

NOTAT

Ordregiverbegrebet for havne

8. marts 2006

1. Indledning

Danske Havne har anmodet Udbudsportalen.dk i KL om en afklaring af, hvorvidt havne beskrevet i havneloven er omfattet af udbudspligten i EU-udbudsdirektiverne samt nationale udbudsregler samt en gennemgang af, hvad man skal overveje, hvis man er i tvivl om, hvorvidt man er omfattet af udbudspligt.

2. Det retlige grundlag

2.1 Havneloven

Havneloven, lov nr. 326 af 28. maj 1999 om havne, fastlægger hvilke havne, der er erhvervshavne og hvilke betingelser, der gælder for disse havne, herunder hvilke opgaver de må udføre, samt hvordan de kan organiseres.

Erhvervshavne er herefter havne, der anvendes til erhvervmæssig ekspedition af gods, køretøjer, personer og landinger af fisk.

2.1.1 Havnetyper ikke omfattet af notatet

For havne som ikke er omfattet af havneloven § 1 (dvs. som ikke lander fx fisk erhvervmæssigt), vil man skulle foretage en vurdering efter direktivet, for at se, om man opfylder betingelserne for at være omfattet af udbudspligten. Man skal være opmærksom på, at der kan være udbudspligt for denne type havne, hvis betingelserne for at være ordregiver er opfyldt. Dette vil dog ikke blive nærmere gennemgået her, da notatet retter sig til erhvervshavne omfattet af havneloven.



Enkelte virksomheder har en havn tilknyttet deres virksomhed. Det kan fx være tilfældet for kraftværker og lign. Denne havn vil typisk være omfattet af havneloven, men har ikke modtagepligt. Man skal være opmærksom på, at denne type havn også kan være omfattet af udbudspligten, såfremt betingelserne i direktivet er opfyldt. Denne situation vil dog heller ikke blive nærmere gennemgået i dette notat.

2.2 Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder regler om, hvornår og hvordan en ordregivende myndighed skal udbyde en aftale – det være sig aftaler om varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder også en definition af, hvilke myndigheder, offentligtretlige organer og offentlige virksomheder, der betragtes som ordregivere.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet er målrettet opgavevaretagelsen. Det betyder, at det kun er, når man udfører fx havneopgaven, at man er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Udbudsdirektivet – som gælder for kommuner mv. og beskriver procedurer for udbud for andre ordregivere end forsyningsvirksomheder – er ikke relevant for ordregivere, der varetager tilrådighedsstillelse af havne.

2.3 Tilbudsloven

Tilbudsloven indeholder regler om, hvornår og hvordan en ordregivende myndighed skal udbyde aftaler om bygge- og anlægsopgaver.

Definitionen af en ordregivende myndighed i henhold til tilbudsloven er den samme som den i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Tilbudsloven gælder for alle de aftaler om bygge- og anlægsopgaver, som ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet pga. deres værdi. Loven gælder for indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder og for tildeling af ordren.

2.4 Udbudscirkulæret

Finansministeriet har udsendt et cirkulære som omfatter alle statsinstitutioner. Efter cirkulæret skal alle de opgaver, statsinstitutioner

udfører for sig selv med jævne mellemrum i udbud. Udbudspligten gælder for opgaver med en samlet værdi på mere end 500.000 kr.

3. Hvornår er man en ordregivende myndighed?

Ved fastlæggelse af om en havn er omfattet af pligten til at foretage udbud af de aftaler, den ønsker at indgå på vare-, tjenesteydelses- eller bygge- og anlægsområdet, skal man se på forsyningsvirksomhedsdirektivets definition af ordregiverbegrebet.

Det er også relevant at se på tilbudsloven, der dog kun gælder bygge- og anlægsopgaver.

3.1 Forsyningsvirksomhedsdirektivets ordregiverbegreb

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder en klar definition af ordregiverbegrebet. Ordregiverbegrebet kan meget overordnet illustreres således:

Ordregiver = Offentlig virksomhed/ordregivende myndighed +
tilrådighedsstillelse af havne

Ordregivere har udbudspligt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet

Man er efter direktivet en ordregivende myndighed, hvis man er staten, en lokal myndighed, et offentligretligt organ eller en sammenslutning bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere sådanne offentligretlige organer. Ligestillet med ordregivende myndigheder er offentlige virksomheder. Det betyder, at både ordregivende myndigheder og offentlige virksomheder skal være opmærksomme på, om de skal gennemføre udbud.¹

Offentligretlige organer er selvstændige juridiske personer, som varetager opgaver af almen interesse, og hvis aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af offentlige midler, er underlagt offentlig kontrol, eller får udpeget mindst halvdelen af medlemmerne i ledelsen af en offentlig myndighed.

Offentlige virksomheder er enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden.

Disse begreber er anvendt og defineret i direktivet, og skal derfor bruges i direktivets betydning – uanset om man nationalt måtte have en anden brug af ordet. Derfor er det heller ikke tilstrækkeligt kun at tage stilling til ovenstående forklaringer – man skal læse direktivets definition.

Når man laver vurderingen af, om man er omfattet af ordregiverbegrebet, skal man derfor vurdere om man er en offentlig myndighed, et offentligretligt organ eller en offentlig virksomhed. Som hjælp til denne vurdering er der til direktivet udarbejdet et bilag IX med en liste over ordregivere, jf. direktivets artikel 8. I dette bilag anføres det, at havne omfattet af havneloven § 1 er ordregivende myndigheder i direktivets forstand.

Er man ikke omfattet af havneloven, skal man selv foretage vurderingen af, om man er en ordregivende myndighed efter direktivets artikel 2.

3.2 Tilbudslovens ordregiverbegreb

Da definitionen af ordregivende myndighed er den samme i tilbudsloven som i forsyningsvirksomhedsdirektivet, vil erhvervshavne også være omfattet af tilbudslovens ordregiverbegreb.

Tilbudsloven gælder for indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder og for tildeling af ordren. De kontrakter, der er undtaget fra udbudspligten i forsyningsvirksomhedsdirektivet er ligeledes undtaget fra tilbudsloven (fx hemmelige kontrakter, koncessionsaftaler og kontrakter, der indgås i henhold til internationale udbudsregler).

3.3 Udbudscirkulærets ordregiverbegreb

Udbudscirkulæret opererer ikke med et ordregiverbegreb på samme måde som forsyningsvirksomhedsdirektivet og tilbudsloven. Udbudscirkulæret fastslår alene, at det gælder for alle statsinstitutioner. Cirkulæret vil derfor ikke blive nærmere gennemgået, da der ikke er samme vanskeligheder forbundet med at få fastslået om en opgave er udbudspligtig i henhold til cirkulæret, som det er tilfældet med forsyningsvirksomhedsdirektivet og dermed også tilbudsloven.

4. Hvornår indtræder udbudspligten?

Udbudspligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og tilbudsloven kræver, at man er ordregiver. Den kræver derimod ikke, at man er ordregivende

myndighed eller offentlig virksomhed. Det skyldes, at forsyningsvirksomhedsdirektivet – og dermed også tilbudsloven – har en definition af udbudspligt som er opgaveafhængig.

Da tilbudsloven følger forsyningsvirksomhedsdirektivets definition af, hvornår udbudspligten indtræder, vil alene forsyningsvirksomhedsdirektivet blive gennemgået.

Der er to muligheder for at blive omfattet af udbudspligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet:

4.1 Ordregivende myndighed eller offentlig virksomhed, der varetager havneopgaver

For at være omfattet af udbudspligten efter denne bestemmelse (artikel 2, stk. 2, litra a), skal man være ordregiver. En ordregiver er

1. en ordregivende myndighed eller offentlig virksomhed, som
2. udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7 i direktivet (herunder ”tilrådighedsstillelse af lufthavne, søhavne eller havne ved indre vandveje eller andre transportterminaler for transportvirksomheder, der opererer til vands eller i luften”). Direktivet definerer ikke ”tilrådighedsstillelse”. Der er således ikke taget stilling til om tilrådighedsstillelse kræver at havnen har modtagepligt.

Er disse betingelser opfyldt, er man **omfattet af udbudspligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet**, når man vil købe varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver.

Det kan illustreres således:

Ordregiver = Offentlig virksomhed/ordregivende myndighed + tilrådighedsstillelse af havne
--

Ordregivere har udbudspligt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet

4.2 Ikke ordregivende myndighed eller offentlig virksomhed, der varetager havneopgaver og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder

For at være omfattet af udbudspligten efter denne bestemmelse (artikel 2, stk. 2, litra b), skal man også være ordregiver. Denne bestemmelse vedrører

de havne, der ikke er en ordregivende myndighed eller en offentlig virksomhed.

Man er efter bestemmelsen ordregiver, hvis man

1. ikke er ordregivende myndighed eller offentlig virksomhed, men
2. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7 i direktivet, og
3. råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

Artikel 7 omhandler blandt andet "tilrådighedsstillelse af lufthavne, søhavne eller havne ved indre vandveje eller andre transportterminaler for transportvirksomheder, der opererer til vands eller i luften". Direktivet definerer ikke "tilrådighedsstillelse". Der er således ikke taget stilling til om tilrådighedsstillelse kræver at havnen har modtagepligt.

Ved "særlige eller eksklusive rettigheder" forstås rettigheder,

1. som følger af en **tilladelse**,
2. der er **meddelt af en kompetent myndighed** i henhold til en lov eller administrativ bestemmelse, og
3. som tager sigte på at **forbeholde en eller flere virksomheder at udøve** en af de **aktiviteter**, der er omhandlet i artikel 3-7 i direktivet, og dermed
4. i væsentlig grad **påvirker andre virksomheders muligheder for at udføre den pågældende aktivitet**.

Er disse betingelser opfyldt, er man **omfattet af udbudspligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet**, når man vil købe varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver.

Det kan illustreres således:

Ordregiver = Ikke offentlig virksomhed/ordregivende myndighed + tilrådighedsstillelse af havne + særlige eller eksklusive rettigheder
--

Ordregivere har udbudspligt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet

4.4 Er der udbudspligt for alle kontrakter uanset værdi?

EU-udbudspflicht indtræder kun, hvis man har vare- eller tjenesteydelsesaftaler, der har en værdi på mere end ca. 3,1 mio. kr. – også kaldet tærskelværdien for EU-udbud.

EU-udbudspflicht for bygge- og anlægsopgaver indtræder når en aftale har en samlet værdi på mere end ca. 39 mio. kr.

Disse tærskelværdier gælder alene for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Tilbudsloven har ikke nogen minimumsgrænse for udbudspflicht. Dog er det muligt at indhente underhåndsbud for kontrakter med en samlet værdi på mindre end 3 mio. kr.

Statens udbudscirkulære gælder for aftaler med en samlet værdi på 500.000 kr. og over.

Tilbudsloven og udbudscirkulæret gælder således for kontrakter, der har en samlet værdi under tærskelværdien for EU-udbud.

4.5 Konklusion vedrørende udbudspflicht

Alle havne omfattet af havneloven § 1 (erhvervshavne) er omfattet af ordregiverbegrebet efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og tilbudsloven, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet bilag IX, jf. artikel 8. Der skelnes ikke her mellem om havnen har modtagepligt eller ej.

Havne som ikke er omfattet af havneloven § 1 kan være omfattet af ordregiverbegrebet og dermed udbudspflichten. I disse tilfælde skal der foretages en konkret vurdering af, om havnen er omfattet af ordregiverbegrebet som gennemgået i afsnittene 4.1 eller 4.2.

EU-udbud skal ske, når man ønsker at indgå aftaler, der har en samlet værdi over tærskelværdien for EU-udbud. For andre aftaler skal man se på, om de vil være omfattet af udbudspflichten efter udbudscirkulæret eller tilbudsloven.

5. Hvad indebærer udbudspflichten?

Udbudspflichten betyder, at ordregivere skal følge en række procedureregler, når de udbyder deres kontrakter.

5.1 Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder bl.a. procedureregler for

1. hvordan man skal offentliggøre, at man ønsker at indgå en aftale,
2. hvilke aftaletyper der kan benyttes og hvordan,
3. hvordan man beregner værdien af en aftale,
4. hvordan man beskriver tekniske specifikationer,
5. hvilke udbudsprocedurer, der er til rådighed (offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling),
6. tilbudsfrister,
7. valg af kvalificerede virksomheder, og
8. tildeling af aftalen (økonomisk mest fordelagtige tilbud eller laveste pris).

5.2 Tilbudsloven

Udbudspligten efter tilbudsloven betyder, at man ikke kan indgå aftaler om bygge- og anlægsarbejder, med mindre man har fulgt procedurerne i tilbudsloven. Der er ikke nogen mindsteværdi for aftaler omfattet af tilbudsloven.

Tilbudsloven indeholder bl.a. procedureregler for:

1. tilbudsfrister,
2. offentlig og begrænset licitation,
3. tildelingskriterier, og
4. underhåndsbud (kontrakter med en værdi under 3 mio. kr.

Udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet kan tage længere tid end udbud efter tilbudsloven. Det skyldes, at der i direktivet er fastsat mindstekrav til det antal dage, tilbudsgiver skal have til at afgive tilbud. I tilbudsloven er der kun krav til, at tilbudsfristen skal være rimelig set i forhold til opgaven.

Uanset om man laver udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet eller tilbudsloven er kontrol af udbudenes lovlighed underlagt Klagenævnet for Udbuds kompetence. Det betyder, at tilbudsgivere mv. kan klage, hvis de fx mener, reglerne ikke er overholdt eller der skulle have være foretaget udbud efter nogle andre regler end de, der er brugt.

5.3 Udbudscirkulæret

Udbudscirkulæret indeholder bl.a. procedureregler for hvordan man sikrer offentlighed omkring aftaleindgåelsen og hvordan man afgiver eget bud på opgaven.

6. Traktatens regler og udbud

Uanset man ikke er omfattet af udbudsregler, skal man huske, at EF-Traktaten omfatter alle aftaler – også de, der ikke er udbudspligtige. Der er ikke procedureregler i EF-Traktaten, men alene principper om gennemsigtighed, proportionalitet, ikke-diskrimination og ligebehandling.

ⁱ Forsyningsvirksomhedsdirektivet, artikel 2

Ordregivere

1. I dette direktiv forstås ved:

a) "ordregivende myndigheder": staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere sådanne offentligretlige organer.

Et organ anses for offentligretligt, hvis:

- dets opgave er at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter,
- det er en juridisk person, og
- dets aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af staten eller de lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, eller dets forvaltning er underlagt disses kontrol, eller hvis staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

b) "offentlig virksomhed": enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.

Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

- besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital
- råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt, eller
- kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan.

2. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

b) der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

3. Ved "særlige eller eksklusive rettigheder" forstås i dette direktiv rettigheder, som følger af en tilladelse, der er meddelt af en kompetent myndighed i den pågældende medlemsstat i henhold til en lov eller administrativ bestemmelse, og som tager sigte på at forbeholde en eller flere virksomheder at udøve en af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, og dermed i væsentlig grad påvirker andre virksomheders muligheder for at udføre den pågældende aktivitet. ”