

UDBUDSPLIGT I FORBINDELSE MED REKLAMESTANDERE

1. BAGGRUND OG OPGAVE

Teknik- og Miljøforvaltningen i Københavns Kommune (**Kommunen**) har anmodet Horten om at besvare følgende spørgsmål:

Er udbudsretten til hinder for, at Kommunen giver By- og Pendlercykel Fonden (eller den enhed, kontrakten er med, jf. også nedenfor) tilladelse til at opsætte digitale reklamestandere på de arealer, enheden kontraktuelt har ret til at benytte?

Horten har som led heri gennemgået et omfattende kontrakt- og sagsmateriale samt drøftet sagshistorikken med relevante medarbejdere hos Kommunen med henblik på at vurdere det udbudsretlige spørgsmål.

Opdraget retter sig mod den ovenfor beskrevne ændring, og Hortens vurdering omhandler ikke andre ændringer, herunder i aktørkredsen, der er sket siden indgåelsen af kontrakten.

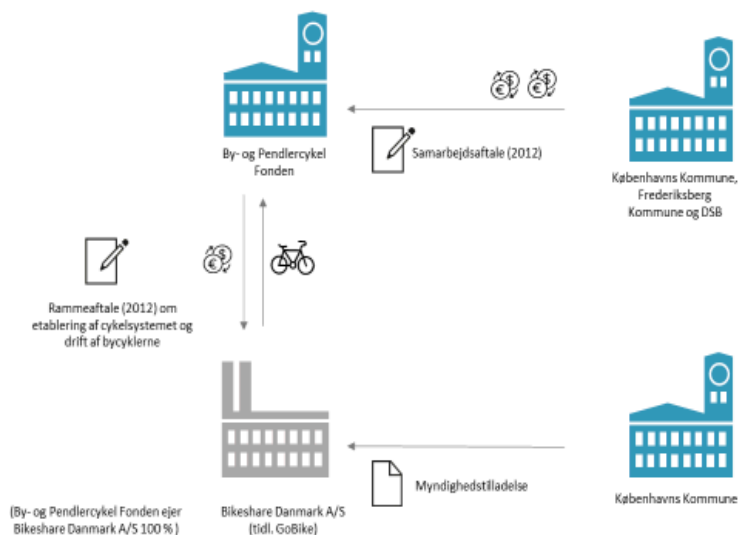
1.1 Kort overblik over historikken og samarbejdskonstruktionen

Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og DSB har en *samarbejdsaftale* med By- og Pendlercykel Fonden vedrørende by- og pendlercykelsystemet (**Cykelsystemet**).

I 2017 blev Bikeshare Danmark A/S (**Bikeshare**, der tidligere havde navnet Gobike Danmark A/S, og som er operatøren af Cykelsystemet) taget under rekonstruktion. By- og Pendlercykel Fonden overtog ejerskabet til Bikeshare og købte aktierne for 1 kr. Bikeshare ejes således i dag 100 % af By- og Pendlercykel Fonden.

By- og Pendlercykel Fonden er således kontraktholder, mens Bikeshare er operatør og drifter Cykelsystemet i henhold til rammeaftalen. Cykelsystemet finansieres af brugerindtægter mv., samt af de bidrag fra kommunerne og DSB, der følger af samarbejdsaftalen.

Samarbejdsstrukturen ser i dag ud som følger:



2. SAMMENFATNING

Horten har besvaret følgende spørgsmål i notatet:

Er udbudsretten til hinder for, at Kommunen giver By- og Pendlercykel Fonden (eller den enhed, kontrakten er med, jf. også nedenfor) tilladelse til at opsætte digitale reklamestandere på de arealer, enheden kontraktuelt har ret til at benytte?

I forhold til samarbejdsaftalen mellem på den ene side Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og DSB og på den anden side By- og Pendlercykel Fonden har Horten ud fra det kontraktgrundlag, vi har gennemgået i forbindelse med sagen, vurderet, at samarbejdsaftalen med senere ændringer ikke udgør en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand. Det skyldes, at vi finder, at samarbejdsaftalen ikke har karakter af en gensidigt bebyrdende aftale.

En ændring af samarbejdsaftalen vil derfor ikke være omfattet af udbudsrettens regler om ændring af kontrakter, allerede fordi den oprindelige aftale ikke er en "offentlig kontrakt". Der er således ikke udbudsretlige hindringer i forhold til at give By- og Pendlercykel Fonden tilladelse til at opsætte digitale reklamestandere. Dog må denne ændring ikke i sig selv medføre, at samarbejdsaftalens karakter ændres, så den herefter må anses for at være en gensidigt bebyrdende aftale og dermed bliver omfattet af udbudsreglerne.

Rammeaftalen mellem By- og Pendlercykel Fonden og Bikeshare har derimod karakter af en gensidigt bebyrdende aftale, og denne aftale blev i 2011 indgået efter annoncering. Det betyder, at en ændring (udvidelse) af rammeaftalen skal ske i overensstemmelse med praksis fra Klagenævnet for Udbud og EU-Domstolen omkring ændring af kontrakter. Dette er relevant, hvis By- og Pendlercykel Fonden ønsker, at Bikeshare skal indkøbe og opsætte reklamestanderne.

Ændring af et grundlæggende element i en udbudspligtig aftale medfører i udgangspunktet fornyet udbudspligt. En mængde af mindre væsentlige eller væsentlige ændringer kan over tid samlet set udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvilket indebærer, at kontrakten bliver udbudspligtig som følge af de mange løbende ændringer.

Horten kan ikke endeligt tage stilling til, om det isoleret set vil udgøre en ændring af et grundlæggende element i rammeaftalen, hvis Bikeshare af By- og Pendlercykel Fonden får tildelt opgaven med at indkøbe og opsætte reklamestanderne. En sådan vurdering kræver nærmere oplysninger om værdien af rammeaftalen, hhv. værdien af den nye opgave. Det forhold, at der er foretaget løbende ændringer af rammeaftalen, øger imidlertid risikoen for, at en sådan udvidelse af de opgaver, der omfattes af rammeaftalen, ikke kan rummes inden for rammeaftalen, medmindre denne ændring og tidligere ændringer samlet kan rummes inden for en af undtagelsesreglerne, som fx bagatelreglen.

Hvis By- og Pendlercykel Fonden ønsker, at Bikeshare skal løse opgaverne i forbindelse med reklamestanderne, men finder, at dette ikke sker som et led i en ændring eller tilføjelse til den eksisterende rammeaftale, som ifølge vores oplysninger udløber 26. november 2020, skal indkøbet betragtes som et selvstændigt indkøb for By- og Pendlercykel Fonden. I så fald er aftalen mellem By- og Pendlercykel Fonden og Bikeshare udbudspligtig efter udbudslovens afsnit II, hvis aftalen overstiger den gældende tærskelværdi for varer og tjenesteydelser på ca. 1,6 mio. kr.¹

Det samme vil være gældende, hvis By- og Pendlercykel Fonden ønsker at indgå aftale med en tredjemand om indkøb og opsætning af reklamestandere for fonden.

Københavns Kommune bør supplerende overveje, om der, uagtet, at Københavns Kommune ikke selv er eller bliver part i en aftale, der skal udbydes, er anledning til at rejse spørgsmålet om udbudspligt overfor By- og Pendlercykel Fonden.

Denne overvejelse hænger dels sammen med, at Københavns Kommune som vejmyndighed i givet fald skal give tilladelse til opstilling af reklameskiltene, dels at Københavns Kommune (sammen med Frederiksberg Kommune og DSB) er økonomisk medbidragsyder til Cykelsystemet. Københavns Kommune har derfor en overordnet interesse i, at By- og Pendlercykel Fonden agerer inden for lovens rammer.

Da Københavns Kommune ydermere efter det foreliggende må lægge til grund, at By- og Pendlercykel Fondens aftale om indkøb og opsætning af reklamestanderne potentielt medfører udbudspligt efter udbudslovens afsnit II, vil vi anbefale, at Københavns Kommune rejser spørgsmålet om udbudspligt overfor By- og Pendlercykel Fonden, herunder med opfordring til, at fonden selv får foretaget en udbrudsretlig vurdering, hvis ikke allerede sket.

Hvorvidt der for Københavns Kommune foreligger en egentlig pligt til at rejse ovennævnte spørgsmål, følger ikke af tilsynspraksis, der alene angår kommunernes ansvar for at sikre, at By- og Pendlercykel Fonden varetager lovlige kommunale opgaver. Dertil kommer, at ansvaret for By- og Pendlercykel Fondens overholdelse af udbudsreglerne ultimativt ligger hos fondens bestyrelse, herunder de kommunale bestyrelsesmedlemmer, men ikke for kommunerne og DSB som juridiske personer.

¹ En ny eller ændret aftale mellem fonden og Bikeshare vil dog ikke være udbudspligtig, hvis betingelserne for, at der er tale om en in house-relation, er opfyldt. Det ligger uden for rammerne af vores opdrag at vurdere dette.

3. UDBUDSRETSLIG VURDERING

3.1 Ændring af samarbejdsaftalen: Er Kommunen udbudspligtig, hvis fonden opnår tilladelse til at opstille reklameskilte?

Samarbejdsaftalen af 26. november 2012 mellem Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune, DSB og (nu) By- og Pendlercykel Fonden regulerer parternes samarbejde om at etablere Cykelsystemet. By- og Pendlercykel Fonden blev i 2014 part i samarbejdsaftalen, jf. tillæg 2.

Rammeaftalen med operatøren vedrører etablering af Cykelsystemet, drift, indkøb af cykler mv. By- og Pendlercykel Fonden er kontraktholder på *Rammeaftalen*, mens Bikeshare er operatør.

Det fremgår af samarbejdsaftalen med tillæg, at samarbejdet mellem Kommunen, Frederiksberg Kommune og DSB er afgrænset til at omhandle betalingen af administrationsbidrag til By- og Pendlercykel Fonden og et delvist ansvar for finansiering af operatørens ydelser. Det er alene operatøren, der opnår ejerskab over hardware som fx cykler, dockstationer mv. Operatørens ydelser er i øvrigt reguleret i *Rammeaftalen*.

Samarbejdsaftalen har ikke været i udbud. Kun *rammeaftalen* blev udbudt ved annonceringen i 2011, se også nærmere i afsnit 3.2.

Kun "offentlige kontrakter" omfattet af udbudslovens definition heraf er udbudspligtige. En offentlig kontrakt defineres som en gensidigt bebyrdende skriftlig aftale mellem en eller flere økonomiske aktører vedrørende vareindkøb, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver (udbudslovens § 24, nr. 24). Ændringer af grundlæggende elementer i en udbudt offentlig kontrakt kræver nyt udbud.

Det er således kun gensidigt bebyrdende aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet "offentlige kontrakter", og dermed er omfattet af udbudsloven.

Gensidighedsbetingelsen udelukker derfor ensidige dispositioner, som fx gaver eller tilskud, fra begrebet offentlig kontrakt, jf. forarbejderne til udbudslovens § 24, nr. 24. Kommunen har således mulighed for at indgå samarbejder, uden at der indtræder en udbudsforpligtelse, hvis der alene er tale om en ensidig disposition fra Kommunens side.

Det taler for, at samarbejdsaftalen ikke er en gensidigt bebyrdende aftale, at Kommunen alene betaler et administrationsbidrag til By- og Pendlercykel Fonden for administration af *rammeaftalen*, men ikke i traditionel forstand modtager en modydelse fra By- og Pendlercykel Fonden. Finansiering af selve driften, ejerskab til hardwaren, etablering af Cykelsystemet og indkøb af cyklerne er reguleret i *rammeaftalen* med operatøren, se afsnit 3.2.

Horten har ikke ud fra sagens materiale kunnet konstatere, hvilke udbudsretlige overvejelser parterne gjorde sig ved indgåelsen af samarbejdsaftalen. På baggrund af det materiale, som Horten har fået stillet til rådighed, vurderes det, at samarbejdsaftalen med senere ændringer ikke udgør en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand, idet samarbejdsaftalen ikke er gensidigt bebyrdende for parterne.

En ændring af samarbejdsaftalen vil derfor ikke være omfattet af udbudsrettens regler om ændring af kontrakter, allerede fordi den oprindelige aftale ikke er en "offentlig kontrakt".

Der er således ikke udbudsretlige hindringer i forhold til at give By- og Pendlercykel Fonden tilladelse til at opsætte digitale reklamestandere, blot denne ændring ikke i sig selv medfører, at samarbejdsaftalens karakter ændres, så den må anses for at være en gensidigt bebyrdende aftale og dermed bliver omfattet af udbudsreglerne. Dette kunne fx være tilfældet, hvis Kommunen bestiller og betaler, og By- og Pendlercykel Fonden indkøber og opstiller de digitale reklamestandere for Kommunen.

3.2 **Ændring af rammeaftalen: Er fonden eller andre udbudspligtige ved indgåelse af kontrakt om opstilling af reklameskiltene?**

Rammeaftalen fra 2012 blev i 2011 udbudt ved en annoncering efter tilbudslovens afsnit II om annoncering af de særlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af Bilag IIB.

Efter de dagældende regler var en ordregiver alene forpligtet til at sikre en vis gennemsigtighed omkring indgåelse af tjenesteydelseskontrakter omfattet af Bilag IIB, idet det på daværende tidspunkt var antaget, at bilag IIB-tjenesteydelser ikke havde den samme grænseoverskridende interesse som de øvrige tjenesteydelser (Bilag IIA-ydelser). Efter opdrag fra Kommunen vurderede Advokatfirmaet LETT i 2011, at DSB havde, og kommunerne *formentlig* havde annonceringspligt efter disse regler. Af udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2011 ses, at DSB var ordregiver, og at Kommunen og Frederiksberg Kommune havde mulighed for at "tiltræde" rammeaftalen.

Som følge af tillæg 2 er By- og Pendlercykel Fonden i dag kontraktholder og betragtes dermed som "ordregiver" på rammeaftalen.

Annonceringspligten for Bilag IIB-ydelser blev ophævet i 2013. Advokatfirmaet LETT vurderede på dette tidspunkt, at kommunernes eventuelle annonceringsforpligtelse nu var ophørt.

Efter den senere udbudslovs ikrafttræden i 2016 er dette ændret, og den type tjenesteydelser, som er omfattet af rammeaftalen (CPV-koderne: 34.43.00.00, 34.43.10.00, 60.13.00.00 og 60.14.00.00), er i dag udbudspligtige efter de almindelige regler om køb af varer og tjenesteydelser.

By- og Pendlercykel Fonden er kontraktholder på rammeaftalen og dermed ordregiver. Det er derfor By- og Pendlercykel Fonden, der i udbudsretlig henseende er ansvarlig for at iagttage reglerne i forbindelse med ændringer af rammeaftalen.

Dette vil være relevant, hvis en anden økonomisk aktør på markedet måtte indgive klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at ændringen af kontrakten var udbudspligtig.

By- og Pendlercykel Fonden opfylder derudover betingelserne for at være et offentligretligt organ, jf. udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 27, idet By- og Pendlercykel Fonden 1) er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov (udbrede og etablere Cykelsystemet), 2) er en juridisk person, og 3) finansieres for mere end halvdelen af kommuner og andre offentligretlige organer.

By- og Pendlercykel Fonden vil være omfattet af udbudsreglerne ved genudbud af rammeaftalen, idet rammeaftalens ydelse ligeledes er fuldt udbudspligtig, jf. afsnit 3.2.

Hvis Kommunen giver By- og Pendlercykel Fonden tilladelse til at opsætte digitale reklamestandere på de arealer, hvor bycyklerne og dockstationerne står placeret, må fonden afklare, hvem der skal udføre opgaven.

Hvis opgaven skal udføres for fonden af Bikeshare, gælder følgende:²

Opsætning af reklamestandere er ikke beskrevet i rammeaftalen og falder derfor ikke inden for de opgaver, som blev annonceret i 2011.

Hvis fonden ønsker at foretage ændringer (udvide) rammeaftalen med Bikeshare, skal det ske i overensstemmelse med praksis fra Klagenævnet for Udbud og EU-domstolen. Denne praksis er i dag kodificeret i udbudslovens §§ 178-184, men fandt i kraft af den gældende praksis også anvendelse før udbudslovens ikrafttræden.

Ændring af et grundlæggende element medfører i udgangspunktet en fornyet udbudspligt, medmindre en af undtagelserne finder anvendelse. En samlet mængde af mindre væsentlige eller væsentlige ændringer kan over tid udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvorefter kontrakten bliver udbudspligtig som følge af de mange løbende ændringer.

En relevant undtagelsesbestemmelse er *bagatelreglen*, hvorefter ordregiver kan ændre kontrakten, hvis værdien af ændringen ikke overstiger den gældende tærskelværdi og 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

På det foreliggende grundlag er det uvist, hvilken værdi det vil have, hvis Bikeshare skal indkøbe og opstille reklamestanderne for fonden. Værdien skal holdes op imod kontraktens samlede værdi på annonceringstidspunktet i 2011. Derudover skal alle tidligere ændringer af rammeaftalen lægges sammen i opgørelsen af de 10 %.

Efter gennemgang af sagens dokumenter kan det konstateres, at der løbende er foretaget ændringer af rammeaftalen siden 2012. Flere løbende ændringer kan som nævnt udgøre en ændring af et grundlæggende element. Det står ikke klart, om parterne løbende har været opmærksomme på, at ændringer af rammeaftalen, herunder de løbende ændringer af mængder, leverancer mv., kan udløse en fornyet udbudspligt, og om der er blevet foretaget vurderinger af dette forhold i forbindelse med ændringer.

På det foreliggende grundlag har vi ikke mulighed for endeligt at tage stilling til, om det isoleret set vil udgøre en ændring af et grundlæggende element i rammeaftalen, hvis Bikeshare af fonden får tildelt opgaven med at indkøbe og opsætte reklamestanderne. Det forhold, at der er foretaget løbende ændringer af rammeaftalen, øger imidlertid risikoen for, at en sådan udvidelse af de opgaver, der omfattes af rammeaftalen, ikke kan rummes inden for rammeaftalen, medmindre denne ændring og tidligere ændringer samlet kan rummes inden for en af undtagelserne, som fx bagatelreglen.

Hvis Bikeshare skal løse opgaver i forbindelse med reklamestanderne, som ikke har karakter af en ændring eller tilføjelse til den eksisterende rammeaftale, må indkøbet betragtes som et selvstændigt indkøb for By- og Pendlercykel Fonden. I så fald er aftalen mellem fonden og

² Det kan ikke udelukkes, at der mellem By- og Pendlercykel Fonden og Bikeshare er en in house-konstruktion, jf. udbudslovens § 12. I så fald vil Bikeshare *formentlig* kunne løse opgaverne i forbindelse med reklamestanderne uden fornyet udbud.

Bikeshare udbudspligtig efter udbudslovens afsnit II, hvis aftalen overstiger den gældende tærskelværdi for varer og tjenesteydelser på ca. 1,6 mio. kr.

3.2.1 *Hvis fonden ønsker at få tredjemand til at udføre opgaven med at opstille reklamestanderne:*

By- og Pendlercykel Fonden er som anført ovenfor et offentligretligt organ. Indkøb og opsætning af reklamestandere er en udbudspligtig ydelse, som for By- og Pendlercykel Fonden bliver udbudspligtig efter udbudslovens afsnit II, hvis indkøbet overstiger den gældende tærskelværdi for varer og tjenesteydelser på 1,6 mio. kr.

Hellerup, 22. januar 2021
Horten

Rikke Søgaard Berth

Rikke Munk Rye Andersen

BILAG TIL NOTAT OM UDBUDSPLIGT I FORBINDELSE MED BYCYKELSYSTEMET

Kort overblik over historikken og samarbejdskonstruktionen

Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og DSB indgik i 2012 en *samarbejdsaftale* med Cykel DK A/S (**Cykel DK**) vedrørende et nyt by- og pendlercykelsystem (**Cykelsystemet**).

Forinden havde DSB, efter de daværende regler i tilbudslovens afsnit II om annoncering af de særlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af Bilag IIB, annonceret *rammeaftalen* om etablering, indkøb og drift. Cykel DK indgik, som kontraktholder, rammeaftalen med operatøren Gobike Danmark A/S (**Gobike**).

Indkøb og vedligeholdelse af cykler og dockstationer samt opstilling heraf finansieres gennem betaling fra Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og DSB.

Cykel DK var på tidspunktet for indgåelsen af samarbejdsaftalen med kommunerne og DSB og rammeaftalen (med Gobike) under stiftelse. Cykel DK var ved indgåelsen af aftalerne i 2012 ejet af DSB (48 %), Falck Healthcare (26 %) og Gobike (26 %).

Advokatfirmaet LETT vurderede i 2011, at DSB havde, og kommunerne *formentlig* havde annonceringspligt efter disse regler. Af udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2011 ses, at DSB var ordregiver, og at Kommunen og Frederiksberg Kommune havde mulighed for at "tiltræde" rammeaftalen.

Advokatfirmaet LETT vurderede senere i 2013, at rammeaftalen – efter ændring af tilbudslovens afsnit II om annoncering af de særlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af Bilag IIB – nu *formentlig ikke* var annonceringspligtig.

DSB og Falck solgte i januar 2013 deres aktier i Cykel DK til GoBike, som herefter var ene-ejer af Cykel DK.

Efter at Gobike overtog alle aktierne i Cykel DK, var strukturen, at operatøren (Gobike) ejede den enhed, der på vegne af kommunerne og DSB var kontraktholder (Cykel DK). Da

dette var en uhensigtsmæssig konstruktion, stiftede Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og DSB i 2014 en erhvervsdrivende fond, By- og Pendlercykelfonden, der indtrådte i Cykel DK's sted som kontraktholder over for Gobike. Alle rettigheder og forpligtelser blev overdraget fra Cykel DK til By- og Pendlercykelfonden.

GoBike skiftede i 2015 navn til Bikeshare Danmark A/S (**Bikeshare**).

I 2017 blev Bikeshare taget under rekonstruktion. By- og Pendlercykelfonden overtog ejerskabet til Bikeshare og købte aktierne for 1 kr. Bikeshare ejes således i dag 100 % af By- og Pendlercykelfonden.

Fonden er således kontraktholder, mens Bikeshare er operatør og drifter Cykelsystemet i henhold til rammeaftalen. Cykelsystemet finansieres af brugerindtægter mv., samt af de bidrag fra kommunerne og DSB, der følger af samarbejdsaftalen.

Samarbejdsstrukturen ser derfor pr. november 2020 ud som følger:

