



Dato: 30. oktober 2006

J.nr.: 89-11008 KRO/MLB/HPS/mw

NOTAT

om udbudspligt ved

genudbud af revalidering og særlig beskæftigelsesfremmende indsats

1. INDLEDNING OG SAMMENFATNING

1.1 Indledning

Dette notat omhandler, hvorvidt Københavns Kommune i forbindelse med udløb af kommunens eksisterende rammeaftaler om levering af visse revalideringsydelser er forpligtet til at iværksætte et udbud, forinden nye aftaler kan indgås. Endvidere omhandler notatet, om Københavns Kommune, såfremt kommunen ikke er forpligtet til at gennemføre udbud, kan "gå tilbage" til en model med driftsoverenskomster eller samarbejdsaftaler med et antal leverandører om levering af revalideringsydelser mv. til Københavns Kommune, hvor kommunen ikke skal betale efter et "taxameterprincip", således som kommunen gør under de gældende rammeaftaler.

Notatet skal tjene som grundlag for den nærmere tilrettelæggelse af processen for indgåelse af nye (ramme)aftaler, som skal træde i kraft, når Københavns Kommunes eksisterende rammeaftaler udløber.

Notatet omhandler ikke den nærmere proces i den situation, hvor kommunen måtte vælge at "gå tilbage" til driftsoverenskomster og samarbejdsaftaler.



I øvrigt henviser jeg til de to tidligere notater, som er afgivet herfra, dels om omdannelse af revalideringsinstitutionerne til erhvervsdrivende fonde, dels med handlingsplan for udbud og omdannelse på revalideringsområdet.

1.2 Faktiske omstændigheder

Som følge af, at Familie- og Arbejdsmarkedsudvalget den 5. februar 2003 tiltrådte, at samarbejdet med revalideringsinstitutionerne skulle overgå fra driftsoverenskomst til "entreprisemodel", gennemførte Københavns Kommune i 2004 et udbud omfattende ydelserne revalidering, særligt beskæftigelsesfremmende indsats og beskyttet beskæftigelse efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats og lov om social service (i det følgende samlet benævnt revalideringsydelserne mv.).

På hvert af de tre (del)områder blev der indgået rammeaftaler med en række leverandører. Rammeaftalerne udløber den 31. december 2006. Dog hjemler rammeaftalerne mulighed for forlængelse i op til to gange 12 måneder.

1.3 Lov om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats

Københavns Kommunes ansvar for og styring af beskæftigelsesområdet var ved kommunens gennemførelse af udbudet i 2004 fastsat i lov nr. 416 af 6. oktober 2003 om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats.

Som følge af kommunalreformen er lov nr. 416/2003 ændret, idet der træder et nyt beskæftigelsessystem i kraft den 1. januar 2007. Loven bliver således erstattet med lov nr. 522 af 24. juni 2005 om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats.

I begge love er der hjemlet mulighed for, at en kommune kan overlade det til andre aktører at udføre beskæftigelsesindsatsopgaverne, hvilket er nærmere fastsat i de bekendtgørelser, der er udstedt i henhold til lovene, jf. bekendtgørelse nr. 578 af 19. juni 2003 om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats, som pr. 1. januar 2007 afløses af bekendtgørelse nr. 57 af 2. februar 2006 om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats.

Både i den gældende bekendtgørelse 578/2003 og bekendtgørelse 57/2006, som træder i kraft den 1. januar 2007, er anført, at en kommune ved inddragelse af andre aktører skal



"udbyde opgaverne i overensstemmelse med de gældende regler for udbudsforretninger", jf. § 4 i den gældende bekendtgørelse og § 35 i bekendtgørelse 57/2006.

Hvorvidt Københavns Kommune er pligtig at gennemføre et udbud forud for indgåelse af aftale(r) om levering af revalideringsydelserne mv. og i givet fald rækkevidden af disse forpligtelser, beror således på, hvorvidt EU's udbudsregler, som er fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (med senere ændringer) om indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (i det følgende benævnt udbudsdirektivet), foreskriver en sådan pligt, eller om der i øvrigt gælder særlige forpligtelser, som Københavns Kommune skal iagttage.

Videre er der i bekendtgørelse nr. 57/2006 med ikrafttræden den 1. januar 2007, i §§ 39-41 fastsat bestemmelser om visse vilkår, som skal være indeholdt i de aftaler, kommunerne indgår med andre aktører. Bestemmelserne omhandler dels rammeaftaler med tilhørende delaftaler, jf. §§ 39 og 40, samt "andre kontrakter", jf. § 41.

1.4 Sammenfatning

Som der er redegjort for under punkt 2 er Københavns Kommune efter min vurdering ikke forpligtet til at foretage et egentligt udbud, forud for indgåelse af aftaler med andre aktører om varetagelse af opgaver i henhold til lov om aktiv beskæftigelsesindsats. Københavns Kommune er dog, som alle forvaltningsmyndigheder, underlagt grundlæggende nationale og EU-retlige principper, herunder en pligt til ligebehandling, en pligt til forsvarelig økonomisk forvaltning samt forbuddet mod magtfordrejning.

Københavns Kommune vil således ikke skulle udbyde revalideringsydelserne efter en formaliseret procedure, som fastsat i udbudsdirektivet, men kan indgå aftaler med de aktører, som Københavns Kommune måtte ønske. Det er dog en forudsætning, at valget af aktørerne sker under overholdelse af de anførte grundlæggende principper, hvilket bl.a. kræver, at valget skal kunne begrundes ud fra saglige og objektive kriterier. På den baggrund er det min anbefaling, at Københavns Kommune forinden indgåelse af de påtænkte aftaler iværksætter en "udbudslignende proces", hvor der i processen bl.a. sker en offentliggørelse af kommunens intention, og hvor det tilkendegives, efter hvilke kriterier kommunen vil tildele en aftale. Herved sikres det, at Københavns Kommune kan godtgøre, at det er sket en vis form for konkurrenceudsættelse af aftalerne, og at alle egnede



potentielle leverandører er indbudt. Herefter kan en leverandør, som ønsker at sælge tilsvarende redskaber til Københavns Kommune, efterfølgende vanskeligt kritisere Københavns Kommune for at have forfordelt de leverandører med hvem, der er indgået aftale. Som nærmere omtalt under punkt 2 verserer der på nuværende tidspunkt en sag ved EF-domstolen, som i givet fald vil kunne ændre praksis på området. Ændringen vil dog næppe i praksis medføre væsentlige ændringer, idet en forvaltningsmyndighed allerede i dag er pligtig at drive en forsvarlig økonomisk forvaltning, ligesom myndigheden skal overholde principperne om ligebehandling og forbuddet mod magtfordrejning. Resultatet af dommen vil dog eventuelt kunne blive, at ordregivende myndigheder pålægges et ubetinget krav om en passende grad af offentliggørelse forinden indgåelse af en aftale. Om dommen måtte medføre yderligere skærpelse er uvist.

I øvrigt skal jeg henvise til Arbejdsmarkedsstyrelsens Guide om udbudsreglerne mv. i det nye beskæftigelsessystem af 8. juni 2006, hvor styrelsen i besvarelsen af spørgsmål 5 tilkendegiver, at der i tilknytning til bekendtgørelse nr. 57/2006 vil blive udstedt en supplerende bekendtgørelse, som præciserer, at kommunerne ikke har udbudspligt i forhold til beskæftigelsesindsatsen efter lov om en aktiv beskæftigelse. Guiden kan findes på Arbejdsmarkedsstyrelsens hjemmeside, www.ams.dk. Som omtalt ovenfor skal en kommune - uanset udbudspligt - overholde grundlæggende forvaltningsprincipper, hvorfor indgåelse af en kontrakt forudsætter, at kommunen kan godtgøre, at disse principper er iagttaget. På et område med mange aktører vil dokumentation herfor typisk mest hensigtsmæssigt kunne tilvejebringes ved at gennemføre en "udbudslignende proces".

Eftersom bekendtgørelse nr. 57/2006 dels omtaler rammeaftaler dels "andre kontrakter", udelukker bekendtgørelsen ikke, at en kommune kan indgå aftaler med andre aktører som ikke afregner de ydede ydelser efter et taxameterprincip. Københavns Kommune kan derfor indgå driftsoverenskomst og samarbejdsaftaler med andre aktører om udførelse af revalideringsydelser mv. Disse overenskomster/aftaler skal dog kunne opsiges af Københavns Kommune med et varsel på otte uger, jf. § 41 i bekendtgørelse nr. 57/2006.

Også i denne forbindelse skal Københavns Kommune iagttage god forvaltningsskik, herunder princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning, hvilket blandt andet forudsætter, at Københavns Kommune skal kunne godtgøre, at der er fordele ved at indgå driftsoverenskomst og samarbejdsaftaler med andre aktører frem for rammeaftaler. Fordelene skal ikke nødvendigvis være økonomiske fordele, men kan også være varetagelse af andre



hensyn, herunder varetagelse af særlige hensyn over for de borgere, som revalideringsydelse mv. er rettet mod.

Afslutningsvis skal jeg bemærke, at Københavns Kommunes indgåelse af nye aftaler skal ske i overensstemmelse med den servicestrategi, som Københavns Kommune eventuelt måtte have fastsat på området.

2. NÆRMERE OM UDBUDSPLIGT

EU-udbudspigten skal vurderes efter udbudsdirektivet.

Uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde falder kontrakter, hvis anslåede værdi eksklusiv moms er under tærskelværdierne, jf. udbudsdirektivets artikel 7. For kommunale myndigheder er tærskelværdierne for bilag II A-ydelser og bilag II B-ydelser i 2006 kr. 1.570.203. Kontraktværdien (anslået) beregnes efter retningslinjerne i udbudsdirektivets artikel 9, og det fremgår af denne bestemmelse, at det er kontraktens samlede værdi, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten, der er afgørende for vurderingen af aftalens værdi. For rammeaftaler skal der tages hensyn til den anslåede maksimumsværdi eksklusiv moms af alle de kontrakter, der forventes indgået under rammeaftalen i rammeaftalens løbetid.

EU-udbudspigten afhænger endvidere af, om den pågældende tjenesteydelse er omfattet af udbudsdirektivets bilag II A eller bilag II B, da den fulde udbudspligt kun gælder for tjenesteydelser omfattet af bilag II A, jf. udbudsdirektivets artikel 20. Tjenesteydelser omfattet af bilag II B er alene underlagt udbudsdirektivets artikel 23 om tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, om offentliggørelse af kontraktens indgåelse via Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer.

Kategoriseringen af tjenesteydelser under udbudsdirektivets bilag II A eller B reguleres af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2195/2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV), som ændret ved forordning (EF) nr. 2151/2003 af 16. december 2003. Revalideringsydelse mv. er optaget på bilag II B til udbudsdirektivet under kategori 25 "sundheds- og socialvæsen", hvorfor Københavns Kommunes indgåelse af aftaler omfattende revalideringsydelse mv. ikke er omfattet af en egentlig udbudspligt. Reglerne om teknisk specifikationsangivelse og indberetning skal som anført dog følges.



Spørgsmålet er herefter, om Københavns Kommune uden videre kan indgå rammeaftaler med dem, Københavns Kommune måtte ønske, eller om der i øvrigt gælder særlige forpligtelser, som Københavns Kommune skal iagttage.

EF-Domstolen har i dom af 7. december 2000 i sagen C-324/98 (Telaustria) fastslået, at koncessionsaftaler ikke er omfattet af det dagældende udbudsdirektiv på forsyningsområdet (direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation). Ved en koncessionsaftale forstås en kontrakt med samme karakteristika som en aftale om levering af en tjenesteydelse, bortset fra at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris. En koncessionsaftale vil, som fastslået i dommen, være undtaget fra udbudspligt, selvom den omfatter bilag II A-ydelser.

Det for denne sag interessante i Telaustria-dommen er, at EF-Domstolen fastslog, at ordregivende myndigheder, der indgår sådanne aftaler, ikke desto mindre er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at de ordregivende myndigheder kan sikre sig, at princippet overholdes. I dommen udtaler EF-Domstolen, at gennemsigtighedsforpligtelsen består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, det gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsproceduren er upartisk.

EF-Domstolen har efterfølgende fastslået, at ordregivende myndigheder tilsvarende ved bilag II-A-tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi ikke overskrider de fastsatte tærskler, skal sikre, at der finder en passende grad af offentliggørelse sted, og at ydelsen konkurrenceudsættes, jf. EF-Domstolens dom af 20. oktober 2005 i C-264/03, Kommissionen mod Frankrig.

Forbudet mod forskelsbehandling er præciseret af EF-Domstolen i dommen af 21. juli 2005 i sagen C-231/03 (Coname), der ligeledes vedrørte tildeling af en koncessionskontrakt. Domstolen fastslog, at der ved en sådan kontrakttildeling skal være en sådan gennemsigtighed, som blandt andet gør det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende kontrakten, før denne tilde-



les. Dette skal ske for, at virksomheden har en reel mulighed for at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af kontrakten, hvis den ønsker det. Dette krav om gennemsigtighed indebærer ikke nødvendigvis en forpligtelse til at afholde et udbud.

Ved EF-Domstolens dom af 16. oktober 2003 i C-252/01 (Kommissionen mod Belgien) blev det fastslået, at Telaustria-princippet ikke finder anvendelse for ydelser, der er direkte undtaget fra udbud efter det daværende tjenesteydelsesdirektivs artikel 4, stk. 2, dvs. ydelser, der er erklæret hemmelige, eller hvis udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger, eller når beskyttelsen af vitale nationale sikkerhedsinteresser kræver det.

De nævnte domme giver imidlertid ikke svaret på, hvad der gælder for anskaffelse i denne sag, som angår bilag II B-ydelser, som ikke er omfattet af den fulde udbudspligt i udbudsdirektivet.

Spørgsmålet er under behandling ved EF-Domstolen i sagen C-507/03 (Kommissionen mod Irland), hvor Kommissionens synspunkt er, at ydelser omfattet af det dagældende tjenesteydelsesdirektivs bilag I B (svarende til udbudsdirektivets bilag II B) skal konkurrenceudsættes, det vil sige, at Telaustria-princippet også skal gælde for disse ydelser. Dette bestrides af den irske regering, som støttes af Danmark, der ligesom Nederlandene, Finland og Frankrig er indtrådt i retssagen.

Den danske regerings bevæggrunde for at indtræde i sagen er bl.a. justitsministerens svar på spørgsmål nr. 130 af 21. januar 2004 fra Folketingets Retsudvalg, hvori ministeren bl.a. udtalte, at det er ministerens opfattelse, at Telaustria-princippet ikke gælder for udbud af bilag II B-ydelser, at udbudsdirektivet udtømmende regulerer, hvilke tjenesteydelser der kan anses for udbudsegnete, og hvilke tjenesteydelser der ikke kan anses for udbudsegnete, og dermed er oplistet i bilag II B, at Telaustria-princippet derfor ikke finder anvendelse i den situation, hvor direktivet udtrykkeligt fastslår, at bilag II B-ydelser faktisk omfattes af direktivets anvendelsesområde (i modsætning til koncessionsaftaler), men er undtaget fra udbudspligten, og at sådanne tjenesteydelsesaftaler derfor ikke skal i udbud eller på anden måde forudgående offentliggøres.

I forhold til ydelser optaget i bilag II B i udbudsdirektivet indebærer justitsministerens svar, at ordregivende myndigheder ikke er forpligtet til at følge en egentlig udbudsprocedure i forbindelse med indkøb af sådanne ydelser, men alene er forpligtet til at overholde



udbudsdirektivets regler om tekniske specifikationer og indberetning. Rækkevidden af principperne, som er udstukket i Telaustria-dommen, er dermed begrænset.

Sagen mellem Kommissionen og Irland afventer stadig dom, men regeringens tilkendegivne standpunkt må - i hvert fald indtil videre - lægges til grund af danske myndigheder ved indgåelse af kontrakter, som omfatter ydelser, der er optaget i bilag II B. Danske myndigheder er dog underlagt grundlæggende nationale forvaltningsprincipper og EU-retlige principper, herunder en pligt til ligebehandling, en pligt til forsvarlig økonomisk forvaltning samt forbuddet mod magtfordrejning.

Inden en kontrakt indgås, må en myndighed derfor undersøge markedet for andre potentielle tilbudsgivere. Dette skal ske for at vurdere, om den pågældende kontrakt vil sikre myndigheden det økonomisk mest fordelagtige resultat. Det er således op til Københavns Kommune selv af fastlægge en procedure, som sikrer overholdelse af disse principper.

Afslutningsvis bemærkes, at generaladvokat Stix-Hackl's forslag til afgørelse i sagen mellem Kommissionen og Irland er offentliggjort den 14. september 2006, og at generaladvokaten heri giver Kommissionen medhold. Det vides endnu ikke, hvornår dom kan forventes afsagt, men der er på det foreliggende grundlag mulighed for, at den vil gå Irland - og Danmark - imod, således at praksis derefter må ændres.

---o0o---