



Inhouse aftaler i staten

April 2020



Inhouse aftaler i staten

Rådgivningsenheden – Statens indkøb

Landgreven 4
1301 København K
Tlf.: 30 35 28 18
statensindkob.dk

Online ISBN: 87-7956-546-8

Vejledningen er udarbejdet af
Rådgivningsenheden – Statens indkøb

Dato: April 2020

Indhold

1. Indledning	2
2. "Klassisk inhouse"	3
3. Udvidet inhouse	7
3.1 Kontrakter med en enhed, som kontrolleres af ordregiveren	7
3.1.1 Kontrolkriteriet	9
3.1.2 Virksomhedskriteriet	12
3.1.3 Ingen private kapitalandele	14
3.2 "Bottom up" og horisontale inhouse kontrakter	15
3.3 Kontrakter med en enhed, som kontrolleres af flere ordregivere	18
3.3.1 Beslutningstagende organer	19
3.3.2 Fælles bestemmende indflydelse	20
3.3.3 De involverede interesser	21
3.4 Horisontale samarbejdsaftaler	22
3.4.1 Samarbejde om levering af offentlige tjenesteydelser	24
3.4.2 Til formål af almen interesse	26
3.4.3 Begrænsede aktiviteter på det åbne marked	26
3.4.4 Ingen privat leverandør må stilles mere fordelagtigt	28
4. Identifikation af udbudsegnede opgaver	29
4.4.1 Konkurrenceudsættelse	29
4.4.2 Markedsvurdering	30

1. Indledning

Som statslig ordregiver skal du overholde udbudsloven, når du foretager indkøb. Men der kan være situationer, hvor din myndighed vil gøre brug af egne ressourcer til at få løst en opgave. Disse situationer er ikke omfattet af udbudsloven og kaldes "*klassisk inhouse*".

Der kan også være tale om situationer, hvor en opgave skal løses af en enhed, som formelt er udskilt fra din myndighed, men som har sådan en tæt tilknytning til myndigheden, at det svarer til intern opgaveløsning. Kontrakter om løsning af sådanne opgaver er ikke omfattet af udbudslovens regler og kaldes "*udvidet inhouse kontrakter*".

Administrative samarbejdsaftaler mellem flere ordregivere om løsning af fælles opgaver er heller ikke omfattet af udbudsloven, når visse betingelser er opfyldt. Sådanne aftaler gør det muligt for offentlige myndigheder at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab uden at være organiseret i en bestemt retlig form. Den type aftaler går under betegnelsen "*horisontale samarbejdsaftaler*". Sådanne aftaler er også omfattet af det udvidede inhouse begreb.

Det kan i praksis give anledning til tvivl, hvornår der foreligger en situation, hvor inhouse bestemmelserne kan finde anvendelse, og udbudslovens procedureregler derfor ikke skal følges. I denne vejledning giver Rådgivningsenheden en gennemgang af, hvornår der vil være tale om de forskellige typer af inhouse aftaler. Der er nemlig en række betingelser, der skal være til stede, for at inhouse aftalerne kan være undtaget fra at skulle følge udbudslovens regler.

Udbudsloven begrænser ikke de offentlige myndigheders frihed til selv at løse de opgaver, der påhviler dem. Statslige institutioner er dog forpligtet til med passende mellemrum at vurdere samt udbyde opgaver, som kan løses bedst og billigst af eksterne leverandører. Forpligtelsen til at markedsvurdere og konkurrenceudsætte opgaver gennemgås også i denne vejledning.

2. "Klassisk inhouse"

Udbudsloven finder som udgangspunkt anvendelse ved indgåelse af offentlige kontrakter.

Udbudsloven definerer, hvad der skal forstås ved en offentlig kontrakt.¹

Offentlige kontrakter:

"Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser."

En offentlig myndighed kan i den forbindelse også være en økonomisk aktør². Derfor vil kontrakt-tildeling til en offentlig myndighed ikke automatisk indebære, at der ikke er udbudspligt.

Bliver der indgået en aftale mellem to enheder inden for den samme juridiske person, foreligger der ikke en gensidigt bebyrdende kontrakt. Sådanne kontrakter vil derfor ikke være udbudspligtige.³ Dette selv om der anvendes dokumenter, som formelt fremtræder som "kontrakter".

Hele staten betragtes i udbudsretlig forstand som én enhed. Så aftaler om opgaveløsning mellem forskellige myndigheder inden for den statslige forvaltning er ikke omfattet af udbudsloven.⁴ "Den statslige forvaltning" omfatter i denne forbindelse ministerier, departementer, styrelser, direktorater samt råd og nævn.

Kontrakter, som indgås mellem de forskellige myndigheder i staten – både inden for et ressortområde og på tværs af ressortområderne – vil være "klassiske inhouse aftaler" og er dermed ikke udbudspligtige.

Inden for det samme ressortområde kan inhouse kontrakter være vertikale, dvs. mellem en overordnet myndighed og en underordnet myndighed – eller omvendt. Inhouse kontrakter kan også være horisontale, dvs. mellem to sideordnede myndigheder, der er underlagt den samme overordnede myndighed, fx mellem to styrelser underlagt det samme departement.

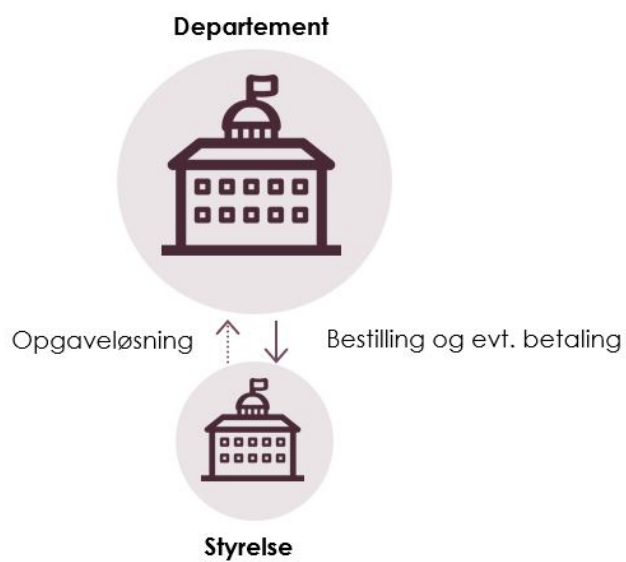
¹ Jf. udbudslovens § 24, nr. 24.

² Se definitionen af en "økonomisk aktør" i udbudslovens § 24, nr. 38.

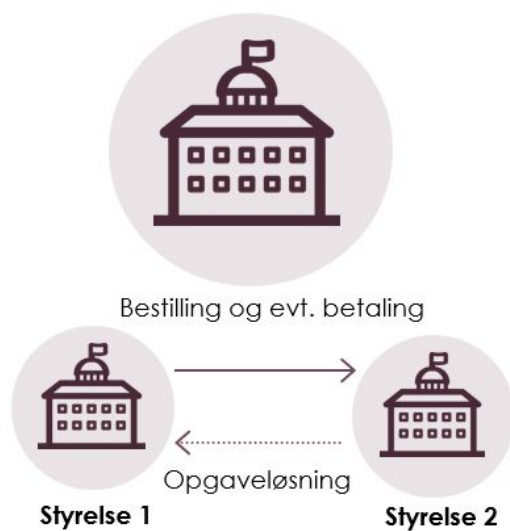
³ Jf. lovbemærkninger til § 24, nr. 24.

⁴ Jf. lovbemærkninger til § 24, nr. 24. Det skal dog bemærkes, at der ikke findes retspraksis, som bekræfter, at staten betragtes som én enhed i udbudsretlig forstand.

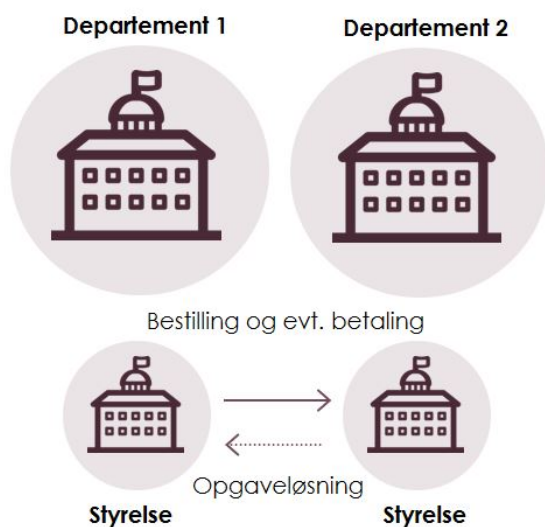
Figur 2.1 – Vertikal inhouse inden for det samme ressortområde



Figur 2.2 – Horisontal inhouse inden for det samme ressortområde



Figur 2.3 – Inhouse kontrakter på tværs af forskellige ressortområder



Infoboks 2.1 – Eksempel

En styrelse køber en analyse

En styrelse skal have udført en analyse hos en anden styrelse, som hører ind under et andet ministerområde. Der er tale om en opgaveløsning mellem forskellige myndigheder inden for den statslige forvaltning. Aftalen om udførelse af analysen vil derfor have karakter af intern opgaveløsning og vil ikke være omfattet af udbudsloven.

Selskaber, der helt eller delvist er ejet af staten, selvejende institutioner og selvstændige offentlige virksomheder er ikke en del af den statslige forvaltning.⁵ Kontrakter mellem en myndighed inden for den statslige forvaltning og en af disse enheder vil derfor være omfattet af udbudsloven, medmindre der er tale om udvidet inhouse.

⁵ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 24, nr. 24.

Her er det værd at bemærke, at de opgaver, som et statsligt selskab eller en selvstændig offentlig virksomhed m.v. er blevet pålagt at løse ved lov, ikke er udbudspligtige, idet løsningen af opgaverne ikke sker i henhold til en gensidigt bebyrdende kontrakt.⁶ Fx er DSB, som er en selvstændig offentlig virksomhed, pålagt at drive jernbanevirksomhed ved lov.⁷ DSB's drift af jernbanevirksomhed er dermed ikke i sig selv udbudspligtig.

Infoboks 2.1 – Statslige institutioner

Er uafhængige statslige institutioner en del af den statslige forvaltning?

Visse institutioner er etableret som ”uafhængige statslige institutioner” som fx Det Nationale Forsknings- og Analysecenter for Velfærd (VIVE) eller som ”selvstændige statsinstitutioner” som fx Domstolsstyrelsen. Det afgørende for, om sådanne institutioner skal betragtes som en del af den statslige forvaltning, er, om de er udskilt som en selvstændig juridisk person.

Såfremt ”uafhængigheden” i betegnelsen alene går på den faglige virksomhed, som den pågældende institution udfører, og institutionen ellers er underlagt de samme regler, som gælder for de øvrige statslige institutioner, kan enheden ikke anses for at være udskilt som en selvstændig juridisk person.

⁶ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 24, nr. 24.

⁷ Lovbekendtgørelse nr. 574 af 7. maj 2019.

3. Udvidet inhouse

Som tidligere nævnt forudsætter ekstern opgaveløsning som udgangspunkt, at der gennemføres et udbud af en kontrakt vedrørende den pågældende opgaveløsning. Det indebærer, at en statslig ordregiver som regel skal følge udbudslovens procedureregler ved indgåelse af en kontrakt med en kommune, region eller en institution m.v., som er udskilt fra den statslige forvaltning.

Der kan dog være så tæt tilknytning mellem den statslige ordregiver og den enhed, som skal løse opgaven, at situationen kan sidestilles med en intern opgaveløsning hos ordregiveren. Sådanne aftaler betegnes som ”udvidet inhouse” og er under en række nærmere betingelser, som gennemgås i afsnit 3.1 – 3.3, ikke omfattet af udbudsloven.

Derudover er *horisontale samarbejdsaftaler* mellem forskellige ordregivere om udførelsen af en offentlig tjenesteydelse, fx mellem en styrelse og en region, ikke omfattet af udbudsloven, hvis en række nærmere betingelser er opfyldt. Betingelserne gennemgås i afsnit 3.4.

3.1 Kontrakter med en enhed, som kontrolleres af ordregiveren

Når en ordregiver tildeler en kontrakt til en selvstændig juridisk person, som kontrolleres af ordregiveren, er kontrakten ikke nødvendigvis omfattet af udbudsloven.

Infoboks 3.1 – Betingelser for udvidet inhouse

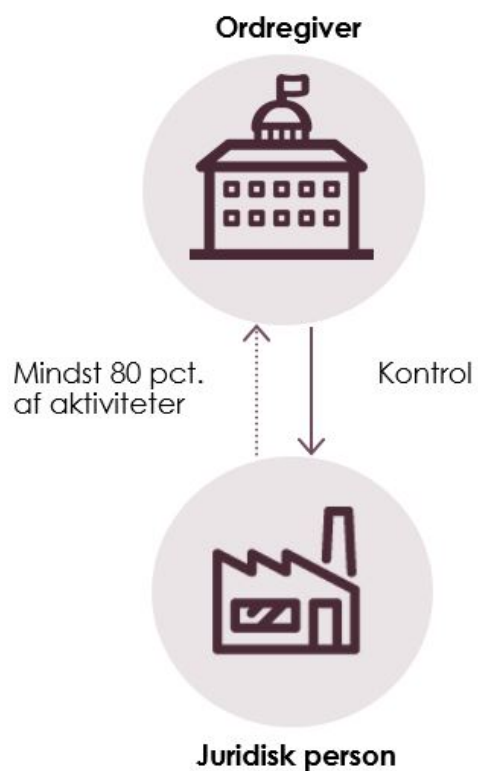
Hvornår vil en kontrakt, som en ordregiver tildeler en juridisk person, som kontrolleres af ordregiveren, ikke være omfattet af udbudspligten?

En kontrakt, som tildeles den kontrollerede juridiske person, vil ikke være omfattet af udbudsloven, når:

- 1) Ordregiveren kontrollerer den juridiske person på en måde, der svarer til den kontrol, som ordregiveren fører med sine egne organisatoriske enheder (kontrollkriteriet).
- 2) Mere end 80 pct. af den juridiske persons aktiviteter udføres for ordregiveren eller for andre juridiske personer, som kontrolleres af ordregiveren (virksomhedskriteriet).
- 3) Der ikke er nogen direkte private kapitalandele i den juridiske person med undtagelse af de kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivning, og som ikke medfører afgørende indflydelse på den juridiske person.

Alle tre betingelser skal være opfyldt for, at en kontrakt mellem ordregiveren og den juridiske person falder uden for udbudsloven.

Figur 3.1 – Udvidet inhouse



Der kan fx være tale om udvidet inhouse, for så vidt angår de kontrakter, som tildeles statslige selskaber eller selvstændige offentlige virksomheder, der ejes af staten, såfremt betingelserne for udvidet inhouse er opfyldt.

Infoboks 3.2 – Eksempel

Indkøb af analyse fra en selvstændig offentlig virksomhed

En styrelse ønsker at få udarbejdet en analyse om eksportbarrierer af en selvstændig offentlig virksomhed, som er 100 pct. ejet af staten. Den selvstændige offentlige virksomheds aktiviteter er fastlagt ved lov. Virksomheden udfører samtlige af sine aktiviteter for Erhvervsministeriet. Erhvervsministeriet har i øvrigt også bestemmende indflydelse på virksomhedens væsentlige beslutninger som fx fastlæggelse af strategi og besættelse af ledende poster, ligesom virksomheden er afskåret fra at påtage gældsforpligtelser over 500.000 kr. uden Erhvervsministeriets godkendelse.

En styrelses indkøb af analysen fra den selvstændige offentlige virksomhed vil være omfattet af udvidet inhouse, da såvel virksomhedskriteriet, kontrolkriteriet og krav om ingen private kapitalandele må anses for at være opfyldt i den pågældende situation. Kontrakten om analysen vil således ikke være udbudspligtig.

Når der skal foretages en vurdering af udvidet inhouse ved kontrakttildelelse til statslige selskaber, selvejende institutioner og selvstændige offentlige virksomheder, er det ikke afgørende, hvilket ministerområde den pågældende enhed formelt ejes af, da staten som tidligere nævnt betragtes som én enhed i udbudsretlig henseende. Hvis samtlige betingelser for udvidet inhouse ellers er opfyldt, kan der også være tale om udvidet inhouse, hvis kontrakttildelelsen fx sker fra en styrelse til et statsligt selskab – selv om styrelsen hører ind under et andet ministerområde end det, der formelt udøver bestemmende indflydelse på det statslige selskab.

3.1.1 Kontrolkriteriet

For at kunne vurdere, om kontrolkriteriet er opfyldt, skal det fastlægges, om ordregiveren udøver bestemmende indflydelse på inhouse enhedens strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger.⁸ Her ses på, om ordregiveren har indflydelse på forhold som strategiudformning, budgetlægning, ansættelse af ledende medarbejdere samt andre forhold af væsentlig betydning for enhedens virke og drift. Det vil være tilstrækkeligt for opfyldelse af kontrolkriteriet, hvis den kontrollerede enhed kun kan træffe sådanne væsentlige beslutninger med godkendelse fra ordregiveren.

Bestemmende indflydelse skal fastslås på baggrund af forholdet mellem ordregiver og den kontrollerede juridiske person samt de faktiske omstændigheder. Nedenstående vurderingsmomenter kan fx tages i betragtning. Der er ikke tale om en udtømmende liste af relevante vurderingsmomenter. Der kan således også være andre forhold, som kan være af betydning i forhold til at fastslå, om ordregiveren udøver den nødvendige kontrol med den juridiske person.

Der skal foretages en samlet vurdering af forholdet mellem ordregiveren og den juridiske person, og det vil afhænge af en konkret vurdering, om de nedenstående vurderingsmomenter er relevante, og hvilken vægt de i så fald skal tillægges.

⁸ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 12.

Relevante lovbestemmelser

Dette vurderingsmoment kan være relevant, hvis forholdet mellem ordregiver og enheden er reguleret ved lov. Det kan være fastslået i relevante lovbestemmelser, at ordregiver udøver bestemmende indflydelse over den kontrollerede juridiske person.

Ejerforholdene

Jo større ordregivers ejerandel af den kontrollerede virksomhed er, jo mere taler det for, at kontrolkriteriet er opfyldt. Ejerforholdene i sig selv er imidlertid ikke altid tilstrækkelige til, at kontrolkriteriet er opfyldt. Hvis bestyrelsen eller det ledende organ i et kapitalsselskab har meget vide beføjelser på bekostning af den ejende myndighed, kan det føre til, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt.⁹

Infoboks 3.3 – Eksempel

Kontrolkriteriet var ikke opfyldt på trods af 100 procent ejerskab

Kontrolkriteriet var ikke opfyldt i en situation, hvor en kommune ejede et aktieselskab 100 pct., men hvor bestyrelsen i selskabet havde betydelige beføjelser, således at kommunen på trods af ejerskabet ikke i praksis udøvede den nødvendige driftsmæssige kontrol.

De beføjelser, som bestyrelsen i den pågældende situation havde i medfør af selskabets vedtægter, var en fuldmagt til at foretage enhver handling, som bestyrelsen fandt nødvendig til gennemførelsen af selskabets formål, herunder at stille en betydelig økonomisk sikkerhed eller gennemføre andre transaktioner uden forudgående godkendelse fra generalforsamlingen.

Note: Jf. EU-Domstolens dom af 13. oktober 2015 i sag C-458/03, Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG

Vedtægter for den juridiske person

Ordregivers indflydelse kan være fastsat i vedtægterne for den kontrollerede enhed. Vedtægterne kan således gennemgås med henblik på at fastslå, hvilken indflydelse ordregiveren har.

Medlemmer af bestyrelsen eller det ledende organ

Hvis medlemmer af bestyrelsen eller det ledende organ hos den kontrollerede enhed udpeges af eller repræsenterer ordregiveren, vil det tale for kontrolkriteriets opfyldelse.

Beføjelser for bestyrelsen eller det ledende organ

Det taler for opfyldelse af kontrolkriteriet, hvis bestyrelsens eller det ledende organs beføjelser for at udøve indflydelse er indskrænkede i forhold til ordregiverens. Dette kan fx være ved, at bestyrelsen ikke kan træffe væsentlige beslutninger eller stille betydelige økonomiske garantier uden den kontrollerende ordregivers godkendelse.

⁹ Jf. EU-Domstolens dom af 13. oktober 2015 i sag C-458/03, *Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG* (Parking Brixen-dommen) samt EU-Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, *Cabotermo SpA mod Comune di Busto Arsizio* (Cabotermo-dommen).

Hvis beføjelserne omvendt er betydelige, vil det tale imod opfyldelse af kriteriet (se ovenstående eksempel i boks 3.3).

I situationer, hvor den kontrollerede juridiske person er en offentlig myndighed, som ikke udfører virksomhed af erhvervmæssig karakter af noget bemærkelsesværdigt omfang – fx fordi den kontrollerede enhed er et andelsselskab med udelukkende offentlige myndigheder som andelshavere – kan bestyrelsens beføjelser dog være betydelige, uden at det medfører, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt.

Infoboks 3.4 – Eksempel

Kontrolkriteriet var opfyldt på trods af vide beføjelser for bestyrelsen

Kontrolkriteriet var opfyldt i en situation, hvor bestyrelsen i den påståede inhouse enhed havde betydelige beføjelser. Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at enheden var ejet udelukkende af de deltagende kommuner (der var tale om et andelsselskab med alene kommuner som andelshavere), der ikke havde erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, og hvis formål var udførelsen af en public-service-opgave.

Note: EU-Domstolens dom af 13. november 2008 i sag C-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale.

Ordregiverens tilsyn med den juridiske person

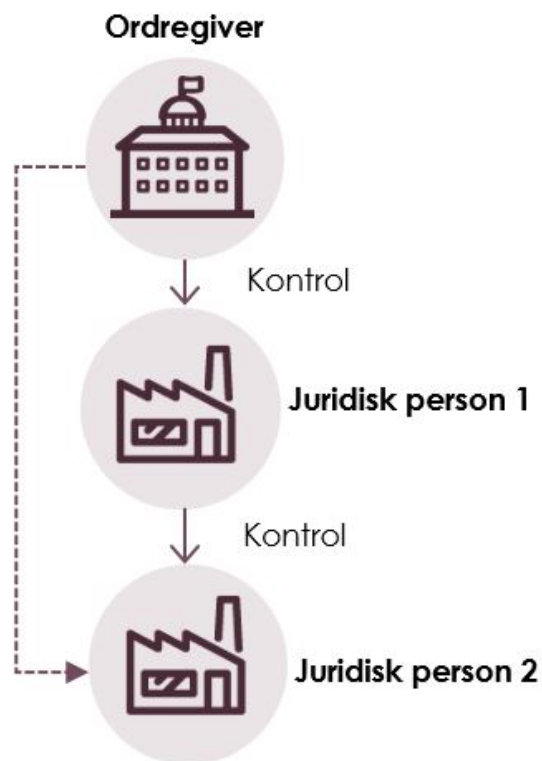
Hvis ordregiveren er pålagt at føre tilsyn og har reelle sanktionsmuligheder over for den kontrollerede enhed, vil det tale for kontrolkriteriets opfyldelse.

3.1.1.1 "Indskudt" enhed

Kontrolkriteriet kan også være opfyldt i situationer, hvor en anden enhed, der kontrolleres af ordregiveren, udøver en bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger hos den enhed, som ordregiveren ønsker at tildele kontrakten, dvs. i tilfælde af "indskudt" kontrolled.¹⁰

¹⁰ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 12, nr. 1.

Figur 3.2 – Inhouse med ”indskudt” kontrolled



I de situationer, som er illustreret i figur 3.2, kan ordregiveren tildele en kontrakt til ”Juridisk person 2” uden forudgående udbudspligt, såfremt kontrolkriteriet er opfyldt fra ordregiveren til den indskudte ”Juridiske person 1” og fra den indskudte ”Juridiske person 1” til den ”Juridiske person 2”, dvs. i begge led. Hvis der fx er tale om en situation, hvor staten ejer 100 procent af et statsligt moder-aktieselskab, som ejer 100 procent af et datterselskab, vil kontrakter, som et ministerium tildeler datterselskabet, således kunne være omfattet af det udvidede inhouse.

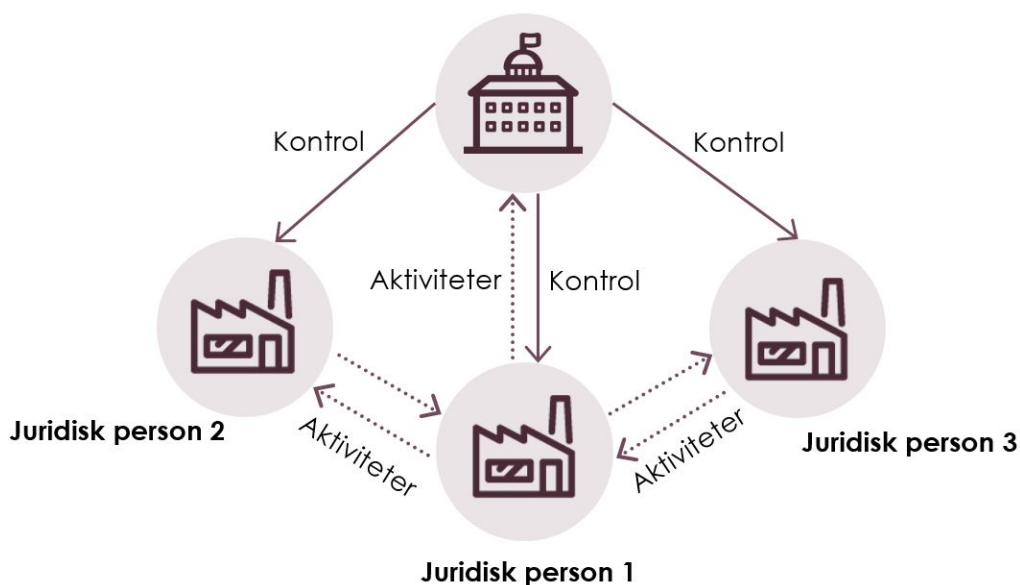
3.1.2 Virksomhedskriteriet

Den anden betingelse, der skal være til stede, for, at der er tale om udvidet inhouse, er, at den enhed, som skal have kontrakten tildelt, udfører hovedparten af sin virksomhed for ordregiveren. Det betyder, at inhouse enheden hovedsageligt skal udføre de aktiviteter, som er blevet tildelt enheden af den kontrollerende ordregiver. Enhver anden aktivitet – dvs. aktivitet, som ikke er tildelt af den kontrollerende ordregiver – må kun være af uvæsentlig karakter.

Det er en forudsætning, at over 80 procent af inhouse enhedens samlede aktiviteter kommer fra opgaver, som er blevet pålagt af den kontrollerende ordregiver. I vurderingen af de 80 procent skal alle faktiske omstændigheder tages med i betragtningen, herunder såvel indholdet og omfanget af de aktiviteter, som udføres for andre end den kontrollerende ordregiver.

Enheden må gerne – foruden at løse opgaver for den kontrollerende ordregiver – løse opgaver for andre enheder, som kontrolleres af den samme ordregiver. Der vil således heller ikke være udbudspligt i de situationer, som fremgår af figur 3.3.

Figur 3.3 – Inhouse situationer, hvor ordregiver kontrollerer flere enheder



Opgaver, som enheden løser for andre enheder, som kontrolleres af den samme ordregiver, skal medregnes i de 80 procent.

"Enhedens samlede aktiviteter":

Ved enhedens samlede aktiviteter skal forstås alle de opgaver, som enheden udfører – uanset om de angår udførelse af bygge- og anlægsydelser, tjenesteydelser eller levering af varer, og uanset om betaling kommer fra ordregiveren eller fra brugerne af ydelsen, fx i tilfælde af koncessioner.¹¹

Når procentdelen af aktiviteterne opgøres, skal der tages hensyn til den juridiske persons samlede omsætning, for så vidt angår tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder i de seneste tre år forud for tildeling af kontrakten. Hvis enheden ikke registrerer omsætningen, kan andre passende indikatorer for aktivitet anvendes, som fx afholdte omkostninger.¹²

¹¹ Jf. Carbotermo-dommen, præmis 67.

¹² Jf. udbudslovens § 16, stk. 1.

Hvis oplysninger om omsætningen eller indikatorer enten ikke foreligger eller ikke er relevante – fx fordi den juridiske person er nyetableret, er blevet omorganiseret m.v. – er det tilstrækkeligt at påvise sandsynligheden af, at omfanget af aktiviteterne kan realiseres.¹³ Dette kan navnlig ske i form af fremskrivning af forretningsplaner.¹⁴

3.1.3 Ingen private kapitalandele

Der må som udgangspunkt ikke være direkte private kapitalandele i den juridiske person, som ordregiver yder kontrol over. Det betyder, at en privat virksomhed ikke må eje aktier i enheden. Dette er tilfældet, selv om en privat virksomheds andel kun er en minoritetsandel.¹⁵

Denne betingelse udspringer af, at ordregivende myndigheder styres af hensyn og krav, som tjener almene formål. Private investeringer styres derimod af hensyn, som tjener private interesser. Derudover vil de deltagende private virksomheder få en konkurrencefordel frem for andre virksomheder.

Såfremt den juridiske person på sigt kan få privat kapitaldeltagelse, fx som følge af en bestemmelse i vedtægterne om, at privat kapitaldeltagelse er tilladt, er det som udgangspunkt relevant at se på tidspunktet for tildeling af kontrakten. Hvis den juridiske person på tidspunktet for tildeling af kontrakten fuldt ud ejes af offentlige myndigheder, kan åbning for potentiel kapital fra private investorer kun tages i betragtning, hvis der konkret er udsigt til, at private investeringer er snarligt forestående.¹⁶ Dette kan fx være tilfældet, hvor der foregår forhandlinger med private parter om en forestående investering på tidspunktet for kontraktens indgåelse.

Såfremt der indgås en inhouse kontrakt med en juridisk person, som på tidspunktet for kontraktens indgåelse alene ejes af offentlige myndigheder, og der i løbet af denne kontrakts varighed foretages private investeringer i inhouse enheden, vil den private kapitaldeltagelse medføre en ændring af den pågældende kontrakts grundlæggende elementer, som gør det nødvendigt at afholde en udbudsprocedure.¹⁷ Senere privat kapitaldeltagelse kan således betyde, at den pågældende inhouse kontrakt ikke kan opretholdes. Ordregiverne bør derfor sikre, at der ikke sker privat kapitaldeltagelse i den juridiske person i hele inhouse kontraktens løbetid.

¹³ Jf. udbudslovens § 16, stk. 2.

¹⁴ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 12.

¹⁵ Jf. EU-Domstolens dom af 11. januar 2005 i sagen C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (Stadt-Halle-dommen), præmis 49.

¹⁶ Jf. EU-Domstolens dom af 21. juli 2005 i sagen C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) mod Comune di Cingia de' Botti* (Coname-dommen) og EU-Domstolens dom af 10. september 2009 i sagen C-573/07, *Sea Srl mod Comune di Ponte Nossa* (Sea-dommen).

¹⁷ Jf. Sea-dommen, præmis 53.

Det er dog ikke enhver privat kapitaldeltagelse, der udelukker udvidet inhouse. Privat kapitaldeltagelse er mulig i situationer, hvor en bestemt privat økonomisk aktørs deltagelse i kapitalandelene i enheden for det første er tvungen i henhold til lovgivningen og for det andet, såfremt kapitaldeltagelsen:

- ikke er kontrollerende,
- ikke er blokerende, og
- ikke har afgørende indflydelse på den juridiske persons beslutninger.¹⁸

I Danmark har der endnu ikke været eksempler på, at det har været relevant at inddrage undtagelsen til kravet om, at der ikke må ske privat kapitaldeltagelse.

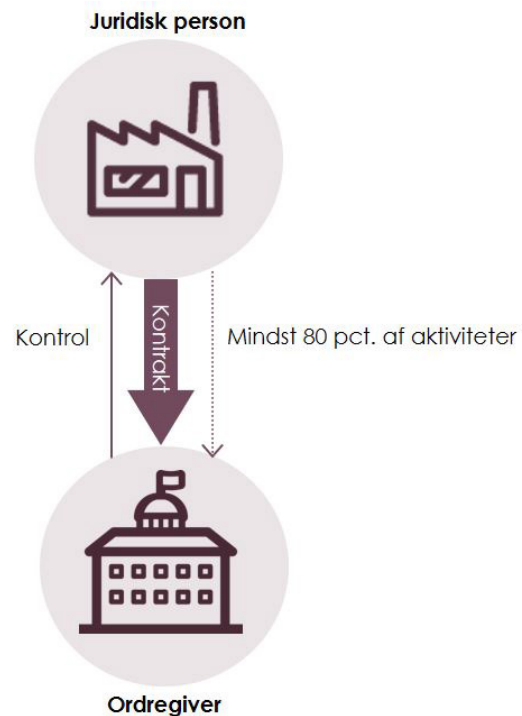
Kravet gælder kun den kontrollerede juridiske person. Den ordregiver, som tildeler kontrakten, kan derimod godt være delvist ejet af en eller flere private virksomheder. Dermed kan offentligretlige organer med privat ejerskab også gøre brug af udvidet inhouse, hvis betingelserne for udvidet inhouse i øvrigt er opfyldt.

3.2 "Bottom up" og horisontale inhouse kontrakter

De såkaldte "bottom up" kontrakter, der tildeles af den kontrollerede juridiske person, som selv er ordregiver, til den kontrollerende ordregiver, er heller ikke udbudspligtige.¹⁹ Der kan fx være tale om en "bottom up" udvidet inhouse kontrakt, hvis et statsligt aktieselskab tildeler en kontrakt til et ministerium.

¹⁸ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 12.

¹⁹ Jf. udbudslovens § 13.

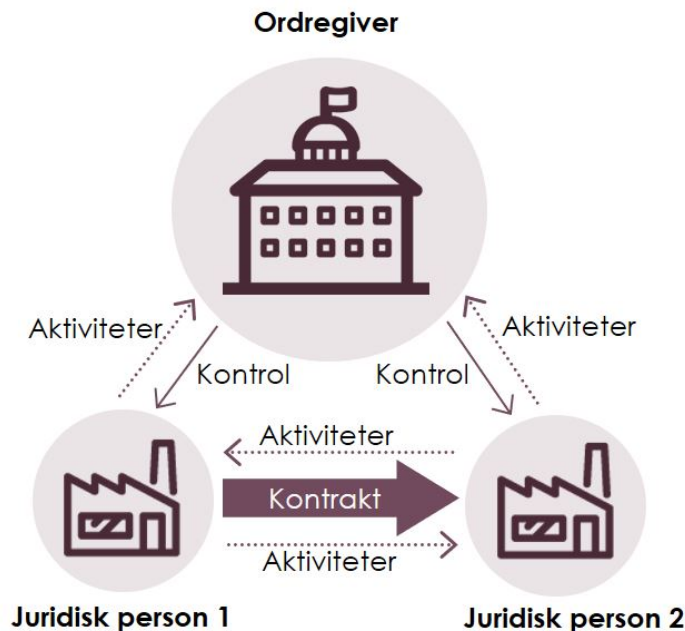
Figur 3.4 – Bottom up inhouse kontrakter

Kontrakttildeling fra den kontrollerede juridiske person til den kontrollerende ordregiver kan ske uden forudgående udbudsprocedure under samme betingelser, som gælder for tildeling af kontrakter fra ordregiveren til den kontrollerede juridiske person. Kontrolkriteriet, virksomhedskriteriet og krav om ingen private kapitalandele, som er gennemgået ovenfor under 3.1, skal således være opfyldt.

Endvidere er kontrakter, som tildeles horisontalt i kontrolkæden til andre juridiske personer, som kontrolleres af den samme ordregiver, heller ikke udbudspligtige.²⁰

²⁰ Jf. udbudslovens § 13.

Figur 3.5 – Horizontal inhouse



En horisontal kontrakttilde­ling mellem to juridiske personer, som kontrolleres af den samme ordregiver, er ikke omfattet af udbudsloven, såfremt kontrolkriteriet, virksomhedskriteriet og krav om ingen private kapitalandele, som er gennemgået ovenfor under 3.1, er opfyldt.

For så vidt angår kontrolkriteriet, skal ordregiveren udøve bestemmende indflydelse på begge enheders strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger. Kriteriet skal således være opfyldt for begge juridiske personer.

Virksomhedskriteriet indebærer, at begge juridiske personer, der ønsker kontrakttilde­ling, skal udføre over 80 procent af deres respektive samlede aktiviteter for ordregiveren eller for andre juridiske personer, som kontrolleres af den samme ordregiver.

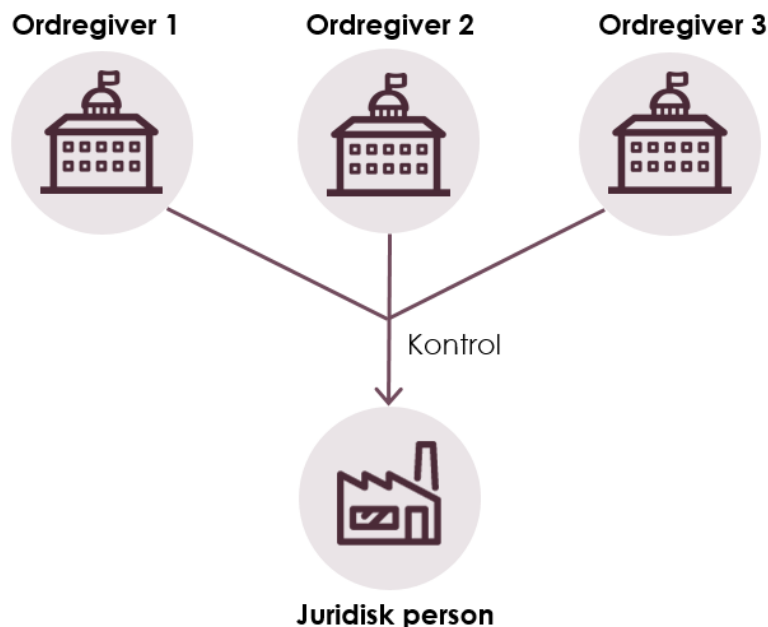
Kravet om ingen private kapitalandele betyder, at der som udgangspunkt ikke må være privat ejerskab hos nogen af de juridiske personer, hvor kontrakttilde­ling skal foregå, medmindre der er tale om ejerskab, som er pålagt ved lov til én bestemt økonomisk aktør, og såfremt de betingelser, der fremgår af afsnit 3.1.3 ovenfor, er opfyldt.

Der kan fx være tale om en horisontal udvidet inhouse kontrakt ved kontrakttilde­ling mellem to statslige aktieselskaber, hvis begge selskaber kontrolleres af staten og udfører mindst 80 procent af sine aktiviteter for staten samt ikke indeholder nogen private kapitalandele.

3.3 Kontrakter med en enhed, som kontrolleres af flere ordregivere

Udbudsloven finder ikke anvendelse i situationer, hvor en ordregiver tildeler en kontrakt til en enhed, som ordregiveren kontrollerer sammen med andre ordregivere.²¹

Figur 3.6 – Fælles inhouse enhed



De praktiske eksempler på fælles kontrollerede inhouse enheder er typisk fra kommuner, fx hvor to kommuner etablerer et fælles selskab med henblik på forbrænding af kommunernes affald.

Det er dog også tænkeligt, at der kan etableres en fælles kontrolleret inhouse enhed inden for staten, fx i en situation, hvor et ministerium i samarbejde med en selvejende institution etablerer et aktieselskab for at løse en bestemt opgave. Kontrakttildeling til dette fælles aktieselskab vil være undtaget fra udbudsloven under de betingelser, som gennemgås i dette afsnit.

De ordregivere, som deltager i den fælleskontrollerede enhed, kan også være offentligretlige organer.²²

Betingelserne for, at der kan ske kontrakttildeling fra en ordregiver til den fælles kontrollerede enhed, er, at kontrolkriteriet, virksomhedskriteriet og krav om ingen private kapitalandele, som er gennemgået ovenfor under 3.1, er opfyldt.

For opfyldelse af virksomhedskriteriet skal det bemærkes, at den kontrollerede enhed skal udføre over 80 procent af sine samlede aktiviteter for de deltagende ordregivere eller for søster-enheder, som kontrolleres af de samme ordregivere.

²¹ Jf. udbudslovens § 14.

²² Jf. udbudslovens § 24, nr. 28 falder offentligretlige organer også ind under definitionen af "ordregiver".

Infoboks 3.5 – Særligt om kontrolkriteriet

Hvornår vil kontrolkriteriet være opfyldt for fælles kontrollerede enheder?

Kontrolkriteriet for fælles kontrollerede enheder vil være opfyldt under følgende betingelser:

- 1) Den kontrollerede enheds beslutningstagende organer skal være sammensat af repræsentanter fra alle de deltagende ordregivere.
- 2) De deltagende ordregivere skal i fællesskab kunne udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede enhed.
- 3) Enheden må ikke varetage interesser, som står i modsætning til de deltagende ordregivers interesser.²³

Alle ovennævnte betingelser skal være opfyldt, for at kravet om fælles kontrol vil være opfyldt.

Betingelserne skal sikre, at ordregiverne tilsammen udfører *effektiv kontrol* med den kontrollerede enhed, så der ikke blot er tale om en proforma-tilslutning til en enhed, som kontrolleres af en anden ordregiver.

Kravet om effektiv kontrol indebærer imidlertid ikke, at en deltagende ordregiver skal have en bestemt minimumsejerandel i den kontrollerede enhed for at kunne tildele kontrakter til enheden uden afholdelse af udbud.²⁴ Selv ordregivere med små ejerandele vil potentielt kunne udføre den påkrævede kontrol over den kontrollerede enhed.

3.3.1 Beslutningstagende organer

Den første betingelse, der skal være til stede for opfyldelse af kontrolkriteriet, er, at den juridiske persons beslutningstagende organer skal være sammensat af repræsentanter fra alle deltagende ordregivere. I en dansk kontekst vil det som regel sige bestyrelsen.

Hvis bestyrelsen i den kontrollerede enhed består af et medlem fra hver af de deltagende ordregivere, vil betingelsen være opfyldt. Betingelsen vil også være opfyldt, hvis hver ordregiver udpeger et bestyrelsesmedlem, som repræsenterer vedkommende ordregiver. De enkelte repræsentanter i bestyrelsen kan også repræsentere flere af de deltagende ordregivere²⁵ eller endda alle de deltagende ordregivere²⁶. Betingelsen kan således også være opfyldt i tilfælde, hvor de deltagende ordregivere i fællesskab udpeger bestyrelsen, således at alle repræsentanter i bestyrelsen repræsenterer alle ordregivere. Det afgørende for opfyldelse af betingelsen er, at alle deltagende ordregivere bliver repræsenteret.

²³ Jf. udbudslovens § 14, stk. 2.

²⁴ Jf. EU-Domstolens dom i C-324/07, *Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle og Région de Bruxelles Capitale* (Coditel-dommen).

²⁵ Jf. lovbemærkninger til § 14.

²⁶ Jf. direktiv 2014/24/EU, art. 12, stk. 3, litra i), som er implementeret i dansk ret ved udbudsloven § 14, stk. 2.

Infoboks 3.6 – Eksempel

Bestyrelsen sammensat af personer fra de deltagende ordregivere

Bestyrelsen i den påståede inhouse enhed var sammensat af repræsentanter fra de deltagende kommuner. Bestyrelsen bestod således af byrådsmedlemmer, borgmestre og viceborgmestre. Sammensætningen af bestyrelsen tydede på, at de tilsluttede kommuner kontrollerede inhouse enhedens besluttende organer i fællesskab.

Note: EU-Domstolens dom af 13. november 2008 i sag C-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale.

3.3.2 Fælles bestemmende indflydelse

Den anden betingelse for kontrolkriteriets opfyldelse er, at ordregivere i fællesskab skal udøve en bestemmende indflydelse på den kontrollerede enheds strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger. Denne betingelse er toledet: 1) ordregivere skal udøve *bestemmende indflydelse* over den kontrollerede enhed og 2) indflydelsen skal udøves *i fællesskab* mellem de deltagende ordregivere.

Vurderingen af, hvorvidt der er tale om *bestemmende indflydelse*, svarer til vurderingen af opfyldelsen af kontrolkriteriet generelt. Ordregiverne skal således i fællesskab have indflydelse på forhold som strategiudformning, budgetlægning, ansættelse af ledende medarbejdere samt andre forhold af væsentlig betydning for enhedens virke og drift. Bestemmende indflydelse skal fastslås på baggrund af forholdet mellem ordregiverne og den kontrollerede enhed samt de faktiske omstændigheder. Der henvises i øvrigt til afsnit 3.1.1 ovenfor til nærmere gennemgang af de vurderingsmomenter, som kan inddrages i forbindelse med vurderingen.

Kravet om *fælles indflydelse* vil være opfyldt, hvis den enkelte deltagende ordregiver kan påvirke den kontrollerede enheds beslutninger. Det betyder ikke nødvendigvis, at alle beslutninger skal træffes ved enstemmighed mellem de kontrollerende ordregivere, men at hver ordregiver skal have mulighed for udøve indflydelse ved fx at stemme.

Vurderingen skal baseres på samtlige retlige og faktiske omstændigheder af såvel indbyrdes forhold mellem de deltagende ordregivere som forholdet mellem de deltagende ordregivere og den kontrollerede juridiske person.

Følgende kan indgå i vurderingen:

- Den gældende lovgivning for oprettelse, ejerskab, drift og kontrakttildeling til enheden, som kontrolleres af ordregivere i fællesskab. Hvis det fx ved lov er bestemt, at alle deltagende ordregivere skal godkende væsentlige beslutninger i den kontrollerede enhed, vil det tale for fælles bestemmende indflydelse.
- Fælles kontrol og tilsyn med den kontrollerede enhed. Hvis der i enhedens vedtægter er fastsat kontrol- og tilsynsmekanismer som fx særlige tilsynsmyndigheder, tekniske udvalg m.v., hvor de deltagende ordregivere er repræsenteret, kan det tale for fælles bestemmende indflydelse.²⁷

Der skal foretages en samlet vurdering af forholdet mellem de deltagende ordregivere og den kontrollerede enhed.

3.3.3 De involverede interesser

Den tredje betingelse handler om interessevaretagelse. Den kontrollerede enhed må ikke varetage interesser, som står i modsætning til de kontrollerende ordregiveres. Betingelsen skal sikre, at enheden ikke agerer markedsorienteret, således at samarbejdet mellem ordregivere ikke fører til konkurrencefordrejning.

Sammensætning af bestyrelsen kan spille en rolle for vurderingen af evt. modstridende interesser. Hvis bestyrelsen i den kontrollerede enhed består af de deltagende ordregivere, vil det tale for, at enheden varetager samme interesser som ordregivere.²⁸

²⁷ Jf. Sea-dommen.

²⁸ Jf. Coditel-dommen. EU-Domstolene udledte i denne sag sammenfaldende interesser ud fra sammenfaldet mellem bestyrelsens medlemmer og ejerne af den juridiske in-house enhed.

Infoboks 3.7 – Eksempel

Fælleskontrolleret inhouse enhed

Et ministerium, en uddannelses- og forskningsinstitution og en region etablerer et aktieselskab, som skal fremme innovation på sundhedsområdet ved at yde teknisk og juridisk støtte til innovative projekter. Ministeriet ejer 40 pct. af selskabet, og uddannelses- og forskningsinstitutionen og regionen ejer hver 20 pct. Der er ingen privat kapitaldeltagelse i selskabet.

Ministeriet, institutionen og regionen har hver udpeget en repræsentant til virksomhedens bestyrelse. Bestyrelsen træffer sine beslutninger ved flertal. Beslutning om, hvilke projekter der skal have støtte, træffes af et teknisk udvalg, som er sammensat af to repræsentanter fra hver ejer.

Det fremgår af selskabets vedtægter, at bestyrelsen skal indhente ejernes samtykke til følgende beslutninger:

- Ansættelse af direktøren og vicedirektører.
- Garantistillelse på over 100.000 kr.
- Fastlæggelse af budget.

Ejerne udarbejder hvert år strategisk rammekontrakt, som fastsætter de strategiske mål for virksomheden.

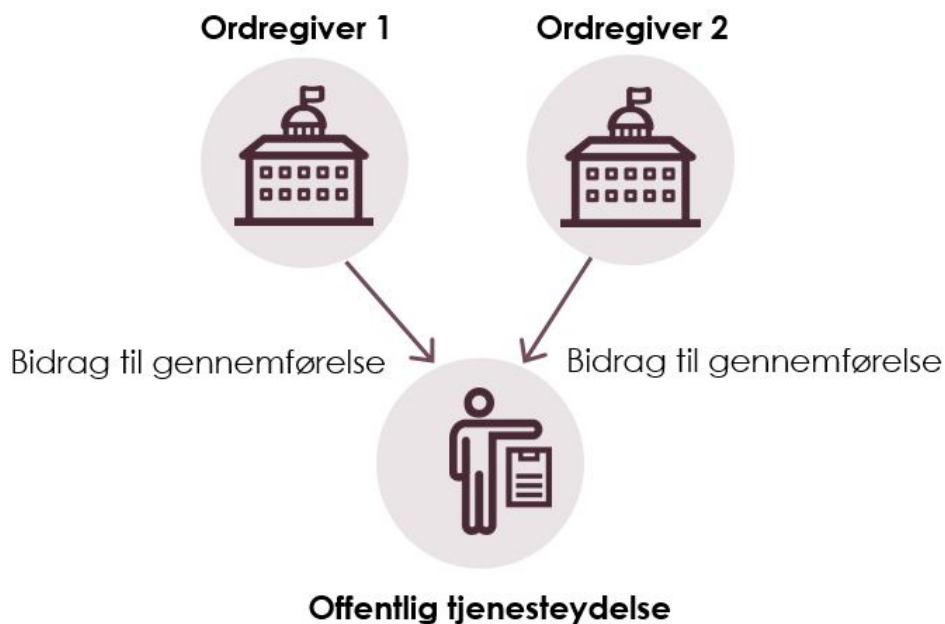
Selskabet udfører udelukkende opgaver for sine ejere.

Kontrakter, som ministeriet tildeler selskabet, vil i den pågældende situation ikke være omfattet af udbudsloven.

3.4 Horisontale samarbejdsaftaler

Ordregivere kan levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab uden at være organiseret i en bestemt retlig form. Kontrakter, som indgås imellem ordregivere om levering af offentlige tjenesteydelser, falder uden for udbudsloven, når visse betingelser er opfyldt.

Figur 3.7 – Horisontale inhouse samarbejdsaftaler mellem flere ordregivere



Horisontale samarbejdsaftaler mellem flere ordregivere er undtaget udbudspligten, når følgende betingelser er opfyldt:

- 1) Kontrakten skal etablere eller gennemføre et samarbejde mellem de deltagende ordregivere med det formål at sikre, at de offentlige tjenesteydelser, som ordregiverne skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger.
- 2) Gennemførelsen af samarbejdet skal udelukkende være underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse.
- 3) Ordregiverne må tilsammen udføre mindre end 20 procent af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, på det åbne marked.²⁹
- 4) Selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af udbudslovens bestemmelser, er der endvidere et krav om, at det horisontale samarbejde ikke må stille private tjenesteydere i en mere fordelagtig situation end konkurrenterne.³⁰

²⁹ Jf. udbudslovens § 15.

³⁰ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 15.

Infoboks 3.8 – Eksempel

Horisontalt samarbejde mellem to kommuner

Et eksempel på horisontalt samarbejde er samarbejdet mellem Randers Kommune og Norddjurs Kommune om en fælles madservice – Madservice Kronjylland. Kommunerne indgik den 29. november 2017 en samarbejdsaftale om produktion og udbringning af mad med henblik på at tilbyde en efter serviceloven lovpligtig madservice til kommunernes borgere med særlige behov. Aftalen blev efterfølgende påklaget til Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet fandt i kendelse af 22. marts 2018, at betingelserne for horisontalt samarbejde var opfyldt, således at aftalen om Madservice Kronjylland ikke var omfattet af udbudsloven.³¹

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2018, Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune.

For statslige ordregivere kan der fx være tale om et horisontalt samarbejde, hvis en styrelse og en selvejende institution indgår en aftale om løsning af en fælles opgave.

3.4.1 Samarbejde om levering af offentlige tjenesteydelser

Betingelsen om samarbejde vedrørende levering af offentlige tjenesteydelser indebærer, at der skal være tale om et *reelt* samarbejde mellem de deltagende ordregivere. Hvis kun én af de deltagende ordregivere udfører opgaven, og de andre alene yder et vederlag, vil der ikke være tale om et reelt samarbejde. Alle de deltagende ordregivere skal bidrage til gennemførelsen af ydelsen, om end det ikke er en forudsætning, at alle bidrager ligeligt.

Det er ikke tilstrækkeligt, at de deltagende ordregivere har til hensigt at samarbejde, fx ved at have en formålsbestemmelse i samarbejdsaftalen, hvis samarbejdsaftalen ellers ikke indeholder nogen konkrete samarbejdsforpligtelser.

³¹ Det skal bemærkes, at Social- og Indenrigsministeriet i november 2019 har underkendt samarbejdsaftalen mellem kommunerne med henvisning til, at samarbejdet ikke var hjemlet i reglerne om kommunalfuldmagt. Det ændrer dog ikke ved den udbudsretlige vurdering af samarbejdet, som blev foretaget af Klagenævnet for Udbud.

Infoboks 3.9 – Eksempel

Aftale om madproduktion angik reelt samarbejde

I det førnævnte eksempel om Madservice Kronjylland stod Randers Kommune for levering af hovedydelsen, nemlig madproduktionen, mod omkostningsgodtgørelse fra Norddjurs Kommune. Kommunerne var hver især ansvarlige for visitation, opstartsbesøg og kostvejledning til modtagerne af ydelsen i egen kommune med løbende indbyrdes koordinering.

Klagenævnet for Udbud fandt, at der var tale om et reelt samarbejde, da Norddjurs Kommunes bidrag ikke alene var omkostningsdækning for madproduktion, men også deltagelse i koordineringen, udvikling af madtilbuddet, fastsættelse af kvalitetskrav, udarbejdelse af fælles information til borgere og medarbejdere, erfaringsopsamling, økonomiske drøftelser og fastlæggelse af arbejds gange via en etableret styregruppe.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2018, Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune.

Infoboks 3.10 – Eksempel

Aftale om affaldshåndtering angik ikke et reelt samarbejde

Affaldsregion Nord I/S og Trekantsområdets Affaldsselskab I/S indgik en samarbejdsaftale om affaldshåndtering. Klagenævnet for Udbud fandt, at der ikke var tale om et reelt samarbejde, da parternes gensidige forpligtelser kun angik levering af affald mod betaling. Undtagelsen om horisontalt samarbejde kunne derfor ikke finde anvendelse.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S.

Ud over kravet om reelt samarbejde skal samarbejdet have til formål at realisere en fælles målsætning. Det betyder, at samarbejdet skal have til formål at gennemføre en offentlig opgave, som alle de deltagende myndigheder skal udføre.

De forskellige deltagende myndigheders ydelser behøver ikke nødvendigvis at være identiske, de kan også være komplementære.³²

³² Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 15.

Infoboks 3.11 – Eksempel Komplementære ydelser

Der etableres et samarbejde mellem en styrelse og en region om gennemførelse af en fælles oplysningskampagne. Styrelsen står for indholdet af kampagnen, og regionen står for gennemførelsen af formidlingsindsatsen og den tekniske løsning. Styrelsens og regionens ydelser vil i sådan en situation være komplementære i forhold til opfyldelsen af den fælles målsætning, dvs. gennemførelsen af oplysningskampagnen.

3.4.2 Til formål af almen interesse

Den anden betingelse vedrører samarbejdets karakter, der skal have et formål af almen interesse. Betingelsen vil være opfyldt, hvis samarbejdet vedrører udførelsen af en fælles public-service-opgave.

Public-service-opgaver kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og opgaver, som de deltagende ordregivere har fået tildelt eller har påtaget sig. Der kan derfor være tale om såvel obligatoriske som frivillige opgaver, som udføres af de deltagende ordregivere.

Public-service-opgaver omfatter også tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer. Fx kan opgaven med at restrukturere og afvikle nødlidende finansielle virksomheder, som er pålagt den selvstændige offentlige virksomhed Finansiell Stabilitet, betragtes som en public-service-opgave.

Det forhold, at der findes et privat marked for den pågældende public-service-opgave, medfører ikke i sig selv, at der ikke er tale om "formål af almen interesse".

Derudover indebærer denne betingelse for samarbejdet, at enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivere udelukkende må være underlagt hensyn af almen interesse, dvs. tjene til realiseringen af samarbejdets formål. Det betyder, at enhver betaling mellem de deltagende ordregivere alene skal svare til omkostningsdækning i forbindelse med udførelsen af opgaven.³³

3.4.3 Begrænsede aktiviteter på det åbne marked

Den tredje betingelse vedrører markedsforhold. De deltagende ordregivere må tilsammen udføre mindre end 20 procent af de aktiviteter, som er omfattet af samarbejdet, på det åbne marked.

³³ Jf. EU-Domstolens dom af 9. juni 2009 i C-480/06, *EU-Kommissionen mod Tyskland*.

”På det åbne marked”:

De aktiviteter, som falder uden for løsningen af den fælles public-service-opgave, skal anses som opgaver, der udføres på det åbne marked. Hvis ordregiverne udfører opgaver for andre end dem selv, vil der således være tale om aktiviteter, som udføres på det åbne marked.

Betingelsen om, at der alene må udføres begrænsede aktiviteter på det åbne marked, skal forhindre, at der sker konkurrenceforvridning, ved at ordregiveren overfører evt. konkurrencefordele ved løsning af inhouse opgaven på evt. aktiviteter fra det åbne marked.

Infoboks 3.12 – Eksempel

Aktiviteter på det åbne marked

Et eksempel på aktiviteter, der udføres ”på det åbne marked”, kan være kommunal affaldsforbrænding, hvor de samarbejdende ordregivere også tilbyder affaldsforbrænding på det private marked ud over den lovpligtige opgave. I sådanne tilfælde skal den markedsorienterede aktivitet være på under 20 pct. for at undtagelsen om horisontalt samarbejde kan anvendes.

Ved fastsættelse af procentdelen af aktiviteterne skal der tages hensyn til de deltagende ordregiveres samlede omsætning eller andre passende indikatorer for aktiviteter på det åbne marked, som fx afholdte omkostninger, for alle ydelser udført i de seneste tre år forud for samarbejdet.³⁴

Hvis omsætningen eller indikatorer enten ikke foreligger eller ikke er relevante – fx på grund af omorganiseringer, nedlæggelse af aktiviteter m.v. – er det tilstrækkeligt at påvise sandsynligheden af, at omfanget af aktiviteterne kan realiseres. Det kan navnlig ske i form af fremskrivning af forretningsplaner.³⁵

³⁴ Jf. udbudslovens § 16, stk. 1.

³⁵ Jf. udbudslovens § 16, stk. 2 samt lovbemærkninger til § 12.

Infoboks 3.13 – Eksempel

Samarbejdet angik kun aktiviteter på det åbne marked af mindre omfang

I sagen om kommunalt samarbejde om Madservice Kronjylland fandt Klagenævnet for Udbud, at madudbringning til de borgere, som kommunerne var forpligtet til at levere mad til, ikke skete ”på det åbne marked”, selv om der var private leverandører, som kunne tilbyde tilsvarende ydelser.

Kommunerne havde dog – ud over den lovpligtige madordning – tilbudt en række ”ekstra ydelser” til borgere, der var omfattet af ordningen som fx levering af ekstra kartofler, dessert o.l. Klagenævnet fandt, at disse ”ekstra ydelser” skulle anses for at være leveret ”på det åbne marked”. I den konkrete sag fandt Klagenævnet, at selv om andelen af aktiviteter på det åbne marked ikke var angivet, måtte aktiviteterne være så marginale, at de ansås for at være under tærsklen på 20 pct.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2018, Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune.

3.4.4 Ingen privat leverandør må stilles mere fordelagtigt

Den sidste betingelse skal sikre, at samarbejdet ikke fører til en konkurrencefordel for private markedsaktører. Betingelsen indebærer, at private markedsaktører ikke må deltage i udførelsen af den pågældende ydelse uden en forudgående udbudsprocedure.

Det skal hertil bemærkes, at denne betingelse ikke udelukker, at der er privat kapitaldeltagelse i de deltagende ordregivere, fx hvis de deltagende ordregivere er offentligretlige organer.³⁶

³⁶ Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 15.

4. Identifikation af udbudsegneede opgaver

En statslig institution er i medfør af udbudscirkulæret³⁷ forpligtet til med passende mellemrum at gennemgå sin opgaveportefølje med henblik på at identificere opgaver, der er udbudsegneede. Opgaver, der er udbudsegneede, skal med passende mellemrum konkurrenceudsættes eller markedsvurderes med henblik på at vurdere, om opgaverne skal løses eksternt (udliciteres). Opgaver skal udliciteres, hvis det godtgøres, at det alle forhold taget i betragtning er det mest fordelagtige for staten.

Forpligtelsen til at vurdere udbudsegneethed og konkurrenceudsætte eller markedsvurdere de udbudsegneede opgaver gælder for opgaver med en kontraktsum, der overstiger udbudslovens tærskelværdi for vare- og tjenesteydelseskontrakter for statslige ordregivere.³⁸ Tærskelværdien for årene 2020-2021 er på 1.036.259 kr.

Den statslige institution har valgfrihed med hensyn til, om en udbudsegnet opgave skal konkurrenceudsættes eller markedsvurderes.

4.4.1 Konkurrenceudsættelse

Såfremt institutionen vælger at konkurrenceudsætte en opgave, og opgaven er omfattet af enten udbudsloven, tilbudsloven³⁹, forsyningsvirksomhedsdirektivet⁴⁰, koncessionsdirektivet⁴¹ eller forsvars- og sikkerhedsdirektivet⁴², skal konkurrenceudsættelse ske i overensstemmelse med de relevante regler. Hvis der fx er tale om en opgave, som er omfattet af udbudsloven, skal den statslige institution foretage konkurrenceudsættelsen ved at gennemføre et EU-udbud efter udbudslovens afsnit II. Institutionen har her mulighed for at afgive et kontrolbud.⁴³

Såfremt opgaven ikke er omfattet af udbudsloven, tilbudsloven eller nogen af udbudsdirektiverne, skal institutionen vurdere, om opgaven har en klar grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen af klar grænseoverskridende interesse skal der lægges vægt på opgavens genstand, dens anslåede værdi, det geografiske sted, hvor opgaven skal udføres, samt forholdene i den relevante branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis. Hvis det vurderes, at opgaven har en klar grænseoverskridende interesse, skal konkurrenceudsættelsen tilrettelægges i form af en annoncering. Dette kan fx ske ved annoncering på www.ubud.dk eller på institutionens hjemmeside.

Såfremt institutionen derimod vurderer, at opgaven ikke har en klar grænseoverskridende interesse, kan konkurrenceudsættelsen tilrettelægges frit ved overholdelse af de forvaltningsretlige principper.

³⁷ Cirkulære om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver nr. 9269 af 31. marts 2016.

³⁸ Jf. udbudsloven § 6, stk. 1, nr. 2, jf. udbudscirkulæret § 1, stk. 2.

³⁹ Lov nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

⁴⁰ Direktiv 2014/25/EU.

⁴¹ Direktiv 2014/23/EU.

⁴² Direktiv 2009/81/EF.

⁴³ Reglerne for afgivelse af kontrolbud fremgår af udbudscirkulæret § 6.

4.4.2 Markedsvurdering

Institutionen kan i stedet for konkurrenceudsættelse foretage en markedsvurdering med henblik på at vurdere, om opgaven skal udliciteres. I markedsvurderingen kan inddrages kendskab til pris og markedsvilkår fra eventuelle tidligere udbud, udbud gennemført af andre myndigheder m.v. Markedsvurderingen kan også gennemføres som en markedsundersøgelse.

Den statslige institution skal sørge for at dokumentere gennemførelse og resultat af konkurrenceudsættelsen eller markedsvurderingen behørigt.

