

Bilag 6A

NOTAT OM RÆKKEVIDDEN AF UDBUDSDIREKTIVETS ARTIKEL 16, LITRA F

1. BAGGRUND

Rønne & Lundgren er anmodet en kort redegørelse om den undtagelse, der er hjemlet i udbudsdirektivets artikel 16, litra f. Baggrunden herfor er, at Gate21 og Region Hovedstaden i fællesskab har igangsat en proces, der skal udmøntes i et projekt til undersøgelse af, hvorledes fremtidens strategiske energiplanlægning skal udvikles og implementeres ("Fremtidens energiplanlægning i Hovedstadsregionen").

Det er vores opfattelse, at et udviklingsprojekt om strategisk energiplanlægning vil kunne gennemføres som udbudsfrit OPI-projekt efter udbudsdirektivets artikel 16, litra f, i det omfang der enten sker offentliggørelse af projektsresultaterne eller i det omfang, det ikke alene er den eller de ordregivende myndigheder, der finansierer projektet. En aftale om et udviklingsprojekt, hvor der er tale om køb af tjenesteydelser vedrørende udvikling, er således omfattet af artikel 16, litra f – og dermed undtaget for udbud - hvis blot den offentlige part enten ikke betaler hele vederlaget, eller ikke alene modtager hele udbyttet, herunder hvis projektsresultaterne kommer andre end den ordregivende myndighed til gode, eksempelvis gennem offentliggørelse.

Problemstillingen i denne relation vedrører forståelsen af udbudsdirektivets artikel 16, litra f, der har følgende ordlyd:

"Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:

[...]

f) om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed."

Vi lægger til grund, at der med Fremtidens energiplanlægning i Hovedstadsregionen er tale om et *udviklingsprojekt*, idet hovedformålet for projektet synes at være udvikling. Det grundlæggende krav for udbudsfritagelse i artikel 16, litra f er således opfyldt (offentlige tjenesteydelseskontrakter om tjenesteydelser vedrørende udvikling).

Baggrunden for undtagelsen i artikel 16, litra f kan ses som en udbygning af udgangspunktet om, at det offentliges støtte til forskning og udvikling i almenhedens interesse ikke undergives udbudsdirektivets procedureregler. Når der er tale om et udviklingsprojekt, er projektet udbudsfrit efter artikel 16, litra f såfremt:

1. udbyttet ikke udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed *eller*
2. tjenesteydelsen ikke i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed

Udbudsfrihed er alene betinget af, at et af de to krav er opfyldt. En udviklingstjenesteydelseskonsort, hvor resultatet fx alene tilfalder den offentlige part til brug for egen virksomhed, men hvor projektet også finansieres af andre end den ordregivende myndighed er således undtaget, idet det almene formål i så fald kommer til udtryk ved den eksterne finansiering.

2. TILFÆLDE, HVOR UDBYTTE IKKE UDELUKKENDE TILHØRER DEN ORDREGIVENDE MYNDIGHED TIL BRUG FOR EGEN VIRKSOMHED

Når der er tale om udvikling i almenhedens interesse, er udgangspunktet, at en tjenesteydelseskonsort herom ikke undergives udbudsdirektivets procedureregler. Formålet med tjenesteydelserne anses for alment, når:

- resultatet af udviklingstjenesteydelserne også tilfalder andre end den ordregivende myndighed, eller
- resultatet alene tilfalder den ordregivende myndighed, men også kommer andre til gode i deres virksomhed ved at myndigheden *stiller resultatet til rådighed, fx gennem offentliggørelse.*

Nærmere om offentliggørelse

En tjenesteydelseskonsort, hvor udbyttet af aftalen umiddelbart set alene tilfalder den ordregivende myndighed til brug for dennes virksomhed, og som alene betales af myndigheden, er undtaget fra procedurereglerne i udbudsdirektivet i medfør af artikel 16, litra f, når der efter tjenesteydelseskonsorten skal ske offentliggørelse af resultaterne. En aftale om et udviklingsprojekt betragtes således som omfattet af artikel 16, litra f hvis blot en del af udbyttet ikke skal tilhøre den offentlige part, fx fordi den offentlige part stiller projektresultaterne til rådighed for offentligheden. Kravene til opfyldelse af denne betingelse er blevet prøvet af Klagenævnet for Udbud i kendelse afsagt den 27. marts 2012¹.

Klagenævnet udtalte i sagen, at en betydelig del af opgaverne var forskning og udvikling og at udbyttet ikke udelukkende tilhørte den ordregivende myndighed, da den private part, der l ste opgaverne havde *ret og pligt til at offentliggøre og på anden vis (fx gennem undervisning) nyttiggøre* projektresultaterne. Såfremt projektresultaterne således helt eller delvist offentliggøres eller på anden måde også kommer andre end den ordregivende myndighed til gode, er det vores vurdering, at projektet allerede af denne årsag falder under artikel 16, litra f og dermed kan gennemføres som et udbudsfrit OPI-projekt.

¹ Klagenævnet for Udbud kendelse af 27. marts 2012 i sagen Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet.

3. TILFÆLDE, HVOR TJENESTEYDELSEN IKKE I FULDT OMFANG BETALES AF DEN ORDREGIVENDE MYNDIGHED

Såfremt der ikke sker offentliggørelse af projektresultaterne er det relevant at vurdere projektf finansieringen. Kontrakter om udviklingstjenesteydelser, der holdes uden for undtagelsen, er kontrakter, hvor resultatet af udviklingstjenesteydelserne kun tilfalder den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, og hvor der i så fald heller ikke er tale om, at andre end den ordregivende myndighed har støttet aktiviteterne økonomisk.

Kriteriet om andres deltagelse i finansieringen af projektet vil således være opfyldt, hvor tjenesteyderen eller en anden enhed, der ikke er den ordregivende myndighed, deltager i finansieringen. Vi forstår, at projektet får tilskud fra Energistyrelsen. Det er vores opfattelse, at den eller de ordregivende myndigheder som følge heraf ikke betaler udviklingstjenesteydelsen i fuldt omfang, idet betalingen ligeledes sker ved ekstern finansiering. Det bemærkes dog, at vi ikke er bekendt med de nærmere omstændigheder i relation til tilskuddet.

4. KONKLUSION

Det er vores opfattelse, at et udviklingsprojekt om strategisk energiplanlægning vil kunne gennemføres som udbudsfrit OPI-projekt, i det omfang der enten sker offentliggørelse af projektresultaterne eller projektresultaterne på anden vis kommer andre end den eller de ordregivende myndigheder til gode eller i det omfang, det ikke alene er den eller de ordregivende myndigheder, men eksempelvis også Energistyrelsen, der finansierer projektet.

Det bemærkes afslutningsvist, at udbudsfrihed under projektet ligeledes kan følge af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, afhængig af projektets finansiering. Der vil normalt ikke være tale om et indkøb i et udviklingsprojekt, hvis den private part (eller økonomiske aktør) ikke modtager betaling. Et sådant projekt vil således sædvanligvis falde uden for udbudsdirektivet, jf. artikel 1, stk. 2, litra a. Tilsvarende vil kunne gælde, selvom den private part (eller økonomiske aktør) modtager en vis bevilget omkostningsdækning fra den ordregivende myndighed.

Hellerup, den 16. oktober 2012

Michael Alstrøm
Advokat, Partner

