



18-03-2013

Juridisk baggrundsnotat om kontraktindgåelsesprocesser i BIF

Sagsnr.
2011-54771

Dette notat har til formål at beskrive forvaltningens handlerum og muligheder for kontraktindgåelse i relation til de såkaldte "Bilag II A og II B- tjenesteydelser".

Dokumentnr.
2013-164419

Baggrund

Den 1. januar 2013 trådte en lempelse af tilbudsloven i kraft, hvorefter annonceringspligten for de såkaldte Bilag II B-tjenesteydelser (eller bløde tjenesteydelser) ophæves.

Sagsbehandler
Trine Madsen

Lovændringen indebærer, at kommunen som udgangspunkt ikke længere har pligt til at konkurrenceudsætte aftaler med eksterne virksomheder om bløde tjenesteydelser, herunder juridisk bistand, beskæftigelsesindsats, hotel og restauration, social- og sundhed, undervisning, mv., selvom kontraktsummen overstiger 500.000 kr. Såfremt kontraktsummen overstiger EU-tærskelværdien på 1.489.820 kr. (2013 værdi), vil forvaltningen dog være underlagt EU-udbudsdirektivets bestemmelser i form af krav om udarbejdelse af kravspecifikation (art. 23) og efterfølgende offentliggørelse af kontrakt (art. 35, stk. 4).

Med bortfaldet af annonceringspligten for disse tjenesteydelser står det indenfor disse rammer i udgangspunktet ordregiver frit for at indgå aftale med markedets aktører uden en forudgående, gennemsigtig proces omkring udvælgelse af aktører og tildeling af opgaver efter forudbestemte kriterier. Det bemærkes dog, at forvaltningslovens principper om økonomisk forsvarlig forvaltning og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning gælder uændret samt at kontrakter med *klar grænseoverskridende interesse* fortsat skal konkurrenceudsættes. Med lovændringen er der således tale om muligheder for at tilrettelægge en mere simpel proces omkring ekstern kontraktindgåelse, men ikke et ubetinget frit valg ved indgåelse af kontrakterne.

For så vidt angår Bilag II A-tjenesteydelser er der ingen ændringer. Forvaltningen vil således fortsat være forpligtet til at annoncere disse ydelser efter tilbudsloven, når den samlede kontraktsum overstiger 500.000 kr., og udbyde ydelserne efter EU-udbudsdirektivet, såfremt den samlede kontraktsum overstiger EU-tærskelværdien på 1.489.820 kr. Såfremt kontraktens samlede værdi er under 500.000 kr., vil forvaltningen som hidtil være forpligtet til at sikre efterlevelse af de forvaltningsretlige principper om økonomisk forsvarlig forvaltning og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

**Kontoret for Økonomi
og
Resultater**

Bernstorffsgade 17, 2.
Sal
1592 København V

Telefon
3317 3553

E-mail
EB86@bif.kk.dk

EAN nummer
5798009710161

www.kk.dk

Lovgivningens rammer for eksterne indkøb

Fleksibiliteten i den ændrede lovgivning finder alene anvendelse i tilfælde, hvor en kontrakts genstand er en Bilag II B-tjenesteydelse og hvor denne ikke har såkaldt "*klar grænseoverskridende interesse*". Såfremt en kontrakt indeholder levering af både Bilag II A og Bilag II B-tjenesteydelser, må ordregiveren foretage en klassificering af ydelserne og en værdifastsættelse med henblik på at afgøre, om kontrakten i sin helhed skal omfattes af udbudsdirektivets regler om A-tjenesteydelser eller B-tjenesteydelser.

Såfremt der er tale om en B-tjenesteydelse, kan følgende elementer indgå i vurderingen af, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse:

- Kontraktens genstand (opgavens type og størrelse, herunder om udenlandske virksomheder tidligere har budt / er kommet ind på det nationale marked)
- Kontraktens anslåede værdi (jo større værdi, desto mere sandsynligt er det, at kontrakten har grænseoverskridende interesse).
- Det geografiske sted, hvor opgavens skal udføres (herunder om opgaven ligger tæt op ad andre landegrænser og et potentielt marked med egnede aktører)
- Særlige forhold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis mv.)

Hvis et offentligt indkøb har en sådan klar grænseoverskridende interesse, vil indkøbet være underlagt EU-traktatens principper om gennemsigtighed og ligebehandling, hvorefter ordregiver vil have pligt til at sikre "en passende grad af offentlighed" omkring opgaven. Dette kan f.eks. sikres ved at gennemføre en annoncering efter tilbudsloven.

Det vil i hvert tilfælde være en konkret vurdering af den enkelte opgave og kontrakt, hvorvidt der er tale om et indkøb, som har en sådan klar grænseoverskridende interesse, at man trods ophævelse af annonceringspligten alligevel skal konkurrenceudsætte opgaven. Ligeledes hvordan forvaltningen i tilfælde, hvor der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse, konkret sikrer overholdelse af de forvaltningsretlige principper om økonomisk forsvarlig forvaltning og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning ved indgåelse af kontrakt med en ekstern part.

Forvaltningens muligheder

Følgende 4 overordnede modeller for kontraktindgåelsesprocesser vurderes at være anvendelige:

1. EU-Udbud

Såfremt der er tale om en Bilag II A-tjenesteydelse, hvor den samlede kontraktsum overstiger EU-tærskelværdien på 1.489.820 kr., er forvaltningen forpligtet til at udbyde opgaven efter EU-udbudsdirektivets regler.

2. Offentlig annoncering

Såfremt der er tale om en Bilag II A-tjenesteydelse, hvor den samlede kontraktsum overstiger 500.000 kr. men ikke tærskelværdien på 1.489.82 kr., er forvaltningen forpligtet til at annoncere opgaven efter tilbudsloven.

Såfremt der er tale om en Bilag II B-tjenesteydelse, kan forvaltningen vælge at annoncere opgaven nærmest som om annonceringsreglerne stadig er gældende for disse ydelser. Processen kan således indebære annoncering på den nationale platform www.udbud.dk og/eller kommunens egen hjemmeside (www.kk.dk/udbud).

En fordel ved denne løsning er, at hele det givne marked aktiveres og at der derfor - alt andet lige - må forventes bedre forhold mellem kvalitet og pris for ydelserne.

En ulempe er, at en annonceringsproces er relativt ressourcetung.

Denne model anbefales i tilfælde af kontrakter med klar grænseoverskridende interesse samt som hovedregel for kontraktindgåelser med en årlig værdi på 5 mio. kr. og derover.

3. Indhentning af underhåndsbud

Denne model indebærer, at der indhentes et antal underhåndsbud fra et repræsentativt udvalgt antal aktører på markedet.

Blandt fordelene ved denne model er, at indhentning af underhåndsbud er en mindre ressourcekrævende proces end en offentlig annoncering.

Blandt ulemperne kan nævnes, at det samlede marked ikke aktiveres, hvilket - alt andet lige - vil medføre højere priser. Herudover kan det forventes, at forbigåede aktører, der ikke inviteres til at byde, vil stille spørgsmålstejn ved forvaltningens fravalg.

Denne model anbefales i tilfælde, hvor der er tale om Bilag II A-tjenesteydelser med en samlet kontraktsum på under 500.000 kr. eller Bilag II B-tjenesteydelse uden klar grænseoverskridende interesse og hvor forvaltningen har overblik over og kendskab til markedet for de relevante ydelser.

4. *Direkte tildeling uden konkurrenceudsættelse*

Denne model indebærer, at opgaver tildeles direkte til en given ekstern aktør.

Blandt fordelene ved modellen er, at ressourcetrækket i forbindelse med en sådan direkte tildeling er beskedent.

Blandt ulemperne er, at markedet ikke aktiveres, hvilket indebærer, at det ikke undersøges på ny om ydelserne kan købes bedre og billigere andre steder. Herudover kan det også her forventes, at forbigåede aktører, der ikke inviteres til at byde, vil stille spørgsmålstejn ved forvaltningens fravalg.

Denne model anbefales alene i tilfælde, hvor der er tale om en Bilag II B-tjenesteydelse uden klar grænseoverskridende interesse og hvor forvaltningen har et godt overblik over og kendskab til markedet for de relevante ydelser og allerede har gennemført en konkurrenceudsættelse af ydelserne på området og som følge heraf har et kvalificeret grundlag for sagligt at vurdere, at det i situationen vil være hensigtsmæssigt at videreføre velfungerende samarbejder (*særlige forudsætninger*).

Modellerne skal alene ses som udtryk for et udgangspunkt og vil kunne fraviges i den enkelte situation efter en konkret vurdering.