalens tid, og dermed artikkel 32 (2) fjerde ledd.

For det fjerde blir det tydelig hvordan EU-domstolens rammer er trukket opp på bakgrunn av den italienske rettens foreleggelse og den nasjonale saken med den 9-årige rammeavtalen, og hvordan EU-domstolen gir et tjenlig svar. At de forelagte spørsmålene heller ikke knyttet seg til kontraktsverdi men til mengdefastsettelse, taler derfor også for at verdi ikke kan angis som mengde i relasjon til avsnitt 61.

På denne bakgrunn kan det slutes at Domstolens tolkningsavgjørelse hviler på den forutsetning at mengde og verdi, og tid er ulike størrelser som alle skal oppgis, og at utregningen av verdi og tid er forutsatt av at mengde er fastlagt.

6.5.2.2 Det følger av plasseringen til avsnitt 61

At Domstolen forholder seg til mengde og ikke verdi når den har oppstilt en takgrense i avsnitt 61, kan videre slutes fra argumentets plassering. Avsnittet inngår i Domstolens argumentasjonsrekke av fire argumenter, for hvorfor definisjonens ordlyd «i givet fald påtænkte mængder» ikke skal tolkes som at det er frivillig å angi mengde. Definisjonen gjelder nettopp kontraktsvilkåret mengde, og ikke verdi. Det gir derfor ikke mening å bytte ut verdi med mengde innenfor denne argumentasjonsrekken.

6.5.2.3 Det følger av ordlyden

At Domstolen forholder seg til mengde og ikke verdi, slik at avsnitt 61 ikke kan tolkes som at det gjelder kontraktsverdi, kan videre slutes fra en klar ordlyd. Ordlyden er konsistent også når flere språkversjoner sammenholdes, idet alle språkversjonene viser til språkenes ord for mengde. Domstolen bruker ordet mengde gjennomgående i alle argumentene. Eksempelvis avsnitt 60 første setning «maksimale mængde», siste setning «samlede mængde». Avsnitt 61: «inden for gærnserne af en bestemt mængde». Avsnitt 64: «samlede mængde». I avsnitt 68: «samlede mængde». I avsnittene 66 og 69 blir det helt klart at mengde og verdi er to ulike størrelser som begge skal angis fra begynnelsen. Avsnitt 66: dersom oppdragsgiver ikke var «forpligtet til fra begyndelsen at angive den **maksimale mængde af og det maksimale beløb** for de ydelser...». Avsnitt 69: Et krav om at ordregivende myndighet «i denne rammeaftale præciserer **mængden af og beløbet for** de ydelser, som aftalen omfatter», vil utgjøre en konkretisering av misbruksforbudet.

6.5.2.4 Samlet vurdering:

Ut fra ovennevnte grunnlag vil det være en feilslutning å forstå EU-domstolens avsnitt 61, som at estimert kontraktsverdi kan angis istedenfor mengde. EU-domstolen har nettopp forutsatt at disse er forskjellige størrelser, og at både samlet mengde og samlet verdi skal angis. Som vist, er disse heller ikke samme størrelse. Samme mengde kan gjenspeiles i forskjellige verdier, ut fra markedssvingninger. Dersom kontraktsverdi oppgis uten at mengder er fastlagt, vil et allerede markedspåvirket tall nødvendigvis ha feilmarginer når tallet er frembrakt ut fra et udefinert behov, slik praksis viser. Ettersom regelverket allerede har lagt opp til at både tid¹¹⁷ og samlet verdi¹¹⁸ skal angis ved kunngjøring av en rammeavtale, kan man også av dette utlede at avgjørelsen som helhet ikke gir mening dersom mengde hadde kunnet uttrykkes gjennom verdi. Da hadde plikten til å angi mengde allerede vært innfridd gjennom regelverkets forutsetning om at samlet verdi skal angis.

Etter dette følger det av tolkningsvaret, sammenholdt med avsnitt 41, Generaladvokatens innstilling avsnitt 77 note 24, avgjørelsens kontekst og ordlyd, at mengde ikke kan oppgis som verdi. Samlet mengde, som er en nødvendig størrelse for utregning av tid og verdi, må vises frem i anskaffelsesdokumentene så regnestykket også kan kontrolleres av omverden.

Konklusjon: Mengde kan ikke oppgis som verdi. Både samlet mengde og samlet verdi skal angis.

6.5.2.5 Plikten til å angi samlet mengde hviler på et større EØS-rettslig formål

I det følgende skal det vises at konklusjonen i kap. 6.5.2.4, om at mengde ikke kan oppgis som verdi, også underbygges av det formålet plikten til å angi samlet mengde hviler på.

EU-domstolen har fastsatt at det er utelukket ikke å angi samlet mengde fordi noe annet ville tilsidesette gjennomsiktighetsprinsippet og prinsippet om likebehandling. For å forstå pliktens formål og begrunnelse, må det undersøkes hvilket formål EU-domstolen søker å ivareta gjennom disse prinsippene. Som nevnt i kap. 4.3 understreker de norske forarbeidene til anskaffelsesloven at det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for.¹¹⁹ Det skal derfor konkret spørres hva EU-domstolen har lagt i prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) anser at det er tilstrekkelig å fastsette maksimal mengde gjennom å angi samlet verdi og anser at «det afgørende er, om angivelsen af rammeaftalens samlede forventede værdi sammenholdt med øvrige oplysninger i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt gennemsigtig til, at tilbudsgiverne kan vurdere rammeaftalens indhold og relevans».¹²⁰ KFST stiller her opp en vurdering som innebærer at plikten EU-domstolen stiller opp, og dermed kravene til likebehandling og gjennomsiktighet, er overholdt dersom forutberegnelighet/gjennomsiktighet for tilbyderne er oppfylt.

¹¹⁷ Jf. art. 33 (1) i 2014-direktivet.

¹¹⁸ Jf. eksempelvis TED- contract notice -skjema punkt II.2.6.

¹¹⁹ Prop.51 L (2015–2016) side 81.

¹²⁰ KFST (2019) s.7.

I samme retning er Kammarrätten i Stockholms dom av 5. oktober 2020. Kravet til å angi samlet mengde ble ansett innfridd fordi oppdragsgiver hadde gitt et gjennomsnittlig omfang per måned i dokumentene, slik at klager hadde kunnet beregne avtalens omfang. Dissenterende dommer fant at konkurransen skulle omgjøres, fordi plikten til å angi samlet mengde ikke var overholdt i tråd med gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet.

Det vil i det følgende vises at det Domstolen legger i prinsippene i sak C-216/17, nettopp er noe mer og noe annet enn det som fanges opp i nevnte vurderinger, slik at dissenterende dommer ut fra dette, har rett.

For det første kan det leses ut av avgjørelsen at plikten nettopp skal ivareta en slik forutberegnelighet for tilbyder. Dette kommer frem av avsnitt 63, i kravet til klarhet. For det andre og i særlig grad legger imidlertid Domstolen et større EØS-rettslig formål om en effektiv konkurranse på det indre markedet til grunn i sin prinsippargumentasjon.¹²¹

Formålet gjennomsyrrer avgjørelsen. Domstolen viser i avsnitt 64, til at prinsippene likebehandling og gjennomsiktighet vil bli påvirket dersom ikke samlet mengde angis. Deretter gir den eksempler på dette. I avsnitt 65 påpekes at plikten til å angi samlet mengde og samlet verdi er særlig viktig ettersom det ikke er kunngjøringsplikt for kontraktstildelinger under en rammeavtale. I dette ligger en risiko for at oppdragsgiver unndrar seg konkurranse på det indre markedet. I avsnitt 66 fastslås at dersom ikke både samlet verdi og samlet mengde angis vil oppdragsgiver kunne bruke rammeavtalen til kunstig oppdeling av kontrakt for å komme under terskelverdi. Underliggende formål er også her at oppdragsgiver ikke skal unndra seg konkurranse på det indre markedet.

I avsnitt 67 følger at oppdragsgiver ikke kan vise til «sædvanlig behov» fordi det ikke nødvendigvis sikrer lik behandling av leverandører i en annen medlemstat. I dette ligger prinsippet om ikke-diskriminering og dets formål om å sikre en effektiv konkurranse på det indre markedet. Avslutningsvis, i avsnitt 69, uttrykkes det EØS-rettslige formålet om konkurranse direkte. Her fastslår Domstolen at det å oppgi både samlet mengde og verdi, manifesterer selve forbudet mot å misbruke rammeavtaler på en slik måte at konkurransen hindres, begrenses eller vrís.

Det er derfor tydelig at det EU-domstolen har lagt i prinsippene likebehandling og gjennomsiktighet, først og fremst er formålet om effektiv konkurranse på det indre markedet. Plikten til å angi samlet mengde hviler dermed særlig på dette større formålet, som bare oppfylles ved at både samlet mengde og samlet verdi oppgis.

Ved kun å oppgi verdi, og legge til grunn at plikten likevel er etterlevd når det er gjennomsiktig for tilbyderen hva han skal inngi tilbud på, vil kun likebehandling og gjennomsiktighet i snever forstand, innad i en konkurranse, ivaretas.

At denne vurderingen ikke oppfyller pliktens krav, illustreres ved å se hen til den nasjonale saken. En 9-årig rammeavtale uten mengder fastsatt, innebærer nettopp en utfordring overfor konkurransen på markedet. Markedet får aldri svar på om denne konkurransen inneholder innkjøp som skulle ha vært gjort til gjenstand for konkurranse, dersom vurderingen som gjøres,

¹²¹ Slik også Edman og Olsson (2020).

er om ATE Markas som fikk kontrakten, eller Coopservice som mistet den, gjennom angivelse av kontraktsverdi og andre opplysninger hadde vært i stand til å forstå rammeavtalens innhold og relevans.

Domstolen stiller derimot opp en plikt til å angi mengde og verdi som medfører at rammeavtaler, som i den nasjonale saken, får klare rammer og kan kontrolleres opp mot regelverkets krav til offentliggjøring og konkurranse. Mengdeplikdens formål er derfor ikke først og fremst hensynet til gjennomskiktighet for en enkelt tilbyder i en konkurranse.¹²² Like fullt vil dette hensynet ivaretas ved at kontraktsgjensstanden presiseres.

Slutning: Både samlet mengde og samlet verdi må angis for at prinsippenes formål om konkurranse på det indre markedet skal ivaretas.

6.6 Rettsvirkninger av brudd på plikten til å fastsette mengde

6.6.1 Før inngåelse av kontrakt - avlysningsplikt

EU-domstolen har fastsatt en absolutt plikt. Plikten innebærer at oppdragsgiver, ved kunngjøring, skal angi samlet mengde ytelser han skal kjøpe inn for under en rammeavtale. Spørsmålet er dermed hvilke rettsvirkninger det har å tilsidesette denne plikten. Plikten kan tenkes tilsidesatt i to tilfeller. 1. Der oppdragsgiver overhodet ikke har angitt et tall for samlet mengde. 2. Der oppdragsgiver har angitt et tall for samlet mengde som ikke representerer det faktiske, slik at samlet mengde ikke er forsvarlig beregnet.

Hensynet bak plikten, som vist i kap. 6.5.2.5, er for det første og i stor grad å sikre en effektiv konkurranse på det europeiske markedet ved at det kan kontrolleres at oppdragsgivers innkjøp offentliggjøres og gjøres gjenstand for konkurranse¹²³ i tråd med regelverket. Herunder kontroll av at avtalen praktiseres etter sin opprinnelige forutsetning.¹²⁴ For det andre å sikre forutberegnelighet, slik at leverandører kan forstå rammeavtalens betingelser på samme måte og oppdragsgiver får de beste tilbud og sammenlikningsgrunnlag.¹²⁵

Det vil argumenteres for at rettsvirkningen er en absolutt avlysningsplikt ved tilsidesettelse av plikten. I rettspraksis er det stilt opp tre vilkår for avlysningsplikt.¹²⁶ Oppdragsgiver må ha begått en feil etter regelverket, feilen må ikke kunne rettes på en annen måte og feilen må ha påvirket utfallet for klager eller påvirket deltakerinteressen.

¹²² Slik også Edman og Olsson (2020).

¹²³ Slik også Edman og Olsson (2020).

¹²⁴ Se avsnitt 61-69 i C-216/17.

¹²⁵ Se avsnitt 63 i C-216/17.

¹²⁶ Jf. eksempelvis Underrettens saker T-345/03 avsnitt 147 og T-50/05 avsnitt 61, lagmannsrettsavgjørelse LE-2011-40623 og KOFA-sak 2015/78 og 2012/116.

I KOFAs forente saker 2019/354 og 2019/394 foretas en slik avlysningsvurdering. Klager anførte, med henvisning til sak C-216/17 at konkurransen måtte avlyses fordi det ikke var adgang til å avrope ut over estimert verdi.¹²⁷ Estimert kontraktsverdi var 3,9 millioner kroner, mens tilbudene lå på mellom 7,3 millioner og 9,4 millioner. Det var anført at konkurranse-resultatet kunne ha blitt et annet dersom tilbyderne var kjent med reell verdi og at det kunne ha påvirket deltakelsen. KOFA fant at oppdragsgivers beregning ikke var forsvarlig, jf. foa § 5-4 (2), men likevel ikke at det var plikt til avlysning. Dette ble begrunnet med at klager ikke hadde underbygget at feilen hadde virket inn på klagers tilbud, og at avstanden fra den estimerte verdien og opp til tilbudene ikke tilsa at det uriktige anslaget kan ha avholdt leverandører fra å delta i konkurransen.¹²⁸ Oppdragsgiver hadde ikke angitt samlet mengde. KOFA uttalte at det ikke kan utledes av EU-domstolens avgjørelse at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen ut fra feilestimert kontraktsverdi.

Man ser at KOFA vektlegger hensynet forutberegnelighet for tilbyder, jf. kap. 6.5.2.5. Spørsmålet om leverandører utenfor konkurransen hadde kunne tenkes å ville inngi tilbud dersom de hadde visst at kontraktsverdien reelt sett var flere millioner høyere, synes ikke besvart. At de som deltok, priset seg innenfor et likt område, er en smal vurdering av konkurransekravet, ettersom det kun er tilbyderne som innga tilbud som faktisk kunne oppdage at kontraktsverdien var feil. At konkurransen ikke avlyses, gjør også at en ikke-reell kontraktsverdi får leve videre i offisielle dokumenter og på markedet, noe som vil gjøre det vanskelig å avdekke når det avropes ut over rammeavtales grenser.

Liknende vurderinger gjenfinnes i KOFAs praksis i saker hvor spørsmålet er om volum er tilstrekkelig presisert og om det foreligger avlysningsplikt. Vurderingene er ofte om tilbyderne selv har hatt forutsetninger for å anslå volumet, jf. eksempelvis sak 2013/40 avsnitt 44.

Dette viser hvordan en innvirkningsvurdering ikke kan fange opp alle hensynene bak plikten.

Domstolen har nettopp fastslått at mengde er et absolutt kontraktsvilkår for en rammeavtale, jf. definisjonen¹²⁹, slik at dette må kunngjøres. Å ikke offentliggjøre samlet mengde er derfor i strid med gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet, og i strid med reglene om kunngjøring som nettopp har til formål å åpne opp for konkurranse på markedet, jf. kap. 4.3.2.

Når EU-domstolen har vurdert at det strider mot regelverket og prinsippene ikke å angi samlet mengde, må en avlysningsplikt anses å ligge implisitt. Feilen er iboende av en slik karakter at den kan ha hatt betydning for konkurransen og ikke kan rettes på en annen måte. Å tilsidesette plikten innebærer derfor at det utlyses kontrakt på et ikke lovlig grunnlag.

Det må derfor oppstilles en absolutt avlysningsplikt der samlet mengde ytelser ikke er angitt eller er angitt etter uforsvarlig beregning, sml. foa § 5-4 (2). Noe annet ville tilsidesette hensynene bak plikten og EU-domstolens avgjørelse, og innebære at oppdragsgivere som tilsidesetter plikten, skulle være fritatt for de forpliktelsene plikten oppstiller.

¹²⁷ Også anført av klager i KOFA-sak 2019/61. Saken avgjort på grunnlag av vesentlige endringer, klagenemnda uttalte at den ikke fant det nødvendig å uttale seg om den nærmere rekkevidden av avsnitt 61 i sak C-216/17.

¹²⁸ Avsnitt 44-46 i avgjørelsen.

¹²⁹ Jf. foa § 4-1 i).

Der samlet mengde er angitt, men viser seg å være en feilberegning, vil avlysningsplikten måtte knyttes opp mot hvorvidt det er foretatt en forsvarlig beregning på kunngjøringstidspunktet, slik Kammarätten i Jönköpings dom av 27. mars 2020.

Saken er rettskraftig avgjort og første svenske rettsavgjørelse om takvolum etter C-216/17. Kammarätten fant at det følger av C-216/17 at oppdragsgiver er forpliktet til å presisere den totale mengden og det høyeste beløpet rammeavtalen omfatter, og at oppdragsgiver er forpliktet til å foreta en rimelig, men nøye, beregning av den forventede verdien og den forventede kvantiteten. Kammarätten fant videre at en uforsvarlig angivelse av mengdene, ved at det var oppgitt et høyere volum enn hva en forsvarlig beregning ville ha medført, innebar at anskaffelsesdokumentene var blitt utformet i strid med gjennomsiktighetsprinsippet til skade for klager. Retten skriver: «Grund för ingripande med stöd av LOU finns därmed. Eftersom bristen hänför sig till det konkurrenssuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.» Dette må være et korrekt uttrykk for pliktens rettsvirkning.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-423/07, kan tas til inntekt for oppstilling av en slik absolutt avlysningsplikt. Saken gjaldt forøvrig en konsesjonskontrakt om offentlig bygge- og anleggsarbeid. På bakgrunn av at supplerende arbeider som inngikk i konsesjonen, ikke var uttrykkelig fastsatt og beskrevet i kunngjøring og tilhørende prosjektbeskrivelse, fant Domstolen at medlemsstaten Spania hadde tilsidesatt sine forpliktelser til å overholde artikkel 3 og 11 i tidligere direktiv 93/37/EØF ved ikke å presisere kontraktsgjenstanden. I de kunngjorte dokumentene ble tilbyderne oppfordret til å foreslå tiltak i områder som ble påvirket av konsesjonen, uten at disse områdene ble presisert. De supplerende arbeidene ble først opplyst om ved tildeling av kontrakt. På samme måte som i C-216/17 hjemlet Domstolen kravet i definisjonsbestemmelsen og presiserte innholdet i denne opp mot kravene til hva som skal offentliggjøres. Kontraktens gjenstand skulle presiseres i offentliggjøringen gjennom blant annet beskrivelse av «art og omfang» og sted for utførelsen av arbeidene. Domstolen bemerket at noe annet ville bety at de arbeidene som ble referert til som «supplerende arbeid» ville unndra seg kunngjøringsplikten og enhver konkurranseutsetting, og samtidig ville det bli umulig å sammenligne tilbud når tilbyderne på eget initiativ skulle fastsette arten, omfanget og den geografisk plassering av de aktuelle arbeidene uten at disse nødvendigvis var omfattet av en forutbestemt gjenstand (avsnitt 71).

Det sentrale som kan utledes av avgjørelsen for en avlysningsplikt¹³⁰ fremgår av avsnittene 56 og 75:

56. «Denne forpligtelse til offentliggørelse sikrer gennem muligheden for at sammenligne de bud, offentliggørelsen medfører, et konkurrenceniveau, som EU-lovgiver anser for tilfredsstillende på området for koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder».

75. «Som det fremgår af nærværende doms præmis 57, er bestemmelserne om pligt til passende offentliggørelse i direktiv 93/37 udtryk for ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed. Spørgsmålet om en eventuel overtrædelse af disse principper skal derfor ikke undersøges særskilt».

På samme måte representerer kravet om å offentliggjøre samlet mengde ytelser som omfattes av en rammeavtale, det konkurransenivået EU-lovgiver anser for tilfredsstillende. En avlysningsplikt må derfor være absolutt, slik at brudd på prinsippene ikke skal undersøkes særskilt,

¹³⁰ Aktuelt også for rettens adgang til å sette til side beslutninger, jf. loa § 8 (2).

i det dette må anses iboende vurdert i regelverket. Dette viser hvordan avlysningsplikts-vurderingen, om innvirkning på klagers tilbud eller konkurransen, og at feilen ikke kan rettes på annen måte, ikke kan være aktuell i disse tilfellene.

Slutning: Tilsidesettelse av plikten, før inngåelse av kontrakt, fordrer en absolutt avlysningsplikt.¹³¹

6.6.2 Etter inngåelse av kontrakt - uten virkning

Spørsmålet i dette kapittelet er hvilke rettsvirkninger tilsidesettelse av plikten har der kontrakt er inngått. Man ser fra den nevnte EU-domstol-sak, C-423/07, at manglende presisering av kontraktens gjenstand ble vurdert slik at den ikke-presiserte delen ble ansett å ikke ha blitt gjort gjenstand for konkurranse. Der en kontrakt angripes senere enn konkurransefasen og ikke lenger kan avlyses, er det dermed nærliggende å likestille en rammeavtale som er gjennomført i strid med plikten til å offentliggjøre samlet mengde, med en kontrakt som ikke er kunngjort, slik at disse kjennes «uten virkning», jf. loa § 13. Dette er en nærliggende tolkning i det disse kontraktene ikke vil være lovmessige, som beskrevet over. Resonnementet i lys av den nevnte traktatbruddsavgjørelsen er at en rammeavtale utlyst uten samlet mengde eller ved henvisning til sedvanlig behov, innebærer at rammeavtalen må anses å inneholde varer eller tjenester som ikke har blitt gjort til gjenstand for konkurranse.

Det kan muligens også anføres at utlysning av en rammeavtale, som ikke oppfyller kravene til å være en rammeavtale etter definisjonen ved at samlet mengde ikke er angitt, kan betraktes som at det er kunngjort noe annet enn en rammeavtale. Slik at det også på denne måten kan anses som at det har blitt tildelt en kontrakt uten forutgående kunngjøring av en [faktisk] rammeavtale.

Når avlysningsplikt forutsettes på konkurransestadiet i disse tilfellene, kan en annen vei til rettsvirkningen «uten virkning» være å vurdere tilfellet som at oppdragsgiver først har brutt plikten til avlysning, og ved dette inngått en kontrakt som skulle ha vært kunngjort. En slik synsmåte stilles opp av KOFA i sak 2016/13.

Forskjellen på de ulike veiene er at man i det siste tilfellet forankrer sanksjonen «uten virkning» i den overtrådte avlysningsplikten, i stedet for å gå direkte til å fastslå at kontrakten sidestilles med at den ikke er kunngjort.

I sak C-23/20 har Danske klagenævnet for utbud forelagt EU-domstolen spørsmålet om artikkel 2 d (1) litra a i håndhevelsesdirektivet lest i sammenheng med 2014-direktivets art. 33 og 49 sammenholdt med bilag V, avsnitt C, punkt 7 og 10a, skal tolkes slik at sanksjonen «uten virkning» omfatter det tilfellet hvor oppdragsgiver har tilsidesatt plikten til å i kunngjøring eller konkurransegrunnlag, å fastsette en maksimal mengde og/eller en maksimal verdi av de varer som skal leveres. Og de tilfellene der kunngjøringen ikke lever opp til kravet om å opplyse den anslåtte mengde og/eller den anslåtte verdi, selv om det foreligger et estimat.

Forutsetningen for spørsmålet er at Domstolen i foregående spørsmål har kommet fram til at det i kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget skal fastsettes en maksimal mengde og/eller en maksimal verdi av de varer som skal leveres i henhold til den kunngjorte rammeavtale, slik at den pågjeldende rammeavtale vil ha uttømt sine

¹³¹ Jf. også EU-domstolens tidligere praksis, se C-448/01 avsnitt 95.

virksomheter når denne grensen er nådd. Håndhevelsesdirektivet¹³², Artikel 2d nr. 1 bokstav a beskriver at klageinstans kan kjenne en kontrakt «uten virkning» «hvis ordregiveren har tildelt en kontrakt uten forudgående offentliggjørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/17/EF».

Et bekræftende svar på spørsmålet fra EU-domstolen vil innebære at tilsidesettelse av plikten til å angi samlet mengde eller ikke angi mengde forsvarlig, vil sidestilles med rettsvirkningen «uten virkning», også på konkurransestadiet.

Å kjenne en kontrakt «uten virkning» der samlet mengde ikke er angitt ved kunngjøring, fremstår som en effektiv sanksjon da det vil tvinge oppdragsgivere inn i en ny praksis der rammeavtaler får definerte rammer. Formålet med regelverkets sanksjoner er nettopp å sikre etterlevelse av regelverket og dermed forebygge regelbrudd.¹³³ Ulempen av en slik konsekvent behandling er at det både vil gå ut over oppdragsgivere og valgte leverandører som allerede sitter i avtaler med tøyelige rammer. Holdt opp mot den gevinsten klare og reelle rammer vil gi til konkurransen i et europeisk marked, synes sanksjonen nødvendig for en praksisomlegging. For klageorgan og domstoler vil det derfor kunne oppstå spørsmål om hvorvidt avgjørelsen har tilbakevirkende kraft til rammeavtaler inngått før avgjørelsen kom i desember 2018.¹³⁴

Slutning: Rettsvirkningen av tilsidesettelse av plikten etter kontrakt er inngått, må etter dette være at rammeavtalen kjennes «uten virkning».

6.7 Rettsvirkninger av å ha overskredet kunngjort mengde

6.7.1 Hva innebærer Domstolens utsagn i avsnitt 61?

Som oppgaven har vist, er det rettsvirkningen ved å ha overskredet kunngjort mengde som har foranlediget flest spørsmål i juridiske kretser. Domstolens utsagn om at en oppdragsgiver kun kan forplikte seg innenfor grensene av den fastlagte mengden, og når den fastlagte mengden er nådd, «**vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger**», jf. avsnitt 61 i avgjørelsen, beskriver nettopp en rettsvirkning av å overskride fastsatt mengde. Spørsmålet er derfor hva dette utsagnet innebærer.

Når tolkningsresultatet i avgjørelsen legges til grunn, om at Domstolen viser til mengde og ikke verdi i sine rettssetninger, kan det ikke utledes noe om virkningen som inntreffer når esti-

¹³² Direktiv 2007/66/EF.

¹³³ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), punkt 44.7.1.

¹³⁴ I KOFA-sak 2020/1, behandlet i nemndsmøte 9. november 2020, ble det anført av innklagede at dersom C-216/17 endrer rettsstilstanden kan den ikke ha tilbakevirkende kraft. Den aktuelle rammeavtalen løp fra 2017-2019. Det ble vist til at estimert kontraktsverdi tradisjonelt kun har blitt ansett å utgjøre et uforpliktende anslag, jf. KOFA-sak 2011/294. Anførselen gjaldt overskridelse av estimert kontraktsverdi. Innklagede hadde foretatt bestillinger for omlag 39 millioner, estimert kontraktsverdi var 500 000-10 millioner, samt at det også var kunngjort en antatt årlig verdi på ca. 0,5-5 millioner. Informasjonen er hentet på bakgrunn av innsyn i saksdokumentene.

mert kontraktsverdi er overskredet. Å slutte motsatt, at det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse når estimert kontraktsverdi er nådd, forutsetter som avhandlingen har vist, jf. kap. 6.5, at mengde kan angis som verdi. Dette vil igjen komme i konflikt med reglene om vesentlige endringer, jf. foa § 26-1 jf. foa kap. 28, spesielt foa § 28-1 (1) b.

Når det, som i denne avhandlingen, forutsettes at avsnitt 61 knyttes til mengde, er derfor den naturlige slutningen å forstå Domstolens utsagn som en presisering av den rettsvirkningen regelverket allerede stiller opp. En slik tolkning havner ikke i konflikt med regelverket om vesentlige endringer.

Som kap. 4.5 viser, er det allerede en forutsetning for å tildele kontrakt under rammeavtaler at alle avrop ligger innenfor rammen av avtalen. Det følger allerede av regelverket at avrop utenfor rammene presumptivt hindrer konkurranse,¹³⁵ og at avrop utover dette må lyses ut i ny konkurranse, med mindre det skulle dreie seg om tillatte endringer eller en tillatt direkte anskaffelse.

At Domstolen nettopp har forutsatt at regelverket om vesentlige endringer kommer til anvendelse, kan utledes av Generaladvokatens innstilling i avsnitt 76, hvor det ikke var motstrid mellom Domstolens og Generaladvokatens betraktninger. Generaladvokaten anså at mengde var et obligatorisk kontraktsvilkår for ellers ville de opprinnelige vilkårene i rammeavtalen være uforholdsmessig uklare med hensyn til et av rammeavtalens viktigste elementer. Dette ville ha en dobbelt og negativ konsekvens: «Dels ville økonomiske aktører, der eventuelt kunne være interesserte, få et ringere incitament til at delta, idet de på grund af den manglende præcisering af kontraktens genstand ville undlade at delta i proceduren, dels ville tilbuddet mod at foretage »væsentlige ændringer i aftalevilkårene« (artikel 32, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2004/18) i forbindelse med indgåelsen af kontrakter miste sin virkning».

Det kan etter dette slutes at Domstolens utsagn om at avrop utover fastlagt mengde medfører at **«den pågældende aftale have udtømt sine virkninger»**, kun en presisering av det som allerede følger av regelverket, jf. kap 4.5 og 4.6.

Slutning: At rammeavtalen virker innenfor grensene av sin angitte mengde, er ikke en ny rettsvirkning innført med sak C-216/17.

6.7.2 Om virkning av plikten - terskelen for vesentlige endringer er skjerpet

I dette kapittelet spørres det om hva som er virkningen av plikten sett opp mot regelverket for vesentlige endringer.

Det har også før C-216/17 eksistert krav om at en kontrakts omfang ikke skal defineres for vidt,¹³⁶ krav til å beskrive kontraktsvilkårene og en avtales art og omfang, krav om at rammeavtaler ikke skal misbrukes til skade for konkurransen og krav om at oppdragsgiver på alle stadier av prosessen skal handle i tråd med kravene til konkurranse, likebehandling og gjensidighet.

¹³⁵ Goller mfl. (2017) s. 102.

¹³⁶ Punkt 8.1.2 i Veileder om offentlige anskaffelser (2006).

Virkningen av Domstolens oppstilling av en absolutt plikt til å angi samlet mengde, er derfor at disse kravene nå er formalisert med bindende virkning. Rammeavtaler plikter å ha en tydelig og bindende mengdegrense, og mengden som oppgis utgjør et kontraktsvilkår. Når den angitte mengden er avropt, må overskridelser vurderes etter regelverket for vesentlige endringer, se kap. 4.6.

En praktisk konsekvens og realiteten av den bindende plikten er derfor at terskelen for vesentlige endringer er skjerpet fordi man nå har et presist grunnlag å måle vesentlige endringer mot.

Dette innebærer at tidligere KOFA-praksis, jf. KOFA-sak 2011/294 beskrevet i kap.1.1.1, hvor det ble uttalt at vesentlighetsterskelen skulle ta hensyn til at det var et estimat og at leverandører må antas å være kjent med at omfanget vil kunne overskrides, ikke lenger kan opprettholdes etter C-216/17. Dette forutsetter nettopp at rammeavtaler som har tilsidesatt plikten avlyses eller kjennes uten virkning. Hvis ikke vil KOFAs praksis med en svært høy terskel i disse tilfellene opprettholdes. Det medfører at oppdragsgivere som ikke har presisert kontraktsgjensstanden i tråd med C-216/17, men som før har angitt en uforpliktende estimert kontraktsverdi, innrømmes en betydelig høyere terskel før det konstateres vesentlig endring enn de, som i tråd med C-216/17, bindende har fastlagt kontraktsgjensstanden. Disse vil møtes med en lav terskel i vurderingen opp mot vesentlige endringer, fordi man her har et presist målegrunnlag i et fastsatt kontraktsvilkår.

En slik rimelighetsbrist, ved at terskelen vil måtte bli ulikt praktisert, gir videre støtte til å forstå avgjørelsen slik at det foreligger en absolutt plikt til å angi samlet mengde og en omgjøringsplikt der dette ikke er angitt. Ettersom risikoen for å misbruke en konkurranse er vesentlig større der bare en estimert kontraktsverdi legges til grunn, fordi dette åpner for avrop som kunne ha vært konkurranseutsatt, ser man at dette ikke er i tråd med regelverkets formål om konkurranse på det indre markedet og effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Slutning: Den store rettsvirkningen av plikten ligger derfor ikke ved overskridelse av mengde, men i at plikten må anses å være absolutt. Slik får regelverket for vesentlige endringer reell virkning og kan håndheves likt.

7 Innvending mot avgjørelsen

Det har vært innvendt mot avgjørelsen at dens verdi er mindre fordi den er forfattet av tre dommere.¹³⁷ Innvendingen var imidlertid en reaksjon på den forståelsen av dommen om at overskridelse av estimert kontraktsverdi automatisk medfører at kontrakten er «uten virkning». Til avdeling med tre dommere henvises rutinepregede saker.¹³⁸ Ut fra tolkningsresultatet i avhandlingen stiller avgjørelsen opp plikter og følger som kan sies å allerede følge av regelverket. Plikten til å presisere kontraktsgjensstanden er en kjent forutsetning for gjennomslutlighet og likebehandling.¹³⁹ Videre tolker Domstolen de generelle reglene for rammeavtaler.

¹³⁷ Thoresen (2019).

¹³⁸ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 126.

¹³⁹ Se eksempelvis sak C-285/18, avsnitt 63 og C-423/07 (sistnevnte gjennomgås i kap. 6.6.1).

Det er derfor ikke noe ved saken som tilsier at den skulle settes med flere dommere. Med tanke også på at EU-domstolens formål med tolkningsavgjørelser nettopp er å bidra til enhetlig fortolkning og rettsavklaring,¹⁴⁰ er det ingen grunn til å redusere rettskildevekten av C-216/17 ut fra rettens sammensetning.

8 Konklusjon: Svar på oppgavens hovedspørsmål

Etter denne avhandlingens tolkning trekkes følgende sluttsatser til avhandlingens hovedspørsmål.

1. Har oppdragsgiver plikt til i kunngjøringsdokumentene å angi samlet forventet mengde av ytelser under en rammeavtale?

- Ja, det er en bindende plikt.
- Samlet mengde av ytelser som kan forventes under en rammeavtale skal angis i anskaffelsesdokumentene.
- Samlet mengde er et obligatorisk kontraktsvilkår for rammeavtaler.
- Samlet mengde innebærer maksimal forventet mengde og skal fastlegges forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring.
- Plikten gjelder alle rammeavtaler.
- Tid, mengde og verdi skal angis i anskaffelsesdokumentene.
- Dette oppfyller gjennomsiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, ettersom samlet verdi og tid kan kontrolleres gjennom angivelsen av mengde, som er det reelle uttrykket for oppdragsgivers behov.
- Siktemålet med plikten er i stor grad iakttagelse av det større EØS-rettslige formålet om effektiv konkurranse på det indre markedet.

2. Hva er rettsvirkningene av at plikten tilsidesettes?

- Det kan utledes en plikt til avlysning og en plikt til å kjenne en kontrakt «uten virkning» der mengde ikke er angitt i anskaffelsesdokumentene, og der mengde er angitt men etter en ufor- svarlig beregning. Lovgrunnlaget for tildeling vil være ulovlig der samlet mengde ikke er opplyst.

3. Hva innebærer Domstolens utsagn i avsnitt 61 om at rammeavtalen vil ha «udtømt sine virkninger» når mengdegrensen er nådd?

- Utsagnet presiserer plikten til å være innenfor rammen av en rammeavtale som allerede ligger i regelverket.
- Utsagnet gjelder mengde og ikke verdi. Det kan derfor ikke utledes fra avgjørelsen at en estimert kontraktsverdi automatisk utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- Overskridelser måles opp mot regelverket for vesentlige endringer.
- Samlet mengde utgjør en klar ramme for rammeavtalen og er et kontraktsvilkår. Dette kan i utgangspunktet ikke endres. Målegrunnlaget mot vesentlige endringer blir derfor presist, slik at terskelen for vesentlige endringer er skjerpet i forhold til tidligere praksis.
- Kontrakten vil kunne anses uten virkning der kontraktens rammer er overskredet og ingen tillatte endringer eller lovlige grunnlag for direkte anskaffelse kommer til anvendelse.
- Utsagnet innebærer at rammeavtaler kan oppfylle oppdragsgivers reelle behov, og konkurransen på markedet fremmes.

¹⁴⁰ Se kap. 2.1.2.

9 Rammeavtaler: Hvor er de norske myndighetene?

Mens svenske og danske myndigheter har utarbeidet veiledere til EU-domstolens avgjørelse, er norske myndigheter ikke på banen. Det synes å være et hull på rammeavtalenes område innenfor myndighetenes arbeid under EØS-avtalen.

I Nærings- og fiskeridepartementets offisielle veileder til anskaffelsesforskriften, datert november 2017, foreligger det per november 2020 fortsatt ikke veileder til rammeavtale-bestemmelsene i foa kap. 26. Det står kun at Departementet vil komme tilbake med veiledning. Det er samtidig opplyst at veilederen bare finnes elektronisk så den kan oppdateres blant annet i forbindelse med ny rettspraksis fra EU-domstolen. Veilederen ble sist oppdatert i april 2018.

På DFØs¹⁴¹ fagsider for offentlige anskaffelser, Anskaffelser.no, ligger standardmal for rammeavtaler, sist oppdatert i 2015. Det står her¹⁴² at rammeavtale egner seg: «*Dersom du skal kjøpe tjenester/varer over en gitt periode (og ikke som et engangskjøp) og/eller kjøpsomfanget er noe uvisst egner rammeavtaler seg bedre enn ordinære kjøpsavtaler*».

På de samme nettsider er det kommet spørsmål om avgjørelsen:

Publisert: 11. apr. 2019. Sist endret: 05. aug. 2020.

Spørsmål: «*Kan jeg benytte en rammeavtale videre etter at jeg har gjort uttak som tilsvarende oppgitte totalverdien på rammeavtalen?*».

Svar fra DFØ: «*En avgjørelse fra EU domstolen fra desember 2018 (Sak C-216/17) tyder, noe overraskende, på at en rammeavtale har utspilt sin gyldighet når den totale verdien av avropene som er foretatt har nådd det omfanget oppdragsgiver har angitt ved kunngjøringen av konkurransen. Avgjørelsen sier også at oppdragsgiver plikter å angi en mengdeangivelse for rammeavtalen*».¹⁴³

Dette er det eneste offisielle utsagnet fra myndighetenes hold om avgjørelsen.

Dette hullet samsvarer dårlig med Stortingsmelding 22 (2018–2019) - Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser, tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 10. april 2019, som handler om kompetanseheving. Her statueres det at regjeringen vil «Videreutvikle kompetansetilbudet for innkjøpere, inkludert veiledning, maler og eksempel-dokumenter, særlig rettet mot planleggingen og oppfølgingen av anskaffelsene».¹⁴⁴

At det heller ikke foreligger offisielle statistikker over hvor mange offentlige anskaffelser som inngås via rammeavtaler, samsvarer også dårlig med dette.

¹⁴¹ DFØ = Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. Fra 1. september 2020 ansvarlig myndighet for offentlige anskaffelser. Tidligere myndighet var Digitaliseringsdirektoratet.

¹⁴² Der standardmalene ligger.

¹⁴³ Anskaffelser.no (2019).

¹⁴⁴ Meld. St. 22 2018–2019 punkt 13.6, s. 119.

I kunngjorte rammeavtaler på Doffin.no¹⁴⁵ viser oppdragsgivere fortsatt til «behov». Et av flere eksempler fra et søk i november 2020, er denne, hvor oppdragsgiver skriver: «*Anskaffelsens formål er å etablere et sortiment av kjøreposer, varmeposer og regncape med en bredde som dekker majoriteten av behovene til de aktuelle brukerne*».

Det er derfor tid for å minne om at håndhevelse av EØS-regelverket påhviler de norske myndighetene.

10 Avsluttende merknader

Det er snart to år siden dom ble avsagt av EU-domstolen. Sak C-216/17 innebærer at praksis må endres. Selv om alle forhold ennå ikke er klarlagt omkring hvordan plikten skal håndheves, viser de gjennomgåtte kilder og tolkingsresultatet i avhandlingen at det fra C-216/17 kan sluttet at det foreligger en bindende plikt til å fastsette maksimal mengde i anskaffelsesdokumentene. De svenske lovforarbeidene gir anvisning til oppdragsgivere: «Ramavtal är typisk sett tänkt för situationen att en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande behov av anskaffningar och vill planera för dessa».¹⁴⁶

EU-domstolen har med avgjørelsen gitt oppskriften på å unngå misbruk av rammeavtaler eller å bruke dem på en slik måte at konkurransen hindres, begrenses eller fordreies. Oppskriften består av tre ingredienser. Samlet mengde, samlet verdi og tid, hvor presisering av samlet mengde er det avgjørende utgangspunktet for en effektiv konkurranse.

Som Domstolen har vist gjennom å tolke definisjonen, er mengde et av rammeavtalens viktigste elementer. Uten samlet mengde blir vilkårene uforholdsmessig uklare.¹⁴⁷ Når essensen av en rammeavtale er at den skal fastlegge vilkårene for tildeling av kontrakt, er utgangspunktet at den skal være like fullstendig som regelverket krever av en alminnelig offentlig kontrakt.¹⁴⁸ Som EU-domstolen viser til i avsnitt 62, er det nettopp ved å se alle kontraktene som en enhet at en anskaffelse under en rammeavtale, som i utgangspunktet er en innkjøpsmetode, omfattes av regelverket.¹⁴⁹

For oppdragsgivere innebærer plikten større grad av planlegging og oppfølging av rammeavtaler. Risikoen for feilaktige og fiktive verdiestimat reduseres, og ny konkurranse vil iverksettes når en rammeavtale har nådd sin angitte mengde. For leverandører innebærer plikten at de i større grad kan planlegge leveranser og inngi priser som i større grad samsvarer med oppdragsgivers reelle behov. Markedsvilkårene bedres. Risikoen for rammeavtaler som innebærer aggregering av store volum hos én leverandør på vilkår som over tid ikke er konkurransedyktige, reduseres. Flere slippes til i konkurransen, norske og europeiske leverandører stiller på lik linje, og små og mellomstore leverandører har en mulighet på rammeavtale-markedet.

Forutsetningen for disse virkningene er at tilsidesettelse av plikten håndheves gjennom en absolutt avlysningsplikt og omgjøring av konkurranser. Svenske domstoler avsier nå dommer i

¹⁴⁵ Den norske kunngjøringsdatabasen.

¹⁴⁶ Prop. 2015/16:195 s. 515.

¹⁴⁷ Generaladvokatens innstilling avsnitt 76.

¹⁴⁸ Arrowsmith (2014) s. 1131.

¹⁴⁹ Slik også C-79/94 avsnitt 15.

tråd med en plikt til å angi takvolum. Regelverket gjelder for hele EØS, og formålet er rettsenhet. Avgjørelsen fordrer derfor at norske myndigheter kommer på banen og tar stilling. Tausheten innebærer at offentlige innkjøpere og leverandører selv må kjenne til avgjørelsen for ikke å risikere å inngå og sitte i rammeavtaler som ikke har et lovlig grunnlag.

Plikten til mengdeangivelse EU-domstolen stiller opp, synes som en absolutt forutsetning for et velfungerende regelverk. Ved å angi mengde og verdi og tid kan størrelsene kontrolleres mot hverandre. Bindende mengdeangivelser gir rammeavtalen en grense så flere kontrakter kan gjøres til gjenstand for konkurranse og sikrer leverandører nødvendig informasjon. Slik ivaretar avgjørelsen regelverkets formål om effektiv konkurranse på det indre markedet og en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Når man ser til de svenske statistikker som viser hvilke store verdier som er i omløp under rammeavtaler, er det å vente at en praksisendring vil innebære store kostnadsbesparelser for det offentlige.

EU-domstolen må med sak C-216/17 anses å ha formalisert kravet om at rammeavtaler skal ha en klar ramme og har dermed gitt en alvorlig påminnelse om viktigheten av å være innenfor denne rammen.

Litteraturliste

Litteratur

- Arnesen (2009) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK, volume 1, third edition*. London: Thomson Reuters, 2014.
- Bakken (2013) Bakken, Espen og Thomas Nordby. *Offentlige Anskaffelser*. Bergen: Fagbokforlaget, 2013.
- Balshøj (2018) Balshøj, Dorte Kristensen. *Public Procurement and framework agreements. The application of competition law to contracting authorities in a procurement context*. København: Djøf Publishing, 2018.
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne. *Anskaffelsesloven med forskrift kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne. *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Edman (2020) Edman, Åsa Edman og Lotta Olsson. «Ny tolkning av Coopservice-dom». 16.06.2020. <https://upp-handling24.se/ny-tolkning-av-coopservice-dom/> Hentet 25.10.2020.
- Fredriksen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 2.utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2014.
- Goller (2017) Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal, 2017.
- Gulsvik (2019) Gulsvik, Alf Amund, «Rammeavtaler – angivelse av verdi» 29.01.2019. <https://www.anbud365.no/regelverk/rammeavtaler-angivelse-av-verdi/> Hentet 09.11.2020.

Thoresen (2019)	Thoresen, Eivind Dahl. «Skal vi ikke bare si at denne EU-avgjørelsen «have uttømt sine virkninger?»». 25.04.2019. https://www.anbud365.no/regelverk/skal-vi-ikke-bare-si-at-denne-eu-avgjorelsen-have-utdomt-sine-virkninger/ Hentet 25.10.2020.
Thue (2014)	Thue, Anders, Anne Buan, Kristine Røed. <i>Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer</i> . Oslo: Gyldendal, 2014.
Treumer (2019)	Treumer, Steen (Red.) <i>Udbudsretten</i> . København: Ex Tuto Publishing, 2019.

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

1992	Lov 27. november 1992 nr.109 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven).
2016	Lov 17. juni 2016 nr.73 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) (LOA).
1999	Lov 16. juli 1999 nr. 69. Lov om offentlige anskaffelser.
2016	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) (FOA).
2002	Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.
2006	Forskrift 7. juli 2006 nr. 402. Forskrift om offentlige anskaffelser.

Forarbeider

Prop. 51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
------------------------	---

NOU 2014: 4

Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

Stortingsmelding 22 (2018–2019)

Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser, tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 10. april 2019.

Rettspraksis

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 2007 s. 1783

Rt. 2001 s. 1062

LE-2011-40623

KOFA-praksis

Sak 2020/1 – innsyn i saksdokumenter, ikke avgjort.

Forente saker 2019/354 og 2019/394

Sak 2019/61

Sak 2015/78

Sak 2012/116

Sak 2011/294

Veiledere

Nærings- og fiskeridepartementet. 2017. Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/?ch=> Hentet 25.11.20

Fornyings- og administrasjonsdepartementet. 2006. Veileder til reglene om offentlige anskaffelser https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/veileder_reglene_offentlige_anskaffelser_komp.pdf Hentet 25.11.20

Internasjonale rettskilder

Traktater/direktiver

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
Oporto, 2. mai 1992.

TEUF *Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).*

ODA-avtalen *Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1 – 7. 2. mai 1992. Nr 2 Multilateral.*

Direktiv 2014/24/EU Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Direktiv 2004/18/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Direktiv 2007/66/EF Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. (Håndhevelsesdirektivet.)

Statute of the court of Justice of The European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union protocol (no 3) on the Statute of The Court of Justice of the European Union *oj c 202, 7.6.2016, p. 210–229.* https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-en-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf Hentet 25.11.20.

Lovkommentarer

Explanatory Note (2016) European Commission Explanatory Note "Framework Agreements -Classic Directive 16. februar 2016. Ref. Ares (2016)810203

Rettspraksis

EU-domstolen og Underretten

Sak C-23/20	Simonsen & Weel.	Under behandling
Sak C-285/18	Kauno miesto savivaldybė mfl.	ECLI:EU:C:2019:829

Sak C-216/17	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST).	ECLI:EU:C:2018:1034
Sak C-223/16	Casertana Costruzioni Srl Mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.	ECLI:EU:C:2017:685
Sak C-76/16	Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. mod Úrad pre verejné obstarávanie.	ECLI:EU:C:2017:549
Sak C-549/14	Finn Frogne mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation.	ECLI:EU:C:2016:634
Sak C-324/14	Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta.	ECLI:EU:C:2016:214
Sak C-538/13	eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos.	ECLI:EU:C:2015:166
Sak C-72/09	Établissements Rimbaud SA mod Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d’Aix-en-Provence.	ECLI:EU:C:2010:645
Sak C-91/08	Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.	ECLI:EU:C:2010:182
Sak C-423/07	Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien.	ECLI:EU:C:2010:211
Sak C-454/06	Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund) mfl.	ECLI:EU:C:2008:351

Sak C-331/04	ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc mfl. Mod ACTV Venezia SpA mfl.	ECLI:EU:C:2005:718
Sak C-448/01	EVN AG, Wienstrom GmbH, mod Republik Österreich.	ECLI:EU:C:2003:651
Sak C-324/98	Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG.	ECLI:EU:C:2000:669
Sak C-87/94	Commission of the Euro- pean Communities v King- dom of Belgium.	ECLI:EU:C:1996:161
Sak C-79/94	Commission of the Euro- pean Communities v Helle- nic Republic.	ECLI:EU:C:1995:120
Sak T-345/03	Evropaïki Dynamiki mfl. v. European Commission	ECLI:EU:T:2015:168
Sak T-50/05	Evropaïki Dynamiki mfl. v European Commission.	ECLI:EU:T:2010:101

Avgjørelser fra Generaladvokaten

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 3. oktober 2018 i sak C-216/17.	ECLI:EU:C:2018:797
--	--------------------

Utenlandske rettskilder

Rettsavgjørelser

Kammarätten i Stockholm - Mål nr. 3582-20. Dom av 5. oktober 2020

Kammarrätten i Göteborg - Mål nr. 604-20 m.fl. Dom av 15. juni 2020

Kammarrätten i Sundsvall - Mål nr. 2770-19. Dom av 23. april 2020

Kammarrätten i Jönköping - Mål nr. 3390-19. Dom av 27. mars 2020

Forarbeider

Regeringens proposition SE. 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling <https://www.regeringen.se/49f178/contentassets/5cc3302198594030a4c0a75cff492da2/nytt-regelverk-om-upphandling-del-1-av-4-kapitel-1-21-prop.-201516195> Hentet 25.11.20.

Klagenemndspraksis

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. januar 2020, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark (forelæggelse for EU-domstolen – sak C-23/20).

Myndighetspraksis

Konkurrensverket - SE. Ställningstagande nr. 2019:1- *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice*. https://www.konkurrensverket.se/globalassets/upphandling/stallningstagande/2019-1_stallningstagande-upphandling.pdf Hentet 25.10. 2020.

Upphandlingsmyndigheten – SE.– *Takvolym i ramavtal – Vägledning nr 2019:3* <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/takvolym-i-ramavtal.pdf> Hentet 25.10.20

Upphandlingsmyndigheten (Rapport 2019:5) og Konkurrensverket (Rapport 2019:3). Statistik om offentlig upphandling 2019. Desember 2019. https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2019-3_statistikrapport_2019-webb.pdf Hentet 25.11.20.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. DK. *Vurdering af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), m.fl.* - <https://www.kfst.dk/media/55711/autorita.pdf> Hentet 25.10.2020.

Øvrige kilder

Europa.eu. «EU-språk». 2020. https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_sv Hentet 25.10.20.

DFØ (2020) - Anskaffelser.no «Ofte stilte spørsmål».2020. <https://www.anskaffelser.no/ofte-stilte-sporsmal-om-anskaffelser/rammeavtale> Hentet 25. oktober 2020. Linken er ikke operativ per 25.11.20.

DFØ (2020) Anskaffelser.no «Rammeavtalen – standardskjema» <https://www.anskaffelser.no/verktoy/kontrakter-og-avtaler/rammeavtalen-ssa-r> Hentet 25.10.20.

Regjeringen.no (2020) «Offentlige anskaffelser» -Nærings- og fiskeridepartementet-) <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/id2511781/> Hentet 10.11.20.

Doffin.no (2020) Arbeids- og velferdsetaten. – Kunngjøring av konkurranse. <https://doffin.no/Notice/Details/2020-349046> Hentet 25.11.20

Ted.europa.eu (2020). Generell informasjon. Contract-notice-skjema. <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do?action=Rs&.Rs.cl.17776199&.Rs.cl.17776199.lgId=da> Hentet 25. oktober 20.