

NOTAT OM TILDELING AF KONTRAKT TIL IBOS UDEN UDBUD

1. BAGGRUND

Københavns Kommune (herefter "KK") og IBOS arbejder på at omdanne IBOS, der er et nationalt kompetence- og rehabiliteringscenter for blinde og svagtseende under KK, til en selvejende institution.

IBOS' ydelser omfattede i 2018:

- Synskonsulentfunktion,
- Rehabiliteringsopgaver,
- Bo- og aktivitetstilbud og
- Tilbud efter lov om aktiv beskæftigelsesindsats.

De årlige udgifter for ydelserne (herefter samlet "Ydelserne") udgjorde i 2018 i alt 16,3 mio. kr.

KK har oplyst, at det er blevet besluttet, at Ydelserne skal udbydes, hvis IBOS omdannes til en selvejende institution. IBOS vil herefter skulle byde ind på kontrakten vedrørende Ydelserne på lige fod med øvrige tilbudsgivere.

For at lette overgangen for IBOS til at være en selvejende institution overvejer KK imidlertid, om det er muligt, at kontrakten vedrørende Ydelserne indgås med IBOS, forinden udskillelsen gennemføres. Baggrunden er, at dette vil give IBOS tid til at omstille sig til den nye virkelighed som selvejende institution, ligesom denne fremgangsmåde vil være til gavn for de borgere, der er modtagere af IBOS' ydelser, idet borgerne i så fald ikke vil blive personligt berørt af udskillelsen.

På denne baggrund har KK anmodet Horten om at vurdere, om der er hjemmel til, at kontrakten vedrørende Ydelserne indgås med IBOS, forinden IBOS udskilles som en selvejende institution.

De kommunalretlige aspekter i forbindelse med indgåelsen af kontrakten samt i forbindelse med udskillelsen af IBOS berøres ikke nærmere i notatet.

2. SAMMENFATNING OG KONKLUSION

Det er vores vurdering, at der er gode argumenter for, at tildeling af en kontrakt til IBOS samtidig med omdannelsen af IBOS til en selvejende institution udgør en blandet kontrakt, hvor omdannelsen udgør hovedformålet med kontrakten. Omdannelsen er ikke en udbudspligtig ydelse omfattet af udbudsloven.

Hertil kommer, at der er flere objektive forhold, der peger i retning af, at kontrakten ikke objektivt kan adskilles.

På denne baggrund vurderer vi, at KK formentligt lovligt kan tildele en kontrakt til IBOS om levering af Ydelserne uden gennemførelse af udbud i forbindelse med omdannelsen af IBOS, forudsat at kontraktens længde er proportional. Vurderingen af, hvilken kontraktlængde der er proportional, vil skulle vurderes konkret, herunder i forhold til Ydelserne omfattet af kontrakten. En kontraktperiode på 24-36 måneder vurderes dog at være proportional.

KK kan forud for indgåelsen af kontrakten overveje at indrykke en profylaksebekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om sin hensigt om at indgå kontrakten uden gennemførelse af udbud. Profylaksebekendtgørelsen vil, når standstill-perioden på 10 kalenderdage er gået, sikre mod, at der ikke efterfølgende kan klages over fremgangsmåden for tildelingen af kontrakten, hvorfor Klagenævnet for Udbud (herefter "Klagenævnet") ikke vil kunne forpligte KK til at bringe kontrakten til ophør.

Indrykker KK forud for indgåelsen af kontrakten en profylaksebekendtgørelse, er det Hortens vurdering, at risikoen forbundet med at tildele en kontrakt til IBOS om levering af Ydelserne uden gennemførelse af udbud er minimal.

3. DET RETLIGE GRUNDLAG

Det følger af udbudslovens § 26, der implementer praksis fra EU-Domstolen¹, at:

"Stk. 1. Vedrører en kontrakt både ydelser, der er omfattet af loven, og ydelser, der ikke er omfattet af loven, [...] kan en ordregiver tildele særskilte kontrakter for særskilte dele af indkøbet, hvis indkøbet objektivt kan adskilles.

[...]

Stk. 4. Kan de forskellige dele af en kontrakt ikke objektivt adskilles, tildeles kontrakten efter reglerne, der gælder for den type ydelse, der udgør kontraktens hovedformål."²

Af bemærkningerne til bestemmelsen i forarbejderne til udbudslovens § 26 fremgår det, at:

"Ordregiverens beslutning er konkret og skal underbygges af objektive forhold, som kan begrunde beslutningen og godtgøre, at det er nødvendigt at indgå en samlet kontrakt. Behovet for at kunne indgå en enkelt kontrakt kan være begrundet i årsager af såvel teknisk som økonomisk karakter. Opdelingen må ikke ske med henblik på at undgå, at udbuddet omfattes af loven."³

¹ Senest gentaget i C-215/09, *Mehiläinen Oy og Terveystalo Healthcare Oy mod Oulun kaupunki*, af 22. december 2010, præmis 36-37.

² Udbudslovens § 26 implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, art. 3, stk. 3, 4 og 6.²

³ Lovforslagslag nr. L 19 af 7. oktober 2015, Forslag til Udbudsloven.

Bestemmelsen slår således fast, at i de tilfælde, hvor en ikke udbudspligtig ydelse, der udgør hovedmålet, ikke kan udskilles fra øvrige udbudspligtige ydelser, kan en kontrakt vedrørende ydelserne tildeles uden gennemførelse af udbud.

I sag C-145/08, *Club Hotel Loutraki*, tog EU-Domstolen stilling til, om en blandet kontrakt objektivt kunne adskilles.⁴

Kontrakten bestod af:

- 1) afståelse af 49 % af aktierne i et selskab,
- 2) overtagelse af retten til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmer i selskabet,
- 3) forpligtelsen til at drifte kasinovirksomhed og
- 4) forpligtelser til at udføre forbedring på lokaler og omgivelser.

Kontrakten kunne alene indgås med én medkontrahent, som havde økonomisk kapacitet og professionel erfaring på området, på hvilken baggrund EU-Domstolen vurderede, at kontrakten ikke objektivt kunne adskilles.

EU-Domstolen konstaterede i forlængelse heraf, at afståelsen af 49 % af aktierne udgjorde hovedmålet, hvortil EU-Domstolen påpegede, at den indtægt, som køberen opnåede som aktionær, langt oversteg den indtægt, som køberen ville opnå igennem driften af kasinovirksomheden, samt at indtægterne som aktionær var tidsbegrænsede, hvorimod forpligtelsen til kasinodrift udløb efter 10 år.

I sag C-215/09, *Oulun kaupunki*, fandt EU-Domstolen derimod, at kontraktens ydelser objektivt kunne adskilles. I sagen oprettede en ordregiver en privat virksomhed vedrørende sundhed og trivsel på arbejdspladsen med en privat partner. Virksomheden blev ejet ligeligt med fælles ledelse.

I forbindelse med oprettelsen blev medarbejdere fra ordregiver overdraget til virksomheden, ligesom ordregiver for en fireårig periode forpligtede sig til at aftage ydelser fra virksomheden.

EU-Domstolen lagde i sin begrundelse vægt på, at sikringen af medarbejdernes ansættelsesforhold kunne være blevet sikret ved ordregivers gennemførelse af en offentlig udbudsprocedure, samt at ordregivers hensigt om at udbyde kontrakten efter en fireårig periode bekræftede, at kontrakterne kunne adskilles.

EU-Domstolen påpegede yderligere, at det forhold, at virksomheden havde kunnet fungere uden kontrakten siden klagens indgivelse i august 2008 og frem til domsafsigelse i december 2010, indikerede, at kontrakten objektivt kunne adskilles.

I Klagenævnets kendelse af 30. november 2017, *GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut og Sundheds- og Ældreministeriet*, indgik ordregiver en blandet kontrakt om (i) overdragelse af vaccineproduktionen og (ii) en købsforpligtigelse for ordregiver til at aftage vacciner til det danske børnevaccinationsprogram for en periode på 30 måneder.

Klagenævnet fandt, at kontrakten ikke objektivt kunne adskilles. Klagenævnet lagde vægt på, at overdragelsen omfattede hele den del af instituttets virksomhed, der havde været anvendt til vaccineproduktion, hvortil Klagenævnet udtalte, at:

⁴ De forenede sager C-145/08 og C-149/08, *Club Hotel Loutraki AE*, af 6. maj 2010.

"Når det anførte sammenholdes med oplysningerne om udbuddet af vacciner på markedet og behovet for at aftage vacciner til vaccinationsprogrammet, må det lægges til grund, at både aftalen om overdragelse af vacciner og aftalen om levering af vaccinerne nødvendigvis måtte indgå i den samlede aftale om overdragelse af virksomheden med vaccineproduktion som led i beslutningen om privatisering."
[Vores fremhævning].

Yderligere fandt Klagenævnet, at hovedformålet med kontrakten var selve overdragelsen af vaccineproduktionen, dvs. selve privatiseringen, idet Klagenævnet således udtalte, at:

"På den anførte baggrund – og da der ikke foreligger oplysninger, der indikerer hensigt til omgåelse – må det antages, at hovedformålet med den samlede kontrakt om overdragelse af vaccineproduktionen og om tidsbegrænset levering af vacciner ikke var at købe vacciner, men at overdrage instituttets virksomhed med vaccineproduktion til en privat virksomhed som led i en større privatisering, således at den udskilte virksomhed herefter ikke længere var placeret i offentligt regi." [Vores fremhævning].

På denne baggrund fandt Klagenævnet således, at kontrakten kunne tildeles uden gennemførelse af udbud med hjemmel i udbudslovens § 26, stk. 4.

4. VURDERING

Afgørende for, om KK med hjemmel i udbudslovens § 26, stk. 4, kan tildele kontrakten vedrørende Ydelserne direkte til IBOS, er, om omdannelsen af IBOS til en selvejende institution kan siges at være hovedformålet med kontrakten, jf. nærmere afsnit 4.1, samt om Ydelserne objektivt kan adskilles, jf. nærmere afsnit 4.2.

4.1 Hvilken ydelse udgør hovedformålet med kontrakten?

Formålet med kontrakten vedrørende Ydelserne er, at IBOS skal udskilles fra KK ved omdannelse til en selvejende institution, idet IBOS ønsker at være en aktiv spiller på det private marked.

Formålet med kontrakten er således ikke, at IBOS skal levere Ydelserne til KK. Denne del af kontrakten vil således alene blive indgået som en konsekvens af, at denne del er et naturligt led i beslutningen om at omdanne IBOS til en selvejende institution.

Dette taler derfor for, at hovedformålet med kontrakten er selve omdannelsen af IBOS til en selvejende institution, hvilket medfører, at kontrakten i sin helhed falder uden for udbudslovens anvendelsesområde og derfor kan tildeles direkte til IBOS.

4.2 Kan kontrakten objektivt adskilles?

Der findes på nuværende tidspunkt efter det oplyste ikke en anden leverandør på markedet, der kan levere Ydelserne til KK. Dette vil i hvert fald forudsætte, at flere leverandører gik sammen og løftede opgaven i fx et konsortium. Dette vil erfaringsmæssigt medføre en risiko for, at teknisk og professionel erfaring inden for området for blinde og svagtseende går tabt, hvilket vil afstedkomme en forringelse af Ydelserne. Dette er et moment, der taler for, at kontrakten ikke objektivt kan adskilles.

KK har en saglig interesse i at sikre, at IBOS' levering af Ydelserne til borgerne opretholdes, idet KK i modsat fald vil stå med en gruppe borgere, der i en overgangsperiode ikke vil modtage den hjælp, som de har behov for, og som de er berettigede til at modtage, hvilket således er uholdbart. Hertil

kommer, at en stor del af disse borgere er i et igangværende længere forløb, hvor KK har en saglig interesse i at sikre, at forløbet færdiggøres og ikke afbrydes undervejs, idet dette vil skabe usikkerhed hos borgerne. Begge momenter taler for, at kontrakten ikke objektivt kan adskilles.

Det forhold, at IBOS leverer ydelser til andre end KK, er omvendt et argument, der kan tale for, at kontrakten objektivt kan adskilles. Omdannelsen af IBOS til en selvejende institution kan efter det oplyste imidlertid alene ske, hvis hele IBOS' produktionsapparat indgår i omdannelsen, og den del, der angår levering af Ydelserne, kan derved ikke udskilles herfra. Omdannelsen og kontrakten vedrørende levering af Ydelserne skal derfor indgå i en samlet kontrakt for at give mening.

IBOS har en omsætning, der ikke relaterer sig til KK. IBOS kan derfor fungere som en selvejende institution uden kontrakten med KK. Dette er et moment, der taler for, at kontrakten objektivt kan adskilles.

På baggrund af ovenstående er det dog vores vurdering, at der er flere objektive forhold, der peger i retning af, at KK konkret kan argumentere for, at kontrakten ikke objektivt kan adskilles.

5. RISIKOEN VED EN DIREKTE TILDELING

Indgår KK kontrakten uden gennemførelse af et udbud, kan Klagenævnet, i tilfælde af at Klagenævnet finder, at der var tale om en ulovlig direkte tildeling, forpligte KK til at bringe kontrakten til ophør. I henhold til praksis fra Klagenævnet vil kontrakten skulle bringes til ophør inden for to til tre måneder. Dette giver tid til at afvikle et nyt udbud.

KK har dog mulighed for med hjemmel i Lov om Klagenævnet for Udbuds § 4 at sikre sig imod, at kontrakten skal bringes til ophør, hvis:

- i) KK forud for indgåelsen af kontrakten offentliggør en bekendtgørelse (i daglig tale kaldt en profylaksebekendtgørelse) i Den Europæiske Unions Tidende, hvoraf det fremgår, at KK agter at indgå kontrakten,
- ii) KK først indgår kontrakten efter udløbet af en standstill-periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen blev offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende, og
- iii) KK vurderer, at indgåelsen af kontrakten uden afholdelse af et udbud er tilladt i henhold til udbudsloven.

Indgår KK kontrakten med IBOS på baggrund af en profylaksebekendtgørelse, skal KK efterfølgende fremsende en bekendtgørelse om, at kontrakten er indgået med IBOS, til Den Europæiske Unions Tidende.

Offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse og den efterfølgende bekendtgørelse om indgåede kontrakter har således til formål at skabe gennemsigtighed om, at ordregiver har til hensigt at tildele en kontrakt direkte uden udbud, så ordregiver ikke efterfølgende kan blive mødt med en påstand om, at kontrakten skulle have været i udbud.

Offentliggør KK således en profylaksebekendtgørelse, vil Klagenævnet – forudsat at Klagenævnet vurderer, at KK har udvist den fornødne omhu – ikke efterfølgende kunne forpligte KK til at bringe kontrakten til ophør, hvis der indgives en klage *efter* standstill-periodens udløb.

Indgives der imidlertid en klage *i* standstill-perioden, vil KK ikke være berettiget til at indgå kontrakten med IBOS.

KK vil herefter skulle tage stilling til, om KK skal tage bekræftende til genmæle og således tilkænde-give, at KK er enig med klager i, at KK ikke er berettiget til at indgå kontrakten, eller om KK ønsker at føre klagesagen. Føres klagesagen, må kontrakten med IBOS først indgås, når klagesagen er fær-digbehandlet – og naturligvis forudsat af, at Klagenævnet har givet KK medhold i, at kontrakten kan tildeles til IBOS uden gennemførelse af et udbud.

I det tilfælde, at der indgives en klage *efter* standstill-perioden, således at kontrakten med IBOS er indgået, vil Klagenævnet kunne forpligte KK til at bringe kontrakten med IBOS til ophør, hvis Klage-nævnet finder, at KK ikke har udvist den fornødne omhu. Derudover vil KK kunne risikere at blive pålagt en økonomisk sanktion for den del af kontrakten, der allerede er udført.

ooOoo

Med venlig hilsen
Horten

Andreas Christensen