



NØRGAARD PIENING
advokater

Klageskrift

København 14. december 2020
J.nr.: 20109.

1

Til:

Klagenævnet for Udbud
Nævnenes Hus
Toldboden 2
8800 Viborg

Som advokat for:

Ishøj Ny Antenneforening
CVR-nr: 41497394
Vejlegården 16, st. th.
2635 Ishøj
(v/advokat Michael Lund Nørgaard)

Indstævner jeg:

Ishøj Kommune
CVR-nr.: 11931316
Ishøj Storetorv 20
2635 Ishøj

Klagen vedrører indklagedes salg af Ishøj Fællesantennenet. Anlægget blev solgt af indklagede efter en udbudslignende salgsproces uden indrykning af udbudsbekendtgørelse. Salget indeholdt en offentlig kontrakt i form af en forpligtelse om at stille anlægget til rådighed for indklagede, herunder drift og vedligeholdelse heraf, hvorved klager ved salget mistede indtægtsmuligheden i at levere TV- og internet til Ishøj Kommune.

Klagen angår om forpligtelsen i aktivoverdragelsesaftalen om at drive og vedligeholde kommunens andel af anlægget vederlagsfrit for indklagede, indebar en offentlig kontrakt, der objektivt kunne have været adskilt fra selve salget og dermed var udbudspligtig efter udbudsloven eller subsidiært efter koncessionsdirektivet, jf. udbudslovens § 26, stk. 3 henholdsvis koncessionsdirektivets artikel 20.

Påstande

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens afsnit II og III og § 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 til 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 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 fællesejede 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 udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende vedrørende koncessionen og ved at gøre koncessionen tidsubegrænset..

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2 annullere indklagedes beslutning af 2. december 2020 om at tildele kontrakt til Stofa A/S.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal tillægge klagen opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

Klager mener, at indklagedes proces omkring salg af Ishøj Fællesantennenet også har fejl i forhold til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet vedrørende den gennemførte prækvalifikation og evalueringen af klagers tilbud, herunder den anvendte evalueringsmodel, og omfanget af indklagedes ejerskab til Ishøj Fællesantenne.

For at begrænse de processuelle omkostninger ved sagen, har klager imidlertid begrænset sin klage til spørgsmålet om indklagedes manglende gennemførelse af et udbud i henhold til EU's udbudsregler. Klager forbeholder sig at nedlægge yderligere påstande vedrørende indklagedes proces, herunder at nedlægge påstand om uden virkning og erstatning.

Klager bekendt er kontrakten mellem Stofa A/S og indklagede endnu ikke underskrevet. Indklagede **opfordres** til at oplyse om kontrakten er indgået.

Sagsfremstilling

Indklagede ejer et anlæg, benævnt Ishøj Fællesantenne, som anvendes til levering af serviceydelser i form af tv og internet til borgere og virksomheder i Ishøj Kommune. En stor del af Ishøj Fællesantenne anvendes til at forsyne Ishøj Kommunes (indklagedes) egne institutioner med TV og internet. Anlægget har hidtil været drevet efter en koncessionskontrakt mellem indklagede og Kabel Plus mod betaling af ca. 2 mio. kr. pr. år til Ishøj Kommune. Der henvises i det hele til beskrivelsen af det nuværende set-up for Ishøj Fællesantenne, jf. **Bilag 1**.

Indklagede har gennemført en udbudslignende proces gennem en annoncering vedrørende indklagedes salg af Ishøj Fællesantenne, jf. **Bilag 2**.

Annonceringen skete på Kommunens hjemmeside, gennem et nyhedsbrev fra Forenede Danske Antenneanlæg, ligesom at Kommunen udsendte en pressemeddelelse. Annonceringen blev ikke offentliggjort i EU-tidende (TED).

Salget indebar, at erhververen skulle overtage anlægget Ishøj Fællesantenne mod betaling af købesummen. Derudover skulle erhververen beskrive tilbudte vilkår for brugerinddragelse, sikring af TV-forsyning i fremtiden samt service, som blev vurderet som følger:

” 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 %)”

Vedlagt salgsmaterialet var udkast til overdragelsesaftale mellem Ishøj Kommune og erhververen af Ishøj Fællesantenne, jf. **Bilag 3**.

Af udkastet til overdragelsesaftale fremgik bl.a.:

” 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.”

Erhververen af anlægget var således efter aftalen forpligtet til vederlagsfrit at stille anlægget til rådighed for indklagedes institutioner, herunder eventuelle institutioner som måtte blive tilsluttet efterfølgende. Forpligtelsen indebar desuden, at erhververen skulle drive, vedligeholde og gennemføre andre arbejder,

hvori anlægget indgår også for indklagedes institutioner. Det var videre angivet, at forpligtelsen til at yde service til indklagede skulle have samme prioritet som øvrige kunder hos erhververen.

Erhververens forpligtelse over for indklagede var desuden beskrevet i kontraktens bilag 5.1, jf. **Bilag 4**, hvori det var angivet, at erhververen skulle dele ejerskabet med ordregiver i overensstemmelse med vilkårene beskrevet i aktivoverdragelsesaftalens pkt. 5 (citeret ovenfor).

”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.” **4**

Ydermere var det i bilaget angivet, at anlægget var tilsluttet 23 af kommunens lokaliteter, som derved skulle serviceres af erhververen af anlægget i overensstemmelse med det i overdragelsesaftalens pkt. 5 angivne.

Det er klagers vurdering, at værdien af drift og vedligeholdelse mv. af anlægget til kommunens lokaliteter udgør skønsmæssigt ca. 8 mio. kr. ekskl. moms over en periode på fire år.

Indklagede modtog endelige tilbud fra to tilbudsgivere, klager og Stofa A/S.

Klager havde tilbudt at købe anlægget for 5 mio. kr., og Stofa A/S havde tilbudt at købe anlægget for 6 mio. kr. Notat vedrørende evaluering af reviderede tilbud fremlægges som **Bilag 5**.

Ved e-mail af 2. december 2020 meddelte indklagede, at indklagede havde valgt Stofa A/S som erhverver af Ishøj Fællesantenne, jf. **Bilag 6**.

Anbringender

Ad påstand 1

Indklagede har ikke gennemført en udbudsprocedure vedrørende levering af netværk, herunder drift og vedligeholdelse og andre arbejder vedrørende netværk til kommunens institutioner i henhold til aktivoverdragelsesaftalens afsnit 5. Valg af erhverver af Ishøj Fællesantenne blev heller ikke gennemført efter procedurerne for et EU-udbud, herunder uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse vedrørende kontrakten.

Kontrakten (bilag 3) afskærer effektivt andre virksomheder i at levere netværk, fx tv, bredbånd eller internet, til indklagedes institutioner, idet kommunen for al evig tid er sikret en vederlagsfri adgang, drift og vedligeholdelse af kommunens netværk gennem aktivoverdragelsesaftalen. Andre virksomheder tilbyder netværk, tv og internet i Ishøj Kommune, herunder klager og TDC.

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 til 6 mio. kr. Det er klagers vurdering, at værdien af erhververens forpligtelser efter overdragelsesaftalens afsnit 5 vil udgøre ca. 8 mio. kr. vurderet over en periode på fire år.

Det gøres gældende, at indklagedes salg af Ishøj Fællesantenne helt eller delvist udgør en offentlig kontrakt om levering af tjenesteydelser, der har en værdi som er højere end den for tjenesteydelser gældende tærskelværdi, og er udbudspligtig som et EU-udbud efter udbudsloven.

Udbudsreglerne finder anvendelse på offentlige kontrakter, hvorved forstås en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt mellem en økonomiske aktør og en ordregiver, og som vedrører udførelsen eller levering tjenesteydelser, jf. udbudslovens § 24, nr. 24 og 25.

Kravet om at offentlige kontrakter skal være gensidigt bebyrdende betyder, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse, såfremt ordregiver leverer en ydelse til en økonomiske aktør mod vederlag fra denne (et ”salg”). 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. Tilsvarende er fastslået i EU-Domstolen dom i sagen C-215/09, Helmut Müller i præmis 49-5, hvori domstolen anfører, at det dagældende direktiv 2004/18 finder anvendelse, hvis en kontrakt i sin natur bibringer den ordregivende myndighed en økonomisk fordel, fx hvis den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer rådigheden over det arbejde, der er genstand for kontrakten, henset til dets offentlige anvendelse eller de økonomiske fordele den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen, uden at det nødvendigt, at ydelsen består i erhvervelse af en materiel eller fysisk genstand.

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 udbudslove, overstiger tærskelværdien, uanset værdien af de dele, der ikke er omfattet af loven, jf. udbudslovens § 26, stk. 2. 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 bemærkningerne til udbudsloven, 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 være begrundet i årsager af såvel teknisk som økonomisk karakter. Opdelingen må ikke ske med henblik på at undgå, at udbuddet omfattes af loven, jf. § 2, stk. 2. Tilsvarende følger af præambel 11 til udbudsdirektivet i relation til en kontrakt, der delvist er omfattet af koncessionsdirektivet og delvist af udbudsdirektivet in casu opførelse af en bygning til forvaltningen med tilknyttet parkeringsfaciliteter, som kan stilles til rådighed for offentligheden.

EU-Domstolen har i sagen C-215/09 Mehiläinen Oy præmis 36 fastslået, at for at en tjenesteydelseskontrakt kan undtages for udbud efter reglerne om blandede kontrakter, skal kontrakten være uadskilleligt forbundet med kontraktens hovedformål eller fremherskende element.

Af præmis 37 i samme følger videre, at undersøgelsen af, om den udbudspligtige kontrakt kan udskilles fra kontraktens hovedformål, er et retligt element, der henhører under udbudsdirektivet anvendelsesområde (og dermed er underlagt fuld undersøgelsesadgang for domstolen).

Det må heraf følge, at det er kommunens bevisbyrde at fremlægge bevis for, at kommunens overvejelser om inddragelse af levering af netværk, herunder drift og vedligeholdelse og andre arbejder

vedrørende netværk til kommunens institutioner i henhold til aktivoverdragelsesaftalen afsnit 5, er uadskilleligt forbundet med selve salget af Ishøj Fællesantenne, og at gyldigheden af dette bevis skal underlægges fuld domstolskontrol. Det gøres videre gældende, at beviset herfor skal være tungtvejende, idet en salgskontrakt omfattet af udbudsloven § 22, stk. 4 (og dermed indeholdende en ellers udbudspligtig delkontrakt) helt undtager den udbudspligtige ydelse fra udbudslovens anvendelsesområde. Der er fast klagenævns- og EU-Domstolspraksis for, at undtagelser fra udbudslovens anvendelsesområde skal fortolkes indskrænkende.

Det gøres gældende, at kontrakten om levering af netværk, herunder drift og vedligeholdelse og andre arbejder vedrørende netværk til kommunens institutioner i henhold til aktivoverdragelsesaftalen afsnit 5, ikke var uadskilleligt forbundet med kommunens salg af Ishøj Fællesantenne og dermed objektivt kunne adskilles fra selve salget.

Indklagedes kontrakt kan fortolkes på to forskellige retlige måder, idet selve kontrakten og bilag 5.1 har modstridende tekst omkring, hvad indklagede har solgt. Den første fortolkningsmåde er angivet i selve kontrakt dokumentet, hvori det er angivet, at hele anlægget sælges til erhververen, men at erhververen samtidig indrømmede indklagede en vederlagsfri tidsbegrænset brugsret til at benytte lysledere i anlægget til brug for tv- og internetforsyning af indklagedes egne institutioner. Den anden fortolkningsmåde er angivet i bilag 5.1 (bilag 4), hvori det er anført, at kommunen bevarer ejerskabet til de lysledere indklagede anvender, og at ejerskabet til Ishøj Fællesantenne dermed er delt mellem kommunen og erhververen. Med andre ord får erhververen retten til at anvende anlægget til salg af TV- og internet forsyning mv. til borgere i Ishøj, men kommunen bevarer retten til at levere TV- og internet mv. til egne institutioner. Erhververen har derudover en forpligtelse til at servicere både egne kunder og indklagedes institutioner. Der er ikke indsat vilkår om kontraktens forrang ift. bilag i kontrakt dokumentet, og det er dermed ikke gennemsigtigt, hvad indklagede reelt har overdraget til erhververen.

Klager gør i første omgang gældende, at indklagede i henhold til kontraktens afsnit 5 har fået en tidsbegrænset brugsret til anlægget for kommunens institutioner, hvilket indebærer en ret til at benytte anlægget, men ikke ejerskabet hertil. Til støtte herfor gøres det gældende, at dette er en naturlig ordlydsfortolkning af aktivoverdragelsesaftalen, samt at uklarheden i salgsmaterialet må fortolkes til ugunst for indklagede i overensstemmelse med fast klagenævnspraksis.

Den tidsbegrænsede brugsret er reelt en aftale om levering af netværk til TV- og internetforsyning til indklagedes egne institutioner gennem benyttelse af erhververens anlæg – det tidligere Ishøj Fællesantenne. Der findes imidlertid andre aktører i Ishøj Kommune, herunder klager, Global Connect og TDC, der kan levere en ”brugsret” til deres anlæg på tilsvarende vilkår som kontraktens afsnit 5. Det forhold at andre aktører i kommunen fungerer uafhængigt af kommunens anlæg følger tilsvarende af det forhold, at andre end Ishøj Fællesantenne tilbyder TV og bredbånd i Ishøj Kommune.

En kontrakt om ”brugsret” eller rettelig levering af netværk til TV- og internetforsyning til indklagedes egne institutioner kunne være håndteret af andre økonomiske aktører i Ishøj Kommune og er dermed ikke uadskillelig fra selve salget af Ishøj Fællesantenne. Der var dermed ikke objektive forhold, som kunne begrunde den manglende adskillelse af leveringsforpligtelsen til indklagedes institutioner fra selve salget.

Såfremt Klagenævnet for Udbud måtte finde, at kontrakten i overensstemmelse med kontraktens bilag 5.1 skal fortolkes således, at indklagede bevarer ejerskabet til Ishøj Fællesantenne sammen med

erhververen af anlægget, gøres det gældende, at erhververens rettigheder reelt er en koncession til benyttelse af det fælles ejede anlæg til levering af tv- og internetforbindelser til borgere i Ishøj Kommune (se påstand 2). Derudover indeholder kontrakten en forpligtelse vedrørende drift, vedligeholdelse mv. af kommunens andel af anlægget. Det gøres gældende, at denne forpligtelse også kan håndteres gennem en almindelig vedligeholdelsesaftale med andre aktører i markedet, der på tilsvarende vis vil være i stand til at vedligeholde kommunens andel af anlægget. Også vedligeholdelsesforpligtelsen kunne dermed udskilles fra selve hovedkontrakten, jf. også koncessionsdirektivets artikel 20, stk. 4, hvorved denne kontrakt tilsvarende indfanges af udbudspligten i udbudsloven.

Sammenfattende gøres det gældende, at den del af kontrakten, der vedrører levering af netværk, herunder drift og vedligeholdelse og andre arbejder vedrørende netværk til kommunens institutioner i henhold til aktivoverdragelsesaftalen afsnit 5, ikke havde en karakter, som gjorde, at den ikke objektivt kunne adskilles fra kommunens salg af Ishøj Fællesantenne. Det gøres videre gældende, at værdien heraf overstiger tærskelværdien. Det gør efter udbudsloven ingen forskel, at det i kontrakten er angivet, at levering heraf er vederlagsfrit. Det følger af forarbejderne til udbudsloven, at modydelsen fra ordregiver i en gensidig bebyrdende kontrakt ikke behøver at være et pengebeløb, men skal kunne opgøres i penge, jf. også C-215/09 Helmut Müller. Det gøres gældende, at prisen ved anskaffelsen alt andet lige blev reduceret med et beløb svarende til værdien af levering af netværk til kommunens institutioner som af klager er opgjort til ca. 8 mio. kr. over en periode på fire år.

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

Indklagede har dermed handlet i strid med udbudslovens afsnit II og III og § 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 til udbudslovens regler, herunder ved ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende vedrørende udbuddet.

Ad påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Såfremt klagenævnet måtte finde, at konstruktionen i aktivoverdragelsesaftalen ikke indebærer et ejerskifte, hvorved indklagede ikke opnår en tidsubegrænset vederlagsfri brugsret til at benytte anlægget til egne institutioner, men derimod bevarer et delt ejerskab til anlægget med erhververen, jf. bilag 5.1, og at vedligeholdelsespligten mv. ikke objektivt kan adskilles fra hovedformålet med kontrakten, jf. udbudslovens § 26, stk. 4, gøres det gældende, at kontrakten derved har den konsekvens, at erhververen får retten til at anvende anlægget til salg af tv- og internet forsyning mv. til borgere i Ishøj, men kommunen bevarer retten til at levere tv- og internet mv. til egne institutioner. Det gøres på det grundlag gældende, at kontrakten har karakter af en koncessionskontrakt, jf. også koncessionsdirektivets artikel 20, stk. 5.

I henhold til aktivoverdragelsesaftalen bilag 5.1, bliver ejerskab af Ishøj Fællesantennes delt mellem Ishøj Kommune og en ny ejer af Ishøj Fællesantenne. Kontrakten indebærer dermed, at indklagede

bevarer retten til anlægget, men tidsubegrænset har overdraget ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser vedrørende levering af tv- og internetforbindelser til borgere i Ishøj Kommune gennem benyttelse af anlægget til en økonomisk aktør, hvor vederlaget for denne overdragelse består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten samt en betaling til indklagede.

Ved kontrakten overføres driftsrisikoen vedrørende Ishøj Fællesantenne til erhververen inklusive driftsrisikoen for de netværksydelser, der tilgår indklagede.

Indklagede har tidligere udbudt en tilsvarende ret til at benytte anlægget til levering af tv- og internetforbindelser til borgere i Ishøj Kommune ved en koncessionskontrakt, idet værdien af koncessionen overstiger den for koncessionsaftaler gældende tærskelværdi. Kontrakten om salg af Ishøj Fællesantenne skulle dermed være sket efter EU-udbudsprocedurene for en koncession.

Indklagede har ikke gennemført en udbudsprocedure efter koncessionsdirektivet vedrørende netværket. I henhold til koncessionsdirektivet skal indklagede bl.a. sikre, at koncessionen har en begrænset varighed, jf. koncessionsdirektivets artikel 18 og gennemføres efter en procedure i overensstemmelse med koncessionsdirektivets afsnit II, herunder ved offentliggørelse af en koncessionsbekendtgørelse, jf. koncessionsdirektivets artikel 31.

Indklagede har dermed 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 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 tidsubegrænset..

Ad påstand 3

Af de grunde, som er anført ovenfor under påstand ad 1 og påstand ad 2, gør klager gældende, at indklagede har overtrådt reglerne i udbudsloven henholdsvis koncessionsdirektivet, og at indklagedes beslutning om at tildele kontrakt til Stofa A/S derfor skal annulleres.

Hertil kommer at indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne har en karakter, som gør, at indklagedes kontrakt skal erklæres uden virkning, hvis den indgås, jf. lov om klagenævnet for udbud § 17, stk. 1, nr. 1, og kontrakten dermed kun kan opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser tilsiger det, jf. lov om klagenævnet for udbud § 17, stk. 3.

Ad påstand 4

Klager gør gældende, at klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1 således, at indklagede ikke må indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, indtil klagesagen er endeligt afgjort.

Efter fast praksis skal Klagenævnet på det foreløbige grundlag vurdere, om følgende 3 betingelser er opfyldt:

1. Fumus boni juris: En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig. Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Det gøres gældende, at betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning alle er opfyldt.

Ad 1: Fumus boni juris:

Det er ordregiver, der har ansvaret for at overholde procedurerne for et lovlig udbud uanset om udbuddet skulle have fulgt procedurerne efter udbudsloven eller koncessionsdirektivet. 9

Hertil kommer, at klager med stor tydelighed kan påvise, at indklagedes salg reelt udgjorde en kontrakt, der skulle udbydes. Betingelsen om, at klagen har noget på sig, er derfor opfyldt.

Ad 2: Uopsættelighed:

Udbudsmaterialets afskæring af tilbudsgivere, der ikke har fundet udbuddet gennem kommunens lokale annoncering fra at afgive tilbud, er en klar overtrædelse af udbudsreglerne. Dette forhold har åbenbart haft konkret indflydelse på udfaldet af konkurrenceudsættelsen, idet en række tilbudsgivere derved reelt blev afskåret fra at afgive tilbud, ligesom de oplysninger der normalt skal fremgå af en udbudsbekendtgørelse, blev overset af klager.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor opfyldt.

Ad 3: Interesseafvejning:

Idet der er tale om en kontrakt vedrørende salg af Ishøj Fællesantenne med tilhørende forpligtelser over for indklagede som allerede i dag drives gennem en koncession med tilsvarende vilkår, er der ikke tale om et udbud af så afgørende betydning, at hensynet til indklagedes interesse i at få afsluttet udbuddet hurtigt skal veje tungere end klagers interesse i, at kontrakten ikke indgås, før sagen er endeligt afgjort. Indklagedes interesser i kontraktens hurtige indgåelse hviler således alene på det grundlag, at det vil være besværligt for indklagede at skulle afvente sagens færdigbehandling.

Omvendt står klager i en situation, hvor indklagede har valgt at give meddelelse om tildeling af kontrakt og dermed afskåret klager fra at levere internet og tv til indklagedes mange institutioner i Ishøj Kommune. Reelt medfører udbuddet, at indklagede er blevet frataget et betydeligt marked – salg af tv og internet til institutioner i Ishøj Kommune - på baggrund af et ulovligt udbudsmateriale, hvor krænkelsen ikke kan repareres med erstatning.

Hertil kommer at klagers overtrædelse af udbudsreglerne har en karakter som gør, at klagers kontrakt vil være uden virkning, hvis den indgås, jf. lov om klagenævnet for udbud § 17, stk. 1, nr. 1, og kontrakten dermed kun kan opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser tilsiger det, jf. lov om klagenævnet for udbud § 17, stk. 3.

Interesseafvejningen taler derfor åbenlyst til fordel for klager.

Klagegebyr

Klagegebyr kr. 20.000 er indbetalt til Klagenævnet for Udbud ved bankoverførsel.

Processuelle meddelelser

Processuelle meddelelser til klager bedes sendt til advokat Michael Lund Nørgaard, mln@nplaw.dk, 10 Nørgaard Piening Advokater, Strandgade 4, stuen, 1401 København K via e-Boks.

Bilag

- Bilag 1:** Beskrivelse af det nuværende set-up for Ishøj Fællesantenne.
- Bilag 2:** Salgsbetingelser vedrørende salg af Ishøj Fællesantenne.
- Bilag 3:** Udkast til overdragelsesaftale.
- Bilag 4:** Overdragelsesaftalens bilag 5.
- Bilag 5:** Notat vedrørende evaluering af reviderede tilbud.
- Bilag 6:** E-mail af 2. december 2020 vedrørende valg af erhverver af Ishøj Fællesantenne.

Med venlig hilsen

Michael Lund Nørgaard
advokat