

NOTAT

Om udbudsretlige forhold vedrørende dokning af færger

1. Baggrund

Vores firma er blevet instrueret af Færgesekretariat til at skrive et notat vedrørende reglerne om offentligt udbud i forbindelse med dokning af færger. Notatet er til brug for Færgesekretariatet samt dets medlemskommuner ved indgåelse af kontrakter om indkøb af dokningsydelse.

28. juni 2021

J.nr. 345823

Christian Benedictsen-Nislev

Advokat (H), partner

2. Retsgrundlag

Kommuners indkøb af dokningsydelser er omfattet af udbudsloven (lov 2015-12-15 nr. 1564).

Ved siden af udbudsloven, gælder i nogle tilfælde også færgefartslovens (lovbekendtgørelse af 27. august 2008, nr. 915) og færgefartsbekendtgørelsens (bekendtgørelse om færgefart af 7. juni 2021, nr. 1153) udbudsretlige regler. Særlovgivningen vurderes dog ikke at omfatte indkøb af dokningsydelser, da dokning af en færge næppe kan anses for at udgøre drift af en færgerute i lovens forstand.

I øvrigt kan bemærkes, at færgefartsbekendtgørelsen pr. 1. juli 2021 er ændret, hvilket blandt andet indebærer, at adgangen til at foretage interessetilkendegivelser ”ikke [finder] anvendelse i det omfang, kontrakten er udbudspligtig i henhold til gældende lovgivning om offentlige indkøb”, jf. bekendtgørelsens § 3, stk. 3. I praksis betyder det, at der ikke er adgang til at foretage interessetilkendegivelser, hvor der efter udbudsreglerne er pligt til at gennemføre et EU-udbud eller gennemføre en udbudsprocedure, som går videre end de krav, der er til indkaldelse af interessetilkendegivelser. Selv hvis der i et konkret tilfælde er adgang til at anvende interessetilkendegivelser, vil det således ikke kunne medføre en lempeligere udbudsprocedure, end hvad der i øvrigt gælder. Medlemskommunerne vil derfor ikke umiddelbart kunne spare ressourcer

eller lign. ved indkaldelse af interessetilkendegivelser.

3. Udbud af dokningskontrakter

Aftaler om indkøb af dokningsydelser, som Færgesekretariatet og Færgesekretariatets medlemskommuner ønsker at indgå, skal overholde de relevante udbudsregler.

3.1 Overblik over regler og tærskelværdier

En kontrakt om indkøb af ”tørdokningsydelser” (CPV-kode 50246100-2) udgør en tjenesteydelseskontrakt og er som udgangspunkt fuldt udbudspligtig, hvis dens værdi overstiger tærskelværdien i udbudsloven, som på nuværende tidspunkt er på kr. 1.595.391 ekskl. moms for (2021). Se nærmere herom i pkt. 3.3.

Dette betyder, at der skal foretages EU-udbud i henhold til udbudslovens afsnit II. Det indebærer blandt andet, at der skal indrykkes udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende/TED-databasen og gennemføres en udbudsproces i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Hvis værdien af dokningskontrakten ligger under tærskelværdien på kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), men der foreligger klar grænseoverskridende interesse, skal kontrakten annonceres på www.ubud.dk, jf. udbudslovens § 191, stk. 2 og bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse § 10.

Derudover skal kontrakten tildeles efter fastsatte kriterier i overensstemmelse med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, jf. udbudslovens § 192, stk. 1. Om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, afhænger af, om tilbudsgivere etableret i andre EU-medlemsstater kan være interesseret i at byde på kontrakten. Se nærmere herom i punkt 3.4.

Hvis værdien af dokningskontrakten ligger under tærskelværdien på kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), men på eller over kr. 500.000, og der ikke foreligger en klar grænseoverskridende interesse, skal kontrakten hverken i udbud eller annonceres. Ordregiveren (se definition af ordregiver i punkt 3.2) skal kunne

redegøre for, at der ikke er klar grænseoverskridende interesse, samt at kontrakten er indgået på markedsvilkår, jf. udbudslovens § 193. Se nærmere herom nedenfor i punkt 3.5.

Udbudslovens regler finder ikke anvendelse for kontrakter af en værdi på under kr. 500.000, hvor der ikke er en klar grænseoverskridende interesse. Indgåelsen af denne type kontrakter skal ske i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet. For at overholde disse principper bør kontrakten indgås på markedsvilkår.

3.2 Udbudsreglernes anvendelsesområde

Som offentlige myndigheder er medlemskommunerne omfattet af udbudsreglerne. Hvis færgen ejes og/eller drives af en enhed, som ikke er en del af en kommune eller en anden offentlig myndighed, skal der foretages en vurdering af, om ordregiveren udgør et offentligretligt organ, som også er omfattet af udbudsloven.

Ordregiveren udgør et offentligretligt organ, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- 1) Organet har til opgave at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har en industriel eller kommerciel karakter
- 2) Organet er en juridisk person
- 3) Organets drift er finansieret eller kontrolleret på anden måde for størstedelens vedkommende af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer.

3.3 Type af ydelse og tærskelværdi

En kontrakt vedrørende indkøb af dokningsydelser udgør en tjenesteydelseskontrakt, for hvilken tærskelværdi er på kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021).

Efter vores vurdering udgør en kontrakt vedrørende indkøb af dokningsydelser derimod ikke et bygge- og anlægsarbejde:

Bilag II til udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) indeholder en liste over aktiviteter, som vedrører bygge- og anlægsvirksomhed, jf. udbudslovens § 24, nr. 23, litra a. Da ”Tørdokning” (CPV-kode 50246100-2) ikke er angivet i bilaget, er kontrakten herom ikke på denne baggrund en bygge- og anlægskontrakt.

Der kan endvidere foreligge en bygge- og anlægskontrakt i henhold til udbudslovens § 24, nr. 23, litra b) og c). Disse bestemmelser vurderes dog ikke at føre til andet resultat end angivet ovenfor. Dette skyldes, at litra c) omhandler skræddersyet byggeri, og at der formentlig skal foreligge særlige forhold, før en kontrakt, som ikke vedrører aktiviteter angivet i bilag II til udbudsdirektivet, skal betragtes som en bygge- og anlægskontrakt i henhold til § 24, nr. 23, litra b). Dette understøttes af, at det i punkt 8 til præamblen til udbudsdirektivet fremgår, at: ”*En kontrakt bør kun betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis dens genstand specifikt omfatter udførelse af de aktiviteter, der er omhandlet i bilag II [...]*”.

3.4 *Klar grænseoverskridende interesse*

Hvis kontrakten har en værdi under tærskelværdien, skal ordregiveren foretage en vurdering af, om der er en virksomhed i en anden EU- medlemsstat, der kunne have reel interesse og mulighed for at afgive tilbud på kontrakten. Hvis det er tilfældet, har kontrakten klar grænseoverskridende interesse.

I ordregiverens vurdering skal der indgå en samlet overvejelse af en række elementer, herunder:

- kontraktens genstand
- kontraktens anslåede værdi
- kontraktens varighed
- forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse og struktur samt handelspraksis
- det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Medlemskommunernes ø-færger besejler i overvejende grad lokale færgeruter og befinder sig derfor som udgangspunkt kun i Danmark. Da det vil være omkostningstungt at fragte færgen til et andet land for at få dokket færgen, taler det overordnet for, at der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse. Omvendt er det en central karakteristik for transportbranchen – herunder færgefartens – at der er tale om mobile og internationale ydelser. Dette taler naturligvis for, at værfter uden for Danmark kan have en interesse i at byde på

kontrakter vedrørende færger, der besejler lokale færgeruter i Danmark.

Kontraktens genstand vil typisk omhandle dokning af en ø-færge, hvilket ikke i sig selv udelukker, at udenlandske værfter skulle kunne have interesse i kontrakten. Der er ikke umiddelbart behov for, at kontrakten skal udføres af dansktalende personer eller kræver særligt kendskab til danske forhold. Dog skal færgerne opfylde gældende danske regler mht. sikkerhed og standarder samt medlems-kommunernes eventuelle krav hertil. I den udstrækning udenlandske værfter skal overholde dansk regulering og sikkerhedsforskrifter for færgefart for at kunne byde på dokningskontrakten, vil dette tale for, at der ikke foreligger en klar grænseoverskridende interesse.

Kontraktens værdi vil også have betydning, idet sandsynligheden for, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil være større, jo højere kontraktværdien er. Det samme gælder mht. kontraktens varighed. Hvis der skulle blive indgået en flerårig kontrakt om regelmæssig dokning af en færge, vil dette kunne tale for, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse.

Der er en række danske værfter, som vil kunne bistå med dokning af en ø-færge, og konkurrencen mellem de relevante udbydere anses derfor for at være relativt hård. Forholdene på markedet taler derfor ikke umiddelbart for, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse. Dog er det ikke usædvanligt inden for dansk færgefart, at en færge dokkes på værfter i andre lande, f.eks. Polen, Sverige og Tyskland. Hvorvidt dette også er tilfældet for ø-færger, afhænger af lokal, kommunal praksis, men i så fald vil dette tale for, at der foreligger en grænseoverskridende interesse.

Dokning af en færge kræver, at færgen mobiliseres til værftet, hvilket medfører omkostninger til brændstof, besætning m.v. Det geografiske område for kontrakten er derfor begrænset til de værfter, til hvilke færgen kan mobiliseres for dokning, uden at omkostninger hertil gør det uøkonomisk for værftet at byde på kontrakten. Afhængig af den relevante kommunes beliggenhed kan det ikke udelukkes, at dokningen vil kunne udføres økonomisk fornuftigt på værfter i Polen, Sverige eller Tyskland. Desuden har det også betydning, hvor lang tid mobiliseringen tager, i den udstrækning kommunen vil skulle indsætte en alternativ færge på færgeruten under dokningsperioden, eller hvis færgerutens frekvens på grund af den mistede billetindtægt i dokningsperioden nedsættes eller stoppes midlertidigt. Hvis der skal bruges en længere periode på at mobilisere færgen til og fra et udenlandsk værft, vil omkostningerne hertil skulle indgå i vurderingen af, om dokningen kan udføres økonomisk fornuftigt på det

udenlandske værft.

Sammenfattende kan det konkluderes, at der generelt ikke nødvendigvis vil foreligge en klar grænseoverskridende interesse for medlemskommunernes indgåelse af dokningskontrakter. Konklusionen vil dog afhænge af en konkret vurdering af de enkelte kontrakter, herunder deres værdi, samt hvorvidt det vil give økonomisk mening at lade færgen dokke på et udenlandsk værft, således at værfterne vil have interesse i kontrakten. En sådan konkret vurdering bør foretages før indgåelsen af hver enkelt dokningskontrakt.

3.5 *Markedsmæssige vilkår*

Hvis en kontrakt har en værdi på mellem kr. 500.000 og tærskelværdien på kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), skal ordregiveren blot sikre sig, at indkøbet sker på ”markedsmæssige vilkår”, jf. udbudslovens § 193.

Ordregiver kan sikre sig, at indkøbet foregår på ”markedsmæssige vilkår” ved følgende fremgangsmåde:

- 1) Gennemførelse af en markedsafdækning og på grundlag af denne indhentning af ét tilbud
- 2) Indhentning af to eller flere tilbud
- 3) Annoncering på ordregiverens hjemmeside eller i overensstemmelse med reglerne i § 191, stk. 2.

Indhenter ordregiveren mere end ét tilbud, skal ordregiveren underrette om tildelingen af kontrakten og på anmodning begrunde tildelingen over for tilbudsgiverne. Ligeledes skal ordregiveren kunne dokumentere, at kontrakten er indgået på markedsmæssige vilkår samt kunne bevise, at indkøbet ikke har klar grænseoverskridende interesse.

4. Beregning af kontraktværdien

Kontraktens værdi er det samlede beløb, som medlemskommunen skal betale til leverandøren for dokningen under dokningskontrakten i løbet af kontraktperioden inkl. eventuelle optioner på forlængelse og/eller ekstraarbejder. Kontraktværdien skal sammenholdes med tærskelværdierne og har betydning for, hvilke udbudsregler der finder anvendelse for dokningskontrakten

Såfremt en medlemskommune indgår en aftale om en enkelt dokning, vil det være værdien af den pågældende dokning, der skal vurderes i forhold til tærskelværdien. Hvis medlemskommunen derimod indgår flere på hinanden følgende aftaler om dokning for den samme færge inden for samme periode på 12 måneder eller samme kalenderår, skal værdien af disse sammenlægges, jf. udbudslovens § 35 om successive kontrakter. Det totale beløb er den kontraktværdi, der skal sammenholdes med tærskelværdierne.

Værdien af dokningskontrakter indgået samtidig eller inden for kortere tid for flere forskellige færges bør også beregnes samlet. Indgås der derimod uafhængige beslutninger om dokning af forskellige færges, taler det for, at værdien af kontrakterne for de forskellige færges ikke skal sammenlægges. Kontrakter må ikke opdeles for at omgå de udbudsretlige regler, medmindre en sådan opdeling er objektivt begrundet, jf. udbudsloven § 30, stk. 2. Det er vores vurdering, at der formentlig skal foreligge særlige holdepunkter for, at en kommunes kontrakter om dokning af forskellige færges ikke skal sammenlægges.

I tilfælde af usikkerhed om beregning af kontraktværdi kan Færgesekretariatet kontaktes for yderligere rådgivning.

5. Opsummering

Forud for indgåelsen af en dokningskontrakt, skal der foretages en vurdering af, om kontrakten svarer til eller overstiger tærskelværdien for tjenesteydelseskontrakter. Såfremt værdien ikke overstiger tærskelværdien, skal det vurderes, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Færgesekretariatet kan bistå i forbindelse med disse to forhold.

Hvis værdien af kontrakten svarer til eller overstiger kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), skal den i EU-udbud. Hvis værdien ligger under denne tærskelværdi, men der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, skal kontrakten annonceres i henhold til udbudslovens afsnit IV.

Hvis der ikke foreligger en klar grænseoverskridende interesse, og hvis kontraktens værdi er under kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), men på eller over kr. 500.000, så skal kommunen sikre, at kontrakten indgås på markedsvilkår, jf., udbudslovens afsnit V. Hvis kontraktværdien er på under kr. 500.000, og der ikke foreligger en klar grænseoverskridende interesse, er der ikke udbudsmæssige krav til kontraktindgåelsen, mens de almindelige forvaltningsretlige principper,



herunder økonomisk forsvarlig forvaltning, fortsat skal iagttages.

København, den 28. juni 2021

Christian Benedictsens-Nislev
Partner, Advokat (H)