

Blandede kontrakter: Bygge – og anlæg eller vare/tjenesteydelse?

Af Jacob Georg Naur og Pernille Aagaard Truelsen, Advokatfirmaet Energi & Miljø. Publiceret juni 2015

Når ordregiver skal klassificere et blandet indkøb som enten en bygge- og anlægskontrakt eller en vare-/tjenesteydelseskontrakt, bør ordregiver benytte CPV-kodernes [1] ydelsesbeskrivelser for at finde ud af, hvad kontraktens hovedformål er.

Den høje eller den lave tærskelværdi?

Ved planlægningen af et indkøb skal ordregiver tage stilling til, hvilken tærskelværdi der gælder for den kontrakt, der skal udbydes: Den høje for bygge- og anlægsarbejder, eller den lave for varer/tjenesteydelser [2]. Ofte er det klart, hvilken tærskelværdi der er relevant. Ved såkaldt blandede kontrakter, der består af en bygge- og anlægsdel og en vare/tjenesteydelsesdel, kan det dog erfaringsmæssigt volde problemer at finde frem til den rette tærskelværdi, og dermed om der skal foretages EU-udbud [3].

Hurtigt vil en udbudspraktiker komme frem til, at kontraktens hovedformål er afgørende for, hvilken tærskelværdi der skal iagttages. Dette fremgår direkte af § 25, stk. 1, i den kommende udbudslov, som i øvrigt viderefører den hidtidige retstilstand. Men hvordan finder man frem til kontraktens hovedformål?

Udbudslovens forarbejder

Forarbejderne til udbudsloven giver reelt ikke nogen hjælp, eftersom det her fremgår, at det er afgørende at finde ud af, om bygge- og anlægsarbejderne er accessoriske i forhold til tjenesteydelserne eller omvendt.

At finde ud af, hvad der er accessorisk til hvad, er jo reelt blot en måde at afdække, hvad der ikke er kontraktens hovedformål og så slutte modsætningsvist.

Det bemærkes dog i forarbejderne, at værdien af de forskellige ydelser kan være en indikator for, hvad der må anses for kontraktens hovedformål.

Det er imidlertid ikke klart, hvilken rolle CPV-koderne spiller i forhold til klassifikationen af de blandede kontrakter. Det er efter vores opfattelse uhensigtsmæssigt, da Klagenævnet for Udbud seneste praksis netop viser, at CPV-koder kan spille en afgørende rolle, når blandede kontrakter skal klassificeres.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud

En ny afgørelse fra Klagenævnet for Udbud viser således, at en vurdering af kontraktens hovedformål og værdien af de enkelte dele af kontrakten i første omgang bør vige til fordel for en undersøgelse af, hvad de relevante CPV-koder indeholder.

Den blandede kontrakts indhold

I kendelse af 20. februar 2015, Michael Wulff A/S og Philips Danmark A/S mod Rebild Kommune, accepterede Klagenævnet for Udbud, at ordregiver havde klassificeret en blandet kontrakt på i alt ca. 22 mio. kr. som en bygge- og anlægskontrakt på trods af, at opfyldelse af kontrakten krævede indkøb af varer (armaturer, LED-pærer mv.) for ca. 16 mio. kr.

Sagen udsprang af Rebild Kommunes indhentning af tilbud på:

1. omlægning af kommunens gade- og stibelysning til en LED-belysning,

2. drift og vedligeholdelse af det eksisterende anlæg i 2 år og
3. drift og vedligeholdelse af det nyetablerede anlæg i 3 år med mulighed for forlængelse af kontrakten med op til to gange ét år.

Klagerne fik ikke medhold i, at den blandede kontrakt skulle have været udbudt efter udbudsdirektivet i stedet for tilbudsloven som følge af, at varedelen udgjorde i hvert fald 16 mio. kr. af den samlede kontraktsum og dermed overskred tærskelværdien for varer.

Værdien af varedelen spillede i første omgang ingen rolle for kontraktens hovedformål

Klagenævnet for Udbud fandt det ikke afgørende, at varedelen udgjorde den væsentligste værdi af den samlede kontrakt (ca. 16 mio. kr. ud af 22 mio. kr.). For at nå til det resultat undersøgte Klagenævnet for Udbud indholdet af de relevante CPV-koder:

”Det følger af bilag I [som indeholder CPV-koderne for bygge – og anlægsarbejder] til udbudsdirektivet, at installation af belysning til veje er en bygge- og anlægsaktivitet [CPV-kode 45316000: Installation af belysning og elektriske signalanlæg, 45316110: Installation af gadebelysningsudstyr], der omfattes af udbudsdirektivet [..].”

Med andre ord kom Klagenævnet for Udbud frem til, at dele af den blandede kontrakt (punkt 1) bestod af en bygge- og anlægskontrakt, da det direkte fremgik af bilag I i udbudsdirektivet, at installation af belysning til veje er et bygge – og anlægsarbejde. På den måde kan det siges, at bygge- og anlægsarbejder i sig selv kan være en blandet kontrakt. Klagenævnet for Udbud udtalte i overensstemmelse hermed følgende:

”At en entreprenør – som i det foreliggende tilfælde og på helt sædvanlig måde – med henblik på at opfylde en kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde indgår kontrakt om køb af varer (armaturer m.v.), bevirker [...] ikke, at kontrakten må anses som en vareindkøbskontrakt [..].”

Det vil sige, at hvis et blandet indkøb - uanset om det umiddelbart synes at være en blandet kontrakt - er beskrevet fuldt ud i en CPV-kode, herunder i NACE-nomenklaturen, og dermed allerede klassificeret som enten et bygge- og anlægsarbejde eller vare/tjenesteydelse, spiller kontraktens hovedformål eller værdien af kontraktens enkelte dele ingen rolle. I det tilfælde er der nemlig slet ikke tale om en blandet kontrakt.

Vedligeholdelsen gjorde ikke den blandede kontrakt til en tjenesteydelseskontrakt

Som nævnt indeholdt den blandede kontrakt også vedligeholdelse af belysningen i kommunen (punkt 2 og 3). Klagenævnet for Udbud afviste på trods heraf, at den blandede kontrakt skulle anses for at være en tjenesteydelseskontrakt, men gav ingen nærmere begrundelse for resultatet.

Begrundelsen ligger dog lige for: Hvis varekøbet på ca. 16 mio. kr. reelt ”ligger” i bygge- og anlægssdelen i kraft af indholdet af den relevante CPV-kode, vil bygge- og anlægssdelen selvsagt veje tungere end tjenesteydelsesdelen, som rent logisk højest kunne udgøre forskellen mellem 22 mio. kr. og 16 mio. kr., i alt 6 mio. kr.

Hvordan klassificeres blandede kontrakter ud fra kontraktens hovedformål?

Først og fremmest bør ordregiver undersøge de relevante CPV-koders indhold.

Det kan udtrykkes på den måde, at ordregiver skal inddele den blandede kontrakt, så de enkelte dele passer ind i beskrivelserne i CPV-koderne. Måske vil en CPV-kode ligefrem indeholde en beskrivelse af alle dele af den formodede blandede kontrakt.

Ved denne inddeling skal der ikke skeles til ordregivers egen umiddelbare vurdering af, om der er tale om en blandet kontrakt. Inddelingen af den blandede kontrakt skal derimod ske på et objektivt grundlag ud fra CPV-kodernes indhold. Først derefter kan kontraktens hovedformål fastslås.

Ved fastlæggelsen af kontraktens hovedformål vil værdien af de enkelte dele af den blandede kontrakt skulle inddrages som en tung indikator. Delene skal dog vel at mærke kun indgå med den værdi, som følger af inddelingen på baggrund af CPV-koderne.

Hvis ordregiver følger ovenstående metode, vil det formentlig i en del tilfælde vise sig, at en blandet kontrakt ikke reelt er blandet, dvs. at alle dele af kontrakten er indeholdt i én CPV-kode.

Hvis en CPV-kode derimod ikke kan indeholde alle dele af kontrakten, og der således er tale om en blandet kontrakt, bør ordregiver vurdere, hvad der er kontraktens hovedformål på baggrund af værdien af indkøbets enkelte dele inddelt i de relevante CPV-koder.

[1] CPV står for “common procurement vocabulary”. CPV-koderne er oplistet i forordning (EF) nr. 213/2008 af 28. november 2008. Hver CPV-kode beskriver en bestemt ydelse som eksempelvis 45262680 (svejsning), 45262630 (opførelse af ovne) og 45262330 (betonreparationsarbejder). CPV-koderne og beskrivelserne i bilag I i det gældende udbudsdirektiv og bilag II i det nye udbudsdirektiv bygger på NACE-nomenklaturen, som også findes i den ovennævnte forordning. NACE-nomenklaturen gælder i tilfælde af forskellige fortolkninger mellem CPV og NACE.

[2] Den kommende udbudslov ændrer ikke ved tærskelværdierne for bygge – og anlæg og varer/tjenesteydelser på pt. henholdsvis ca. 1,5 mio. kr. og ca. 39 mio. kr. ekskl. moms, jf. § 9 i den kommende udbudslov.

[3] Artiklen behandler den situation, hvor et indkøb foretages inden for ét regelsæt, og hvor indkøbet består af en bygge- og anlægsdel og en vare- /tjenesteydelsesdel. Denne artikel handler således ikke om klassifikation af indkøb, der dækker flere forskellige regelsæt, eksempelvis udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet som eksempelvis ved en kommunes indkøb af et it-system til brug for varmforsyningen og den øvrige del af kommunens teknik- og miljøafdeling.