

K E N D E L S E

Ishøj Ny Antenneforening
(advokat Michael Lund Nørgaard, København)

mod

Ishøj Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Ishøj Kommune annoncerede den 15. juni 2020 på bl.a. kommunens hjemmeside, at kommunen ved en udbudslignende proces ville sælge Ishøj Fællesantenne.

Ifølge det i salgsmaterialet indeholdte udkast til overdragelsesaftale og et bilag hertil skulle salget ske på vilkår om bl.a., at Ishøj Kommune som sælger skulle have ”vederlagsfri, tidsubegrænset ret til at benytte lysledere i Anlægget til brug for tv- og internetforsyning af Sælgers egne institutioner. Som en del af Sælgers vederlagsfri og tidsubegrænsede brugsret har Sælger ret til at afkoble og tilkoble institutioner til Anlægget. Sælgers brugsret ændrer ikke ved, at Køber bærer det fulde ansvar for Anlæggets drift, vedligeholdelse og andre arbejder, hvori Anlægget indgår...” og om, at ”Ishøj Kommune [beholder] ejerskabet af de lyslederpar i Ishøj Fællesantennes fiberkabler, som kommunen i dag anvender til eget brug. Ejerskab af Ishøj Fællesantenne vil derved blive delt mellem Ishøj Kommune og en ny ejer af Ishøj Fællesantenne.”

Kommunen modtog endelige tilbud fra Ishøj Ny Antenneforening og Stofa A/S. Kommunen meddelte ved mail af 2. december 2020 Ishøj Ny Antenneforening, at kommunen havde besluttet at sælge anlægget til Stofa A/S.

Klagenævnet har den 14. december 2020 modtaget en klage fra Ishøj Ny Antenneforening.

Ishøj Ny Antenneforening har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ishøj Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Kommunen har ved mail af 15. december 2020 oplyst, at der er indgået kontrakt med Stofa A/S, og at overdragelsen af anlægget ifølge den indgåede aftale sker den 1. juni 2021.

Klagenævnet har besluttet at træffe afgørelse inden for samme tidsramme, som ville være anvendt til at træffe afgørelse om opsættende virkning, og parterne har herefter inden for de af klagenævnet fastsatte frister afgivet afsluttende indlæg.

Ishøj Ny Antenneforeningen har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ishøj Kommune 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 Ishøj Kommune 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 udbuddet.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ishøj Kommune har handlet i strid med koncessionsdirektivet (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 Ishøj Kommune fællesejede anlæg til distribution af tv- og bredbånd i Ishøj Kommune, uden at gennemføre en udbudsprocedure for koncessionen i henhold koncessionsdirektivets regler, herunder ved ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende vedrørende koncessionen og ved at gøre koncessionen tidsbegrænset.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Ishøj Kommunes beslutning af 2. december 2020 om at tildele kontrakt til Stofa A/S.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal erklære Ishøj Kommunes kontrakt med Stofa A/S om overdragelse af Ishøj Fællesantenne til Sofa A/S for uden virkning.

Ishøj Kommune har påstået, at klagen ikke skal tages til følge.

Klagenævnet har den 14. og 22. december 2020 meddelt Ishøj Kommunes kontraktpart, Stofa A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3 og stk. 5.

Stofa A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse

Sagens nærmere omstændigheder

Salgsprocessen

Ishøj Kommune har hidtil ejet Ishøj Fællesantenne, men indledte ved annoncering den 15. juni 2020 en udbudslignende proces med henblik på salg af Ishøj Fællesantenne.

Om baggrunden herfor er det med henvisning til de nævnte referater fra byrådsmøder i kommunens svarskrift oplyst:

”Ishøj Fællesantenne blev oprettet af Ishøj Byråd med det formål at drive fællesantenneanlæg for modtagning af radio og tv. Senere blev internet også en del af Ishøj Fællesantennes forsyning. Ishøj Fællesantenne dækker alle ejendomme i Kommunen med tilslutningsmulighed til kabelnet

tilhørende Ishøj Fællesantenne. Ishøj Fællesantennenet består både af coax- og fiberkabler. Kommunen anvender en del af fiberkablerne til forsyning af egne institutioner. Kommunen bruger op til 33 procent af fiberkablernes kapacitet og ofte mindre.... Idet fiberkablerne alene udgør en del af det samlede kabelnet, anvender Kommunen samlet set langt mindre end 33 procent af det samlede anlægs kapacitet.

Kommunen blev i august 2019 opmærksom på, at det som udgangspunkt ikke er en lovlig kommunal opgave at forsyne borgerne med internetadgang, jf. se hertil referat fra byrådsmøde den 3. september 2019, pkt. 189, jf. bilag A. Kommunen påbegyndte herefter en proces med henblik på at ophøre med internetforsyningen i Ishøj Fællesantenne hurtigst muligt. I perioden herefter foretog Kommunen en række undersøgelser af mulighederne for at ophøre med internetforsyningen, herunder bl.a. mulighederne for at overdrage hele antenneanlægget til en ekstern erhverver. Byrådet blev orienteret herom den 5. november 2019, se hertil referat af byrådsmøde den 5. november 2019, pkt. 239, jf. bilag B.

Efter årsskiftet (2019/2020) påbegyndte Ishøj Kommune en proces med henblik på salg af hele Ishøj Fællesantennenet. På byrådsmøde den 7. januar 2020 traf Ishøj Byråd beslutning om at iværksætte en af Kommunens advokat udarbejdet procesplan for salg af Ishøj Fællesantennenet, se hertil referat af byrådsmøde den 7. januar 2020", pkt. 5, jf. bilag C. Dette omfattede en markedsdialog, som blev gennemført i foråret 2020. Ved denne markedsdialog deltog en række virksomheder, herunder også KabelPlus.dk, der har bistået Ishøj Ny Antenneforening gennem hele salgsprocessen.

Denne proces resulterede i, at Ishøj Byråd den 2. juni 2020 traf beslutning om at sælge hele Ishøj Fællesantennenet (det fysiske anlæg) ved en offentlig salgsproces, se hertil referat af byrådsmøde den 2. juni 2020, pkt. 131, jf. bilag D. Samtidig godkendte byrådet det fremlagte salgsmateriale.

Kommunen igangsatte herefter salgsprocessen. Processen blev annonceret og salgsmaterialet offentliggjort den 15. juni 2020."

I et dokument er der under overskriften "Ishøj Fællesantenne: Det nuværende set-up" anført følgende om det hidtidige ejerskab og driften af anlægget:

"Ishøj Kommune ejer Ishøj Fællesantenne (IFA), men det er en ekstern leverandør, der driver det. På baggrund af et EU-udbud indgik kommunen og Konsortiet Ishøj Fællesantenne (Kabelplus) den 22. marts 2017 kontrakt om drift, vedligeholdelse og support af anlægget. Kontrakten med Kabelplus ophører den 31. maj 2021. Jf. kontrakten har Kabelplus i deres ejerskab som koncessionshaver eksklusiv brugsret til anlægget.

IFA's koncessionshaver er ansvarlig for at udføre al drift og vedligehold af IFA. Driften af IFA sker på baggrund af vedtægter for Ishøj Fællesantenne, som er besluttet af Ishøj Byråd (vedlagt).

IFA's medlemmer er kunder hos koncessionshaver, og aftaler om levering og betaling af internet indgås mellem koncessionshaver og det enkelte medlem. Aftaler om levering og betaling af TV indgås mellem IFA og det enkelte medlem, men drift og administration af tv-leverancen varetages af koncessionshaver på vegne af IFA. Koncessionshaver varetager desuden al kontakt og kommunikation med abonnenter, samt alle opgaver i forhold til offentlige myndigheder.

Nuværende koncessionshaver betaler 2.012.000 kr. til Ishøj Kommune pr. år for rettighederne til at operere på IFA og til dækning af kommunens administrationsomkostninger i forbindelse med kontrakten.

...

Forsyning til Ishøj Kommunes institutioner

En stor del af Ishøj Kommunes institutioner forsynes i dag med tv og internet via Ishøj Fællesantennes kabler. Oversigt over institutioner og adresser ses i vedlagte liste.”

I Ishøj Kommunes salgsbetingelser er det anført bl.a.:

”1. BAGGRUND

Ishøj Kommune ("Kommunen") ejer Ishøj Fællesantennenet. Kommunen ønsker nu at sælge Ishøj Fællesantennenet.

Annonceringen sker på Kommunens hjemmeside, gennem et nyhedsbrev fra Forenede Danske Antenneanlæg, ligesom at Kommunen udsender en pressemeddelelse.

Kommunen vil indgå en overdragelsesaftale med bilag vedrørende Ishøj Fællesantennenet ("Udkast til overdragelsesaftalen") med erhververen af Ishøj Fællesantennenet ("Erhververen").

Anlægget er beskrevet i Teknisk beskrivelse af Anlægget.

Valget af Erhververen vil blive truffet på grundlag af en flerhed af tildelingskriterier (se pkt.5).

Kommunen er ikke forpligtet til at acceptere noget tilbud eller påtage sig omkostninger eller forpligtelser, som tilbudsgiverne har pådraget sig.

Kontrakten mellem Kommunen og den virksomhed, som på nuværende tidspunkt drifter, vedligeholder og supporterer Ishøj Fællesantennenet, ophører 31. maj 2021. Erhververen skal derfor overtage driften af Ishøj Fællesantennenet fra 1. juni 2021.

...

2. SALGSPROCESSEN

...

2.2 Salgsmaterialet

...

Salgsmaterialet er tilgængeligt elektronisk via www.ubuddet.dk. Salgsmaterialet er ligeledes offentliggjort på kommunens hjemmeside den 15. juni 2020.

Kommunen gør opmærksom på, at spørgsmål og svar, rettelsesblade samt eventuelle opdaterede udgaver af dokumenterne alene er tilgængelige via www.ubuddet.dk.

...

3. ANMODNING OM PRÆKVALIFIKATION

...

3.2 Krav til egnethed og ansøgningens indhold

...

Referencer

Ansøgere skal have udført mindst 2 lignende eller tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år (regnet fra fristen for ansøgning om prækvalifikation).

Ved "tilsvarende opgaver" forstås opgaver, der har omfattet drift af et anlæg til internet- og tvforsyning. Det er ikke et krav, at der er tale om et coax-net.

Ansøgere må maksimalt anføre 5 referencer. Angiver ansøgere mere end 5 referencer, vil Kommunen alene tage de første 5 referencer i betragtning.

Tv-indhold

Ansøgere skal på tidspunktet for kontraktindgåelse være i besiddelse af rettighederne/det nødvendige aftalegrundlag til at kunne levere tv-indhold i henhold til aftalen.

Ansøgere skal i forbindelse med prækvalifikationen fremlægge dokumentation for, at de er i besiddelse af disse rettigheder eller aftalegrundlag, eller, hvor ansøger ikke er i besiddelse af rettigheder/aftalegrundlag på tidspunktet for prækvalifikationen, at ansøger i forbindelse med ansøgningen om prækvalifikation kan fremlægge dokumentation, som viser, at ansøger med altovervejende sandsynlighed vil være i besiddelse af rettighederne/aftalegrundlaget ved kontraktens indgåelse.

...

4. AFGIVELSE AF TILBUD OG FORHANDLINGSMØDER

4.1 Tilbudsfrist og afgivelse af tilbud

...

Tilbuddet skal indeholde:

- Købesummen, jf. nærmere afsnit 5.1.
- Tilbudsbeskrivelse, jf. nærmere afsnit 5.2-5.4.

...

5. TILDELINGSKRITERIER

Kommunen vil ved udvælgelse af Erhververen lægge vægt på følgende tildelingskriterier:

- Købesummen (se pkt. 5.1) (40 %)
- Brugerinddragelse (se pkt. 5.2) (20 %)
- Sikring af tv-forsyning i fremtiden (se pkt. 5.3) (20 %)
- Service (se pkt. 5.4) (20 %)

Kommunen vil foretage en samlet vurdering af tilbuddene baseret på disse tildelingskriterier. Købesummen er således ikke det afgørende kriterium, og de andre kriterier vil samlet set kunne tillægges større betydning end købesummen.

...

5.2 Brugerinddragelse (20 %)

Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til tildelingskriteriet "Brugerinddragelse" vil Kommunen lægge vægt på, at tilbudsgivere illustrerer, at brugerinddragelse vil sikres med henblik på at styrke dialogen med brugere af Anlægget.

...

I forbindelse med dialog angående indhold vægtes det bl.a. positivt, at tv-indholdet er fleksibelt og kan tilpasses efter den enkelte kundes ønsker, at der er et stort udvalg af tv-indhold, samt at brugerne tages med på råd (fx ved en kanalafstemning), når der ændres i kanalsammensætningen. Også dialog med brugerne om fleksible løsninger for den enkelte bruger vægtes positivt.

I forbindelse med dialog angående prisstruktur vægtes det bl.a. positivt, at priserne for tv-indhold er relativt lave sammenlignet med markedet.

Brugerinddragelsen er dog ikke begrænset til ovenstående, og Kommunen modtager gerne andre forslag til håndtering af brugerinddragelse.

Brugerinddragelse bør både være rettet mod Kommunen som bruger af Anlægget og mod boligforeninger og andre private brugere, og kan fx indebære nedsættelse af et brugerråd med repræsentanter fra Kommunen, boligbestyrelser og landsbylaug.

5.3 Sikring af tv-forsyning i fremtiden (20 %)

Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til tildelingskriteriet "Sikring af tv-forsyning i fremtiden" vil Kommunen lægge vægt på, at tilbudsgivere har en plan for, hvordan tv-forsyning til brugerne i fremtiden vil sikres, herunder henset til den teknologiske udvikling på området.

Tilbuddet bør derfor indeholde en beskrivelse af, hvordan tilbudsgiver vil sikre brugerne af Anlægget tv-forsyning i takt med den teknologiske udvikling.

5.4 Service (20 %)

Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til tildelingskriteriet "Service" vil Kommunen lægge vægt på, at tilbudsgiver sikrer en optimal service, herunder beredskab og responstid i forbindelse med driften af Anlægget.

Teknisk service på anlæg/hovedstation

Tilbudsgiver bør beskrive en serviceplan for håndteringen af udførelse af service, opgradering og reovering i forbindelse med driften af Anlægget.

Det bør fremgå, hvordan Anlægget overvåges, herunder hvordan opståede fejl opdages, samt hvor hurtigt fejl udbedres. Tilbudsgiver bør angive et niveau for, hvornår der køres fejlsøgninger på støj (ustabilt internet), og hvor mange kunder, fejlene skal vedrøre, før der sker udbedring uden for normal arbejdstid. Derudover bør tilbudsgiver beskrive service og responstid på udstyr til hovedstationen til TV og bredbånd, herunder om der etableres redundans på linjer og udstyr.

Derudover bør tilbudsgiver beskrive, hvilken opgradering og renovering af Anlægget, tilbudsgiver påtænker at gennemføre i fremtiden, herunder en plan for håndteringen heraf.

Overdragelsesfasen og kundeservice

Tilbudsgiver bedes beskrive, hvordan den tekniske overdragelse forventes at finde sted, herunder hvordan den tekniske transition skal gennemføres.

Tilbudsgiver bør ligeledes beskrive, hvordan tilbudsgiver i overgangsfasen (fasen mellem kontraktindgåelse og overtagelse af driften) vil varetage overgangen af Anlægget og de enkelte kunder.

Tilbudsgiver bør beskrive hvilken serviceniveau den enkelte kunde tilbydes. Tilbudsgiver bør angive hvilken service, der tilbydes over telefon/mail/sms, og hvilken service, der tilbydes i form af fysisk tilstedeværende, herunder fx besøg af tekniker i forbindelse med udbedring af fejl.”

Af kommunens udkast til aktivoverdragelsesaftale fremgår bl.a.:

”1. BAGGRUND

1.1 Sælger ejer Ishøj Fællesantenne ("Anlægget"). Anlægget er nærmere beskrevet i bilag 1.1. Sælger ønsker nu at sælge, og Køber ønsker at købe, Anlægget, og har derfor indgået denne Aftale
...

3. OVERDRAGELSENS GENSTAND

3.1 På Closingdagen overdrager Sælger Anlægget til Køber på de i Aftalen indeholdte vilkår og betingelser, på hvilket tidspunkt Køber erhverver endelig og ubetinget ret til Anlægget, jf. dog pkt. 4 og samtidig overtager risikoen for Anlægget.

3.2 Køber overtager ikke andre aktiver fra Sælger end Anlægget.

3.3 Køber overtager ingen forpligtelser fra Sælger, medmindre det udtrykkeligt fremgår af Aftalen.

4. ANSVAR FOR DRIFT, VEDLIGEHOJDELSE OG ANDRE ARBEJDER
- 4.1 Køber bærer det fulde ansvar for Anlæggets drift, vedligeholdelse og andre arbejder, hvor Anlægget, herunder kabler i Anlægget, indgår.
5. SÆLGERS BRUGSRET
- 5.1 Køber indrømmer Sælger en vederlagsfri, tidsubegrænset ret til at benytte lysledere i Anlægget til brug for tv- og internetforsyning af Sælgers egne institutioner. Som en del af Sælgers vederlagsfri og tidsubegrænsede brugsret, har Sælger mulighed for at afkoble og tilkoble institutioner til Anlægget. Sælgers brugsret er nærmere beskrevet i bilag 5.1.
- 5.2 Sælgers brugsret ændrer ikke ved, at Køber bærer det fulde ansvar for Anlæggets drift, vedligeholdelse og andre arbejder, hvori Anlægget indgår, jf. pkt. 4. Fejlmeldinger fra Sælger angående Anlægget skal have samme prioritet som øvrige fejlmeldinger, herunder fejlmeldinger fra Købers kunder.
6. KUNDER
- 6.1 Drift, support og vedligehold af Anlægget er på Underskriftsdagen udliciteret til et konsortium ("Leverandøren"). Leverandøren har i henhold til driftsaftalen ("Driftsaftalen") fået en eksklusiv brugsret til Anlægget, for hvilken Sælger modtager vederlag som nærmere fastsat i Driftsaftalen. Brugere er således kunder hos Leverandøren, og der består intet kundeforhold mellem brugere og Sælger.
- 6.2 Driftsaftalen udløber den 31. maj 2021, og på Closingdagen er Driftsaftalen således ophørt.
- 6.3 Køber er berettiget til at overtage kunderne, idet Køber selv bærer ansvaret for, at kunderne vælger en anden leverandør, eller at det af andre årsager ikke kan lade sig gøre at overtage kunderne.
- ...
- 10.2 Drift af Anlægget
- 10.2.1 Køber er forpligtet til i en periode på 5 år fra Closingdagen den 1. juni 2021 at sikre tv-forsyning til kunderne. Tv-forsyningen skal funktionelt opleves som flow-tv.

- 10.2.2 Køber er forpligtet til at tilbyde indhold af tv svarende til det, som Leverandøren har tilbudt i kontraktperioden for Driftsaftalen. Sælgers brugsret til lysledere, som er beskrevet pkt. 4, er uafhængig heraf og ophører således ikke efter 5 år.
- 10.2.3 TV-Ishøj er Sælgers lokale tv-kanal, som formidler kommunale informationer til Sælgers borgere. Så længe Anlægget opretholder en funktionalitet svarende til det nuværende fællesantennenet, er Køber forpligtet til vederlagsfrit at give Sælger mulighed for at distribuere TV-Ishøj via Anlægget.

11. OVERHOLDELSE AF RELEVANT LOVGIVNING

- 11.1 Køber og Købers eventuelle leverandør(er) forpligter sig til at drive Anlægget i overensstemmelse med den til enhver tid gældende relevante lovgivning for så- danne anlæg, herunder, men ikke begrænset til, lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (herefter "teleloven") og dennes §§ 7-8, telelovens § 10 vedrørende indretningen af Anlæggets tekniske udstyr og tekniske systemer, telelovens § 12 om udbyderes pligt til at lade sig registrere i Rigspolitiets Telecenter, bekendtgørelse 2016-05-23 nr. 462 om persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjenester bekendtgørelse 2011-06-23 nr. 715 om udbud af elektroniske kommunikationsnet og - tjenester, bekendtgørelse 2006-09-28 nr. 988 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen), lov om radioudstyr og elektromagnetiske forhold, §§ 5-7 i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed samt lov om standarder for transmission af tv-signaler mv.

12. TILSLUTNINGER

- 12.1 Sælger har kortlagt de nuværende kunder, herunder hvilke kunder, der er hovednettilsluttet, og hvilke kunder, der er enkelttilsluttet. Dette fremgår af bilag 12. Køber bærer risikoen for, at op til 5 % af tilslutningerne er kortlagt forkert."

I det i pkt. 5.1 nævnte bilag er det under overskriften "Beskrivelse af sælgers nuværende og fremtidige behov i forbindelse med TV- og internetforsyning" anført:

"...

Bilaget vedrører pkt. 5 i Aktivoverdragelsesaftalen.

I forbindelse med salg af Ishøj Fællesantenne beholder Ishøj Kommune ejerskabet af de lyslederpar i Ishøj Fællesantennes fiberkabler, som kommunen i dag anvender til eget brug. Ejerskab af Ishøj Fællesantennes vil derved blive delt mellem Ishøj Kommune og en ny ejer af Ishøj Fællesantenne.

Rammer for det delte ejerskab mellem Ishøj Kommune og en ny ejer af Ishøj Fællesantenne er beskrevet i pkt. 5 i Aktivoverdragelsesaften.

Hvordan det fungerer i dag

Ishøj Kommune bruger i dag Ishøj Fællesantennes fiber- infrastruktur til at levere internet, fagsystemer som SBSYS og KMD samt services som telefoni til 23 af kommunens lokaliteter. Datakommunikationen tilhørende Ishøj Kommune og datakommunikationen tilhørende Ishøj Fællesantenne ligger derved i samme kabler. Når kommunen anvender IFA's fiberkabler i dag, foregår det ved, at trafikken i fiberkablerne deles i to. Ishøj Kommunes It-infrastruktur og Ishøj Fællesantennes IT-infrastruktur benytter samme fiberkabler, men er fysisk adskilt i forskellige lysledere i kablerne.

Fællesantennes fibernet består af forskellige typer kabler, der kan have fra 6-48 lyslederpar. Heraf bruger Ishøj Kommune generelt 2 lyslederpar i hvert fiberkabel for at kunne sikre infrastrukturen til de kommunale lokaliteter. Dermed bruger kommunen op til 33 procent af fiberkablernes kapacitet og ofte mindre. Ishøj Kommune råder altså over minimum 2 lyslederpar i alle Ishøj Fællesantennes fiberkabler, som det kun er kommunen, der bruger. Det betyder, at selvom Ishøj Fællesantenne og Ishøj Kommune bruger det samme fiberkabel til at levere internet og tv til både borgere og kommunale lokaliteter, så har leverancerne altid kørt i separate lyslederpar. I Ishøj Kommunes lyslederpar er således ikke anden trafik end kommunens egne leverancer.

Dokumentation

Der udarbejdes dokumentation for, hvordan Ishøj Kommunes IT-infrastruktur er koblet sammen med Ishøj Fællesantennes fiber-infrastruktur.

Dokumentationen udleveres til de ansøgere, der bliver prækvalificeret.

Dokumentationen forventes som minimum at indeholde:

- Geografisk placering af hvor Ishøj Kommunes lysledere er splidset på Ishøj Fællesantennes fiberkabler

- Splidsningskema der angiver, hvilke lysledere i Ishøj Fællesantennes fiber-kabler der er koblet sammen med hvilke lysledere i Ishøj Kommunes fiberkabler.”

I salgsmateriet indgik et elektronisk tilgængeligt dokument dateret den 25. august 2020 om "Beskrivelse af kommunens anvendelse af fibernettet". Heraf fremgår blandt andet:

”Forsyning

Ishøj Kommune anvender i dag 4-6 leder i hver af fiberkablerne tilhørende IFA

Dokumentation

Dokumentationen over fibernettet består af følgende:

- Diagram over splidsninger af 21.03.2016 fra Dansk Kabel TV
- Rapport udarbejdet af Kabelplus med billede dokumentation af alle samlinger/splidsning med angivelse af længde/breddegrad
- Rapport udarbejdet af Kabelplus der viser hvor kommunens fiber er splidset
- Skema med angivelse af kommunens institutioner og angivelse af splidsninger
- Situationsplan i MapInfo der viser tracé for kabler og placering af punkt for kommunens tilslutninger.
- Denne beskrivelse

Patchpanel i hovedstation

Alle kabler er splidset i patchpanel i rack 3 i hovedstationen.

Kabler er monteret i denne rækkefølge set fra toppen af rack.

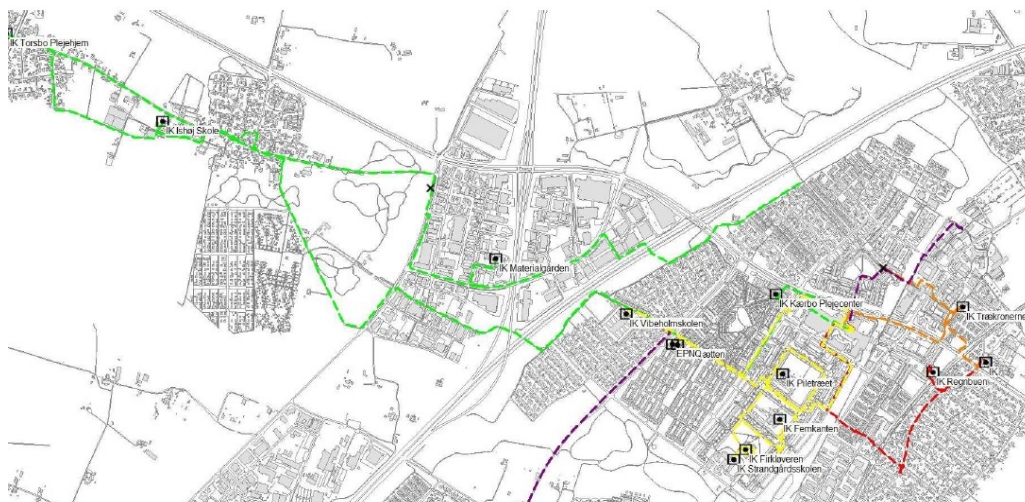
Mærkning på kabel	Mærkning på patch panel	Antal	Fibre anvendt	Område	Anvendt af kommunen
Nord	Ring 3 sekundær	48 leder	22 fibre anvendt	003 - 1-11	
7. Ny vest ring 1 ud	Ring 1 primær	48 leder	30 fibre anvendt	001 - 1-15	4 leder anvendt til kommune
Syd	Ring 1 sekundær	48 leder	30 fibre anvendt	001 - 1-15	4 leder anvendt til kommune
Øst	Ring 5 sekundær	24 leder	20 fibre anvendt	005 - 1-10	0 leder anvendt til kommune
Vest	Ring 2 primær	48 leder	30 fibre anvendt	002 - 1-13	4 leder anvendt til kommune
Ny nord ring 3 ud	Ring 3 primær	48 leder	28 fibre anvendt	003 - 1-11	6 leder anvendt til kommune
Ring 2 hjem	Ring 2 sekundær	48 leder	30 fibre anvendt	002 - 1-13	4 leder anvendt til kommune
Sort kabel 2	Ring 4 primær	48 leder	12 fibre anvendt	004 - 1-4	4 leder anvendt til kommune
Sort kabel 3	Ring 5 primær	48 leder	20 fibre anvendt	005 - 1-10	0 leder anvendt til kommune
Sort kabel 4	Ring 4 sekundær	48 leder	12 fibre anvendt	004 - 1-4	4 leder anvendt til kommune

...

Institutioner

Følgende institutioner er forsynet.

Institution	Adresse	Fiberring / bemærkning
Materialgården	Baldersbækvej 6	RING 2
Kærbo	Ishøj boulevard 2	RING 2
Brohuset	Vejlebrovej 45	RING 4 det fremgår ikke af dok, hvor tilslutning er, fiber går forbi bygning
Torsbo	Køgevej 220	RING 2
Børnehuset Elverhøj	Lokesvej 28	Ingen fiber indtegnet hertil
Ishøjgård	Ishøj Søndergade 13	Ingen fiber indtegnet hertil
Ishøj skole	Ishøj Bygade 72-78	RING 2
Vibeholmskolen	Vibeholmsvænge 129	RING 1
Børnehuset Bøgely	Bøgelunden 1	RING 1
Børnehuset Bøgely	Bøgelunden 3	RING 1
Afd Spætten	Bøgelunden 5	RING 1
Firkløveren hus 1	Østergården 50	RING 1
Firkløveren hus 2	Østergården 52	RING 1
Firkløveren hus 3	Østergården 54	RING 1
Firkløveren hus 4	Østergården 56	RING 1
Strandgårdsskolen	Ishøj Søvej 200	RING 1
Piletræet	Ågården 17 / 19	RING 1
Kufferten Social	Ishøj Søvej 1	Ingen fiber indtegnet hertil
Trækronerne Børnehavens hus 1	Vejldalen 132	RING 4
Trækronerne Børnehavens hus 3	Tranegilde Strandvej 9	RING 5
Regnbuen	Vejlebrovej 108	RING 5
Femkanten	Strandgården 17B	RING 5
Torsbo Plejehjem	Køgevej 220	RING 2



”

Ishøj Kommune modtog endelige tilbud fra to tilbudsgivere, Ishøj Ny Antenneforening og Stofa A/S. Ishøj Ny Antenneforening tilbød en pris på 5 mio. kr., og Stofa A/S tilbød 6 mio. kr.

Ved mail af 2. december 2020 til Ishøj Ny Antenneforening meddelte Ishøj Kommune, at Ishøj Kommune på grundlag af den foretagne evaluering havde besluttet at sælge til Stofa A/S.

Parternes beregninger og vurderinger

Ishøj Ny Antenneforening har som et eksempel på udbud af netværksydelser henvist til en meddelelse fra Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) om kommende udbud af aftalerne, 50.45 og 50.46, begge om datakommunikation/WAN.

Ishøj Ny Antenneforening har endvidere vedrørende værdien af en brugsret for Ishøj Kommune til de i overdragelsesaftalen nævnte lyslederpar, der forsyner kommunens institutioner, henvist til følgende estimat vedrørende drifts- og vedligeholdelse mv. og til en oversigt over pris for afdelingstilslutninger baseret på markedspriser hos Global Connect.

Oversigt over omkostninger for drift af sort fiber (fiber uden aktiv termineringsudstyr)

		årligt	4 år
Model 1 - Brabrand - IRU			
Samlet IRU serviceomkostning pr. år, service af fiber alene	24 afdelinger	234.000,00)*
Pris pr. år pr. afdeling pr. fiberpar.		9.750,00	
Ishøj : Hver afdeling har i snit 2 fiberpar (IK's egne oplysninger)		19.500,00	
Antal afdelinger i Ishøj	23 afdelinger	448.500,00	1.794.000,00
Drift af Rack i Hovedstation, årligt		36.000,00	144.000,00
Drift af fiber uden rack på institutionerne			1.938.000,00
Værdi af ikke at skulle betale for fiberomlægninger ved nye anlægsarbejder	årligt	100.000,00	400.000,00
Værdi af ikke at skulle betale for udviddeler i al evighed / nye fiberpar	årligt	50.000,00	200.000,00
Sparet omkostninger Ishøj Kommune - model 1			2.538.000,00
Bilag: IRU tilbud fra GC på Brabrand			
)*Her er ikke medtaget up frontbetaling på 6 mill for brugsretten i 30 år			
Model 3 - Brabrand leje af fiberpar 10 årig aftale			
Lejeaftale 24 par pr. måned	24	69.800,00)*
Pris pr. år pr. afdeling pr. fiberpar.		34.900,00	
Ishøj : Hver afdeling har i snit 2 fiberpar (IK's egne oplysninger)		69.800,00	
Antal afdelinger i Ishøj	23 afdelinger	1.605.400,00	6.421.600,00
Drift af Rack i Hovedstation, årligt		36.000,00	144.000,00
Drift af fiber uden rack på institutionerne			6.565.600,00
Værdi af ikke at skulle betale for fiberomlægninger ved nye anlægsarbejder	årligt	100.000,00	400.000,00
Værdi af ikke at skulle betale for udviddeler i al evighed / nye fiberpar	årligt	50.000,00	200.000,00
Sparet omkostninger Ishøj Kommune - model 2			6.965.600,00
Baseret på GC ordrebekræftelse Århus Dark fiber 53604			
)*Beregning baseret på tilbud fra Brabrand - 10 årig leje vedlagt - samme bilag som i model 1			

Ishøj Kommune har heroverfor henvist til et notat af 12. januar 2021 vedrørende værdi af en IRU-aftale fra kommunens tekniske rådgiver, Brix & Kamp A/S, hvori det anføres:

”Grundlag

Til grundlag for denne vurdering ligger erfaringspriser på IRU-aftaler.

Fibernet under IFA

Det vurderes at der er 25 km. tracé med fiberkabel, de fleste kabler er 48 leder. Ishøj kommune anvender 2 par i hvert kabel.

Beregning

Ud fra erfaringstal vurderes udgiften på en IRU-aftale (sort fiber) at være 20.000 kr. / km. / fiber par

På baggrund af tallet, vurderer vi at udgiften for at råde over 2 par i 25 km. kabel vil være 1.000.000 kr.

Alle beløb er ekskl. moms.”

Ishøj Kommune har desuden henvist til et notat af 12. januar 2021 fra Brix & Kamp A/S vedrørende vurdering af drift og vedligeholdelse af et fiberkabel. Heri står der:

”Grundlag

Til grundlag for denne vurdering ligger en lejeaftale på et 18 km. 96 leder fiberkabel, hvor lejer har adgang til 6 par. Der betales 13.000 kr. / år i drift- og vedligehold.

Nedenstående beregning tager udgangspunkt i det konkrete eksempel, samt vores erfaringspriser på udgift til drift- og vedligehold af fiberkabler.

Fysiske forhold, som tracé samt placering og antallet af splidsninger/muffer, kan påvirke prisen.

Fibernet under IFA

Det vurderes at der maksimalt er 25 km. tracé med fiberkabel, de fleste kabler er 48 leder. Ishøj kommune anvender 2 par i hvert kabel.

Beregning

Ud fra eksemplet i grundlaget, vurderer vi at udgiften til drift og vedligehold på et 96 leder fiberkabel koster 12.000 kr. / km. / år

På baggrund af eksemplet, vurderer vi at udgiften til drift- og vedligehold på fiberkablerne i IFA maksimalt vil være på 300.000 kr. / år på de 25 km. fiberkabel.

Ishøj kommune vil fremover råde over 2 af de 24 par i kablerne, så udgiften der vedrører kommunen vil maksimalt være på 10 % af den samlede udgift. Så beløbet vil være 30.000 kr.

Alle beløb er ekskl. moms”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Ishøj Ny Antenneforening har gjort gældende, at aktivoverdragelsesaftalen afskærer andre virksomheder, som tilbyder netværk, tv og internet i Ishøj Kommune, fra at levere netværk, herunder f.eks. tv, bredbånd eller internet,

til kommunens institutioner, idet kommunen er sikret en tidsubegrænset vederlagsfri adgang, drift og vedligeholdelse af kommunens netværk gennem aftalen.

Kontrakter om levering af netværk og internet, herunder drift og vedligeholdelse heraf, skal udbydes som tjenesteydelseskontrakter, såfremt kontraktværdien er større end den for ordregiver gældende tærskelværdi. Anlægget blev tilbudt købt for 6 mio. kr. Det er Ishøj Ny Antenneforenings vurdering, at værdien af erhververens forpligtelser vedrørende Ishøj Kommunes netværk efter overdragelsesaftalens pkt. 5 betragteligt overstiger den gældende tærskelværdi for tjenesteydelser, og at opgaven vedrørende kommunens netværk derfor var udbudspligtig som et EU-udbud efter udbudsloven, jf. nedenfor om den beregning, Ishøj Ny Antenne forening har foretaget.

Kravet om, at offentlige kontrakter skal være gensidigt bebyrdende i udbudslovens § 24, nr. 24 og 25, betyder, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse, såfremt ordregiver sælger et aktiv eller en ydelse til en økonomisk aktør mod vederlag. Det følger imidlertid af bemærkningerne til udbudslovens § 24, nr. 24, at modydelsen fra ordregiver i en gensidig bebyrdende kontrakt ikke behøver at være et pengebeløb, men skal kunne opgøres i penge. Det samme er fastslået i EU-Domstolen dom i sag C-451/08, Helmut Müller.

Det følger af udbudslovens § 26, stk. 1, at vedrører en kontrakt både ydelser, der er omfattet af udbudsloven, og ydelser, der ikke er omfattet af udbudsloven, kan en ordregiver tildele særskilte kontrakter for dele af indkøbet, hvis indkøbet objektivt kan adskilles. Tildeler ordregiveren én samlet kontrakt, finder udbudsloven anvendelse for den samlede kontrakt, hvis den anslåede del af kontrakten, der er omfattet af udbudsloven, overstiger tærskelværdien, uanset værdien af de dele, der ikke er omfattet af loven, jf. udbudslovens § 26, stk. 3. Kan de forskellige dele af en kontrakt ikke objektivt adskilles, tildeles kontrakten efter reglerne, der gælder for den type kontrakt, der udgør kontraktens hovedformål, jf. udbudslovens § 26, stk. 4. Det følger af lovbemærkningerne til § 26, at ordregiverens beslutning om, hvorvidt en kontrakt kan adskilles i en del, der er omfattet af udbudsloven, og en del, der ikke er omfattet af udbudsloven, er konkret og skal underbygges af objektive forhold, som kan begrunde beslutningen og godtgøre, at det er nødvendigt at indgå en samlet kontrakt. Behovet for at kunne indgå en enkelt kontrakt kan ifølge lovbemærkningerne være begrundet i årsager af såvel teknisk som økonomisk karakter. Opdelingen må ikke ske med henblik på at undgå, at

udbuddet omfattes af udbudsloven, jf. § 2, stk. 2. Det samme følger af præambelbetragtning 11 i udbudsdirektivet. EU-Domstolen har ligeledes i sag C-215/09, Mehiläinen, Oy, præmis 36, slået fast, at for, at en tjenesteydelseskontrakt kan undtages for udbud efter reglerne om blandede kontrakter, skal kontrakten være uadskilleligt forbundet med kontraktens hovedformål eller et fremherskende element. Af præmis 37 følger videre, at undersøgelsen af, om den udbudspligtige kontrakt kan udskilles fra kontraktens hovedformål, er et retligt element, der henhører under udbudsdirektivets anvendelsesområde (og dermed er underlagt fuld retlig prøvelse).

Det følger heraf, at det påhviler Ishøj Kommune at bevise, at den gennem aftale opnåede levering af netværk, herunder drift og vedligeholdelse og andre arbejder til kommunens institutioner i henhold til aktivoverdragelsesaftalen pkt. 5 er uadskilleligt forbundet med selve salget af Ishøj Fællesantenne, og dette bevis er underlagt fuld domstolskontrol. Beviset herfor skal være tungtvejende, idet en salgskontrakt omfattet af udbudslovens § 26, stk. 4 (og dermed indeholdende en ellers udbudspligtig delkontrakt) helt undtager den udbudspligtige ydelse fra udbudslovens anvendelsesområde. Der er herved fast klagenævns- og EU-Domstolspraksis for, at undtagelser fra udbudslovens anvendelsesområde skal fortolkes indskrænkende.

Overdragelsesaftalens pkt. 5 og bilag 5.1 er indbyrdes modstridende, idet det i selve overdragelsesaftalen er angivet, at hele anlægget sælges til erhververen, men at erhververen samtidig indrømmer kommunen en vederlagsfri tidsubegrænset brugsret til at benytte lysledere i anlægget til brug for tv- og internetforsyning af kommunens egne institutioner, mens det i bilag 5.1 er anført, at kommunen bevarer ejerskabet til de lysledere, Ishøj Kommune hidtil har anvendt, og at ejerskabet til Ishøj Fællesantenne dermed er delt mellem kommunen og erhververen. Det er dermed uklart, hvad Ishøj Kommune reelt har overdraget til erhververen.

Det er desuden kun i den tekniske beskrivelse af sælgers nuværende og fremtidige behov i bilag 5.1, at der nævnes noget om en fortsat ejendomsret. Samtidig fremgår det imidlertid direkte af bilag 5.1, at det objektivt ikke er muligt at adskille kommunens netværk fra netværket i øvrigt, idet netværkene er splidset sammen til et fælles netværk i fordelerskabe og standere, og kommunen desuden bevarer retten til at tilknytte yderligere institutioner på netværket uden begrænsninger, jf. det anførte om, at lyslederne ligger i samme kabler, og at Ishøj Kommune råder over minimum 2 lysledere og skal have

ubetinget mulighed for at knytte nye institutioner til netværket. Kommunen har heller ikke i andetsteds udbudsmaterialet eller dokumentationen vedrørende netværket redegjort for, hvorledes netværket på de enkelte strækninger er opdelt i netværk, der skal tilhøre kommunen, og i netværk, som skal overdrages. Det er dermed ikke individualiseret, hvad kommunens ejendomsret indebærer, herunder hvor mange lysledere kommunen skal råde over, og det er følgelig ikke muligt fysisk at adskille kommunens netværk fra resten af anlægget.

Efter Ishøj Ny Antenneforenings opfattelse kan aftalen på den baggrund kun forstås sådan, at Ishøj Kommune alene har fået en tidsubegrænset *brugsret*, som ophører, hvis f.eks. Stofa A/S går konkurs. Dette følger for det første af en ordlydsfortolkning af selve aktivoverdragelsesaftalen, ligesom uklarheden i salgsmaterialet må fortolkes til ugunst for Ishøj Kommune i overensstemmelse med den almindelige koncipistregel og også med fast klagenævnspraksis.

Den tidsubegrænsede brugsret er reelt en aftale om levering af netværk til tv- og internetforsyning til Ishøj Kommunes egne institutioner gennem erhververens anlæg, hvor kommunen har anvendt en form for ”sale and lease back” struktur. Der findes imidlertid andre aktører i Ishøj Kommune, herunder Ishøj Ny Antenneforening, Global Connect og TDC, der kan levere netværk til tv- og internetforsyning til Ishøj Kommunes egne institutioner, og der er også aktører, som ville kunne bruge andres netværk. Kommunen kunne også tilslutte sig den fælles offentlige netværkskontrakt hos SKI. Det er således ikke nødvendigt, at disse ydelser leveres via det, som nu er Stofa A/S’ anlæg. Dermed er leveringen heraf ikke uadskillelig fra selve salget af Ishøj Fællesantenne, og sammenkædningen kan ikke anses for objektivt begrundet, og derfor skulle den gensidigt bebyrdende kontrakt vedrørende netværkstjenesteydelser til kommunen have været udbudt, jf. udbudslovens § 26. Hvis klagenævnet accepterer Ishøj Kommunes anbringende og undtager kontrakten for udbud som objektivt uadskillelig, fordi kun én leverandør kan levere tv- og internet gennem det netværk, kommunen i dag benytter (og tilfældigvis ejer), vil det betyde, at ethvert genudbud af netværksydelser kan tildeles til en bestemt netværksleverandør uden udbud, hvis ordregiver i sin kontrakt peger på et bestemt bredbåndsnetværk. Herved vil indkøb af netværksydelser uden for bygninger, de såkaldte WAN-udbud, reelt blive undtaget for udbudspligt.

Udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1, som kommunen har påberåbt sig, er en undtagelse til udbudsreglerne og skal dermed fortolkes indskrænkende. Bestemmelsen vedrører erhvervelse eller leje af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller rettigheder hertil. Det er hverken i § 21, stk. 1, nr. 1, eller i lovbemærkningerne hertil eller i udbudsdirektivets artikel 10 angivet, at den finder anvendelse på netværk til distribution af internet og tv, uanset internet distribueres gennem en nedgravet bredbåndsinfrastruktur, herunder lukkede netværk, og en fortolkning af bestemmelsen til at omfatte netværksydelser vil indebære en betydelig udvidelse af bestemmelsens naturlige ramme – fast ejendom – til også at omfatte IT-netværksydelser. Indkøb af adgang til IT-infrastruktur, herunder netværk til distribution af internet og tv er ikke naturligt omfattet af begrebet fast ejendom. Netværkskontrakter er fuldt udbudspligtig som datamatnetværk eller WAN ("Wide Area Network") under CPV-kode 7270000 eller 72720000, og udbydes løbende med forskellig service og opstartskrav i lighed med andre IT-infrastruktur projekter. Der gennemføres løbende udbud af sådanne netværksydelser til offentlige myndigheder, herunder er et stort nationalt udbud i regi af Staten og Kommunernes Indkøbsservice åben for alle kommuner i Danmark, jf. det fremlagte eksempel på SKI's kommende udbud af sådanne aftaler.

Ishøj Ny Antenneforening har udarbejdet et estimat over *værdien af brugsretten* og den heri indeholdte levering af netværk til tv- og internetforsyning (og drift og vedligehold heraf) ud fra gældende priser på dark fiber i branchen benævnt IRU-aftale hos Global Connect, herunder de øvrige services, som Stofa A/S efter kontraktens pkt. 5.2 skal yde. IRU-aftaler har typisk lang varighed, fx 15, 20 eller 30 år. I tilknytning til den almindelige serviceomkostning skal Stofa A/S bekoste drift af hovedstation, support, rack leje og drift af mindst to fiberpar til de enkelte afdelinger i Ishøj Kommune. Alene driften af fiberpar – uden yderligere serviceydelser – til de enkelte afdelinger i Ishøj Kommune vil i en sådan aftale udgøre 1.794.000 kr. pr. år. Derudover kræver sådanne aftaler typisk et opstartsvederlag på ca. 6 mio. kr. Priseksemplerne er baseret på faktiske priser på en større boligforening i Brabrand, som størrelsesmæssigt minder om Ishøj Kommune og inkluderer omkostninger til omlægning og udvidelser af fiberpar over perioden. Oversigten viser, at en aftale på fire år med 23 afdelinger mindst andrager 2.538.000 kr. over en fireårig periode, hvis man fraregner opstartsvederlaget på en brugsret på 30 år, der udgør ca. 6 mio. kr. (model 1). Der findes ikke et produkt i markedet uden opstartsudgift. En traditionel fiberlejekontrakt på 10 år vil andrage ca. 7 mio. kr. over en periode på 4 år (model 2).

Da værdien af kommunens brugsret og herunder de tilhørende forpligtelser til drift og vedligeholdelse mv. overstiger den gældende tærskelværdi, skulle kontrakten om salg af Ishøj Fællesantenne være sket efter procedurene for et EU-udbud efter udbudslovens afsnit II og § 128, jf. udbudslovens § 26, stk. 3.

Såfremt klagenævnet måtte finde, at kontrakten skal forstås således, at Ishøj Kommune bevarer *ejendomsretten* til en del af anlægget, er der reelt tale om en koncession til benyttelse af det fællesejede anlæg til levering af tv- og internetforbindelser til borgere i Ishøj Kommune, jf. påstand 2.

Ejendomsretten over nettet kan således i givet fald kun fortolkes som fælles fordelt på en andel, som er den del af nettet, Ishøj Kommune 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 kommunen 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 kommunens nuværende koncessionskontrakt. Ishøj Kommunes ”leg med ord” som delt ejerskab i forhold til fælles ejerskab kan ikke ændre ved, at der er tale om et fælles netværk i fælles kabler, hvilket sandsynligvis også er årsagen til, at det ikke er en model med delt ejerskab, der er beskrevet i kontrakten, som entydigt tildeler ejendomsretten til Ishøj Fællesantenne til Stofa A/S.

Såfremt klagenævnet måtte finde, at Ishøj Kommune har bevaret ejendomsretten til dele af netværket, og at netværket kan individualiseres i en del, der vedrører Ishøj Kommune, og en del, der vedrører Stofa A/S, vil *drift, vedligeholdelse mv.* heraf i hvert fald kunne adskilles.

I så fald indeholder kontrakten således en forpligtelse vedrørende drift, vedligeholdelse mv. af kommunens andel af anlægget. Denne opgave ville kunne løses ved udbud af en almindelig vedligeholdelsesaftale med andre aktører i markedet. Og denne drifts- og vedligeholdelsesopgave kan dermed udskilles fra selve hovedkontrakten, jf. også koncessionsdirektivets artikel 20, stk. 4, og er dermed også omfattet af udbudspligten i udbudsloven.

Det gør efter udbudsloven ingen forskel, at det i kontrakten er angivet, at levering heraf er vederlagsfri, idet der reelt betales herfor gennem en reduktion af købesummen for anlægget, der svarer til værdien af levering af netværk til kommunens institutioner (som af Ishøj Ny Antenneforening er opgjort til ca. 8 mio. kr. over en periode på fire år).

Ishøj Kommune har opgjort værdien af en sådan vedligeholdelseskontrakt til ca. 12.000 kr./km svarende til 1,2 mio. kr. over fire år.¹ Grundlaget for denne vurdering, som kun angår selve serviceringen af de fysiske kabler beregnet ud fra en estimeret længde af fiberen i Ishøj Kommune, fremgår ikke. Der mangler desuden i opgørelsen omkostninger til håndtering af selve driften, herunder rack i hovedstation, termineringer af fiber på 23 lokaliteter samt fibersplidsninger og udstyr i hovedstation samt opstartsomkostninger. Når kommunen øjensynlig kun lader prisen til serviceafgiften indgå i sin værdiansættelse, er det udtryk for "cherry picking". Ishøj Kommune må endvidere for at løfte bevisbyrden for den hævdede lave værdi, skulle fremlægge en vurdering, som er foretaget forud for iværksættelsen af salgsprocessen, hvilket ikke er sket.

Ishøj Kommune har gjort gældende, at salget af Ishøj Fællesantenne kan side-stilles med en privatisering af en offentlig enhed, der utvivlsomt ligger uden for udbudsreglernes anvendelsesområde, jf. præambelbetragtning 6 i udbuds-direktivet. Udgangspunktet er herefter, at salget af Ishøj Fællesantenne ikke er omfattet af udbudslovens regler.

Uanset om klagenævnet anser aftalen for at indebære en brugsret eller et ejerskab, knytter brugsretten/ejerskabet sig alene til de lysledere i Ishøj Fællesantennes fiberkabler, der hidtil har været anvendt til kommunens egen brug.

Aktivoverdragelsesaftalens pkt. 5 og det tilhørende bilag må i øvrigt forstås sådan, at kommunen ved salget bevarer *ejerskabet* til de i bilaget til aktivoverdragelsens nævnte lysledere. I pkt. 5.1 anvendes ganske vist formuleringen "vederlagsfri, tidsubegrænset brugsret", men det medfører ikke, at kommunen ved salget har overdraget ejerskabet for de nævnte lyslederpar. Bestemmelsen henviser således til det tilhørende bilag, hvoraf det klart fremgår,

¹Ishøj Ny Antenneforening henviser her (i sin replik) til den værdi, som kommunen har anført i svarskriftet. Som det fremgår nedenfor under kommunens anbringender har kommunen efterfølgende i duplikken opgjort værdien til et mindre beløb på 10% af det beløb på ca. 1,2 mio. kr., som anføres i svarskriftet.

at kommunen bevarer ejerskabet til de enkelte lyslederpar. Vilkåret om ejerskab er indføjet for at sikre, at Ishøj Kommune selv har fuld rådighed over den fiberinfrastruktur, som er nødvendig for at forsyne kommunen med henholdsvis tv-indhold og internet. Der findes kommunen bekendt ikke en alternativ fiberinfrastruktur, der forbinder og kan forsyne kommunens institutioner. Kommunen ville således ikke kunne indgå en aftale om erhvervelse af – eller brugsret til – et andet fibernet.

En nærmere beskrivelse af Ishøj Kommunes anvendelse af fiber og af de lysledere, som kommunen hidtil har anvendt og skal bevare ejerskabet til, fremgår af dokumentet "Beskrivelse af kommunens anvendelse af fibernet", som var en del af salgsmaterialet, og elektronisk tilgængeligt for tilbudsgiverne under salgsprocessen. Det fremgår heraf blandt andet, hvor mange lysledere kommunen anvender og vil fortsætte med at anvende i hvert fiberkabel i Ishøj Fællesantennenet. Som det fremgår af dette dokument, vil kommunen bevare ejerskabet til i gennemsnit 2 lyslederpar for hvert fiberkabel. Salgsmaterialet indeholder blandt herved en fyldestgørende beskrivelse af, hvad det er for dele af Ishøj Fællesantenne, kommunen bevarer ejerskabet til. Det er således ud fra dokumentet med "Beskrivelse af kommunens anvendelse af fibernet" muligt at identificere, hvor mange lyslederpar i hvert fiberkabel, som anvendes af kommunen, og som kommunen har bevaret ejendomsretten til. Det bemærkes, at kommunen bevarer en ejendomsret over en fastsat del af infrastrukturen – i modsætning til tilfælde, hvor der erhverves en ejendomsret. Der er ikke krav om og behov for at foretage individualisering, som ligger ud over den, som er givet i kontraktdokumenterne for at bibeholde ejendomsretten til de beskrevne dele af anlægget. Rettighederne til lyslederparrene er endvidere så særegne, at sædvanlige principper om individualisering ikke lader sig anvende fuldt ud. Der er således tale om en ejendomsret til en del af en teknisk løsning, som er indlejret i en nedgravet "ledning". Der er således ikke tale om en "vare" i klassisk forstand, men snarere en kapacitetsmæssig del af en større infrastruktur. Traditionelle betragtninger og krav til individualisering som beskyttelse mod kreditorer eller øvrige konkurrerende rettighedshavere kan ikke uden videre overføres på denne form for rettighedsbevarelse.

Overdragelsesaftalen indeholder hverken en ret eller en pligt for erhververen til at levere tv-indhold og/eller internet til kommunen via de af kommunen ejede lysledere. Det er således op til kommunen selv at beslutte, hvordan den

ønsker at sikre levering af tv-indhold og internet til sine institutioner. Kommunen har sikret – og vil fremadrettet naturligvis sikre – at levering af henholdsvis tv-indhold og/eller internet til dens eget brug sker under overholdelse af udbudsreglerne. På nuværende tidspunkt køber kommunen således internetydelser ind til kommunens eget brug (til de kommunale medarbejdere og de kommunale systemer) gennem en SKI-aftale. Der kan herudover være kommunale institutioner, hvor der er borgerrettede ydelser, fx borgerPC på et bibliotek, hvor internetydelser og eventuelt tv-indhold erhverves decentralt, og hvor det er vurderet, at indkøbet er under tærskelværdien for EU-udbud.

Det er således ikke rigtigt, når Ishøj Ny Antenneforening anfører, at salget af Ishøj Fællesantenne afskærer andre virksomheder fra at levere netværk, f.eks. tv, bredbånd eller internet til kommunens institutioner. Leverandører af sådanne ydelser vil fortsat have mulighed for at levere denne type ydelser til kommunens institutioner. Der foreligger følgelig ikke en udbudspligtig gensidigt bebyrdende kontrakt om køb af tv-indhold, internet og bredbånd fra erhververen.

Salget af Ishøj Fællesantenne har været nødvendigt på grund af de gældende kommunalretlige regler. Kommunen kan imidlertid lovligt bevare ejerskabet over den infrastruktur, som kommunen anvender til forsyning af egne institutioner. Der findes ikke alternativ, samlet fiberinfrastruktur, der forbinder og kan forsyne kommunens institutioner på samme vis som den infrastruktur, der i dag er i Ishøj Fællesantenne. Kommunen vil således ikke kunne indgå en aftale om erhvervelse af – eller brugsret til – et alternativt fibernet, der kan sikre kommunen rådighed over en samlet fiberinfrastruktur. Derfor har kommunen fundet det nødvendigt at sikre sig den – fortsatte – fulde rådighed over denne del af infrastrukturen, som kommunen selv anvender, således at kommunen kan forsyne egne institutioner.

Erhververen får som følge af salget af Ishøj Fællesantenne det fulde ansvar for drift, vedligeholdelse og andre arbejder, hvori anlægget indgår, jf. udkast til overdragelsesaftale pkt. 5.2. Med bestemmelsen har Ishøj Kommune ønsket at fremhæve, at erhververen har det fulde ansvar for Ishøj Fællesantennes drift, vedligeholdelse og andre arbejder, hvori anlægget indgår. Dette gælder også, selvom kommunen ved overdragelsesaftalen bevarer ejerskabet over to lyslederpar i hvert fiberkabel i Ishøj Fællesantenne.

Drifts- og vedligeholdelsesansvaret for kommunens lyslederpar er både i værdi og indhold en mindre forpligtelse i et større aftalekompleks, hvor erhververen opnår ejendomsret over Ishøj Fællesantenne med mulighed for at levere – og oppebære indtægter fra tv- og internetforsyning til alle borgere, som er tilsluttet eller som måtte ønske at tilslutte sig Ishøj Fællesantenne.

Værdien af det solgte (købesummen på 6 mio. kr.) er da også langt større end værdien den vederlagsfrie drifts- og vedligeholdelsesaftale, som må anses for et accessorisk element.

Drifts- og vedligeholdelsesdelen af overdragelsesaftalen kan ikke objektivt skilles fra salget af Ishøj Fællesantenne i øvrigt. Kommunens lyslederpar forefindes fysisk i Ishøj Fællesantennes fiberkabler. Et fiberkabel kan have fra 6 til 48 lyslederpar, hvilket vil sige, at der i et fiberkabel vil være 2 lyslederpar, som ejes af kommunen, mens de resterende lyslederpar i kablet ejes af erhververen, jf. herom det, som er anført om kablerne i bilag 5.1 til overdragelsesaftalen. Det er ikke muligt rent teknisk at adskille drift og vedligeholdelse, således at erhververen alene er forpligtet til at vedligeholde selve fiberkablet og de lysledere, som erhverver køber, mens vedligeholdelsen af de lyslederpar, som kommunen bevarer ejerskabet til, skal varetages af en tredjemand. Overdragelsesaftalen skal derfor tildeles efter de regler, der gælder for den type ydelse, der udgør overdragelsesaftalens hovedformål, jf. udbudslovens § 26, stk. 4.

Der foreligger dermed netop et sådant konkret, objektivt og teknisk begrundet behov, som nævnes i lovbemærkningerne til udbudslovens § 26, stk. 4, som gør det nødvendigt at indgå en samlet aftale, jf. herved også EU-Domstolens praksis, i bl.a. sag C-145/08 og C-149/08, Club Hotel Loutraki, og klagenævnets kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut, hvor salg af vaccinevirksomheden og en tilhørende leveringsaftale blev anset for at udgøre en udelelig helhed.

Det bør ved vurderingen af uadskilleligheden i øvrigt tillægges betydning, at Ishøj Kommune har gennemført en offentlig udbudslignende proces vedrørende salget af Ishøj Fællesantenne. Forløbet viser, at kommunen på intet tidspunkt har haft intention om at omgå udbudsreglerne, og at kommunen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af salgsprocessen har haft fokus på overholdelse af såvel udbudsreglerne som statsstøttere reglerne.

Da delelementer i overdragelsesaftalen ikke objektivt kan adskilles, skal overdragelsesaftalen tildeles efter de regler, der gælder for overdragelsesaftalens hovedformål. Hovedformålet skal, jf. sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, fastlægges inden for rammerne af en objektiv bedømmelse af hele kontraktens genstand. Hovedformålet med overdragelsesaftalen er utvivlsomt at sælge Ishøj Fællesantenne, så kommunen kan ophøre med ulovligt at forsyne borgerne med tv-indhold og internet, jf. herved de fremlagte referater fra byrådsmøder.

Selv hvis klagenævnet måtte nå til, at drifts- og vedligeholdelsesansvaret for kommunens lyslederpar objektivt kan adskilles fra overdragelsen, overstiger værdien af denne opgave i øvrigt ikke tærskelværdien for EU-udbud. Da drift- og vedligeholdelsesforpligtelsen er tidsubegrænset, skal værdien af denne del af kontrakten i givet fald opgøres i henhold til udbudslovens § 38, nr. 2, hvorefter den månedlige værdi af den konkrete ydelse multipliceres med 48. Kommunens tekniske rådgiver har, jf. det fremlagte notat, vurderet, at værdien af levering af drift og vedligeholdelse af alle lyslederpar i Ishøj Fællesantenne vil have en samlet værdi på omkring 300.000 kr. ekskl. moms pr. år, svarende til 1,2 mio. kr. ekskl. moms over 4 år. Denne beregning er baseret på en udgift på ca. 12.000 kr./km. fiberkabel, og at værdien af den del af opgaven, som angår Ishøj Kommunes lyslederpar (2 ud af 24 par i hvert kabel) vil være på maksimalt 10 % af den samlede udgift, dvs. 30.000 kr. om året. Værdien vil således være betydeligt under tærskelværdien for EU-udbud på 1.595.391 kr. ekskl. moms. Kommunen skal i den forbindelse beklage, at kommunen har skrevet forkert i svarskriftet, hvor det blev anført, at den årlige værdi af den del af en drifts- og vedligeholdelsesopgave, som angik kommunens lyslederpar ville være 300.000 kr.; altså det beløb, som det fremgår af den nu fremlagte vurdering er værdien af drift og vedligeholdelse af det samlede anlæg (både Stofa A/S' og kommunens lyslederpar).

Uanset om klagenævnet måtte finde, at kommunen alene beholder en *brugsret* til de hidtil af kommunen selv anvendte dele af anlægget, er der fortsat ikke sket overtrædelse af en pligt til udbud. I givet fald udgør brugsret til visse lyslederpar en rettighed til anvendelse af eksisterende bygninger/anden fast ejendom, som er undtaget fra udbudslovens regler efter lovens § 21, stk. 1, nr. 1. En sådan brugsret udgør ikke en aftale om "levering af netværk til TV- og internetforsyning", som påstået af Ishøj Ny Antenneforening. Brugsretten udgør således 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, f.eks. i form af internetforbindelser. Brugsretten udgør derimod alene en ret til at råde over et fysisk aktiv. Erhververen (der får 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 Ishøj Ny Antenneforening har henvist til, vedrører koder om "tjenester", jf. Kommissionens forordning nr. 213/2008 af 28. november 2007 (CPV-glossaret), hvorefter de pågældende koder angår:

"72700000-7 Datamatnetværkstjenester"
 "72720000-3 WAN-tjenester"

Begge koder står 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 bevarer over (nogle af) lyslederne ved overdragelsesaftalen. Disse IT-tjenesteindkøb vil som allerede nævnt ske – og sker allerede – under overholdelse af udbudsreglerne.

Som det fremgår af kommunens tekniske rådgivers beregning er *værdien af brugsretten* til infrastrukturen (de gennemsnitligt to par lysledere), som i givet fald skal opgøres efter udbudslovens § 38, nr. 2, hvorefter den månedlige værdi af den konkrete ydelse multipliceres med 48 under alle omstændigheder under alle omstændigheder under tærskelværdien for EU-udbud af tjenesteydelser på 1.595.391 kr. ekskl. moms. Rådgiveren skønner med udgangspunkt i erfaringspriser for såkaldte IRU-aftaler værdien af en råderet over kommunens lysleder-par (den påståede brugsret) til at være på 1.000.000 kr. ekskl. moms i alt. Vurderingen af kontraktværdien skal i den forbindelse ikke – som øjensynlig antaget af Ishøj Ny Antenneforening, jf. den af foreningen fremlagte beregning – ske på baggrund af de produkter, der er "almindelige" i markedet. Værdien af en brugsret til den af kommunen hidtil benyttede infrastruktur skal alene ske på baggrund af de omkostninger, der knyttet til de konkrete ydelser. Ved vurderingen af værdien skal der derfor tages udgangspunkt i det aktuelle situation, hvor Ishøj Fællesantennenet overdrages til er-

hververen med henblik på erhververens drift af nettet og hvor ydelsen til Ishøj Kommune knytter sig til en meget begrænset del af det samlede net. Med hensyn til Ishøj Ny Antenneforenings krav om en ”forudgående vurdering” er 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 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.

Hvis man antager, at kommunen alene har en brugsret til de hidtil af kommunen anvendte lysledere, kan drift og vedligeholdelse af disse lysledere ikke objektivt adskilles fra overdragelsesaftalen, jf. det tidligere anførte om den tekniske sammenhæng mellem kommunens og erhververen, Stofa A/S’, del af anlægget. En sådan adskillelse ville i øvrigt – selv hvis man ser bort fra det allerede anførte om det tekniske – indebære, at kommunen ved salget skulle pålægge erhververen at tåle, at kommunen lader en tredjepart forestå drift og vedligeholdelse af de lyslederpar i erhververens fiberkabler, som kommunen havde fået en brugsret til, uagtet at erhververen ved salget opnår fuldt ejerskab til fiberkablerne i deres helhed. Det synes usandsynligt, at en erhverver ville tillade en sådan tredjepartsadgang. Tærskelværdien ville som allerede nævnt i øvrigt ikke være overskredet, hvis en brugsret og en tilhørende drifts- og vedligeholdelsesopgave objektivt antages at kunne adskilles fra overdragelsesaftalen.

Ad påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Ishøj Ny Antenneforening har gjort gældende, at hvis klagenævnet forstår aktivoverdragelsesaftalen med tilhørende bilag 5.1 sådan, at Ishøj Kommune har *ejendomsret* til en del af anlægget og dermed bevarer et delt ejerskab til anlægget med erhververen, og klagenævnet desuden finder, at vedligeholdelsespligten mv. ikke objektivt kan adskilles fra hovedformålet med kontrakten, jf. udbudslovens § 26, stk. 4, betyder det, at den samlede aftale er en koncessionskontrakt, jf. også koncessionsdirektivets artikel 20, stk. 5. Aktivoverdragelsesaftalen indebærer således efter en sådan forståelse, at kommunen bevarer retten til anlægget, men tidsbegrænset har overdraget ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser vedrørende levering af tv- og internetforbindelser til borgere i kommunen gennem anlægget til en økonomisk aktør, hvor vederlaget for denne overdragelse består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, samt i en betaling til

kommunen. Ved aftalen overføres driftsrisikoen vedrørende Ishøj Fællesantenne til erhververen inklusive driftsrisikoen for de netværksydelse, Ishøj Kommune modtager. Kommunen har tidligere udbudt en tilsvarende ret til at benytte anlægget til levering af tv- og internetforbindelser til borgere i kommunen ved en koncessionskontrakt, idet værdien af koncessionen overstiger den for koncessionsaftaler gældende tærskelværdi.

Aftalen om salg af Ishøj Fællesantennenet skulle dermed efter en sådan forståelse have været udbudt efter koncessionsdirektivet.

Ishøj Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har "gennemført et fælles ejerskab" til Ishøj Fællesantenne, med vilkår om at erhververen tildeles retten til at benytte det med kommunen "fællesejede anlæg til distribution af tv- og bredbånd i Ishøj Kommune", som påstået af Ishøj Ny Antenneforening.

Det fremgår således klart af såvel udkast til overdragelsesaftale, herunder pkt. 1 som salgsbetingelserne, at Ishøj Kommune ønsker at sælge Ishøj Fællesantenne. Af bilag 5.1 fremgår herudover, at Ishøj Kommune ved salget (alene) beholder ejerskabet til de specifikke lyslederpar i fiberkablerne, som kommunen i dag anvender til eget brug. Salget af Ishøj Fællesantenne kan sidestilles med en privatisering af en offentlig enhed, der utvivlsomt ligger uden for koncessionsdirektivets anvendelsesområde, jf. også præambelbetragtning 7 til koncessionsdirektivet.

Hovedkendetegnet ved en koncession er i henhold til koncessionsdirektivets præambelbetragtning 18 overførslen af en ret til at udnytte tjenesteydelser (eller bygge- og anlægsarbejder), og dette kendetegn er ikke til stede her.

Ishøj Kommune bevarer ikke "retten til anlægget", og kommunen har ikke overdraget "ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser vedrørende levering af tv- og internetforbindelse til borgere i Ishøj Kommune" ved aktivoverdragelsesaftalen.

Det er efter overdragelsesaftalen derimod utvivlsomt sådan, at erhververen overtager ejendomsretten til Ishøj Fællesantenne, dvs. det fysiske anlæg (dog med begrænsning i forhold til kommunens lysledere), og erhververen opnår dermed ikke (kun) en ret til at udnytte en eller flere tjenesteydelser (eller et

fysisk anlæg, som stadig tilhører kommunen), hvilket netop er hovedkende-tegnet ved en koncession.

Salget af Ishøj Fællesantenne kan på ingen måde sammenlignes med den eksisterende koncessionsaftale, som netop ikke angår overdragelse af ejendomsret til anlægget.

Påstanden kan således ikke tages til følge, da der ikke foreligger en koncessionskontrakt i koncessionsdirektivets forstand. Selv hvis det var tilfældet, ville tærskelværdien på 39.884.785 kr. ekskl. moms i øvrigt ikke være overskredet.

Ad påstand 3

Ishøj Ny Antenneforening har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1, subsidiært påstand 2, medfører, at beslutningen om at indgå kontrakt med Stofa A/S skal annulleres.

Ishøj Kommune har gjort gældende, at der, da ikke foreligger de påståede overtrædelser, ikke er grundlag for annullation.

Ad påstand 5

Ishøj Ny Antenneforening har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1, subsidiært påstand 2, medfører, at kontrakten mellem Ishøj Kommune og Stofa A/S skal erklæres uden virkning, og at der ikke er afgørende hensyn, der taler for at opretholde kontrakten.

Ishøj Kommune har gjort gældende, at der, da ikke foreligger de påståede overtrædelser, ikke er grundlag for at erklære kontrakten uden virkning. I givet fald bør overdragelsesaftalen opretholdes, idet væsentlige hensyn til almenhedens interesser – nemlig forsyningsikkerheden – gør det nødvendigt, at kontrakten i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 3, skal gives fortsat virkning. Salgsprocessen for Ishøj Fællesantenne var således nøje planlagt med henblik på at sikre den fornødne tid mellem underskrift af overdragelsesaftalen og selve overdragelsen af Ishøj Fællesantenne, og derigennem opnå en for kunderne gnidningsfri overgang fra det nuværende set-up og til det fremtidige set-up, inden overdragelsen den 1. juni 2021, hvor den eksisterende driftsaftale ophører.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Spørgsmålet i denne sag er, om Ishøj Kommune i forbindelse med salget af Ishøj Fællesantenne til Stofa A/S har handlet i strid med udbudsloven eller koncessionsdirektivet ved at undlade udbud af udbudspligtige tjenesteydelser, som kommunen ved aftalen opnår at få leveret af erhververen Stofa A/S.

Som nævnt i klagenævnets kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut, har EU-Domstolen udtalt sig om såkaldt blandede kontrakter i navnlig dom af 6. maj 2010 i de forenede sager C-145/08 og C- 149/08, Club Hotel Loutraki AE m.fl. Heri anføres det i præmis 48 og 49:

”48 ... at i tilfælde af en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele i henhold til udbudsbekendtgørelsen er uadskilleligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, skal den omhandlede operation undersøges samlet i sin helhed med henblik på den retlige kvalifikation og skal vurderes på grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten (jf. i denne retning dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 19, af 19.4.1994, sag C- 331/92, Gestión Hotelera Internacional, Sml. I, s. 1329, præmis 23-26, af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 36 og 37, af 21.2.2008, sag 412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 47, og af 29.10.2009, sag C-536/07, Kommissionen mod Tyskland, ..., præmis 28, 29, 57 og 61.

49 Denne konklusion gælder uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt den del, der udgør en blandet kontrakts hovedformål, henhører under anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne eller ej.”

Som ligeledes anført i den nævnte klagenævnskendelse har domstolen i det væsentlige gentaget det, som anføres i Club Hotel Loutraki-dommen, i dom af 22. december 2010 i sag C-215/09, Mehiläinen Oy og Terveystalo Healthcare Oy mod Oulun kaupunki, præmis 36 og 37.

Klagenævnet bemærker om forståelsen af salgsmaterialet og aktivoverdragelsesaftalen med bilag, at hovedformålet med aftalen må anses for at være at sælge anlægget, jf. herved også udtrykkeligt aftalens pkt. 1. Årsagen til, at Ishøj Kommune sælger Ishøj Fællesantenne, er ifølge de fremlagte byråds-mødereferater, at Ishøj Kommune ikke efter de for kommunen gældende regler lovligt kan levere internet mv. til sine borgere og derfor må afhænde anlægget.

Ifølge overdragelsesaftalens pkt. 5.1 bevarer kommunen en tidsbegrænset og vederlagsfri ret til brug af de ifølge det til pkt. 5.1 knyttede bilag minimum 2 lyslederpar i hvert fiberkabel, der hidtil har været anvendt for at kunne sikre infrastruktur til de kommunale lokaliteter, og som svarer til op til 33 procent af fiberkabernes kapacitet. Den brugsret, som beskrives i aftalens pkt. 5.1, er i sig selv så vidtrækkende, at den i det væsentlige synes at svare til et ejerskab. I bilaget, som der henvises til i pkt. 5.1, står der endvidere udtrykkeligt, at kommunen bevarer ejerskabet til de pågældende lyslederkabler. Klagenævnet finder på den baggrund, at aftalens pkt. 5 sammenholdt med bilaget må forstås sådan, at kommunen bevarer en ejers rådighed over de anførte minimum 2 lyslederpar pr. fiberkabel, der hidtil har været anvendt til at sikre infrastruktur til kommunen. De forskellige dele i det delte ejerskab, hvor kommunen ejer minimum 2 lyslederpar pr. fiberkabel, der anvendes til at sikre infrastruktur til kommunen, og Stofa A/S ejer selve fiberkablerne og de øvrige lyslederkabler, som sikrer infrastruktur til internet og tv-indhold til borgerne, må anses for uadskilleligt forbundet og for at udgøre en udelelig helhed.

Ishøj Ny Antenneforening har gjort gældende, at Ishøj Kommune ved denne konstruktion opnår en levering af tv-indhold og internet fra Stofa A/S uden et ellers pligtigt EU-udbud, og at kommunen, selvom der ikke i aftalen står noget om betaling herfor, reelt betaler et vederlag for denne ydelse, der overstiger tærskelværdien i udbudsloven. Betalingen har herved form af en lavere købspris for anlægget, end hvad der ville være blevet tilbudt, hvis anlægget var udbudt uden forpligtelsen til at levere tv-indhold og internet vederlagsfrit til kommunen, og anslås af Ishøj Ny Antenneforeningen til at have en værdi på 8 mio. kr.

Pkt. 10.2.1 og 10.2.2 i aktivoverdragelsesaftalen angår tv-indhold til kommunens borgere, og det fremgår om denne leverance af pkt. 6.3, at Stofa A/S ikke har nogen sikkerhed for, at borgerne forbliver kunder hos Stofa A/S efter

overdragelsen. Overdragelsesaftalen indeholder ikke nogen forpligtelse eller ret for erhververen, Stofa A/S, til at levere tv-indhold og/eller internet til kommunen og dens institutioner, og Ishøj Kommune oplyst, at kommunen for indeværende køber internet via en SKI-aftale. Klagenævnet finder herefter og efter det, som i øvrigt er oplyst, intet grundlag for at antage, at kommunen ved aktivoverdragelsesaftalen eller i tilknytning hertil har opnået en adgang til (og forpligtelse til at modtage) tv-indhold og internet fra den valgte erhverver, Stofa A/S.

Af aftalens pkt. 5.2 følger derimod, at kommunen fra erhververen, Stofa A/S, modtager en tidsubegrænset og vederlagsfri drifts- og vedligeholdelsesydelse og en ydelse vedrørende andre arbejder på de lyslederkabler, som kommunen beholder ejerskabet til. Som også anerkendt af Ishøj Kommune må kommunen anses for at betale for denne ydelse gennem en lavere pris for anlægget, end hvad der ville være blevet tilbudt, hvis anlægget var udbudt uden denne forpligtelse. Spørgsmålet er herefter, om denne ydelse kan adskilles fra selve salget og det delte ejerskab, hvor kommunen bevarer ejendomsretten til de lyslederkabler, der anvendes af kommunen og til brug for dens institutioner – og hvis dette er tilfældet, om tærskelværdien er overskredet.

Kommunens lyslederkabler er fysisk placeret inde i de fiberkabler, som Stofa A/S har købt, og klagenævnet kan ikke se, hvorledes drift og vedligeholdelse mv. af kommunens lyslederkabler teknisk – og økonomisk rimeligt – skulle kunne adskilles fra Stofa A/S' drift og vedligeholdelse af selve kablet og af Stofa A/S' egne lyslederkabler. Herefter, og da der ikke er noget, som understøtter, at den måde, hvorpå salgsprocessen er tilrettelagt, og udformningen af aktivoverdragelsesaftalen, er sket for at undgå, at udbuddet er omfattet af udbudsloven, finder klagenævnet, at drifts- og vedligeholdelsesopgaven mv. må anses for at være uadskilleligt forbundet med kontraktens hovedformål om at sælge (den del af) anlægget, som leverer infrastruktur til tv-indhold og internet til borgerne og den samtidige bibeholdelse af kommunens ejerskab til den del af anlægget, som leverer infrastruktur til kommunen.

Da de nævnte forskellige dele af aftalen dermed ikke objektivt kan adskilles, har Ishøj Kommune været berettiget til som sket at tildele aftalen efter reglerne, der gælder for den type ydelse – salget af anlægget – der udgør dens hovedformål, og dermed uden udbud efter udbudsloven.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Klagenævnet bemærker i tillæg hertil, at Ishøj Kommune ifølge aktivoverdragelsesaftalens pkt. 10.2.3 opnår en vederlagsfri adgang til at benytte den overdragne del af anlægget til at distribuere TV-Ishøj (kommunens lokale tv-informationskanal) til kommunens borgere, så længe der i anlægget opretholdes en funktionalitet svarende til det nuværende fællesantennenet. Ishøj Ny Antenneforening har ikke anført anbringender herom, og klagenævnet har derfor ikke anledning til at tage stilling til, hvorvidt den herved modtagne ydelse (som må anses for vederlagt gennem en lavere tilbudspris) er et uadskilleligt element i aftalen, og dermed undtaget fra udbudspligt som følge af aftalens ikke udbudspligtige hovedformål. Klagenævnet bemærker dog, at der synes at være tale om et mindre accessorisk element, og at værdien af den pågældende ydelse synes at være begrænset.

Ad påstand 2

Koncessionsdirektivet (2014/23/EU) gælder ifølge artikel 1, stk. 1 og 2, for koncessionskontrakter over de i direktivet fastsatte tærskelværdier.

I artikel 5 defineres koncessioner omfattet af direktivet som følger:

- ”1) ”koncessioner”: koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser som defineret i litra a) og b):
 - a) ”koncession på bygge- og anlægsarbejder”: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for udførelse af bygge- og anlægsarbejder til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris
 - b) ”koncession på tjenesteydelser”: 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.

Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt.”

Det delte ejerskab, der etableres ved aktivoverdragelsesaftalen, hvorefter erhververen, Stofa A/S, ejer fiberkabler samt lyslederkabler, der anvendes som infrastruktur til borgerne, mens kommunen beholder de lyslederkabler, som hidtil har været anvendt til kommunen og dens institutioner, og hvorefter Stofa A/S har mulighed for og i en periode til dels pligt til at benytte (sin del af) anlægget til at levere tv-indhold og internetydelser til borgerne, indebærer ikke, at der er foreliggende en koncession i koncessionsdirektivets forstand.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 og 5

Da klagenævnet hverken har taget påstand 1 eller 2 til følge er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen og/eller at erklære den indgåede aftale for uden virkning.

Påstandene herom tages derfor heller ikke til følge.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Ishøj Ny Antenneforening betale sagsomkostninger til Ishøj Kommune som nedenfor bestemt. Der er ved fastsættelsen heraf taget hensyn til sagens karakter, omfang og forløb.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Ishøj Ny Antenneforening skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til Ishøj Kommune med 35.000 kr.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent