

NOTAT

Om indkøb af færger og ydelser til drift af færger

1. Indledning

Nærværende notat indeholder en gennemgang af de udbudsretlige regler for indkøb af færger og ydelser til drift af færger og er tænkt som en generel vejledning til Færgesekretariatets medlemskommuner ved indgåelse af kontrakter herom.

28. juni 2021

J.nr. 345823

Christian Benedictsen-Nislev

Advokat (H), partner

2. Retsgrundlag

Kommuners indkøb af færger og ydelser til drift af færger er omfattet af udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015), da forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) ikke finder anvendelse for offentlige myndigheder, som udøver færgetransport.

Desuden kan bestemmelserne i Færgefartsloven (lovbekendtgørelse af 27. august 2008, nr. 915) og færgefartsbekendtgørelsen (bekendtgørelse om færgefart af 7. juni 2021, nr. 1153) være relevante. Færgefartsloven og færgefartsbekendtgørelsen indeholder en række udbudsretlige bestemmelser vedrørende indgåelse af kontrakter om drift af en færgerute, herunder om adgangen til at foretage interessetilkendegivelser i stedet for at gennemføre et udbud.

Pr. 1. juli 2021 er færgefartsbekendtgørelsens dog 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 at benytte færgefartsbekendtgørelsens regler om indkaldelse af interessetilkendegivelser.

Det anbefales generelt, at Færgesekretariatet kontaktes for en konkret vurdering forud for anvendelse af særlovgivningen ved indgåelse af kontrakter om ydelser til drift af færger. Dette notat behandler ikke i øvrigt særlovgivningens anvendelse for sådanne kontrakter, men fokuserer på udbudslovens regler.

Forskellige dele af udbudsloven finder anvendelse afhængig af kontraktværdien og den relevante udbudsretlige tærskelværdi for kontrakten. Disse forhold gennemgås nedenfor.

3. Type af ydelse og tærskelværdi

Kontrakter vedrørende køb af færger samt kontrakter om indkøb af materielle ydelser til brug for færgen (eksempelvis reservedele eller brændstof) udgør vareindkøbskontrakter i udbudsretlig forstand. Kontrakter vedrørende arbejder på færgen i form af vedligeholdelse eller reparation udgør tjenesteydelseskontrakter (mht. dokningskontrakter henvises til separat notat herom).

Tærskelværdien for varer og tjenesteydelser er kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021).

For god ordens skyld skal det nævnes, at arbejder, som ikke angår selve færgen, men f.eks. omhandler bygningsarbejder på havnefronten, oftest vil blive karakteriseret som et bygge- og anlægsarbejde (jf. bilag II til udbudsdirektivet, der omtaler ”Arbejder i forbindelse med udførelsen af vandbygningsanlæg” (CPV-kode 45240000). For sådanne kontrakter om bygge- og anlægsydelser er tærskelværdien kr. 39.884.785 ekskl. moms (2021).

Hvis en kontrakt omfatter flere typer af ydelser, skal der foretages en vurdering af, om kontrakten samlet set skal betragtes som en vare- eller tjenesteydelseskontrakt eller en bygge- og anlægskontrakt. Vurderingen afhænger af, hvilken type ydelser der udgør kontraktens hovedformål, jf. udbudslovens § 25, stk. 1.

Bilag II til udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) indeholder en liste over aktiviteter, som vedrører bygge- og anlægsvirksomhed. Hvis kontrakten omhandler udførelse af en aktivitet angivet i bilaget, vil der være tale om en bygge- og anlægskontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 23, litra a.

Hverken ”Færger” (CPV-kode 34512100), ”Maritimt udstyr” (CPV-kode 34930000) eller ”Reparation, vedligeholdelse og tilhørende tjenesteydelser vedrørende marint og andet udstyr” (CPV-kode 50240000) er angivet i Bilag II til udbudsdirektivet, hvorfor kontrakter herom ikke på denne baggrund udgør bygge- og anlægskontrakter.

Der kan endvidere foreligge en bygge- og anlægskontrakt under udbudsloven § 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 præambelen 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 [...]”.

4. Beregning af kontraktværdi

Beregningen af kontraktens værdi skal foretages på baggrund af det samlede beløb, som ordregiveren forventer at skulle betale under kontrakten.

Kontraktværdien er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelse, eller, såfremt der ikke afsendes en udbudsbekendtgørelse, på tidspunktet hvor udbudsproceduren indledes, jf. udbudslovens § 29. Værdien skal omfatte alle betalinger, herunder optioner og forlængelser af kontrakten, jf. udbudslovens § 30.

En kontrakt må ikke opdeles i delkontrakter med det resultat, at den samlede kontrakt falder uden for udbudslovens anvendelsesområde, jf. § 30, stk. 2. Hvis en kommune indgår flere af den samme type kontrakter for den samme færge (f.eks. om indkøb af brændstof), skal værdien af alle de kontrakter indgået inden for en periode på 12 måneder lægges sammen. Det totale beløb udgør kontraktværdien.

Værdien af kontrakter af den samme type, som er indgået for forskellige færger – enten samtidig eller inden for kortere tid – bør som udgangspunkt også beregnes samlet. Det totale beløb udgør kontraktværdien.

Hvis forskellige decentrale enheder i kommunen indgår forskellige kontrakter om den samme ydelse, skal der ved beregningen af kontraktens værdi som hovedregel tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle de decentrale enheders indkøb af den pågældende ydelse, jf. udbudslovens § 31, stk. 1. Er den decentrale enhed dog selv ansvarlig for den pågældende kontrakt, som defineret i § 31, stk. 3, kan værdien anslås for den pågældende enhed alene, jf. udbudslovens § 31, stk. 2.

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

5. Indkøb af færger eller ydelser til drift af færger med en værdi over tærskelværdien

Hvis en kontrakt om indkøb af ydelser til drift af en færge har en kontraktværdi på kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021) eller derover, skal den ordregivende myndighed gennemføre et EU-udbud af kontrakten i overensstemmelse med udbudslovens afsnit II. Det samme gælder selvfølgelig ved køb af en færge. Udbudslovens afsnit II indeholder blandt andet bestemmelser vedrørende forskellige udbudsprocedurer, offentliggørelse af bekendtgørelser og udbudsmateriale, udvælgelse, egnethed og evaluering.

5.1 Særligt om udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

Udbudsloven indeholder i §§ 80-83 en række undtagelser til pligten til at gennemføre et EU-udbud, hvor den ordregivende myndighed i stedet kan gennemføre udbud med forhandling uden offentliggørelse. Dette indebærer, at den ordregivende myndighed kan rette direkte henvendelse til en leverandør med henblik på at forhandle en kontrakt med denne.

Nedenstående er eksempler på undtagelser, som i visse tilfælde kan være relevante for medlemskommunerne.

Hvor der foreligger objektiv eksklusivitet, er det under visse betingelser, jf. § 80, stk. 4, muligt at anvende udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse efter udbudslovens § 80, stk. 3.

Tilsvarende vil udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse kunne anvendes ved indkøb af diesel og olie mv. gennem en varebørs, jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 3.

For anvendelse af undtagelser skal det bemærkes, at anvendelsesområdet vil blive fortolket indskrænkende. Generelt anbefales medlemskommunerne at kontakte Færgesekretariatet for yderligere rådgivning forud for anvendelsen af en undtagelse.

6. Indkøb af ydelser til drift af færger med en kontraktværdi under tærskelværdien

Hvis en kontrakt om indkøb af ydelser til drift af en færge har en kontraktværdi på under kr. 1.595.391 ekskl. moms (2021), gælder andre regler:

Oversigt over regler for indkøb af ydelser til færger med en værdi under tærskelværdien	
Kontrakten har klar grænseoverskridende interesse, se afsnit 6.1	
Kontraktværdi < kr. 1.595.391	Kontrakten er omfattet af udbudslovens afsnit IV (Annonceringspligt, se afsnit 6.2)
Kontrakten har ikke klar grænseoverskridende interesse, se afsnit 6.1	
Kontraktværdi < kr. 1.595.391 ≥ kr. 500.000	Kontrakten er omfattet af udbudslovens afsnit V (Kontrakten skal indgås på markedsmæssige vilkår, se afsnit 6.3.1)
Kontraktværdi < kr. 500.000	Kontrakten er ikke omfattet af udbudsloven (Almindelige forvaltningsretlige principper skal overholdes ved kontraktindgåelsen, se afsnit 6.3.2)

6.1 Vurdering af, om der foreligger klar grænseoverskridende interesse

Hvorvidt indkøbet er omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V, afhænger af, om indkøbet har klar grænseoverskridende interesse.

Der foreligger klar grænseoverskridende interesse, hvis en virksomhed hjemmehørende i en anden af EU's medlemsstater kan have en interesse i at byde på kontrakten.

I vurderingen heraf skal bl.a. inddrages kontraktens genstand, værdi og varighed, markedet samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Såfremt der er tale om en enkelt kommunes indkøb, er det vores vurdering, at de fleste indkøb under tærskelværdien vil være uden klar grænseoverskridende

interesse, hvilket primært skyldes kontraktens størrelse. Det kan dog ikke udelukkes, at visse kontrakter, herunder eksempelvis kontrakter om software til brug for driften af færgen, vil kunne have klar grænseoverskridende interesse. Det vil således afhænge af en konkret vurdering af de enkelte forhold i den pågældende kontrakt, om kontrakten anses for at have klar grænseoverskridende interesse.

6.2 *Processen for indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse*

Det følger af udbudslovens § 191, at medlemskommunen som ordregiver skal foretage en annoncering af kontrakten. Annonceringen skal ske på hjemmesiden www.udbud.dk og skal ske i overensstemmelse med den skabelon, som er tilgængelig på www.udbud.dk, jf. bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, § 10, stk. 1 og stk. 3. Bekendtgørelsens § 10, stk. 2 indeholder en opstilling af, hvilke oplysninger annonceringen som minimum skal indeholde for at sikre en passende grad af offentlighed.

Ordregiver kan i stedet for annonceringen på www.udbud.dk vælge at foretage annonceringen ved at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende (TED), jf. bekendtgørelsen § 10, stk. 4.

Af udbudslovens § 192, stk. 1 følger, at ordregiveren skal fastlægge en procedure for tildeling samt fastsætte kriterier for tildeling. Ordregiveren skal sikre gennemsigtighed omkring kontrakten, således at en virksomhed fra en anden EU-medlemsstat kan få oplysninger om kontrakten og tilkendegive sin interesse, jf. lovbemærkningerne til § 192, stk. 1. Ordregiver har frihed til at tilrettelægge proceduren under overholdelse af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2.

Når ordregiver har truffet beslutning om tildeling af kontrakten, skal ordregiver skriftligt og samtidig underrette de tilbudsgivere, som har afgivet bud, om beslutningen, jf. § 192, stk. 3.

6.3 *Processen for indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse*

6.3.1 Kontrakten har en kontraktværdi på mindst 500.000 kr.

I henhold til udbudslovens § 193, stk. 1, skal den ordregivende myndighed sikre, at indkøbet foretages på markedsmæssige vilkår, hvilket eksempelvis kan ske på en af følgende måder:

- 1) Gennemførelse af en markedsafdækning og på den baggrund indhentning af et tilbud. Markedsafdækningen kan være baseret på benchmarkundersøgelser, mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 193, stk. 1, nr. 1.
- 2) Indhentning af to eller flere tilbud. Det er muligt at indhente tilbuddene som underhåndbud, og dermed uden at opgaven har været offentligt annonceret, jf. lovbemærkninger til § 193, stk. 1, nr. 2. Underhåndsbuddene kan endvidere være genstand for forhandling, jf. lovbemærkninger til § 193, stk. 1, nr. 2. Hvis en ordregiver indhenter mere end tre tilbud, skal ordregiveren over for tilbudsgiverne kort begrunde antallet af tilbud og oplyse, hvor mange tilbud der højst vil blive indhentet, jf. udbudslovens § 193, stk. 2.
- 3) Annoncering på ordregiverens hjemmeside eller www.ubud.dk.

Ordregiver skal i fornødent omfang kunne dokumentere, at købet er foretaget på markedsmæssige vilkår, jf. udbudslovens § 193, stk. 4. Dette krav vil kunne opfyldes ved, at ordregiver udarbejder en kort skriftlig begrundelse for, hvordan det er sikret, at tildelingen er sket på markedsmæssige vilkår.

6.3.2 Kontrakten har en kontraktværdi på under 500.000 kr.

Udbudsloven finder ikke anvendelse for kontrakter med en værdi på under kr. 500.000, hvor der ikke er klar grænseoverskridende interesse.

Indgåelsen af denne type kontrakter skal dog 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, se nærmere herom ovenfor i afsnit 6.3.1.

7. Indkøbsmetode – offentlig kontrakt eller rammeaftale

Fra et udbudsretligt synspunkt er det muligt at købe en færge eller at indkøbe ydelser til drift af en færge enten ved en offentlig kontrakt eller ved en rammeaftale. Reglerne om offentlige kontrakter er gennemgået ovenfor.

En rammeaftale kan indgås med en leverandør efter en gennemført udbudsproces. Rammeaftalen fastsætter vilkårene for kontrakter, der efterfølgende kan tildeles leverandøren i rammeaftalens løbetid, jf. udbudslovens § 24, nr. 30. Rammeaftalens vilkår vil typisk omfatte pris og påtænkte mængder af de ydelser, der er omfattet af rammeaftalen.

Denne udbudsform giver mulighed for, at ordregiver kan gennemføre én udbudsproces for at etablere en rammeaftale, hvorefter der løbende kan foretages indkøb i henhold til rammeaftalen i takt med, at behovet herfor opstår. For medlemskommunerne kunne en rammeaftale f.eks. vedrøre kontrakter om reparation eller vedligeholdelse. Udbud af rammeaftaler følger samme regelsæt som gennemgået ovenfor. En rammeaftale må dog som udgangspunkt højst have en varighed på 4 år, med mindre der foreligger særlige forhold.

8. Behov for rådgivning om et konkret indkøb

Såfremt Færgesekretariatets medlemskommuner har behov for rådgivning vedrørende et konkret indkøb af færger eller ydelser til drift af færger, kan Færgesekretariatet kontaktes herom.

København, den 28. juni 2021

Christian Benedictsen-Nislev
Partner, Advokat (H)