



Juridisk Notat

18-01-2013

De udbudsretlige overvejelser ved indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt mellem en kommune og en privat leverandør.

Sagsnr.
2013-10814

Baggrund

Dokumentnr.
2013-56524

Bestyrelsen i Fonden Københavns Madhus (FKM) har konstateret, at aktiviteterne i fonden udvikler sig i en positiv retning, men at det for at bevare udviklingen er nødvendigt at omdanne fonden til en erhvervsdrivende fond med et almennyttigt formål (Erhvervsdrivende Fond Københavns Madhus (EFKM)). Denne omdannelse forventes at ske primo 2013.

Sagsbehandler
Pia Langvad

I forbindelse med etableringen af EFKM opløses FKM og resultatkontrakten mellem Københavns Kommune og KFM opsiges. Københavns Kommune og EFKM forventes derefter at skulle indgå en eller flere nye samarbejdsaftaler vedrørende fondens opgavevaretagelse for kommunen.

Nærværende notat indeholder en beskrivelse af de væsentligste udbudsretlige forhold af betydning for indgåelsen af en kontrakt med en privat fond vedrørende levering af tjenesteydelser.

De udbudsretlige overvejelser ved indgåelse af tjenesteydelseskontrakter:

Københavns Kommunes indkøb af ydelser fra en privat fond er underlagt udbudspligt i samme omfang som kommunens indkøb hos øvrige private leverandører.

Ved indkøb af tjenesteydelser sondres der mellem ydelser omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II A og Bilag II B. Reglerne for indkøb af tjenesteydelser er forskellig afhængig af om ydelsen er omfattet af Bilag II A eller Bilag II B. Det er derfor vigtigt i første omgang at konstatere hvilken ydelse, som Københavns Kommune ønsker at indkøbe fra EFKM og dermed fastlægge om der er tale om en ydelse under Bilag II A eller Bilag II B.

Definition af Bilag II A og Bilag II B ydelser:

Bilag II A omfatter blandt andet:

Vedligeholdelse og reparation, land- og lufttransport, finansielle tjenesteydelser, regnskabs- og revisionsydelser, IT ydelser, forsknings & udviklingsydelser, konsulent-, arkitekt- og ingeniørydelser, reklamevirksomhed, trykkerivirksomhed og affaldsbortskaffelse.

Bilag II B omfatter blandt andet:

Jernbane- og søtransport, hotel- og restaurantvirksomhed, sundheds- og socialydelser, juridiske ydelser, undervisning, kultur og andre tjenesteydelser

Center for Økonomi,
afsnit 2

Rådhuset
1599 København V

Mobil
6037 7387

E-mail
ZA5i@okf.kk.dk

EAN nummer
5798009800206

Udbudsdirektivets Bilag II A er udtømmende i sin opregning af tjenesteydelser, hvorimod Bilag II B indeholder opsamlingskategorien ”Andre tjenesteydelser”. Er den ønskede tjenesteydelse således ikke oplistet i Bilag II A er ydelsen ikke omfattet af Bilag II A. Ydelsen er dermed en Bilag II B-ydelse.

For endeligt at konstatere om en tjenesteydelse er omfattet af Bilag II A eller II B, tages udgangspunkt i CPV-glossaret. Glossaret indeholder over 9000 CPV referencenumre omfattende både bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser. For at placere den eller de opgaver, som Københavns Kommune ønsker at indkøbe, skal kommunen finde en eller flere referencenumre, som svarer så præcist som muligt til opgaven. Bilag II A og B indeholder en liste over de CPV reference numre, som knytter sig til de enkelte kategorier.

CPV glossaret samt information herom findes på Simap: http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_da.htm. Her er også en vejledning til det fælles glossar for offentlige kontrakter.

Kontrakter omfattende både bilag II A og Bilag II B tjenesteydelser¹:

Vedrører den samme kontrakt samtidigt ydelser, der er anført i Bilag II A og ydelser, der er anført i Bilag II B, vil den udbudsretlige sondring afhænge af om den samlede kontraktværdi af Bilag II A-ydelserne er større eller mindre end Bilag II B-ydelserne. I henhold til udbudsdirektivets art. 9, stk. 1 er den samlede kontraktværdi den samlede pris ex. moms, som kommunen skal betale for varetagelsen af opgaven i de år som kontrakten varer. Er det ikke muligt at fastsætte en samlet pris, fastsættes kontraktværdien til den anslåede værdi for hele løbetiden, hvis kontrakten er tidsbegrænset til maksimalt 48 måneder, eller til den anslåede månedlige værdi multipliceret med 48, hvis kontraktens løbetid er over 48 måneder, jf. Udbudsdirektivet art. 9, stk. 8 (b)

Værdien af Bilag II A-ydelserne > Værdien af Bilag II B-ydelserne	= Bilag II A
Værdien af Bilag II A-ydelserne < Værdien af Bilag II B-ydelserne	= Bilag II B

Hvis værdien af bilag II A ydelserne er større end værdien af bilag II B ydelserne, skal det samlede indkøb anses som værende alene Bilag II A ydelse, jf. Udbudsdirektivet art 22. Hvis værdien af bilag II B

¹ Bemærk, at "blandede kontrakter" tillige kan indeholde indkøb af varer sammen med tjenesteydelser. I så tilfælde afgøres kategoriseringen af den indbyrdes værdi af henholdsvis varer og tjenesteydelser. "Tilberedte måltider" [CPV: 15894200-3] er f.eks. en vare.

ydelseerne derimod er større end værdien af Bilag II A ydelserne, skal det samlede indkøb anses som værende alene Bilag II B ydelser. Det skal dog bemærkes, at det ved afgrænsningen eller sammensætningen af kontrakterne i forhold til opdelingen i Bilag II A og Bilag II B tjenesteydelser gælder, at dette ikke må ske med henblik på at undgå udbud.

De Udbudsretlige regler for indkøb af Tjenesteydelser:

	Kontraktværdi over kr.500.000, men under EU's tærskelværdi (kr. 1.489.820)	Kontraktværdi på eller over EU's tærskelværdi (kr. 1.489.820)
Bilag II A Tjenesteydelser	Annonceringspligt efter Tilbudsloven	Udbudsdirektivets procedureregler
Bilag II B Tjenesteydelser	Ingen pligt til forudgående annoncering eller offentliggørelse, hvis opgaven ikke har en klar grænseoverskridende interesse. Pligt til forudgående offentliggørelse, hvis opgaven har en klar grænseoverskridende interesse.	Ingen pligt til forudgående annoncering eller offentliggørelse, hvis opgaven ikke har en klar grænseoverskridende interesse. Pligt til forudgående offentliggørelse, hvis opgaven har en klar grænseoverskridende interesse. Udbudsdirektivets art. 23 og 35, stk. 4 skal overholdes

Bilag II A Tjenesteydelser

Indkøb af bilag II A-ydelse er udbudspligtig i henhold til udbudsdirektivet, hvis værdien af kontrakten (ex. moms) er lig tærskelværdien på kr. 1.489.820 eller derover. I så fald er indkøbet omfattet af udbudsdirektivets bestemmelser i art. 23 til art. 55 og skal følge de detaljerede procedureskrifter, jf. Udbudsdirektivet art 20.

Er kontraktværdien derimod under tærskelværdien kr. 1.489.820, men over kr. 500.000 skal kontrakten annonceres på udbud.dk i overensstemmelse med Tilbudslovens afsnit II og bekendtgørelse 280 af 23. marts 2012 om ordregivers annoncering af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter på den centrale udbudsplatform.

For kontrakter med en kontraktværdi på under kr. 500.000 er der som udgangspunkt ingen annonceringspligt. Sådanne kontrakter vurderes almindeligvis ikke at have en klar grænseoverskridende interesse.

Bilag II B Tjenesteydelser

Tilbudslovens krav om national annoncering blev for Bilag II B ydelser ophævet per 1. januar 2013, således at der ikke længere er annonceringspligt for indkøb af Bilag II B ydelser, uanset kontraktværdiens størrelse.

Københavns Kommune er dog fortsat underlagt TEUF- traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilket indebærer, at kommunen, hvis en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, skal sikre, at denne udsættes for en passende grad af offentlighed. (se nedenfor).

Indkøb af Bilag II B-ydelser er i henhold til Udbudsdirektivet art 21 ikke undergivet udbudspligt, men er udelukkende underlagt art. 23 og art. 35, stk. 4. Er kontraktværdien ex. moms således lig tærskelværdien på kr. 1.489.820 eller derover skal indkøbet gennemføres under iagttagelse af udbudsdirektivets regler om

- tekniske specifikationer ved udformningen af kravspecifikationen, jf. art. 23 og
- fremsendelse af en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt til EU-tidende, jf. art. 35, stk. 4.

Annonceringspligt og ”klar grænseoverskridende interesse”:

En kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, hvis kontrakten potentielt kan være af interesse for tilbudsgivere i andre EU-lande. Denne vurdering skal bero på en konkret vurdering af den enkelte kontrakts genstand, værdi og det pågældende markeds størrelse og struktur samt det geografiske sted for tjenesteydelsens udførelse.

Som udgangspunkt har Bilag II B ydelser ikke en klar grænseoverskridende interesse. Sondringen mellem Bilag II A og Bilag II B tjenesteydelser er netop indført, fordi en række tjenesteydelser blev vurderet til at have en karakter, der gør dem mindre velegnede til at handle på tværs af landegrænse, bl.a. på grund af lovgivningsmæssige og kulturelle forskelle. Eksempelvis kan undervisning og erhvervsuddannelse kræve at undervisningen foregår på dansk.

Men nogle tjenesteydelser har med tiden ændret karakter. Tjenesteydelser inden for hotel, restaurant, kantine og herunder madservice kan i dag tilbydes fra Sverige og dermed være af interesse for svenske virksomheder.

Vurderes det at **kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse**, gælder TEUF- traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed og den offentlige myndighed har dermed en pligt til at sikre en vis form for forudgående offentliggørelse, eksempelvis ved annoncering i lokale medier, på egen hjemmeside eller på udbud.dk.

Vurderes det derimod at **kontrakten *ikke* har en klar grænseoverskridende interesse** er der ingen annonceringspligt. Men grundsætningen i økonomisk forsvarlighed indebærer dog at indkøbet af en Bilag II B ydelse skal indgås på markedsvilkår og til markedspriser. Dette kan f.eks. gøres ved at indhente ”kontrolbud” fra andre private leverandører, ved at sammenligne priser fra andre kommuner eller ved at indhente uafhængige sagkyndige erklæringer.