

NOTAT

September 2019

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Regelgrundlag for indgåelse af forsyningskontrakter under tærskelværdien

ERHVERVSMINISTERIET

Resumé

I forbindelse med forsyningskontrakter under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at for så vidt angår statslige, regionale og lokale myndigheder samt offentligretlige organer, finder udbudslovens afsnit IV og V anvendelse ved vare- og tjenesteydelseskontrakter, mens tilbudsloven finder anvendelse ved bygge- og anlægskontrakter.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet omfatter endvidere offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder. For disse virksomheder finder udbudslovens afsnit IV og afsnit V ikke anvendelse, idet de ikke er omfattet af udbudslovens definition af ”ordregiver”. Tilbudsloven finder heller ikke anvendelse for disse virksomheder, medmindre der er tale om en offentligt støttet kontrakt. Det skyldes, at de ikke er omfattet af tilbudslovens definition af ”udbyder”. Derimod vil virksomhederne være forpligtet til at overholde traktatens principper ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse, hvis 1) den berørte virksomhed er under effektiv kontrol af staten eller af en anden offentlig myndighed og 2) hvis virksomheden ikke befinder sig i en konkurrencesituation på markedet.

Problemstillingen

Forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse på kontrakter vedrørende forsyningsaktiviteter som anført i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14 (i det følgende benævnt ”forsyningskontrakter”), hvis de har en værdi, der overstiger forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier.

I forhold til indgåelse af forsyningskontrakter under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier er det relevant at vurdere, hvilke regler der finder anvendelse, idet regelsættet kan være afgørende for, hvilke forpligtelser der påhviler ordregiverne i forbindelse med indgåelse af forsyningskontrakterne. Eksempelvis medfører udbudslovens afsnit IV et krav om forudgående offentliggørelse på www.ubud.dk ved indgåelse af offentlige

kontrakter med grænseoverskridende interesse, mens der i henhold til traktatens principper alene er et krav om passende grad af offentlighed, men ikke offentlighed på en bestemt platform.

I forbindelse med forsyningskontrakter er det endvidere relevant at vurdere, om offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, overhovedet er forpligtet til at overholde tilbudsloven, udbudsloven eller traktatens principper.

For at besvare ovennævnte spørgsmål er besvarelsen delt op i tre afsnit. Det første afsnit vedrører offentlige myndigheder og offentligretlige organers indgåelse af forsyningskontrakter. Det andet afsnit vedrører forsyningskontrakter indgået af offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder. Det tredje og sidste afsnit angår forsyningskontrakter under tærskelværdien og uden klar grænseoverskridende interesse.

Indledningsvis skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således ikke kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i forhold til konkrete problemstillinger eller sager.

1) Offentlige myndigheder og offentligretlige organer

Udbudslovens afsnit II og III finder ifølge udbudslovens § 18, stk. 1, ikke anvendelse ved indgåelse af kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

For så vidt angår for forsyningskontrakter vedr. varer og tjenesteydelser under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier, fremgår det ikke direkte af § 18, stk. 1, hvilke regler der finder anvendelse. Derimod fremgår det af udbudslovens § 10, at afsnit IV gælder for indgåelse af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, hvis kontrakten eller projektkonkurrencen har klar grænseoverskridende interesse. § 11 indeholder en tilsvarende bestemmelse, hvorefter afsnit V finder anvendelse for offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Offentlige kontrakter er defineret i udbudslovens § 24, nr. 24, som gensidigt bebyrdende kontrakter mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere.

Ordregivere er defineret i udbudslovens § 24, nr. 28, som statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, nr. 1, indeholder definitionen af vareindkøbs-, bygge- og anlægs- og tjenesteydelseskontrakter. Denne definition svarer til definitionen af offentlige kontrakter i udbudslovens § 24, nr. 24, men med den forskel, at mens udbudsloven henviser til kontrakter med ordregivere, henvises der i forsyningsvirksomhedsdirektivet til ordregivende enheder. Begrebet ”ordregivende enheder” i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4 dækker ikke alene over ordregivere som defineret i udbudslovens § 24, nr. 28, men også over offentlige virksomheder samt virksomheder, der udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14, og råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at udbudslovens §§ 10 og 11 finder anvendelse på alle offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter under tærskelværdien. Det skyldes, at §§ 10 og 11 er generelt udformede bestemmelser, der ikke er begrænset til at angå visse bestemte typer af offentlige kontrakter, men derimod omfatter alle offentlige kontrakter. Som følge heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at afsnit IV og V finder anvendelse, når der er tale om en ordregiver omfattet af ordregiverbegrebet i udbudsloven. Denne konklusion harmonerer endvidere med lovbemærkningerne til § 18, stk. 1, hvor det fremgår, at forsyningskontrakter under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse skal gennemføres i overensstemmelse med afsnit IV.

For så vidt angår forsyningskontrakter vedr. bygge- og anlægsarbejder under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi, finder tilbudsloven, jf. § 1, stk. 2, nr. 1, anvendelse, når ”udbyderen” er statslige, regionale og lokale myndigheder og offentligretlige organer. Derudover finder tilbudsloven, jf. § 1, stk. 2, nr. 2, anvendelse ved offentligt støttede kontrakter. Det fremgår af tilbudslovens forarbejder, at loven finder anvendelse for samme kreds af ordregivere, som er omfattet af udbudsdirektivet. Det vil sige, at tilbudslovens definition af ”udbyder” svarer indholdsmæssigt til udbudslovens definition af ordregivere i § 24, nr. 28. Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til tilbudsloven, at ”en forsyningstjeneste kan være omfattet af denne definition og vil i så fald være omfattet af tilbudsloven, medmindre kontrakten er stor nok til at være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.”

Som følge heraf er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at tilbudsloven finder anvendelse ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter, når der er tale om en ordregiver omfattet af tilbudslovens definition af ”udbyder”. Derudover vil private være omfattet, hvis der er tale om offentligt støttede kontrakter.

2) Offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder

Forsyningsvirksomhedsdirektivet sonderer i artikel 4 mellem følgende:

- 1) Ordregivende myndigheder,
- 2) Offentlige virksomheder og
- 3) Virksomheder, der udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14, og råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

Som ovenfor nævnt svarer ordregivende myndigheder i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4 til definitionen af ordregivere i udbudsloven og udbydere i tilbudsloven. Derimod er offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder, ikke omfattet af udbudsloven eller tilbudsloven, medmindre der er tale om en offentligt støttet kontrakt. Som følge heraf vil tilbudsloven og udbudslovens afsnit IV og V ikke finde anvendelse forsyningskontrakter, der ikke indgås af ordregivere i udbudslovens forstand eller udbydere i tilbudslovens forstand. Når offentlige virksomheder og virksomheder ikke er omfattet af udbudsloven og tilbudsloven, rejser det spørgsmålet, om de er forpligtet af traktatens principper, når der er tale om kontrakter med klar grænseoverskridende interesse.

I forhold til vurderingen er flere forhold relevante.

Indledningsvis kan det konstateres, at medlemsstaterne er forpligtet til at overholde traktatens principper. Begrebet ”medlemsstat” skal fortolkes bredt i vurderingen af, hvorvidt en ordregiver er forpligtet til at overholde traktatens principper.

Dernæst har EU-Domstolen i Wall-sagen (C-91/08) opstillet to kriterier for, at virksomheder er omfattet af traktatens principper. Den konkrete sag angik en koncessionskontrakt, og EU-Domstolen fastslog, at en virksomhed er omfattet af traktatens principper, hvis 1) den berørte virksomhed er under effektiv kontrol af staten eller af en anden offentlig myndighed (kontrolkriteriet), og 2) hvis virksomheden ikke befinder sig i en konkurrencesituation på markedet (konkurrencekriteriet). I den konkrete sag konstaterede EU-Domstolen, at kravet om effektiv kontrol ikke var opfyldt, da den

offentlige myndighed ikke udøvede afgørende indflydelse på virksomheden. EU-Domstolen nåede frem til denne konklusion, selv om den offentlige myndighed ejede 51 % af virksomheden, og selv om den offentlige myndighed havde ret til at foreslå en kandidat til posten som formand for virksomhedens bestyrelse (en post, hvis stemme ville være udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed). I den konkrete sag krævede vedtagelse af beslutninger på generalforsamlingen tre fjerdedeles flertal, og som følge heraf var den offentlige myndigheds kontrol ikke tilstrækkelig til at opfylde kravet om effektiv kontrol.¹ I forhold til konkurrencekriteriet fremgår det af sagen, at virksomheden udøvede sine aktiviteter i fri konkurrence på markedet og hentede en væsentlig del af sine indkomster fra aktiviteter med andre offentlige myndigheder og med private virksomheder. Som følge heraf konstaterede EU-Domstolen, at konkurrencekriteriet heller ikke var opfyldt i den konkrete sag.

Europa-Kommissionen har også udtalt sig om problemstillingen. I fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/2) vedrørende kontrakter uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde anfører Europa-Kommissionen, at ”ordregivere fra medlemsstaterne skal overholde EF-traktatens regler og principper, når de indgår offentlige kontrakter, som falder ind under traktatens anvendelsesområde.”²

I denne forbindelse anfører Europa-Kommissionen i en note i fortolkningsmeddelelsen, at ”ordregivere” skal forstås som både ordregivende myndigheder i udbudsdirektivets forstand og som ordregivere i artikel 2 i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF.³ Hermed præciserer Europa-Kommissionen, at det efter deres opfattelse ikke alene er ordregivere omfattet af udbudsdirektivet, der skal overholde traktatens principper, men også den udvidede kreds af ordregivere, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at denne fortolkningsmeddelelse er offentliggjort før EU-Domstolens dom i Wall-sagen, og derfor er rækkevidden af fortolkningsmeddelelsen behæftet med en vis usikkerhed.

Selve forsyningsvirksomhedsdirektivet tager ikke eksplicit stilling til spørgsmålet, men følgende fremgår af betragtning nr. 3 i præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25): ”for udbud, hvis værdi er la-

¹ Præmis 52 og 53.

² Kommissionens Fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne (2006/C 179/02).

³ Fodnote 4 i Kommissionens Fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne (2006/C 179/02).

vere end de tærskelværdier, kan der henvises til EU-Domstolens retspraksis vedrørende den korrekte anvendelse af reglerne og principperne i TEUF.”

Derudover fremgår det af præambelens betragtning nr. 2, at reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet er nødvendige ”for at sikre virkningen af principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf såsom principperne om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.”

I forhold til såvel præambelbetragtning nr. 2 og 3 er det værd at bemærke, at der ikke sondres mellem forskellige typer af ordregivere.

Europa-Kommissionens fortolkningsmeddelelse og forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel indikerer, at virksomheder, der eksempelvis råder over særlige eller eksklusive rettigheder, er forpligtet af traktatens principper ved indkøb under tærskelværdierne.

I modsætning hertil kan Wall-sagen tages til indtægt for en mere snæver opfattelse af ordregiverbegrebet, således at det alene vil være de virksomheder, der opfylder Wall-kriterierne, der er forpligtet til at overholde traktatens principper.

Wall-sagen vedrørte imidlertid ikke en forsyningskontrakt, men derimod en koncessionskontrakt. Det er derfor usikkert, om principperne fra Wall finder tilsvarende anvendelse på forsyningskontrakter, eller om der er tale om en særlig situation, når en virksomhed råder over særlige eller eksklusive rettigheder.

De modstridende angivelser samt den manglende klare stillingtagen til problemstillingen i retspraksis medfører, at retstilstanden er uafklaret. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse kan EU-Domstolens afgørelse i Wall-sagen (C-91/08) medføre, at det vil være en konkret vurdering, hvorvidt en specifik privat virksomhed opfylder betingelserne, herunder om den berørte virksomhed er under effektiv kontrol af staten eller af en anden offentlig myndighed. I denne forbindelse vil vilkårene for tildelingen af den særlige eller eksklusive rettighed være afgørende, idet der kan være konkrete forhold, der vil medføre, at en offentlig myndighed udøver en ”effektiv kontrol” over virksomheden. Der vil dog også være mulighed for, at virksomheder, der er blevet tildelt en særlig eller eksklusiv rettighed i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet, vil være underlagt en ”effektiv kontrol”, hvorfor disse virksomheder altid vil være omfattet af principperne. Denne forståelse vil harmonere med Europa-Kommissionens

fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02). Som tidligere anført er den nuværende retstilstand ikke klar, og denne problemstilling vil som følge heraf skulle afklares i retspraksis.

3) Indkøb uden klar grænseoverskridende interesse

I forhold til forsyningskontrakter vedr. varer og tjenesteydelser uden klar grænseoverskridende interesse finder traktatens principper ikke anvendelse. Som nævnt finder udbudsloven, herunder afsnit V, alene anvendelse for ordregivere, der er omfattet af ordregiverbegrebet i udbudslovens § 24, nr. 28, og derfor finder afsnit V ikke anvendelse for offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder. Udbudslovens afsnit V dækker imidlertid alene over dansk rets almindelige forvaltningsretlige principper, og det kan ikke udelukkes, at offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder, kan være forpligtet på andet grundlag til at overholde principperne. Eksempelvis som en del af vedtægterne eller som et konkret vilkår i forbindelse med tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder. Samme situation gør sig gældende i forhold til tilbudsloven, da offentlige virksomheder og virksomheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder, ikke er omfattet af udbyderbegrebet i § 1, stk. 2, medmindre der er tale om en offentligt støttet kontrakt.