

Tillægsnotat om udbudspligt ved anskaffelse af la- destandere i almene boligorganisationer

Indhold

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | INDLEDNING | 3 |
| 2. | OPSUMERENDE SAMMENFATNING | 4 |
| 3. | UDBUDSPLIGT EFTER UDBUDSLOVEN | 5 |
| 4. | UDBUDSPLIGT EFTER KONCESSIONSDIREKTIVET | 6 |
| 5. | BEREGNING AF KONTRAKTENS VÆRDI | 7 |
| 5.1 | Udbudsloven | 8 |
| 5.2 | Koncessionsdirektivet | 8 |
| 6. | BLANDEDE KONTRAKTER – VARE- OG TJENESTEYDELSE ELLER BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKT? | 9 |
| 6.1 | Indeholder kontrakten en bygge- og anlægsydelse? | 9 |
| 6.2 | En samlet anskaffelse? | 10 |
| 7. | INDKØB I DE ENKELTE BOLIGAFDELINGER | 11 |
| 8. | RAMMEAFTALE | 12 |
| 9. | ANSKAFFELSER OMFATTET AF UDBUDSLOVEN OG KONCESSIONSDIREKTIVET | 13 |
| 10. | KONTRAKTER UNDER TÆRSKELVÆRDIERNE | 14 |
| 10.1 | Udbudsloven | 14 |
| 10.2 | Koncessionsdirektivet | 14 |
| 10.2.1 | Relevante forhold ved vurdering af grænseoverskridende interesse | 14 |
| 11. | AFI-LOVGIVNINGEN | 15 |
| 11.1 | Lovens anvendelsesområde | 15 |
| 11.1.1 | Ladestandere kan alene anvendes af beboerne/lejerne | 16 |
| 11.1.2 | Udbudspligt ifølge AFI-loven | 17 |
| 11.1.3 | AFI-loven og udbudsloven | 19 |
| 11.1.4 | AFI-lovgivningen og koncessionsdirektivet | 19 |

1. INDLEDNING

Nærværende notat er et tillægsnotat til det generelle notat om *Ladestandere til elkøretøjer - En juridisk guide til etablering af infrastruktur til elkøretøjer i almene boligafdelinger* af 15. december 2021 (fremover benævnt ”*Generelt notat om ladestandere*”).

Notatet har til formål at gennemgå, hvornår almene boligorganisationer/afdelinger har en forpligtelse til at udbyde anskaffelser (køb, etablering og drift) af ladestandere til opladning af elbiler. Den endelige vurdering af udbudspligten afhænger af de konkrete valg om anskaffelserne, der tages af de almene boligorganisationer.

Notatet tager udgangspunkt i, at ladestanderne etableres i allerede eksisterende bebyggelse i boligforeningerne, og notatet omfatter dermed ikke de tilfælde, hvor der opsættes ladestandere i forbindelse med nybyggeri. I tilfælde, hvor der skal købes, etableres og driftes ladestandere i forbindelse med et nybyggeri, skal det vurderes, om anskaffelsen er en del af det samlede bygge- og anlægsprojekt, jf. afsnit 6.

Indledningsvist behandler notatet udbudspligten efter udbudsloven, koncessionsdirektivet og afslutningsvist gennemgås reglerne i AFI-loven¹.

AFI-loven regulerer hvorledes aftaler skal indgås mellem en offentlig ordregiver og en operatør af lade-punkter (eksempelvis Clever, E.ON etc.) om retten til;

- i) at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter (læs: ladestander), samt
- ii) om ret til at virke som operatør af ladepunkter til brug for opladning af private køretøjer tilhørende ordregiverens medarbejdere og gæster.

AFI-loven med tilhørende bekendtgørelser er trådt i kraft i foråret/sommeren 2022 og ændrer på en række punkter rammerne for almene boligorganisationernes og afdelingers udbuds- og aftaleretlige forpligtelser i forbindelse med etablering af ladestandere, jf. nærmer herom under pkt. 11. De aftaleretlige rammer, som udspringer af AFI-loven, er henset til opdrag og omfang ikke behandlet i nærværende notat. Det er således alene de udbudsretlige forpligtelser i AFI-loven, som behandles i nærværende notat. De konkrete forpligtelser i forhold til aftaleindgåelse og indhold af aftaler er ikke medtaget i nærværende notat.

Nærværende tillægsnotat udspringer af det generelle notat om ladestandere, hvor følgende muligheder ved etablering af ladestandere er oplistet i notatets afsnit 6.1:

¹ Lov 2022-04-04 nr. 412 om infrastruktur for alternative drivmidler til transport

- i) Boligorganisationerne selv vil eje, drifte og administrere ladestanderne, herunder fakturere forbruget overfor beboerne,
- ii) Boligafdelingen eller boligorganisationen selv skal eje ladestanderne, men lade en ekstern udbyder forestå drift og administration, herunder afregning af forbruget overfor beboerne, og afslutningsvist,
- iii) Boligorganisationen/boligafdelingen lader en ekstern udbyder af ladestandere opsætte, drifte og administrere ladestanderne på boligafdelingens område.

De to sidstnævnte modeller kaldes i visse tilfælde en koncessionsaftale.

Notatet behandler ikke udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, men tager udgangspunkt i, at almene boligorganisationer og de underliggende afdelingers kontrakter om køb, etablering og drift af ladestandere er omfattet af enten udbudsloven, koncessionsdirektivet eller slutteligt AFI-loven.

2. OPSUMMERENDE SAMMENFATNING

Almene boligorganisation er omfattet af reglerne i hhv. Udbudsloven. Koncessionsdirektivet og AFI-lovgivningen.

Dette medfører, at indkøb, etablering og efterfølgende drift af ladestandere i almene boligorganisationer/afdelinger i mange tilfælde vil være underlagt et krav om offentligt udbud eller annoncering i et vist omfang før, der kan indgås kontrakter.

Udbudspligten og de nærmere krav til gennemførelse af udbuddet vil afhænge af en række konkrete forhold, herunder kontrakternes værdi, om disse indgås som en rammeaftale, om der er tale om kontrakter med grænseoverskridende elementer, dvs. hvor virksomheder uden for Danmarks grænser vil være interesseret i at byde på opgaven, m.v.

Da udbudspligten således afhænger af de konkrete omstændigheder, hvorunder en almen boligorganisation eller afdeling vælger at gennemføre etableringen af ladestanderne, er det ikke muligt at opstille klare og evigtgyldige rammer for, hvornår der er pligt til at gennemføre et udbud eller foretage en annoncering i forbindelse med etablering af ladestandere.

Det er dog muligt at opstille visse retningslinjer og hovedregler, der som udgangspunkt vil gøre sig gældende ved etablering af ladestandere i alment regi, og som derfor skal lægges til grund i forbindelse med vurdering af udbudspligten:

Sammenlægning af kontraktværdier

Anskaffelserne (køb, etablering og drift) af ladestanderne skal i udgangspunktet vurderes som én samlet anskaffelse. Medmindre kontrakterne er opdelt, uden henblik på at omgå udbudsreglerne, og de enkelte opdeltede kontrakter eksempelvis er omfattet af udbudsloven eller koncessionsdirektivet. Det er afgørende at holde sig for øje, at det ikke er tilstrækkeligt, at man er i ”god tro” om opdelingen af kontrakterne. Der skal altid foretages en konkret vurdering af sammenlægningen af kontrakter, da en vurdering om opdeling af kontrakter kan blive underkendt af klagenævnet, selvom ordregiver har foretaget en vurdering heraf i ”god tro”. Det kan dog være et positivt moment i en eventuel klagesag, at ordregiver har udfærdiget et såkaldt ”skuffenotat”, hvor ordregivers vurdering af forpligtelsen til at sammenlægge kontraktværdier fremgår. En åbenlys forkert vurdering vil dog ikke blive ”reddet” af skuffenotat eller ”god tro” om opdelingen af kontrakterne hos ordregiver.

Tværgående rammeaftaler eller anskaffelse af de enkelte boligforeninger

Hvis boligorganisationen vælger at indgå en eller flere rammeaftaler, som de enkelte boligafdelinger kan eller skal anvende, skal anskaffelserne på tværs af boligafdelingerne lægges sammen på baggrund af de samme overvejelser som nævnt ovenfor.

AFI-loven

AFI-loven finder anvendelse på kontrakter, som ikke allerede er omfattet af udbudsloven og/eller koncessionsdirektivet.

Afhængig af, om a) en kontrakt er omfattet af ovennævnte udbudsregler, om b) der foreligger grænseoverskridende interesse og c) kontraktens værdi, skal reglerne i AFI-loven og den tilhørende bekendtgørelse følges, jf. nærmere herom nedenfor.

Det er vores anbefaling, at spørgsmålet om eventuel udbudspligt konkret søges afdækket, når en boligorganisation har lagt sig fast på den model, som den pågældende boligorganisation ønsker at anvende ved etablering af ladestandere.

3. UDBUDSPLIGT EFTER UDBUDSLOVEN

De almene boligorganisationer er omfattet af udbudsloven, da der er tale om offentligretlige organer, der udgør ordregivere i udbudslovens forstand, jf. § 24, stk. 1. nr. 27 og nr. 28, jf. lovbemærkningerne.

Idet almene boligorganisationer er omfattet af udbudsloven, skal det ved hvert indkøb vurderes, om kontraktværdien af den pågældende anskaffelse overstiger tærskelværdien for udbudspligtige offentlige

kontrakter. Tærskelværdierne for år 2022-2023 udgør kr. 1.601.944, ekskl. moms for offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter og kr. 40.100.744, ekskl. moms for bygge- og anlægskontrakter².

4. UDBUDSPLIGT EFTER KONCESSIONSDIREKTIVET

Det er beskrevet i afsnit 6.1 i det generelle notat om ladestandere, at en model ved etablering af ladestandere i almene boligorganisationer kan være, at driften af ladestanderne overlades til en ekstern udbyder. En sådan aftale kan udgøre en såkaldt koncessionsaftale.

Koncession er et samarbejde med en privat aktør hvor det ikke er ordregiveren, dvs. den almene boligorganisation eller afdeling, der modtager en ydelse. Der kan etableres koncessioner både vedrørende bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Et typisk kendetegn ved en koncessionsaftale er, at koncessionshaverens udnyttelse af tjenesteydelsen sker ved, at betalingen for ydelsen kommer fra brugerne af ydelsen. Dette kunne f.eks. være ved anvendelse af ladestandere til elbiler, hvor betalingen vil stamme fra brugerne, når de anvender ladestanderen³,

Det fremgår af artikel 5 i koncessionsdirektivet, at en koncession på en tjenesteydelse er:

”en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.” (vores understregning)

Det fremgår videre af direktivets artikel 5, at det er en forudsætning for, at en aftale anses for omfattet af koncessionsdirektivet, at der sker en overførelse af driftsrisiko til koncessionshaveren ved udnyttelsen af tjenesteydelsen, som omfatter en efterspørgsels- / udbudsrisiko eller begge dele. I dette tilfælde vurderer vi, at såfremt driften af ladestanderne overdrages til en koncessionshaver, vil der samtidig ske en overførelse af risiko, idet koncessionshaveren ikke er sikret en vis omsætning, selvom denne fortsat skal drifte ladestanderne.

Såfremt det er nødvendigt også at betale operatøren for at drive ladestanderne samtidig med, at operatøren oppebærer omsætningen på ladestanderne, eksempelvis fordi ladestanderne ikke er kommercielt

² Den gældende tærskelværdi for 2022 og 2023 som opgjort på Konkurrence- og forbrugerstyrelsens hjemmeside (<https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdier-2022-og-2023/>)

³ Udbudsret (2. udg.), Carina Risvig Hamer, side 295

attraktive, kan der således i stedet blive tale om en tjenesteydelseskontrakt, idet operatøren i så fald ikke bærer driftsrisikoen.

Det er vores vurdering, at de almene boligorganisationer er omfattet af koncessionsdirektivet. Koncessionsdirektivet er ikke kodificeret i en dansk lov, og der foreligger dermed ikke samme klare afgrænsning af, at de almene boligorganisationer er omfattet af koncessionsdirektivet som beskrevet i afsnit 2. Dog må følgende betragtninger gøre sig gældende; i) udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 27 er en videreførelse af udbudsdirektivet, ii) man har i udbudsloven med en enkelt ændring i nr. 27, litra c, bibeholdt direktivets ordlyd, iii) den samme ordlyd som anvendes i direktivet anvendes ligeledes i koncessionsdirektivets artikel 6, stk. 1 og 4.

Tærskelværdier for kontrakter omfattet af koncessionsdirektivet er mindst EUR 5.382.000, ekskl. moms, jf. artikel 8, svarende til kr. 40.100.744, ekskl. moms⁴.

Såfremt en boligorganisation eller afdeling vælger en løsning, hvor hele anskaffelsen af ladestandere tildeles som én koncessionskontrakt, dvs. levering, etablering og drift af ladestanderne kommer fra én og samme udbyder, vil det være den samlede kontraktværdi, der er afgørende for, om kontrakten er udbudspligtig efter koncessionsdirektivet. I den forbindelse er det væsentligt at bemærke, at løbetiden for en koncessionskontrakt som udgangspunkt maksimalt må være 5 år, såfremt aftalen er omfattet af koncessionsdirektivet og over tærskelværdien på kr. 40.100.744, ekskl. moms, jf. direktivets artikel 18.

5. BEREGNING AF KONTRAKTENS VÆRDI

En opdeling af kontrakter med henblik på at undgå udbudspligt er ulovlig, jf. udbudslovens § 30, stk. 2 og koncessionsdirektivets artikel 8, stk. 4, og der skal således tages hensyn til anskaffelsens samlede værdi. Det er derfor uvedkommende, om man opdeler sit indkøb i flere kontrakter, hvis der er en sådan sammenhæng mellem anskaffelserne, at de udbudsretligt skal anses for en anskaffelse, hvilket er beskrevet nærmere i afsnit 6.2.

Ved udbredelse af ladestandere i de enkelte boligafdelinger, må det forventes, at der vil ske en løbende anskaffelse fra beslutningen er truffet, til at udbredelsen er sket i de enkelte boligafdelinger. Det vil være en konkret vurdering, om kontrakterne har en tidsmæssig sammenhæng, når udbredelsen sker over flere år, men det afgørende tidspunkt for det skøn, som de almene boligorganisationer/afdelinger skal foretage, er på tidspunktet, hvor kontrakterne tildeles eller sendes i udbud.

⁴ Den gældende tærskelværdi for 2022 og 2023 som opgjort på Konkurrence- og forbrugerstyrelsens hjemmeside (<https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdier-2022-og-2023/>)

Det vil sige, at man skal fastlægge sin udbudsstrategi i begyndelsen af planlægningen af indkøbet eller indkøbene. Såfremt den almene boligorganisation eller afdeling i løbet af planlægningen af sine påtænkte indkøb får afdækket, at behovet er mindre eller større end forventet, skal der foretages en fornyet vurdering af anskaffelsernes værdi. Vurderingen skal som nævnt foretages helt frem til kontrakten tildeles eller sendes i udbud.

5.1 Udbudsloven

Beregning af kontraktens værdi skal ske ud fra en vurdering af *det samlede beløb*, som ordregiveren, dvs. den almene boligorganisation eller afdeling anslår at kunne komme til at betale i henhold til en kontrakt, og når kontraktværdien skal fastsættes, skal den samlede anskaffelse (projekt) tages i betragtning. Den almene boligorganisation eller almene boligafdelings vurdering af kontraktværdien skal være baseret på et sagligt skøn på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens §§ 29 og 30. Den almene boligorganisation eller almene boligafdeling skal derfor medregne enhver form for optioner, herunder eventuelle forlængelser af kontrakten, præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som fastsættes i udbudsmaterialet. Værdien skal altid opgøres eksklusiv moms.

Ordregivere, dvs. den almene boligorganisation eller afdeling, har derfor en pligt til at vurdere, om der skal foretages en sammenlægning af kontraktværdier – herunder eksempelvis køb, etablering og drift af ladestandere – uanset om disse indkøb foretages på baggrund af særskilte kontrakter, når det beregnes, om tærskelværdierne er overskredet, og kontrakterne dermed er udbudspligtige.

5.2 Koncessionsdirektivet

Den anslåede værdi af en koncessionskontrakt bør være gældende på tidspunktet for tildelingen af koncessionen⁵. Vurderingen af en koncessionskontrakt skal opgøres på baggrund af de oplyste hensyn i koncessionsdirektivets artikel 8, stk. 3, og konkret skal der tages hensyn til følgende forhold ved opgørelsen af kontraktværdien:

- a) værdien af enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af koncessionens varighed
- b) indtægter fra betaling af gebyrer og bøder fra brugerne af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ud over dem, der opkræves på vegne af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed
- c) betalinger eller finansielle fordele i enhver form, der foretages af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed eller af en anden offentlig myndighed til

⁵ Jf. Koncessionsdirektivets præambel 52

koncessionshaveren, herunder kompensation for opfyldelse af en offentlig serviceforpligtelse og offentlige investeringstilskud

- d) værdien af bevillinger eller andre finansielle fordele i enhver form fra tredjemand for udførelsen af koncessionen
- e) indtægter fra salg af aktiver, der er en del af koncessionen
- f) værdien af alle de varer og tjenesteydelser, der stilles til rådighed for koncessionshaveren af de ordregivende myndigheder eller de ordregivende enheder, forudsat de er nødvendige for udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne
- g) præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere

6. **BLANDEDE KONTRAKTER – VARE- OG TJENESTEYDELSE ELLER BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKT?**

Den almene boligorganisation skal i forbindelse med vurderingen af udbudspligten afklare, om den påtænkte anskaffelse udgør en varekøbskontrakt, en tjenesteydelseskontrakt eller en bygge- og anlægskontrakt. Dette har i forhold til udbudsloven særligt betydning for, hvilken tærskelværdi, der finder anvendelse.

Hvis anskaffelsen er en blandet kontrakt, altså eksempelvis både indkøb af ladestandere og den efterfølgende etablering, følger det af udbudslovens § 25 og koncessionsdirektivet artikel 20, at den almene boligorganisation som ordregiver skal tildele kontrakter, der vedrører en kombination af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller varer, efter den type ydelse, der udgør kontraktens *hovedformål*.

Særligt for kontrakter, der alene vedrører varer og tjenesteydelser (uden bygge- og anlægsydelse) – eksempelvis hvis der alene skal indkøbes og driftes ladestandere – skal kontrakten udbydes på baggrund af den type ydelse, der har den højeste værdi, jf. udbudslovens § 25, stk. 2 og koncessionsdirektivets artikel 20, stk. 1. Dette betyder, at såfremt tjenesteydelsesdelen værdimæssig har den højeste værdi, skal hele kontrakten vurderes under hensyn til tærskelværdien for tjenesteydelser. Dette kan gøre sig gældende, hvis en kontrakt omfatter både køb og efterfølgende drift, men at etableringen, i et tænkt eksempel, sker internt i den almene boligorganisation uden indkøb af arbejdet eksternt.

6.1 **Indeholder kontrakten en bygge- og anlægsydelse?**

Hvorvidt kontrakter om ladestandere indeholder en bygge- og anlægsydelse, afhænger af, hvilke arbejder der skal udføres i forbindelse med etableringen af ladestanderne. Hvis der eksempelvis skal foretages gravearbejder eller el-arbejder i forbindelse med etableringen, vil det tale for, at anskaffelsen indeholder et element af et bygge- og anlægsarbejde. Dette underbygges ligeledes af de relevante CPV-koder, som er

knyttet til arbejdet. For udførelse af de elektriske installationer er den relevante CPV-kode eksempelvis 45310000, og udgør dermed et bygge- og anlægsarbejde.

Det vil være en konkret vurdering, om kontrakten alene indeholder vare- og tjenesteydelser, eller om anskaffelsen ligeledes indeholder bygge- og anlægsarbejder. Det vil formentlig gøre sig gældende, at der uanset, at der er tale om en blandet kontrakt, der indeholder varer, tjenesteydelser og bygge-anlægsarbejder, at hovedformålet med anskaffelsen er at levere el igennem ladestanderne til opladning af elbiler, hvilket i udgangspunktet vurderes at udgøre en tjenesteydelse. Dette understøttes ligeledes af den tilhørende CPV kode 31158000 for ”ladeaggregater”, som angiver, at der er tale om en tjenesteydelse. Vurderingen vil dog altid bero på de konkrete omstændigheder.

6.2 En samlet anskaffelse?

Som nævnt ovenfor må en ordregiver ikke opdele kontrakter med henblik på at undgå udbudspligt, og boligorganisationen skal derfor vurdere, om der foreligger én samlet anskaffelse (et projekt). Det er således uden betydning for vurderingen, om anskaffelsen opdeles i tre forskellige aftaler med tre forskellige leverandører, såfremt der samlet set er tale om ét projekt.

Ved vurderingen af, om der er tale om én samlet anskaffelse, som beskrevet i afsnit 5, vil helhedsbetragtninger om den indholdsmæssige og/eller tidsmæssige sammenhæng ved anskaffelserne kunne medføre, at ydelserne skal sammenlægges og dermed indgå i beregningen af kontraktværdien. For vare- og tjenesteydelser vil særligt den tidsmæssige sammenhæng være afgørende, ligesom det vil være et moment, der taler for sammenlægning, at der er en vis grad af forudsigelighed mellem købene, hvilket også er udtrykt i udbudslovens §§ 36 og 38.

I dette tilfælde vurderes det, at anskaffelse af ladestanderne til el-køretøjer (køb, etablering og drift) som udgangspunkt – uanset om disse indkøbes særskilt – skal sammenlægges og anses som ét samlet projekt.

Forholdene, der taler herfor, er indledningsvist, at anskaffelsen og den efterfølgende anvendelse af ladestanderne hænger indholdsmæssigt sammen, idet det ikke er muligt at anvende ladestanderne uden både at indkøbe, etablere og drifte ladestanderne. Man kunne selvfølgelig forestille sig et tænkt scenarie, hvor der alene sker et køb af ladestanderne, men hvis man skal kunne anvende ladestanderne til deres formål, altså opladning af elbiler, kan dette ikke ske uden en etablering og efterfølgende drift.

Hvis den almene boligorganisation/almene boligafdeling betaler den driftsoperatør, som skal drifte ladestanderne et fastsat beløb, og betalingen dermed sker mellem ordregiveren og driftsoperatøren ud fra et fastsat beløb, som operatøren er sikret, og at ydelsen dermed leveres til den almene boligorganisation/afdeling, vil kontrakten være omfattet udbudsloven. Hvis boligorganisationen/afdelingen i stedet vælger en

model, hvor driftsoperatøren opnår betaling for driften ved, at betalingen kommer direkte fra brugeren, kan kontrakten være omfattet af koncessionsdirektivet. Se afsnit 4 for en gennemgang af reglerne for koncessionskontrakter, hvor driftsoperatøren får betaling igennem brugerbetaling af ladestanderne.

Sammenfattende kan det anføres, at der er ikke noget til hinder for eksempelvis at indgå én aftale om køb af ladestanderne, en anden aftale om etablering og en tredje aftale om drift af ladestanderne, men på baggrund af ovenstående vurdering vil kontrakterne være omfattet af udbudspligten, såfremt de samlet overstiger tærskelværdierne. Det er således også uden betydning, at anskaffelserne i de enkelte år, hvor med kontrakten løber, er under tærskelværdien, da det er den samlede anskaffelse i den samlede tidsperiode, hvori behovet består i, der skal lægges til grund ved vurdering af, om anskaffelserne er omfattet af udbudspligt.

7. INDKØB I DE ENKELTE BOLIGAFDELINGER

Udgangspunktet efter udbudslovens § 31, stk. 1 er, at såfremt en ordregiver består af decentrale enheder – f.eks. almene boligafdelinger i samme boligorganisation, skal der tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle de centrale enheder. Dette udgør således udgangspunktet.

Det følger herefter af udbudslovens § 31, stk. 2 og 3, at værdien af en konkret kontrakt i en decentral enhed, eksempelvis en almen boligafdeling, der selv er ansvarlig for den pågældende kontrakt, skal opgøres for den pågældende afdeling alene. Betingelserne for, hvornår en afdeling selv er ansvarlig for en kontrakt er, at:

- i. Afdelingen selv står for gennemførelse af udbudsforretningen. Hermed menes, at afdelingen selv træffer beslutning om valget af leverandør. Hvis valget derimod skal godkendes af andre enheder, eksempelvis hvis den enkelte boligafdeling skal følge en model med faste leverandører fastsat af boligorganisationen, er betingelsen ikke opfyldt.
- ii. Afdelingen har et selvstændigt budget for det pågældende udbud, som den råder over, og iii) ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af ordregiveren. Hermed menes, at der skal foreligge et budget, som den pågældende afdeling kan disponere over uden forudgående godkendelse, herunder godkendelse af valget af leverandør, hos eksempelvis boligorganisationen.
- iii. Ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af boligorganisationen. Hvis en afdeling benytter en central indkøbsaftale – eksempelvis en rammeaftale indgået af boligorganisationen – skal de samlede forventede indkøb i medfør af den centrale indkøbsaftale tages i betragtning ved vurdering af, om tærskelværdien for udbud er overskredet. Det beskrives i retspraksis, at eksempelvis hensyn til stordriftsfordele kan være afgørende for, at en ordregiver indgår en indkøbsaftale.

Spørgsmålet om, hvorvidt indkøb foretaget af decentrale enheder skal sammenlægges er senest behandlet af Klagenævnet for Udbud i ny kendelse af 16. september 2022, *Elektrolux Professional A/S mod Alabu Bolig*, hvor der blev klaget over, at boligorganisationen havde foretaget anskaffelser af vaskemaskiner af samlet værdi over tærskelværdien til 18 afdelinger i boligorganisationen uden udbud. Klagenævnet tog ikke klagen til følge, da anskaffelsernes værdi skulle vurderes særskilt for hver afdeling, og værdierne af 15 af afdelingernes anskaffelser ikke nåede op på tærskelværdien. Det afgørende i kendelsen var, at der ikke forelå oplysninger om koordinerende fællesmøder eller lignende mellem de involverede afdelinger. At kontrakterne var underskrevet af boligorganisationens direktør, kunne på baggrund af boligorganisationens forpligtelser som tegningsberettigede ikke føre til, at det ikke er de enkelte afdelinger, som udbudsretligt anses for ordregivere, navnlig fordi ejendomsretten til anskaffelserne forbliver hos den enkelte afdeling. Heller ikke kontrakternes datering kan føre til et sådant resultat.

Kendelsen understreger således princippet om, at køb foretaget af decentrale enheder, såfremt de opfylder betingelserne i § 31, stk. 2, ikke skal sammenlægges, selvom indkøbene er foretaget samtidigt og med den samme leverandør. Kendelsen er dog ligeledes et udtryk for, at klageren ikke kunne bevise eller dokumentere, at der var sket en koordinering mellem afdelingerne.

Det afgørende er således, at der ikke foretages en koordinering mellem de decentrale enheder, altså almene afdelinger, f.eks. i form af en rammeaftale eller i øvrigt udstikning af retningslinjer til eller mellem de enkelte afdelinger.

De samme overvejelser om sammenlægning af kontraktværdier gør sig gældende, selvom det er de enkelte afdelinger, der foretager anskaffelserne.

8. RAMMEAFTALE

En model for etablering af ladestandere i almene boligorganisationer er via indgåelse af rammeaftaler mellem boligorganisationen og de enkelte leverandører, som boligafdelingerne herefter vil være forpligtede til at anvende, når der købes, etableres og driftes ladestandere.

En rammeaftale er i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 30, defineret, som ”en aftale indgået mellem en eller flere ordregivere og en eller flere økonomiske aktører, og som fastsætter vilkårene for kontrakter, der tildeles i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig medhensyn til pris og påtænkte mængder”.

Det følger af udbudslovens § 95, stk. 2, at en rammeaftale må have en løbetid på 4 år, medmindre der foreligger ekstraordinære omstændigheder (indkøb af udstyr, hvis afskrivningsperioden er længere end fire år, ekstraordinære tekniske forhold mv., sikkerhedsmæssige og lignende overvejelser, f.eks. hvor der

er tale om kritisk national infrastruktur), som begrundes en længere løbetid. Det vurderes på det foreliggende grundlag, at der ikke i forhold til etablering af ladestanderne er ekstraordinære omstændigheder, der begrundes, at rammeaftalen lovligt kan løbe i mere end 4 år. De enkelte leverancer på rammeaftalen må dog gerne have en længere løbetid end rammeaftalen.

Værdien af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystems løbetid, jf. udbudslovens § 32.

Vurderingen af rammeaftalens værdi skal derfor tage udgangspunkt i et sagligt skøn af, hvor meget rammeaftalen forventes anvendt, og hermed hvad den økonomiske værdi udgør. Der gøres opmærksom på, at der i udbudsloven opereres med to begreber: ”anslået værdi for rammeaftalen” og ”den anslåede maksimale værdi af rammeaftalen”. Begge oplysningerne skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, når kontrakten udbydes. Når den anslåede maksimale værdi af rammeaftalen er nået, vil alle træk på rammeaftalen, som ligger ud over den maksimale værdi være ulovlige direkte tildelinger.

Idet det er vurderet ovenfor, at køb, etablering og drift af ladestanderne skal sammenlægges og anses for én samlet anskaffelse, skal rammeaftalernes værdi sammenlægges, og det vil dermed vil være afgørende for, om de skal udbydes.

9. ANSKAFFELSER OMFATTET AF UDBUDSLOVEN OG KONCESSIONSDIREKTIVET

Hvis der er tale om blandede kontrakter, der vedrører ydelser, der er omfattet af udbudsloven, og ydelser, der ikke er omfattet af udbudsloven, er ordregivere berettigede – men ikke forpligtede – til at tildele særskilte kontrakter for særskilte dele af indkøbet, hvis indkøbet objektivt kan adskilles, jf. udbudslovens § 26.

I det tilfælde, hvor en almen boligafdeling ønsker selv at købe og etablere ladestanderne, således at de almene boligafdelinger selv bibeholder ejerskabet over ladestanderne og deres infrastruktur, vil afdelingen kunne opdele kontrakterne, såfremt dette er objektivt begrundet, hvorefter selve driftsdelen vil kunne indgås som en koncessionskontrakt. Her skal afdelingen dog være opmærksom på, at det følger af koncessionsdirektivets artikel 22, stk. 4, at ordregiver i forbindelse med blandede kontrakter, der både indeholder elementer af koncessioner og elementer af offentlige kontrakter omfattet af udbudsloven, tildele den blandede kontrakt i overensstemmelse med udbudslovens regler.

10. KONTRAKTER UNDER TÆRSKELVÆRDIERNE

10.1 Udbudsloven

Hvis en kontrakt er omfattet af udbudsloven, men har en værdi er under tærskelværdierne for udbudslovens afsnit II, skal det vurderes, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 10.

Såfremt kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, uanset kontraktens værdi, skal udbudslovens afsnit IV følges, hvorefter reglerne i §§ 191 og 192 skal overholdes og kontrakten skal annonceres på www.udbud.dk.

Har kontrakten ikke en klar grænseoverskridende interesse, skal reglerne i udbudslovens § 193 følges, såfremt kontraktens værdi er over kr. 500.000, ekskl. moms.

10.2 Koncessionsdirektivet

Hvis en koncessionskontrakt er under tærskelværdien i koncessionsdirektivet, skal det ligeledes vurderes, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse, jf. EU-retlige principper. Hvis det er tilfældet, skal principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) følges, hvorefter der kan foreligge en annonceringspligt.

10.2.1 *Relevante forhold ved vurdering af grænseoverskridende interesse*

Forhold, der skal indgå i vurdering af, om en kontrakt har grænseoverskridende interesse og dermed har betydning for, om aktører uden for Danmarks grænser kan være interesserede i at byde på en kontrakt er:

- kontraktens genstand og anslåede værdi,
- de særlige forhold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis og lignende) samt
- det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Andre elementer kan ligeledes have betydning⁶. Denne vurdering skal laves uanset, om kontrakten er omfattet af udbudsloven eller koncessionsdirektivet anvendelsesområde. Hvis en kontrakt, som ville være omfattet af udbudsloven, har en klar grænseoverskridende interesse, skal reglerne i udbudslovens afsnit

⁶ Udbudsret (2. udg.), Carina Risvig Hamer, side 202

IV følges (se uddybende beskrivelse heraf i afsnit 11).

Spørgsmålet om koncessionskontraktens grænseoverskridende interesse har været behandlet af Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 10. marts 2015, *Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn*, hvor klagenævnet fandt, at en tjenesteydelseskoncession med en samlet omsætning i en 4-årig periode på ca. kr. 27,5 mio. ikke havde klar grænseoverskridende interesse. Klagenævnet henviste bl.a. til ”*værdien og karakteren af den udbudte kontrakt*”. Klagenævnet henviste desuden til det dengang nyligt vedtagne koncessionsdirektiv og udtalte om tærskelværdien i dette direktiv (dengang på ca. kr. 38,5 mio.), at denne er fastsat med henblik på at ”*afspejle koncessionernes tydelige grænseoverskridende interesse*”. Henvisningen til koncessionsdirektivet viser, at det er klagenævnets opfattelse, at der er formodning for, at først når en kontrakt er større end tærskelværdien, vil en koncessionskontrakt være af grænseoverskridende interesse.⁷ Uanset klagenævnets praksis skal der dog i hvert tilfælde foretages en konkret vurdering.

11. AFI-LOVGIVNINGEN

Med vedtagelsen af lov om infrastruktur for alternative drivmidler til transport med efterfølgende bekendtgørelser (*fremover benævnt AFI-loven*), som trådte i kraft i foråret/sommeren 2022, har lovgiver fastsat rammer for, hvorledes offentlige ordregivere, eks. en almen boligorganisation, der indgår aftaler om ret til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter (læs. ladestander), som ikke er omfattet af udbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, skal indhente tilbud.

11.1 Lovens anvendelsesområde

AFI-loven omfatter aftaler mellem en offentlig ordregiver og en operatør af ladepunkter om i) ret til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter og om ii) ret til at virke som operatør af ladepunkter til brug for opladning af private køretøjer tilhørende ordregiverens medarbejdere og gæster.

Det fremgår af definitionsbestemmelsen i § 2, stk. 1, nr. 9 om et offentligt tilgængeligt ladepunkt, at det er ”*et ladepunkt eller en tankstation til forsyning med et alternativt drivmiddel, som giver ikkediskriminerende adgang for brugere. Ikkediskriminerende adgang kan omfatte forskellige vilkår for godkendelse, anvendelse og betaling*”. I forarbejderne til bestemmelsen fremgår det, at der ved ikkediskriminerende adgang forstås adgang til et ladepunkt eller tankstation, hvor anvendelsen ikke er begrænset til f.eks. en specifik producents køretøj (eksempelvis Tesla). Ikkediskriminerende adgang kan dog omfatte forskellige vilkår for godkendelse, anvendelse og betaling.

⁷ Udbudsret (2. udg.), Carina Risvig Hamer, side 303

Hvad der udgør et offentligt tilgængeligt ladepunkt er bredt defineret i forarbejderne til AFI-loven, og det kan f.eks. omfatte privatejede ladepunkter, der er tilgængelige for offentligheden ved hjælp af registreringskort eller -gebyrer. Ligesom at ladepunkter, der giver private brugere mulighed for fysisk adgang ved hjælp af en godkendelse eller et abonnement også anses for at være offentligt tilgængelige.

Transportministeren har i medfør af loven i sommeren 2022 udstedt fire bekendtgørelser⁸ om regler for indgåelse af aftaler efter § 3, stk. 1, herunder om annoncering, udbud, standardvilkår for aftaler og standardvilkår om rimelige og ikkediskriminerende priser. Bekendtgørelserne regulerer som nævnt, hvorledes offentlige ordregivere skal indhente tilbud, samt hvilke vilkår aftalerne må indeholde. For sidstnævnte bemærkes, at dette af hensyn til notatets omfang ikke behandles nærmere i dette notat.

11.1.1 Ladestandere kan alene anvendes af beboerne/lejerne

Spørgsmålet er herefter, om almene boligorganisationer/afdelinger, der indgår aftale med en operatør om køb, opsætning og/eller drift af en ladestander, som alene beboerne må anvende, er at anse som *offentligt tilgængeligt* og dermed omfattet af AFI-loven. Dette skulle være ud fra den tanke, at det er lejerne/beboerne i afdelingen, som kan anvende ladestanderne, og at ladestanderne derfor er offentligt gængelige for denne gruppe, idet man har givet mulighed for fysisk adgang for private brugere (læs. beboere/lejere) ved hjælp af en godkendelse, som består i, at man skal være beboer/lejer i afdelingen.

Som nævnt ovenfor fremgår det også af AFI-lovens § 3, stk. 1, at ladestandere, som anvendes til opladning af private køretøjer tilhørende ordregiverens medarbejdere og gæster, er omfattet af AFI-loven. Ordregiveren er således forpligtet til at overholde de udbuds- og aftaleretlige forpligtelser i forbindelse med etableringen af ladestandere, der skal betjene ordregiverens medarbejder og gæster.

Såfremt beboerne/lejerne i en almen boligorganisation kan sidestilles med ”ordregivers medarbejdere og gæster” vil etableringen dermed være omfattet af AFI-loven. Spørgsmålet er ikke behandlet i selve lovteksten eller i lovforarbejderne, og det er således uklart, om beboere/lejere er at sidestille med en ”ordregivers medarbejdere og gæster”, om adgangen for beboerne til at anvende ladestanderne medfører, at det får karakter af at være offentligt tilgængeligt, eller om adgangsbegrænsningen medfører, at etableringen ikke vil være omfattet af AFI-loven.

⁸ Bekendtgørelse 2022-06-28 nr. 1073 om ordregiveres indgåelse af aftaler om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter, Bekendtgørelse 2022-06-28 nr. 1074 om krav til offentligt tilgængelig infrastruktur for brændstoffer og alternative drivmidler m.v., Bekendtgørelse 2022-04-04 nr. 414 om kommuners og regioners ydelse af betaling til operatører af offentligt tilgængelige ladepunkter og Bekendtgørelse 2022-06-27 nr. 1010 om krav til tekniske specifikationer for offentligt tilgængelig infrastruktur for brændstoffer og alternative drivmidler til transport

Ligeledes er spørgsmålet om det forhold, at alene beboerne/lejerne kan anvende ladestanderne udgør diskriminerende adgang. Forholdet er hverken i forarbejderne eller i det bagvedliggende direktiv uddybet yderligere.

Ovenstående kompliceres yderligere af, at Bekendtgørelse 2022-06-28 nr. 1073, som fastlægger reglerne for, hvornår aftaler om ladestander skal udbydes, alene henviser til ”*offentligt tilgængelige ladepunkter*” og ikke situationen, hvor den offentlige ordregivers medarbejdere eller gæster skal benytte ladestanderen. Det er dog vanskeligt at forestille sig, at lovgiver ikke har ønsket at favne begge scenarier i AFI-lovens § 3, stk. 1, men faktum er dog, at det ikke har udmundet sig direkte i bestemmelsen.

Ud fra en formålsfortolkning af AFI-loven, som tilsiger, at målet med lovgivningen dels er at regulere, hvornår offentlige ordregivere skal udbyde kontrakter, og dels at opstille aftalebetingelserne mellem ordregiveren og operatøren, forekommer det ikke i overensstemmelse med lovens formål at undtaget almen boligorganisationer/afdelingers opsætning af ladestander i tilfælde, hvor alene beboerne kan anvende ladestanderne. På den baggrund vurderes det ud fra et forsigtighedsprincip, at man som almen boligorganisation/afdeling bør følge AFI-loven i tilfælde, hvor det alene er en boligorganisations/afdelings beboere/lejere og/eller medarbejdere, som kan anvende ladestanderne.

Det forventes, at Transportministeriet udsteder en vejledning om AFI-loven og anvendelsen heraf i 2022 eller 2023, hvorved ovenstående forhåbentlig endeligt kan afklares endeligt.

11.1.2 Udbudspligt ifølge AFI-loven

AFI-Loven omfatter alle kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsloven, koncessionsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det er således vigtigt at holde sig for øje, at reglerne supplerer de almindelige udbudsregler, eksempelvis i tilfældet ved koncessionsaftaler under tærskelværdien for udbud efter koncessionsdirektivet. Dette betyder i praksis, at AFI-loven ikke kan finde anvendelse på indkøb, som er omfattet af udbudsloven, medmindre kontraktens samlede værdi er under udbudslovens tærskelværdi, ikke har grænseoverskridende interesse og har en kontraktværdi under kr. 500.000, ekskl. moms.

Det fremgår af AFI-lovens § 3, at aftaler mellem en offentlig ordregiver og en operatør af ladepunkter om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter, og om retten til at virke som operatør af ladepunkter til brug for opladning af private køretøjer tilhørende ordregiverens medarbejdere og gæster, skal indgås på markedsvilkår. Det fremgår af lovens § 2, nr. 9, at der ved offentlige ladepunkter eller offentligt tilgængelig tankstation forstås:

”Et ladepunkt eller en tankstation til forsyning med et alternativt drivmiddel, som giver ikke diskriminerende adgang for brugere. Ikkediskriminerende adgang kan omfatte forskellige

vilkår for godkendelse, anvendelse og betaling.”

Det fremgår endvidere af § 2, nr. 10, at der ved en offentlig ordregiver forstås:

”Offentlig ordregiver: Ordregiver, der er omfattet af udbudslovens definition af ordregiver.”

Idet de almene boligorganisationer er omfattet af udbudslovens definition af en offentlig ordregiver, jf. ovenstående afsnit 2, er boligorganisationerne omfattet af AFI-loven, jf. § 3, idet det dog fortsat skal overvejes, om der er tale om offentligt tilgængelige ladepunkter, jf. også det anførte ovenfor.

Det fremgår således af Bekendtgørelse 2022-06-28 nr. 1073 om ordregiveres indgåelse af aftaler om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter § 2, skt. 1, at:

Aftaler om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter efter lov om infrastruktur for alternative drivmidler til transport § 3 med en værdi på mere end 1.000.000 kr., jf. stk. 3, som ikke er omfattet af udbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller koncessionsdirektivet, skal indgås på baggrund af en annoncering i overensstemmelse med udbudslovens § 192 og regler indført efter udbudslovens § 191, stk. 2.

Aftaler om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter efter lov om infrastruktur for alternative drivmidler til transport § 3 med en værdi på mellem 0 kr. og 1.000.000 kr., jf. stk. 3, som ikke er omfattet af udbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller koncessionsdirektivet, skal indgås på markedsmæssige vilkår fastsat i overensstemmelse med udbudslovens § 193, stk. 3. (vores understregninger)

Det fremgår herefter af bekendtgørelsen, at værdien af en aftale om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter fastsættes efter metoden i koncessionsdirektivets artikel 8, stk. 2-6, som beskrevet ovenfor i afsnit 5.2.

Dette medfører, at hvis en kontrakt om retten til at virke som operatør af offentligt tilgængelige ladepunkter ikke er omfattet de almindelige udbudsregler finder AFI-lovens § 2, stk. 1 og den udstedte Bekendtgørelse 2022-06-28 nr. 1073 anvendelse, hvorefter reglerne i udbudslovens afsnit IV og V skal følges:

- Hvis kontraktens værdi er under kr.1.000.000, skal kontrakten indgås på markedsvilkår, jf. udbudslovens § 193, på en af følgende måder:
 - 1) gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud,
 - 2) indhenter to eller flere tilbud, eller

- 3) annoncerer på ordregiverens hjemmeside eller på www.udbud.dk, jf. udbudslovens § 191, stk. 2
- Hvis kontraktens værdi er over kr.1.000.000, skal kontrakten, jf. § 192:
 - 1) annonceres på www.udbud.dk, og
 - 2) Ordregiver skal:
 - fastlægge en procedure for tildeling, herunder fastsætte kriterier for tildeling,
 - orientere potentielle tilbudsgivere om proceduren for tildeling på en måde, der sætter tilbudsgivere i stand til at afgive tilbud,
 - skriftligt og samtidig underrette alle tilbudsgivere, og
 - efter anmodning underrette tilbudsgiveren om begrundelsen for beslutningen.

11.1.3 AFI-loven og udbudsloven

Er en kontrakt omfattet af udbudsloven, og har kontrakten en værdi under tærskelværdien for gennemførelse af EU-udbud, finder afsnit IV og V i udbudsloven anvendelse – afhængigt af, om kontrakten har grænseoverskridende interesse, jf. afsnit 10.1.

Hvis en kontrakt er omfattet af udbudsloven, men ikke har grænseoverskridende interesse og er under kr. 500.000, ekskl. moms, skal reglerne i AFI-loven følges, og ovenstående gennemgang i afsnit 11 finder anvendelse for så vidt vedrører udbudslovens § 193.

11.1.4 AFI-lougivningen og koncessionsdirektivet

Hvis en kontrakt er omfattet af koncessionsdirektivet og ikke har en klar grænseoverskridende interesse, jf. 10.2 skal reglerne i AFI-loven følges, og afhængig af om kontrakten er over eller under kr. 1.000.000, ekskl. moms, skal udbudslovens afsnit IV eller V følges.

Såfremt koncessionskontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, skal principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) følges, hvorefter der kan foreligge en annonceringspligt, hvilket kan ske via www.udbud.dk.

-oOo-

Det henvises desuden til bilag 1 til nærværende notat, som illustrer de nævnte forhold i notatet.