

DUPLIK

I Klagenævnet for Udbuds
sag nr. 20/14359

Ishøj Ny Antenneforening
CVR. 41497394
Vejlegården 16, st. th.
2635 Ishøj
(herefter "**Klager**")
(ved advokat Michael Lund Nørgaard)

mod

Ishøj Kommune
Ishøj Store Torv 20
2635 Ishøj
(herefter "**Kommunen**")
(ved advokat Andreas Christensen)

Kommunen fastholder de påstande og anbringender, der er fremført i svarskriftet, idet Klagers replik dog giver Kommunen anledning til (i) ændring af Kommunens påstand over for Klagers påstand 1 og (ii) supplerende anbringender i forhold til Klagers påstand 1, påstand 2 og påstand 5.

PÅSTANDE:

Kommunens påstande fastholdes i sin helhed, idet påstand 1 dog ændres som følger:

Over for klagers påstand 1:

Klagen tages ikke til følge.

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING:

ANBRINGENDER:

For overblikkets skyld er Kommunens anbringender struktureret i overensstemmelse med de af Klager nedlagte påstande og anbringender.

KLAGERS PÅSTAND 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens afsnit II, udbudslovens § 128 samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved at gennemføre et salg af Ishøj Fællesantenne (anlægget), med vilkår om en vederlagsfri, tidsubegrænset ret til at benytte anlægget for indklagede med tilhørende forpligtelse for den vindende leverandør til at drive og vedligeholde anlægget og andre arbejder, hvori anlægget indgår, uden at gennemføre et udbud i henhold udbudslovens regler, herunder ved ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende vedrørende udbudet.

Ad Kommunens ejerskab til lysledere, der hidtil er anvendt til Kommunens eget brug

Kommunen fastholder, at Kommunen ved overdragelsesaftalen har bevaret ejerskabet til de lyslederpar i Ishøj Fællesantennenet, som Kommunen hidtil har anvendt.

Ved en samlet læsning af overdragelsesaftalen og dennes bilag fremgår det efter Kommunens opfattelse klart, at det var hensigten med overdragelsen, at Kommunen skulle bevare den rådighed, som Kommunen hidtil har haft over de lysledere, som Kommunen har anvendt til eget brug – nemlig den fulde ejendomsret.

Af bilag 4 (bilag 5.1 til overdragelsesaftalen) fremgår det således utvetydeligt og med henvisning til overdragelsesaftalens pkt. 5.1, at Kommunen beholder ejerskabet til de lyslederpar, som Kommunen hidtil har anvendt til eget brug.

Klager har i replikken anført, at salgsmaterialet ikke indeholder en redegørelse for, hvilke dele af Ishøj Fællesantennenet der efter salget tilhører erhververen, og hvilke dele der tilhører Kommunen. Klager anfører i øvrigt, at det ikke er "individualiseret, hvad indklagedes ejendomsret reelt indebærer". Det bestrider Kommunen.

En nærmere beskrivelse af Kommunens fiberanvendelse og de lysledere, som Kommunen har anvendt og bevarer ejerskabet til, fremgår af dokumentet "Beskrivelse af kommunens fiber", som var en del af salgsmaterialet. Dokumentet var elektronisk tilgængeligt for tilbudsgiverne under udbudsprocessen. Det fremgår bl.a. heraf, hvor mange lysledere Kommunen anvender i hvert fiberkabel i Ishøj Fællesantennenet. Dokumentet fremlægges som **bilag E**. Som det fremgår af dette dokument vil Kommunen bevare ejerskabet til i gennemsnit 2 lyslederpar for hvert fiberkabel.

Det er Kommunens opfattelse, at salgsmaterialet indeholder en fyldestgørende beskrivelse af forholdet mellem fiberkablerne og de lyslederpar, som Kommunen har anvendt til eget brug. Det understreges her, at Kommunen bevarer en ejendomsret over en fastsat del af infrastrukturen – i modsætning til tilfælde, hvor der erhverves en ejendomsret. Det er efter Kommunens opfattelse ikke nødvendigt at foretage yderligere individualisering end den foretagne for at bibeholde denne ret.

Rettighederne til lyslederparene er endvidere så særegne, at teorien om individualisering ikke lader sig anvende uden videre. Der er således ikke tale om en "vare" i klassisk forstand, men snarere en kapacitetsmæssig del af en større infrastruktur. Dette betyder, at de traditionelle betragtninger og hensynsafvejninger omkring individualisering som en beskyttelse mod kreditorer eller øvrige konkurrerende rettighedshavere ikke kan overføres på denne form for rettighedsbevarelse. Der er således tale om en ejendomsret til en del af en teknisk løsning, som er indlejret i en nedgravet "ledning".

Som det fremgår af bilag E, vil det være muligt at identificere, hvor mange lyslederpar i hvert fiberkabel som anvendes af Kommunen, og som Kommunen i kraft af aftalen har bevaret ejendomsretten over. Det er således også muligt at identificere (individualisere) de dele af infrastrukturen, hvor der er sket en overdragelse af ejendomsretten til erhververen.

Ad værdien af drift- og vedligeholdelsesansvaret

Kommunen har indhentet en skriftlig vurdering fra Kommunens tekniske rådgiver, Brix & Kamp A/S, der bl.a. er specialiseret i rådgivning vedrørende antennenet. Vurderingen fremlægges som **bilag F**.

Kommunens rådgiver har i den fremlagte vurdering taget udgangspunkt i en case, hvor der var tale om leje af 6 lyslederpar i et 96-leder fiberkabel. Kommunens rådgiver har på denne baggrund beregnet værdien af drift- og vedligeholdelse af de lyslederpar, som Kommunen bevarer ejerskabet til.

Som det fremgår af bilag F finder Kommunens tekniske rådgiver, at den skønnede værdi af drift og vedligeholdelse af Kommunens lyslederpar i Ishøj Fællesantenne vil udgøre 30.000 kr. ekskl. moms om året, svarende til 120.000 ekskl. moms over 4 år (48 måneder).

Kommunen gør på denne baggrund gældende, at værdien af drift- og vedligeholdelsesansvaret for Kommunens lyslederpar således vil være langt under tærskelværdien for EU-udbud på 1.595.391 kr. ekskl. moms.

Det bemærkes, at Kommunen ved en beklagelig fejl har anført i svarskriftet, at de 300.000 kr. er udtryk for værdien af levering af drift- og vedligeholdelse af Kommunens lyslederpar. Det er imidlertid den skønnede værdi for drift- og vedligeholdelse af hele fiberkablet.

Kommunen bestrider Klagers beregning, ligesom Kommunen bestrider, at det alene kan anses for bevist, at værdien af drift- og vedligeholdelsesansvaret henholdsvis værdien af brugsretten er under tærskelværdien for EU-udbud, hvis Kommunen fremlægger en "forudgående vurdering".

Som det fremgår af såvel svarskriftet og denne duplik er det – og var det – Kommunens opfattelse, at overdragelsesaftalen udgør en udelelig helhed, der ikke kan objektivt adskilles, hvorfor overdragelsesaftalen har skulle tildeles efter de regler, der gælder for aftalens hovedformål – nemlig salget af Ishøj Fællesantennenet.

Der er således ikke tale om en situation, hvor Kommunen har undladt at udbyde en offentlig kontrakt i EU-udbud med henvisning til, at tærskelværdien ikke var overskredet. Var det derimod tilfældet, kunne det synes rimeligt at kræve, at ordregiver kunne fremlægge dokumentation for en forudgående vurdering af kontraktværdien. Det er imidlertid ikke tilfældet i denne sag.

Klager synes i replikken at forudsætte, at vurderingen af kontraktværdien skal ske på baggrund af de produkter, der er "almindelige" i markedet. Klager anfører således bl.a., at "der findes ikke et produkt i markedet uden opstartsudgift". Kommunen gør gældende, at værdien af det drift- og vedligeholdelsesansvar, der med overdragelsesaftalen overdrages til erhververen alene skal ske på baggrund af de omkostninger, der knyttet til ydelserne heri. Ved vurderingen af værdien skal der derfor tages udgangspunkt i det aktuelle situation, hvor Ishøj Fællesantennenet overdrages til erhververen med henblik på erhververens drift af nettet og hvor det omhandlede drift- og vedligeholdelsesansvar alene knytter sig til en meget begrænset del af det samlede net. Kommunens øvrige anbringender vedrørende Klagers beregning, bilag 9, fremgår af **bilag H**.

Ad vederlagsfri, tidsubegrænset brugsret

Hvis Klagenævnet for Udbud måtte finde, at Kommunen ved salget ikke har bevaret ejerskabet til de nævnte lysledere, men derimod fået en brugsret, fastholder Kommunen, at brugsretten ikke udgør en offentlig tjenesteydelsekontrakt, som Klager ellers har gjort gældende.

Brugsretten udgør alene en rettighed til anvendelse af en installation, der kan sidestilles med eksisterende bygninger/anden fast ejendom, og som derfor er undtaget fra udbudspligt efter udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1, eller princippet heri.

Levering af såkaldte netværkstjenesteydelser må forudsætte, at leverandøren rent faktisk leverer en eller anden form for tjenesteydelse, fx i form af internetforbindelser.

Brugsretten udgør derimod alene en ret til at råde over et fysisk aktiv. Erhververen (der erhverver ejendomsretten til de resterende ledere) vil ikke have indflydelse på eller adgang til den trafik, der går i Kommunens lysledere, eller til hvilket udstyr, der er tilkøbt i enderne heraf.

De CPV-koder, som Klager henviser til i replikken, vedrører koder om "tjenester". Kommunen henviser i den forbindelse til Kommissionens forordning nr. 213/2008 af 28. november 2007 (CPV-glossaret), hvor de koder, som Klager henviser til i replikken, står opført på følgende måde:

"72700000-7 Datamatnetværkstjenester"

"72720000-3 WAN-tjenester".

Begge de af Klager anførte koder findes i CPV-glossarets division 72, der omfatter "IT-tjenester: Rådgivning, programmeludvikling, internet og support", jf. CPV-glossarets kode 72000000.

Kommunens indkøb af sådanne IT-tjenester er ikke omfattet af den råderet, som Kommunen har bevaret over lyslederne ved overdragelsesaftalen. Disse indkøb vil ske – og sker allerede – under overholdelse af udbudsreglerne.

På trods af hvad Klager anfører i replikken, har Kommunen ikke gjort gældende, at der er tale om en kontrakt undtaget for udbud, fordi kun én leverandør kan levere tv og internet gennem det netværk, som Kommunen i dag ejer. Som anført skal erhververen af Ishøj Fællesantennenet *ikke* levere tv og internet til Kommunen.

For Kommunens anbringender vedrørende drift- og vedligeholdelsesansvaret henviser Kommunen til svarskriftet.

Ad objektiv uadskillelighed

Hvis Klagenævnet for Udbud måtte finde, at Kommunen ved overdragelsesaftalen har opnået en brugsret (og ikke bevaret ejerskabet), og at denne brugsret i sig selv udgør en offentlig kontrakt, gør Kommunen gældende, at denne del af overdragelsesaftalen ikke objektivt kan adskilles fra salget af Ishøj Fællesantennenet, hvorfor overdragelsesaftalen skal tildeles efter de regler, der gælder for den type ydelse, der udgør overdragelsesaftalens hovedformål, jf. udbudslovens § 26, stk. 4.

Klager synes i replikken at forudsætte, at der ikke kan være tale om objektiv uadskillelighed, hvor Kommunen ved overdragelsesaftalen erhverver en brugsret til de omtalte lyslederpar, fordi der er "flere aktører, der tilbyder netværk i Ishøj Kommune, og som ville kunne levere netværk til Kommunen".

Salget af Ishøj Fællesantennenet har som anført været nødvendig på grund af de gældende kommunalretlige regler. Kommunen har imidlertid lovligt kunne bevare ejerskab over den infrastruktur, som Kommunen anvender til forsyning af egne institutioner.

Som anført i svarskriftet findes der ikke en alternativ, samlet fiber-infrastruktur, der forbinder og kan forsyne Kommunens institutioner på samme vis som den infrastruktur, der i dag er i Ishøj Fællesantennenet. Kommunen vil således ikke kunne indgå en aftale om erhvervelse af – eller brugsret til – et alternativt fibernet, der kunne sikre Kommunen rådighed over en samlet fiberinfrastruktur.

Som det også fremgår af svarskriftet har Kommunen i forbindelse med salget af Ishøj Fællesantennenet derfor fundet det nødvendigt at sikre sig den – fortsatte – fulde rådighed over denne del af infrastrukturen, således at Kommunen kan forsyne egne institutioner.

Klager har ikke godtgjort, at der findes en alternativ, samlet infrastruktur, der kan erstatte den infrastruktur, som findes i Ishøj Fællesantennenet.

Kommunen henviser i denne forbindelse også til EU-Domstolens praksis, bl.a. i sag C-145/08 og C-149/08 Club Hotel Loutraki, som også er fremhævet i Kommunens svarskrift. Det fremgår af denne praksis, at betingelsen om objektiv uadskillelighed er opfyldt, når den pågældende blandede kontrakt nødvendigvis skal indgås med én og samme medkontrahent, altså hvor kontraktens dele er uadskilleligt forbundne. Kommunen henviser her også til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2017, hvor Klagenævnet for Udbud fandt, at salget af Statens Serum Instituts vaccinevirksomhed og en tilhørende leveringsaftale udgjorde en udelelig helhed (og dermed var objektivt uadskillelige).

Der foreligger efter Kommunens opfattelse et konkret, objektivt og teknisk begrundet behov for at indgå en samlet aftale, idet Kommunen ikke på anden vis kunne bevare rådighed over en samlet infrastruktur, der kan forsyne Kommunens institutioner.

Kommunen gør på denne baggrund gældende, at brugsretten ikke meningsfuldt kan adskilles fra salget af Ishøj Fællesantennenet, hvorfor overdragelsesaftalen tildeles efter de regler, der gælder for overdragelsesaftalens hovedformål.

Overdragelsesaftalen skulle herefter tildeles efter de regler, der gælder for den type ydelse, der udgør overdragelsesaftalens hovedformål, jf. udbudslovens § 26, stk. 4.

Som anført i svarskriftet finder Kommunen, at hovedformålet med overdragelsesaftalen utvivlsomt var at sælge Ishøj Fællesantennenet, hvorfor udbudslovens regler ikke fandt anvendelse ved salget. Kommunen henviser i øvrigt til svarskriftets afsnit om overdragelsesaftalens hovedformål.

Ad værdien af brugsretten

Hvis Klagenævnet for Udbud måtte finde, at Kommunen ved overdragelsesaftalen har opnået en brugsret, der udgør en offentlig kontrakt, som ikke objektivt kan adskilles fra salget af Ishøj Fællesantenne, gør Kommunen gældende, at værdien af brugsretten er under tærskelværdien for EU-udbud på 1.595.391 kr. ekskl. moms, hvorefter udbudslovens afsnit II ikke finder anvendelse.

Kommunen har indhentet en skriftlig vurdering fra Kommunens tekniske rådgiver. Vurderingen fremlægges som **bilag G**.

Kommunens rådgiver har i den fremlagte vurdering taget udgangspunkt i erfaringspriser for såkaldte IRU-aftaler.

Det fremgår af vurderingen, at den skønnede værdi af en råderet over Kommunens lyslederpar (svarende til den af Klager påståede brugsret) vil være 1.000.000 kr. ekskl. moms i alt.

Værdien af Kommunens brugsret vil således være langt under tærskelværdien for EU-udbud på 1.595.391 kr. ekskl. moms.

Kommunen bestrider Klagers beregning, ligesom Kommunen bestrider, at det alene kan anses for bevist, at værdien af drift- og vedligeholdelsesansvaret henholdsvis værdien af brugsretten er under tærskelværdien for EU-udbud, hvis Kommunen fremlægger en "forudgående vurdering". Kommunen henviser til det anførte under "Ad værdien af drift- og vedligeholdelsesansvaret".

Kommunens øvrige anbringender vedrørende Klagers beregning, bilag 9, fremgår af bilag H.

Hvis Klagenævnet for Udbud måtte finde, at såvel brugsretten som drift- og vedligeholdelsesansvaret udgør offentlige kontrakter i udbudslovens forstand, og at disse kontrakter kunne adskilles objektivt fra salget af Ishøj Fællesantennenet, gør Kommunen gældende, at værdien af brugsretten og drift- og vedligeholdelsesansvaret både hver for sig og samlet set er under tærskelværdien for EU-udbud. Kommunen har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens afsnit II, udbudslovens § 128 samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at gennemføre salget af Ishøj Fællesantenne uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbeholdning.

KLAGERS PÅSTAND 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med koncessionsdirektivet, jf. direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 artikel 18 og afsnit II samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. koncessionsdirektivets artikel 3, jf. bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling af koncessionskontrakter § 1, ved at gennemføre et fælles ejerskab til Ishøj Fællesantenne (anlægget), med vilkår om at erhververen tildeles retten til at benytte det med indklagede fællesjede anlæg til distribution af tv- og bredbånd i Ishøj Kommune, uden at gennemføre en udbudsprocedure for koncessionen i henhold til koncessionsdirektivets regler, herunder ved ikke at offentliggøre en udbudsbeholdning i Den Europæiske Unions Tidende vedrørende koncessionen og ved at gøre koncessionen tidsbegrænset.

Klager synes at være af den opfattelse, at det forhold, at Ishøj Kommune bevarer ejerskabet over lyslederpar i fiberkablerne, vil medføre, at erhververen ved overdragelsesaftalen får overført "driftrisikoen vedrørende netværket".

Klager har i replikken anført:

"Såfremt Klagenævnet uanset kontraktens ordlyd måtte vurdere, at indklagede har bevaret ejendomsretten til disse ikke nærmere beskrevne dele af netværket, og at denne er uadskillelig fra netværket i øvrigt, kan ejendomsretten over nettet kun fortolkes som fælles fordelt på en andel, som er den del af nettet indklagede benytter og en andel der er åben for Stofa A/S til distribution af tv- og internet. Kontrakten overfører herved driftsrisikoen vedrørende netværket, herunder drift og vedligeholdelsesansvar af de dele af netværket, som indklagede benytter, til Stofa A/S, og kontrakten får derved karakter af en koncessionskontrakt, som ikke er udbudt i overensstemmelse med reglerne om udbud af koncessionskontrakter - helt i overensstemmelse med indklagedes nuværende koncessionskontrakt." (Min fremhævning).

En koncessionskontrakt er som anført i svarskriftet kendetegnet ved, at der tildeles ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, hvorved der samtidig overføres en driftsrisiko af økonomisk karakter til koncessionshaveren, jf. også præambel betragtning 18 til koncessionsdirektivet.

Klager synes i replikken at anføre, at der ved overdragelsesaftalen skulle være indgået aftale om en art fælles ejerskab, samt at dette fælles ejerskab medfører, at der foreligger en koncessionkontrakt. Det bestrider Kommunen.

Kommunen gør fortsat gældende, at erhververen ved overdragelsesaftalen overtager ejerskabet til Ishøj Fællesantennenet, dog med undtagelse af de nævnte lyslederpar, som Kommunen bevarer ejerskabet til. Der er intet i salgsmaterialet eller overdragelsesaftalen i øvrigt, der understøtter, at der skulle være tale om et fælles ejerskab, hvor parterne må anses for i fælleskab at eje Ishøj Fællesantennenet.

Det er herefter Kommunens opfattelse, at erhververen hverken tildeles en ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser. Erhververen overtager derimod ejendomsretten til et aktiv, hvilket utvivlsomt falder uden for koncessionsdirektivets anvendelsesområde.

For så vidt angår de lyslederpar, som Kommunen har bevaret ejerskabet til, har erhververen ved af salget af Ishøj Fællesantennenet fået ansvaret for drift og vedligeholdelse af disse lyslederpar. Dette omfatter heller ikke en ret til at udnytte hverken bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, ligesom der ikke overføres en driftsrisiko af økonomisk karakter på erhververen i denne forbindelse.

Klager har således ikke godtgjort, at der ved overdragelsesaftalen skulle være tildelt erhververen en ret til at udnytte et bygge- og anlægsarbejde eller en tjenesteydelse, ligesom det heller ikke er godtgjort, at der skulle være overført en driftsrisiko af økonomisk karakter til erhververen.

Selv for det tilfælde at Klagenævnet for Udbud måtte finde, at der ved salget er tildelt en koncessionskontrakt, gør Kommunen gældende, at den gældende tærskelværdi for koncessioner på 39.884.785 kr. ekskl. moms ikke vil være overskredet.

KLAGERS PÅSTAND 5:

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 17 erklære Ishøj Kommunes kontrakt med Stofa A/S om overdragelse af Ishøj Fællesantenne til Stofa A/S for uden virkning.

Kommunen fastholder det i svarskriftet anførte over for Klagers påstand 5.

Som anført i svarskriftet gør Kommunen gældende, at overdragelsesaftalen skal opretholdes, idet væsentlige hensyn til almenhedens interesser – nemlig forsynings sikkerheden – gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning, hvis Klagenævnet for Udbud måtte finde, at overdragelsesaftalen skal erklæres for uden virkning.

Salgsprocessen for Ishøj Fællesantennenet var nøje planlagt med henblik på at sikre den fornødne tid mellem underskrift af overdragelsesaftalen og selve overdragelsen af Ishøj Fællesantennenet. Dette for at sikre en for kunderne gnidningsfri overgang fra det nuværende setup og til det fremtidige set-up, hvor Ishøj Fællesantennenet vil være ejet af erhververen, Stofa A/S. Dette tidsbehov skyldes særligt omfanget af det forberedende og tekniske arbejde, der skal gennemføres forud for overdragelsesdagen den 1. juni 2021, hvor den eksisterende driftsaftale ophører, og den nuværende drift, support og vedligeholdelse ophører.

Kommunen gør herefter gældende, at der foreligger sådanne væsentlige hensyn til almenhedens interesser, at overdragelsesaftalen fortsat skal have virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 3.

PROCESSUELLE MEDDELELSER:

Processuelle meddelelser, der skal tilgå Indklagede, kan i denne sag fremsendes til/ske over for advokat Andreas Christensen (ac@horten.dk), Horten Advokatpartnerselskab, Philip Heymans Allé 7, 2900 Hellerup.

BILAG:

Bilag E: Beskrivelse af kommunens fiber

Bilag F: Notat vedr. vurdering af drift og vedligehold af et fiberkabel

Bilag G: Notat vedr. værdi af IRU

Bilag H: Notat vedr. Klagers beregning (bilag 9)

Hellerup, den 15. januar 2021

Horten



Andreas Christensen