

NOTAT VEDRØRENDE AFTALE OM OUTSOURCING

Dato: 26. august 2020

Hirtshals Havn, Norgeskajen 11, 9850 Hirtshals - Aftale om outsourcing.

Opdrag:

På baggrund af et udkast til outsourcing aftale der påtænkes indgået mellem Hirtshals Havn og Hjørring Kommune vurderes det i det følgende, om kontraktindgåelsen ville forudsætte et forudgående EU-udbud eller annoncering.

Notatet indeholder en sammenfattende konklusion, og herefter de bagvedliggende overvejelser. Notatets konklusion og de bagvedliggende overvejelser skal læses som en helhed.

Sammenfattende konklusion:

Af et forsigtighedshensyn er aftalen om outsourcing vurderet i henhold til bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter samt det implementerede koncessionsdirektiv.

Værdien af koncessionen overstiger ikke tærskelværdien gældende for koncessionskontrakter. Derfor skal aftalen om outsourcing ikke i EU-udbud efter bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter og det implementerede koncessionsdirektiv.

Fokuspunktet har herefter været, om aftalen har en sådan **klar** grænseoverskridende interesse, at aftalen om outsourcing alligevel skal i udbud / annonceres.

Efter en samlet vurdering af aftalen om outsourcing, herunder usikkerheden i aftalens værdi og den manglende reelle interesse fra udenlandske aktører over de seneste 5 år, er det derfor vores vurdering, at aftalen ikke har en klar grænseoverskridende interesse, hvorfor den heller ikke af denne grund er udbudspligtig /annonceringspligtig.

Havnelovens bestemmelser omkring annoncering bliver heller ikke relevante, da de som beskrevet forudsætter en forventet årlig omsætning på mere end 500.000 kr.

Samlet set er der derfor ikke noget til hinder for, at Hirtshals Havn og Hjørring kommune indgår aftalen om outsourcing uden forudgående udbud eller annoncering.

Kvalificering af kontrakten:

Outsourcing aftalen kan reelt set kvalificeres som en koncessionskontrakt, selvom den er benævnt noget andet. På baggrund af aftalens indhold er der grundlæggende tale om, at retten til at udnytte godsbaneterminalen og dens faciliteter overdrages til havnen. Dette sker uden betalinger til kommunen, men havnen overtager den fulde risiko for driften af ejendommen. Dette svarer til den konstruktion, som kommunen har søgt for godsbaneterminalen – nemlig at der findes en godsoperatør til at drive godsbaneterminalen for egen regning og risiko.

En sådan kontrakt er som udgangspunkt en koncessionskontrakt. Det gælder uanset om der er betalinger til kommunen eller ej.

Koncessionskontrakter er udbudspligtige, hvis værdien af koncessionen overstiger tærskelværdien for et udbud som er 39.884.785 kr. ekskl. moms jf. bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter og det implementerede koncessionsdirektiv.

Udvalgte undtagelser:

Som beskrevet oven for, er koncessionskontrakter kun EU-udbudspligtige, hvis værdien overstiger den gældende tærskelværdi. Omvendt betyder det, at hvis værdien af koncessionen *ikke* overstiger tærskelværdien, så vil der ikke være en EU-udbudsforpligtelse.

Der kan være en forpligtelse til at gennemføre en procedure om forudgående udbud / annoncering af den påtænkte kontraktindgåelse, hvis koncessionskontrakten måtte have klar grænseoverskridende interesse. Dette behandles længere fremme i dette notat.

Dernæst kan der i henhold til havnelovens regler være en annonceringsforpligtelse som betingelse for, at Hirtshals Havn kan påtage sig opgaven. Også dette behandles længere fremme i dette notat.

Koncessionsdirektivet undtager visse kontrakter fra direktivets anvendelsesområde. Det gælder f.eks.:

1. Aftaler der vedrører en økonomisk aktørs ret til at udnytte bestemte offentlige områder eller ressourcer i henhold til privatret eller offentlig ret som fx jord eller offentlig ejendom, navnlig i den maritime sektor ved indre vandveje, og hvor den offentlige myndighed kun fastlægger generelle betingelser for deres benyttelse uden at indkøbe bestemte arbejder eller tjenesteydelser.
2. Kontraktgiver kontrollerer kontraktgiver som man kontrollerer sig selv, mindst 80 % af aktiviteterne i kontraktgivers virksomhed stammer fra opgaver man er overladt fra kontraktgiver og der i øvrigt ikke er private ejere i kontraktgiver som juridisk person.

Ad 1: Undtagelsens rækkevidde er uklar men kunne omfatte en situation som beskrevet i den påtænkte aftale om outsourcing.

Der er imidlertid ikke fortolkningsbidrag i praksis. Efter et forsigtighedsprincip betragtes kontrakten for en koncessionsaftale med henblik på værdiansættelse mv. som nærmere anført i dette notat.

Ad 2: Henset til, at driften af den overdragne ret til at udnytte godsbaneterminalen forventeligt skal foregå i et selvstændigt kapitalselskab, så vurderer vi ikke, at undtagelsen om kontrakter mellem kontrollerede selskaber (in-house kontrakter) kan finde anvendelse.

Aftalens anslåede værdi:

For at klarlægge om en kontrakt overstiger tærskelværdien, skal der foretages en værdiansættelse. Værdiansættelsen tager udgangspunkt i aftalens samlede løbetid og følgende forhold:

- Den skønnede omsætning, herunder enhver indtægt i øvrigt, som aftalehaver måtte opnå ved sin ret til at udnytte den faste ejendomsfaciliteter/terminal drift.
- Tidsmæssigt bliver aftalens løbetid nødsaget til at opgøres som et skøn, idet aftalen ikke er tidsbegrænset, jf. aftalens pkt. 4.
- Værdien af alle varer og tjenesteydelser, som stilles til rådighed af kommunen for at koncessionen kan udnyttes. Dette omfatter således hvis der er driftsaktiver i bygningen mv.
 - Det er uklart, om det omfatter godsbaneterminalen i sig selv. Ordlyden af bestemmelsen i koncessionsdirektivet er "varer og tjenesteydelser". Ud fra et forsigtighedsprincip anbefales det, at værdien af også godsbaneterminalen regnes med i opgørelsen.
 - Det er vigtigt at være opmærksom på, at det er værdien af at aktiverne stilles til rådighed, der skal indgå. Ikke hvad de måtte koste at anskaffe. Det vil således være en skønsmæssig leje der skal regnes med, svarende til aftalens skønnede løbetid.

Hirtshals Havn har med afsæt i ovennævnte værdiansættelsesparametre anslået værdien af i alt fald den mulige årlige omsætning til at være omkring 312.000 kr. Dette er baseret på et beløb svarende til 1.200 kr. for et godsvognstræk pr. gang og med mulighed for at anløbe godsbaneterminalen maksimalt 1 gang i døgnet på alle hverdage.

Forudsætningerne om pris og anløb er baseret på dels erfaringerne fra de forgæves forhandlinger der har været de seneste 5 år med henblik på at finde en godsbaneoperatør, dels kendskabet til prisniveauet i Esbjerg Havn.

I den mulige omsætning indgår ikke værdien af en skønsmæssig leje som ellers nævnt oven for.

Det er vores vurdering, at når varigheden af aftalens løbetid skal skønnes, da kan denne varighed ikke overstige 30 år. Dette beror på, at 30 år ville være den længste varighed af en brugsret, der kan opnå tinglysning. For en aftalt varighed af en brugsret derudover, ville det være mere nærliggende at tale om et adkomstkifte hvilket ikke er parternes intention med aftalen.

Set over 30 år ville 312.000 kr. pr. år svare til i alt kr. 9,360 mio. kr.

Henset til karakteren af godsbaneterminalen, de forgæves forsøg på at finde en godsbaneoperatør siden 2015 og den begrænsede mulige omsætning anslået af havnen vurderer vi det helt usandsynligt at værdien af en skønsmæssig leje skulle kunne udgøre i omegnen af de 30 mio. kr., der skulle til for at bringe koncessionens værdi over tærskelværdien. Fuld sikkerhed kan dog alene opnås ved f.eks. en mæglervurdering.

En værdiansættelse under tærskelværdien som anført betyder, at der ikke er nogen EU-udbudsforpligtelser efter koncessionsdirektivet. Det skal derfor vurderes om aftalen måtte have en klar grænseoverskridende interesse, jf. nærmere nedenfor.

Klar grænseoverskridende interesse:

Vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse er i alle tilfælde konkret og skal foretages af den ordregivende myndighed. I vurderingen indgår bl.a. aftalens værdi, udførelsessted, genstand og de krav der i øvrigt stilles til en kontraktthaver for at kunne opfylde aftalen.

En høj *aftalleværdi* skaber i sagens natur en tilsvarende større grænseoverskridende interesse, da aftalen i så fald må forudsættes at blive mere attraktiv for en aktør i udlandet. I den sammenhæng er en anslået årlig omsætning på omkring 300.000 kr. ikke stor - og da også meget langt fra tærskelværdien for koncessioner. Aftalens begrænsede værdi taler derfor isoleret set imod en klar grænseoverskridende interesse.

Til brug for dette notat er det samtidig oplyst, at der på nuværende tidspunkt ikke er nogen omsætning ved drift af terminalen, da der ikke er fundet nogen operatør der vil påtage sig opgaven. Dette på trods af flere realitetsforhandlingsforløb.

Derfor er der reelt heller ingen sikkerhed for omsætning i fremtiden. Den manglende sikkerhed for omsætning kan også indgå i vurderingen og tale for en manglende klar grænseoverskridende interesse.¹

Hvis man derimod ser på *aftalens varighed* er det værd at bemærke, at aftalen i sin nuværende form er uopsigelig fra kommunens side og blot kan opsiges med et 12 måneders varsel ved havnens misligholdelse af sine forpligtelser, jf. aftalens pkt. 4. Aftalen er dermed ikke tidsbegrænset og kan derfor potentielt være indbringelsesrig over tid, hvilket kan skabe en større interesse om aftalen for udenlandske aktører. Hertil kommer det faktum, at selve *aftalens udførelsessted* nær øvrige landegrænser gør det lettere tilgængeligt for udenlandske aktører.

Det bemærkes, at der på initiativ af Hirtshals Havn, i en lang periode har været forhørt om interessen for opgaven i markedet. Dette har efter det oplyste ikke ført noget reelt med sig, jf. aftalens pkt. 2, på trods af egentlige forhandlinger.

Det tillægges derfor ikke afgørende betydning i vurderingen af den klare grænseoverskridende interesse, at der blandt tidligere forhandlingsparter har været udenlandske aktører. Disse har således *fravalgt* muligheden for at drive godsbaneterminalen.

I en tidligere kendelse fra klagenævnet² har klagenævnet netop lagt vægt på det faktum, at udenlandske aktører ikke havde udvist interesse for opgaven, hverken på den konkrete udbudte aftale eller forudgående koncessionsaftale. Interessant for nærværende vurdering er det også, at klagenævnet tilmed henviste til, at koncessionsaftalens værdi var under tærskelværdien for koncessionsdirektivet, som på daværende tidspunkt ikke var implementeret i dansk ret. Værdien af den i klagesagen omhandlede kontrakt var endog markant nærmere tærskelværdien, end tilfældet er det for den påtænkte aftale om outsourcing.

At aftalens værdi er under tærskelværdien, kan derfor i sig selv tale for, at aftalen ikke har en klar overskridende interesse.

Særligt på baggrund af de sidstnævnte momenter er det vores vurdering, at aftalen ikke har sådan en **klar** grænseoverskridende interesse, at aftalen af den grund bliver udbudspligtig / annonceringspligtig.

Annoncering efter havnelovens regler:

¹ Manglende sikkerhed for omsætning indgik bl.a. i vurderingen i klagenævnets kendelse af 5. oktober 2016 mellem Kinnerup Care A/S og Hørsholm Kommune.

² Klagenævnets kendelse af 10. marts 2015 mellem Esbjerg Maritime Service ApS og Esbjerg Havn

Da den årlige omsætning er anslået til omkring 300.000 kr. kan det kort bemærkes, at annoncering efter havnelovens § 9 ikke skal iagttages, da det forudsætter en forventet årlig omsætning på mere end 500.000 kr. Der henvises til de forudsætninger, der er indgået i denne værdiansættelse ovenfor.

Martin Holmgaard Thomsen
Advokat (L)

Nicoline Skals
Advokatfuldmægtig