



NØRGAARD PIENING  
advokater

## Replik

København 12. januar 2021  
J.nr.: 20109.

Til:  
Klagenævnet for Udbud

I sagsnr. 20/14359

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

mod  
Ishøj Kommune  
CVR-nr.: 11931316  
Ishøj Storetorv 20  
2635 Ishøj  
(v/ advokat Andreas Christensen)

Indklagede har underskrevet kontrakt den 9. december 2020, og klager har derfor ved supplerende klageskrift af 21. december 2020 nedlagt påstand om, at indklagedes kontrakt med Stofa A/S skal erklæres uden virkning, idet kontrakten er indgået uden et forudgående udbud.

Klager har videre efter opfordring fra indklagede præciseret sin påstand 1 ved e-mail af 21. december 2020, idet påstanden rettelig begrænses til udbudslovens afsnit II, der vedrører offentlige indkøb over tærskelværdien, hvilket også tydeligt fremgår af klagers anbringender.

Påstand 1 er hermed korrigeret som følger:

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

Idet påstande og anbringender i klagers klageskrifter derudover fastholdes, giver indklagedes svarskrift anledning til følgende:

### *Indledning*

Et salg af Ishøj Fællesantenne er ikke udbudspligtig (i lighed med en privatisering). Det er parterne enige om. Parterne er også enig i, at et salg af Ishøj Fællesantenne er udbudspligtig, hvis salget indebærer en gensidig bebyrdende kontrakt, der ikke er uadskilleligt forbundet med kontraktens hovedformål, jf. udbudslovens § 26. Parterne er videre enige om, at kontrakten mellem Ishøj Kommune og Stofa A/S indeholder en gensidig bebyrdende aftale, hvilket som udgangspunkt indebærer, at salget skal gennemføres i overensstemmelse med EU's udbudsregler, jf. udbudslovens § 26, stk. 2, medmindre den gensidigt bebyrdende kontrakt er uadskilleligt forbundet med kontraktens hovedformål eller fremherskende elementer, jf. også C-215/09 Mehilänen Oy. Endelig er parterne enige i, at salget ikke blev gennemført efter EU's udbudsregler, men efter en udbudslignende proces som bl.a. ikke blev offentliggjort i EU-Tidende. 2

Uenigheden består i, om den gensidig bebyrdende aftale indeholdt i salget, kunne undtages fra EU's udbudsregler. Herudover er der uenighed i den retlige fortolkning af indklagedes udbudsmateriale, idet ejerskabet til netværket efter salgets gennemførelse ikke var tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet, hvilket i sig selv er i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede anfører til støtte for, at salget ikke skulle gennemføres efter EU's udbudsregler, at indklagedes kontrakt kunne undtages fra udbudsreglernes anvendelsesområde som en kontrakt vedrørende erhvervelse eller leje af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller rettigheder hertil, jf. udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1. Klager bestrider dette, idet kontrakten er en netværkstjeneste som utvivlsomt ikke er fast ejendom.

Indklagede anfører ydermere, at levering af netværk til indklagedes institutioner ikke kunne adskilles fra salget af Ishøj Fællesantenne. Klager bestrider dette. En netværkskontrakt er på ingen måde en usædvanlig kontrakt, der er tæt sammenhængende med Ishøj Fællesantenne. Der er flere leverandører i Ishøj Kommune, der kan levere netværkskontrakter, herunder til indklagedes institutioner – med andre ord var den tidsubegrænsede aftale mellem indklagede og Stofa A/S på ingen måde nødvendig for at realisere den samlede aftale – salg af Ishøj Fællesantenne. Tværtimod. Inddragelse af den vederlagsfrie tidsubegrænsede brugsret har medført, at indklagede har fået en lavere pris for Ishøj Fællesantenne end indklagede ville have fået, hvis den gensidigt bebyrdende aftale ikke havde været en del af salget.

Indklagede anfører videre som støtte for, at salget ikke skulle gennemføres efter EU's udbudsregler, at indklagede slet ikke solgte de fiberkabler, som indklagede selv benytter sig af, og at drift, vedligeholdelse, håndtering af support og fejlmeddelelser og andre arbejder vedrørende anlægget var uadskilleligt forbundet med anlægget. Klager bestrider at dette er den naturlige fortolkning af kontrakten. Desuden fastholder klager, at hvis Ishøj Kommunes lysledere ikke kan adskilles i en selvstændig kontrakt, indebærer salget et delt ejerskab mellem indklagede og Stofa A/S, hvor Stofa A/S har overtaget driftsrisikoen for anlægget uden at indklagede har afgivet ejendomsretten fuldt ud til anlægget. Herved omfattes kontrakten af koncessionsdirektivet. At opdele anlægget som angivet i svarskriftet er en efterrationalisering af kontrakt dokumenterne og i øvrigt en konstruktion, der ikke er fysisk muligt.

Indklagede anfører endelig at værdien af drift, vedligeholdelse, håndtering af support og fejlmeddelelser på et netværk, der omfatter alle indklagedes institutioner og hele indklagedes geografiske område, kan håndteres for under 1,5 mio. kr. over en fireårig periode. Klager bestrider dette, og indklagede har heller ikke fremlagt bevis for sine vurderinger, herunder at indklagede har opgjort den anslåede værdi af den gensidigt bebyrdende kontrakt forud for salget. Det må på det grundlag anses for bevist, at værdien af drifts-, support og vedligeholdelsesforpligtelsen i sig selv overstiger tærskelværdien for offentlige tjenesteydelseskontrakter.

### *Supplerende anbringender*

Kontrakten indebærer, at indklagedes ret til anlægget er en tidsubegrænset brugsret

3

Indklagede bestrider, at kontrakten indebærer, at indklagede kun har en tidsubegrænset ret til at benytte anlægget med tilhørende forpligtelse for Stofa A/S til at drive og vedligeholde anlægget og andre arbejder i overensstemmelse med den service Stofa A/S tilbyder sine øvrige kunder på anlægget/netværket.

Klager fastholder, at kontrakten naturligt må forstås som indeholdende en tidsubegrænset brugsret til indklagede i overensstemmelse med kontraktens pkt. 5, jf. bilag 3.

Kontrakten benævner eksplicit, at den ret, som indklagede får ved den gensidigt bebyrdende aftale med Stofa A/S, er en *tidsubegrænset brugsret*. Indklagedes henvisning til bilag 5.1 (klagens bilag 4) ændrer ikke herved. Bilaget angiver som følger:

*”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.”*

Bilaget angiver således eksplicit, at rammerne for det delte ejerskab er beskrevet i aktivoverdragelsens pkt. 5. Det er dermed ordlyden af aktivoverdragelsesaftalens pkt. 5 og ikke bilag 5.1, der regulerer den juridiske regulering af, hvad det delte ejerskab mellem indklagede og Stofa A/S indebærer.

I aktivoverdragelsens pkt. 5 er angivet som følger:

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.”*

Det delte ejerskab indebærer således eksplicit, ifølge aktivoverdragelsesaftalens pkt. 5, at Køber, dvs. Stofa A/S, indrømmer Sælger, dvs. indklagede, en vederlagsfri tidsubegrænset brugsret. At indklagede kun har en brugsret til anlægget følger også af aktivoverdragelsesaftalens pkt. 10.2.2, hvori det er anført, at indklagedes *brugsret* til anlægget er gældende uanset om Stofa A/S måtte ophøre med at levere tv-forsyning gennem benyttelse af anlægget.

For at Stofa A/S kan indrømme indklagede en tidsubegrænset brugsret skal Stofa A/S have en adkomst til anlægget. Denne adkomst er reguleret i aktivoverdragelsesaftalens pkt. 3.1, hvori det udtrykkeligt er angivet, at indklagede overdrager hele anlægget til Stofa.

Sammenfattende indebærer aktivoverdragelsen, at Stofa A/S' får adkomst i form af ejerskab til anlægget, og at indklagedes "ejerskab" i realiteten kun er en tidsubegrænset brugsret som tildeles af Stofa A/S og dermed også juridisk kan ophøre, fx ved Stofa A/S' eventuelle konkurs.

En traditionel juridisk kontraktfortolkning af aktivoverdragelsen viser således, at indklagedes gensidige bebyrdende kontrakt med Stofa A/S, er en kontrakt, der indebærer, at indklagede har en tidsubegrænset brugsret til det netværk, der kan benyttes til internet og tv i hele kommunen og på alle indklagede institutioner, men ikke at indklagede har en ejendomsret til dele af netværket. Den almindelige koncipistregel, hvorefter uklarheder fortolkes til ugunst for koncipisten – dvs. indklagede - bestyrker denne fortolkning af kontrakten.

Også efter almindelig klagenævnspraksis må uklarheder i udbudsmaterialet fortolkes til ugunst for ordregiver. Klagenævnet skal derfor også i denne situation fortolke uklarheden i udbudsmaterialet til ugunst for indklagede, *in casu*, at indklagedes kontrakt ikke er begrænset til en delvis overdragelse af Ishøj Fællesantenne – men derimod en fuld overdragelse af hele netværket med tilhørende brugsret til indklagede. En sådan fortolkning vil i givet fald være baseret på udbudsretten og ikke obligationsretten, og klagenævnet har dermed ikke taget stilling til en eventuelt fremtidig tvist mellem Stofa A/S og indklagede vedrørende rækkevidden af Stofa A/S' adkomst til netværket, herunder ved indklagedes yderligere benyttelse heraf.

Sammenfattende fastholdes, at den gensidige bebyrdende kontrakt mellem indklagede og Stofa angår en tidsubegrænset ret til at benytte et netværk til at fordele data til TV- og internet til indklagedes institutioner.

#### Ad undtagelse af netværksydelse efter undtagelsen om leje af fast ejendom

Indklagede gør gældende, at en den i kontrakten angivne brugsret – altså en tidsbegrænset brugsret til at benytte lysledere i anlægget til brug for tv- og internetforsyning af egne institutioner – kan undtages fra udbudslovens anvendelsesområde, jf. udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1. Dette bestrides.

Udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1 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.

Indklagedes ydelse vedrører tv- og internetforsyning til indklagedes institutioner. 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, jf. **Bilag 7**, og udbydes løbende med forskellig service og opetidskrav i lighed med andre IT-infrastruktur projekter.

Adgang til benyttelse af et netværk er utvivlsomt ikke leje af fast ejendom. Der gennemføres flere udbud af netværksydelser med forskellig service og kompleksitet. Derudover er der rigelig med udbud af netværk til offentlige myndigheder, herunder er et stort nationalt udbud i regi af Staten og Kommunernes Indkøbsservice åben for alle kommuner i Danmark, jf. **Bilag 8**. Der er flere aktører, der

tilbyder netværksydelse - også i Ishøj Kommune - endda med en højere kvalitet end det anlæg indklagede har solgt. Kontrakten om levering af netværk til distribution af tv- og internet (tidsbegrænset brugsret til anlægget) kunne således være leveret af flere andre aktører på markedet, hvis indklagede havde lavet et separat udbud herom. Det forhold, at andre leverandørers leverance i sagens natur vil ske gennem benyttelse af andre anlæg end Ishøj Fællesantenne, er i den forbindelse irrelevant, og det gør ikke, at leverancen af netværk til internet og tv var uadskillelig fra selve salget.

Der er flere aktører og udbudsmuligheder, der kan forsyne indklagedes institutioner med netværk, herunder gennem benyttelse af andre aktørers netværk. Levering af netværk til brug for tv- og internet var dermed ikke uadskillelig fra hovedleverancen ”salg af Ishøj Fællesantenne”, og den gensidigt bebyrdende kontrakt vedrørende netværkstjenesteydelser til indklagede skulle derfor have været udbudt efter EU’s udbudsregler for offentlige kontrakter enten selvstændigt eller sammen med hovedleverancen, jf. udbudslovens § 26 (se også nedenfor).

#### Ad objektivt uadskilleligt

Indklagede gør gældende, at levering af netværk til indklagedes institutioner ikke objektivt kan adskilles fra indklagedes salg af Ishøj Fællesantenne. Indklagede anfører bl.a. på side 11 i svarskriftet anfører som følger:

*”Det forhold, at Kommunen alene måtte have fået en brugsret til lyslederne, understøtter i øvrigt, at det ikke er muligt objektivt at adskille overdragelsesaftalens bestemmelser om erhververens drift- og vedligeholdelsesansvar for de lysledere, som Kommunen har en brugsret til fra salget i øvrigt. En sådan adskillelse ville – hvis man ser bort fra det tekniske – kræve, 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. Dette på trods af at erhververen ved salget opnår fuldt ejerskabet til fiberkablerne i deres helhed. Det synes usandsynligt, at en erhverver ville tillade en sådan tredjepartsadgang.”*

Indklagedes anbringende er reelt udtryk for, at indklagede peger på et bestemt netværk (Ishøj Fællesantenne) og kræver, at netværksydelse til Ishøj Kommune skal leveres fra det netværk, der tidligere var benævnt Ishøj Fællesantenne og dermed gennem aftale med Stofa A/S. Argumentet er cirkulært og absurd. Indklagede lægger herved til grund, at en potentiel netværksleverandør vil skulle benytte Stofa A/S’ anlæg, Ishøj Fællesantenne, til at levere serviceydelser i form af netværk til datadistribution af internet og tv, hvilket en serviceleverandør ikke nødvendigvis ville gøre. Der findes en række netværksudbydere med bredbåndsinfrastruktur i Ishøj Kommune, som kan levere netværk til tv og internetdistribution til institutioner i Ishøj Kommune, fx TDC, klager og Global Connect.

Hvis klagenævnet accepterer indklagede anbringende og undtager kontrakten for udbud, fordi kun én leverandør kan levere tv- og internet gennem det netværk indklagede i dag benytter (og tilfældigvis ejer), vil det betyde, at ethvert genudbud af netværksydelse kan tildeles til en bestemt netværksleverandør uden udbud, hvis ordregiver i sin kontrakt peger på et bestemt bredbåndsnetværk. Herved vil indkøb af netværksydelse uden for bygninger – de såkaldte WAN-udbud - reelt blive undtaget for udbudspligt.

Levering af netværk til indklagedes institutioner kan utvivlsomt adskilles fra indklagedes salg af Ishøj Fællesantenne. Der er som angivet i klageskriftet flere aktører, der tilbyder netværk i Ishøj Kommune, og som ville kunne levere netværk til indklagede. Ishøj Fællesantenne er på ingen måde den eneste leverandør af netværk i Ishøj Kommune. Indklagede havde endda mulighed for at tilslutte sig den fælles offentlige netværkskontrakt hos SKI. Indklagede har valgt at inddrage en gensidig bebyrdende kontrakt,

hvorved indklagedes kontrakt bliver en "sale and lease back" struktur. Leje af netværk er imidlertid en særskilt aftale, der kunne være udbudt som særskilt kontrakt. Salget af Ishøj Fællesantenne skulle derfor være gennemført som et udbud efter EU's udbudsregler, jf. udbudslovens § 26.

#### Ad indklagede (delvist) bevarer ejendomsretten

Indklagede gør gældende, at indklagede ved salget bevarer ejendomsretten til de lysledere, som indklagede selv benytter til eget brug. Indklagede lægger dermed vægt på den i bilag 5.1, jf. bilag 4, angivne tekst, hvori ordet "ejerskab" er anvendt. Indklagedes fortolkning af kontrakt bestrides. Som angivet, skal kontrakten i overensstemmelse med kontraktens ordlyd fortolkes således, at indklagede ikke bevarer ejendomsretten til dele af Ishøj Fællesantenne. Indklagedes ejerskab er i overensstemmelse med de juridiske vilkår i aktivoverdragelsen en tidsubegrænset brugsret, der indrømmes af Stofa A/S, som ejer hele anlægget. 6

At indklagede ikke sælger hele netværket er heller ikke nævnt andre steder i parternes aftale end i den tekniske beskrivelse af sælgers nuværende og fremtidige behov i bilag 5.1. Hertil kommer, at indklagede også selv anfører, at det objektivt ikke er muligt at adskille indklagedes netværk fra netværket i øvrigt, idet netværkene er splidset sammen til et fælles netværk i fordelerskabe og standere, og indklagede desuden bevarer retten til at tilknytte yderligere institutioner på netværket uden begrænsninger. Indklagede har da heller ikke i udbudsmaterialet eller dokumentationen vedrørende netværket nærmere redegjort for, hvorledes netværket på de enkelte strækninger er opdelt i netværk, der tilhører indklagede, og i netværk, som ikke tilhører indklagede. Dette følger udtrykkelig af bilag 5.1 (bilag 4), hvori indklagede angiver, at datakommunikationen tilhørende Ishøj Kommune og datakommunikationen tilhørende Ishøj Fællesantenne ligger i samme kabler, og at Ishøj Kommune råder over minimum 2 lysledere, og indklagedes skal have ubetinget mulighed for at knytte nye institutioner til netværket. Det er således ikke individualiseret, hvad indklagedes ejendomsret reelt indebærer ift. Ishøj Fællesantenne i øvrigt, herunder hvor mange lysledere indklagede egentlig råder over. Hertil kommer at netværket flere steder er splidset i samme skabe og standere som det øvrige netværk. Det er således ikke muligt fysisk at adskille indklagedes netværk fra Ishøj Fællesantenne.

Såfremt Klagenævnet uanset kontraktens ordlyd måtte vurdere, at indklagede har bevaret ejendomsretten til disse ikke nærmere beskrevne dele af netværket, og at denne er uadskillelig fra netværket i øvrigt, kan ejendomsretten over nettet kun fortolkes som fælles fordelt på en andel, som er den del af nettet indklagede benytter og en andel der er åben for Stofa A/S til distribution af tv- og internet. Kontrakten overfører herved driftsrisikoen vedrørende netværket, herunder drift og vedligeholdelsesansvar af de dele af netværket, som indklagede benytter, til Stofa A/S, og kontrakten får derved karakter af en koncessionskontrakt, som ikke er udbudt i overensstemmelse med reglerne om udbud af koncessionskontrakter - helt i overensstemmelse med indklagedes nuværende koncessionskontrakt. Indklagedes leg med ord som delt ejerskab ift. 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. Der henvises til de i klageskriftet vedrørende påstand 2 anførte.

Såfremt Klagenævnet uanset kontraktens ordlyd måtte finde, at indklagede har bevaret ejendomsretten til dele af netværket, og at netværket kan individualiseres i en del, der vedrører indklagede, og en del, der vedrører Stofa A/S, vil vedligeholdelsen heraf tilsvarende kunne adskilles i to særskilte kontrakter. En sådan kontrakt vil utvivlsomt være udbudspligt som en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

Indklagede har opgjort værdien af en sådan kontrakt til ca. 12.000 kr./km svarende til 1,2 mio. kr. over fire år. Indklagede har ikke fremlagt grundlaget for denne vurdering som er begrænset til selve serviceringen af de fysiske kabler beregnet ud fra en estimeret længde af fiberen i Ishøj Kommune. Hertil kommer imidlertid omkostninger til håndtering af selve driften, herunder rack i hovedstation, termineringer af fiber på 23 lokaliteter samt fibersplidsninger og udstyr i hovedstation samt opstartsomkostninger. Sælgers udokumenterede opgørelse bestrides således. Såfremt indklagede ikke kan fremlægge bevis for en forudgående vurdering af kontraktens værdi, må det derfor anses for bevist, at indklagedes vurdering ikke omfatter den fulde serviceydelse under den gensidigt bebyrdende kontrakt, og at værdien af den fulde serviceydelse klart overstiger tærskelværdien for gensidigt bebyrdende tjenesteydelseskontrakter.

Klager har lavet et estimat over kontraktens værdi 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. Kontrakterne 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. At isolere prisen til serviceafgiften er udtryk for usaglig ”cherry picking”. En samlet oversigt over pris for afdelingstilslutninger baseret på markedspriser hos Global Connect fremgår af **Bilag 9**. Prisseksemplerne 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 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). Herved er indklagedes opfordring tillige opfyldt, idet prisen vil være den samme uanset om aftalen indebærer en tidsbegrænset lejekontrakt eller en tidsbegrænset drifts-, vedligeholdelses- og servicekontrakt.

--oOo--

Sammenfattende vedrører klagen det forhold, at indklagede havde inkluderet en særskilt gensidig bebyrdende kontrakt i sin salgsproces, hvorved indklagede skulle leveres netværk til TV- og internet, herunder drift, vedligeholdelse og support heraf, som en del af salget af Ishøj Fællesantenne uden, at indklagede udbød den gensidigt bebyrdende kontrakt efter EU's udbudsregler. Uanset fortolkning af kontrakten, kunne netværk til tv og internet til indklagedes institutioner adskilles fra selve salget og leveres af andre aktører i markedet. Kontrakten skulle dermed have været udbudt.

Som angivet i svarskriftet side 9 indebar pligten til at forsyne Ishøj Kommune med netværk til TV- og internet en reduktion i vederlaget for anlægget svarende til værdien af indklagedes rettigheder og Stofa A/S' forpligtelser vedrørende indklagedes benyttelse af anlægget eller netværket. Der var imidlertid en alternativ mulighed for Ishøj Kommune - nemlig at sælge Ishøj Fællesantenne uden forpligtelse til at levere netværk til Ishøj Kommunes institutioner, hvilket alt andet lige ville have medført en betydelig højere pris. Herved kunne Ishøj Kommune have lavet et selvstændigt netværksudbud eller tilslutte sig SKI's kommende udbud 50.46 af WAN og datakommunikationstjenester, jf. bilag 8, hvorved også

klager ville have haft mulighed for at tilbyde netværk til indklagedes institutioner. Netværkskontrakten var derfor heller ikke uadskillelig for selve salget af Ishøj Fællesantenne.

Havde kontrakten været udbudt, ville indklagede have klaget over de forhold i processen, som indklagede mener ikke er sket i overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, herunder en ikke gennemsigtig pointmodel for evaluering af tilbud. Som angivet i klageskriftet er dette af hensyn til begrænsning af procesomkostninger ikke medtaget som selvstændige påstande.

## *Bilag*

- Bilag 7:** CPV-koder vedrørende IT-netværksydelse.
- Bilag 8:** Informationsmeddelelse vedr. SKI 50.46 WAN udbud.
- Bilag 9:** Oversigt over priselementer i indklagedes gensidigt bebyrdende kontrakt vedrørende levering af netværk til tv- og internet som indhentet fra Global Connect.

*Med venlig hilsen*

**Michael Lund Nørgaard**  
*advokat*