

K E N D E L S E

Borch Teknik A/S  
(advokat Jens Ottosen-Støtt, Brøndby)

mod

DR  
(advokat Tomas Ilsøe Andersen og erhvervsjuridisk rådgiver Paw Vindahl,  
København)

Ved profylaksebekendtgørelse nr. 2022/S 025-063949 af 1. februar 2022 meddelte indklagede, DR (Danmarks Radio), at DR havde til hensigt at indgå ”Administration Agreement on DTT, FM, AM and DAB” (herefter ”Kontrakten”). Kontrakten var den 31. januar 2022 tildelt Cibicom A/S. Der er tale om en 7-årig kontrakt til en samlet værdi af 31,5 mio. euro med driftsstart den 1. april 2023. Kontrakten afløser den hidtidige administrationsaftale med Cibicom (tidligere Teracom) indgået i 2013. Efter det foreliggende er Kontrakten mellem DR og Cibicom endnu ikke indgået.

Den 28. februar 2022 og dermed efter standstill-fristens udløb indgav klageren, Borch Teknik A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over DR.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Borch Teknik har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DR ikke stiller et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller driver et sådant net, som det er defineret i Europaparlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF og som implementeret i bekendtgørelse af lov om elektroniske kommunikationsnet og tjenester, lov-bekendtgørelse nr. 128 af 07/02/2014 § 2, nr. 5, jf. nr. 4, hvorfor Danmarks Radio ikke kan påberåbe sig udbudslovens § 19, der implementerer den af Danmarks Radio påberåbte artikel 8 i EU-direktiv 2014/24.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DR ikke har godtgjort, som krævet efter udbudslovens § 80, stk. 4, at opgaven med overvågning og teknisk reparation og vedligeholdelse af DR's DTT, FM, AM og DAB netværk alene kan udføres af en enkelt bestemt virksomhed i hele det indre marked som anført i DR's bekendtgørelse.

### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DR ikke har godtgjort, som krævet efter udbudslovens § 80, stk. 4, at beslutningen om, at opgaven med overvågning og teknisk reparation og vedligeholdelse af DR's DTT, FM, AM og DAB netværk ikke kan opdeles funktionelt i f.eks. en overvågningsopgave og opgave med leverance af teknisk service eller en regional opdeling for så vidt angår leverance af teknisk service, er sagligt begrundet, hvorfor det udgør kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene, der begrænser antallet af muligt bydende.

### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DR ikke opfylder betingelserne for at anvende udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, om manglende konkurrence af tekniske årsager.

### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DR's bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed er uden retsvirkning efter sit indhold og ikke kan danne grundlag for tildeling af opgaven til Cibicom.

DR har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

## Sagens nærmere omstændigheder

### *Udbuddet i 2012*

Ved udbudsbekendtgørelse af 20. marts 2012 udbød DR ved begrænset udbud en 10-årig kontrakt om ”Service, Operation and Maintenance of DR FM/AM/DAB Broadcasting Networks including related Site Infrastructure Support”.

Kontrakten angik services til DR’s FM/AM/DAB sendenetværk bestående af 3 VHF/FM netværk, 2 Mb/s sendenetværk, 2 DAB netværk, et 2Mb/s netværk, en langbølge AM sendestation og ”Radio Electric News Gathering” udstyr. Den samlede værdi af kontrakten, der var opdelt i delkontrakter, blev oplyst til 235-240 mio. kr.

Borch Teknik var blandt de prækvalificerede virksomheder. Cibicom blev tildelt kontrakten, der fortsat er i kraft.

### *Den direkte tildeling*

I profylaksebekendtgørelsen af 1. februar 2022 står der:

”...

Udbudsresumé

CPV-produktkode/Brancher

50333000 Vedligeholdelse af radiokommunikationsudstyr

...

II.1.2) Hoved-CPV-kode

50333000

II.1.3) Kontrakttype

Tjenesteydelser

II.1.4) Kort beskrivelse:

DR wishes to enter into an agreement regarding administration of the entire networks for DTT, FM, AM and DAB. This includes a Network Operations Center that can monitor the network in entirety and deploy resources in case unavailability, this must be done within strict and short response times which sets requirements towards the Supplier and their resources and where they are located.

The networks are of a critical nature for DR, since it is the main communications network operating to divulge information and emergency response announcements to the danish population.

The administration agreement is regarding a public communications network, article 8 of the directive. The administration agreement is to help DR monitor and operate a public communication network, that is needed to e.g. publish emergency response announcements as DR are obligated to by the media settlement.

...

#### II.2.4) Beskrivelse af udbuddet

The procurement regards a seven year contract, where the administration, monitoring and maintenance of the networks regarding DTT, FM, AM and DAB are included.

As stated in section II.1.4 it is considered that the services related to the public communication network, therefore DR isn't obligated to enter into a tender procedure. Simultaneously DR doesn't view it as an option to divide the contract in to lots; e.g. sorted by region since it is a critical service for DR, and it is of dire consequences that the networks for all services are running nonstop.

The administration agreement is regarding administration of the entire networks for DTT, FM, AM and DAB. This includes a Network Operations Center that can monitor the network in entirety and deploy resources in case unavailability, this must be done within strict and short response times which sets requirements towards the Supplier and their resources and where they are located in the country, this is due to the need for DR for a quick response time and resolution time in case of unavailability.

The networks are of a critical nature for DR, since it is the main communications network operating to divulge information and emergency response announcements to the danish population.

DR however would like to voluntary and transparently notify about this upcoming procurement.

...

#### IV.1) Beskrivelse

##### IV.1.1) Proceduretype

Udbuddet er ikke omfattet af direktivet

Forklaring:

As previously stated the procurement is viewed as being exempted from the procurement act due to it is considered that the services related to the

public communication network, therefore DR isn't obligated to enter into a tender procedure.

This is based on the exemption in article 8 regarding contracts to operate and monitor a public communications network.

DR has examined the procurement act and common regulatory framework for electronic communications networks and services, and evaluated what could be constituted as an exemption from the procurement act in accordance with article 8. It is assessed that the agreement falls under the exemption since it is a contract regarding providing electronic communications service to ensure that the public communication network, that is used to broadcast wholly or mainly publicly available electronic communications services.

This exemption and the fact that this is critical service for DR to provide, that DR is actually obligated to by the media settlement, DR has assessed that there is only supplier that can fulfil the full contract material. DR doesn't view it as feasible to divide the contract into lots on either form of network or by geographical division. Therefore it is assessed that there is only viable supplier.

...”

I brev af 21. december 2021 fra Center for Cybersikkerhed til DR står der:

### **”Afklaring af DR’s status som udbyder efter § 2, nr. 4 i lov om sikkerhed i net og tjenester**

Center for Cybersikkerhed (CFCS) vender hermed tilbage i sagen vedrørende DR’s status som udbyder efter § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester (lovbekendtgørelse nr. 153 af 15. februar 2021).

CFCS vurderer – efter forelæggelse af spørgsmålet for Energistyrelsen – at DR i relation til dets udlejning af kapacitet i DTT-sendenettene (MUX 1) og DAB-sendenettene (DAB blok 2) ikke er omfattet af udbyderbegrebet i § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester.

#### **1. Sagsfremstilling**

I forbindelse med en konkret tilsynssag om efterlevelsen af reglerne i bekendtgørelse nr. 567 af 1. juni 2016 om informationssikkerhed og beredskab i net tjenester (nu erstattet af bekendtgørelse nr. 259 af 22. februar 2021 om sikkerhed og beredskab i net og tjenester), opstod der spørgsmål, om DR kan anses som udbyder efter § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester.

På den baggrund anmodede CFCS den 21. juni 2021 DR om at redegøre nærmere for omfanget og grundlaget for DR's udøvelse af anden virksomhed efter § 14, stk. 2, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (lovbekendtgørelse nr. 1350 af 4. september 2020), der har karakter af tele-tjenestevirksomhed.

DR fremsendte den nævnte redegørelse den 12. juli 2021. Det fremgår af redegørelsen, at DR udlejer kapacitet i sit antenne-tv-sendenet (DTT), DAB-sendenet og FM-sendenet til følgende aktører:

- TV2-regionerne (DTT)
- Lokal-tv-stationer (DTT)
- Folketingskanalen (DTT)
- TV2's tegnsprogskanal (DTT)
- Radio4 (DAB)
- Axentia (FM) – udsendelse af tider til busterminaler på Sjælland og Nordjylland via DARC

DR oplyste i besvarelsen, at DR er pålagt udlejning af kapacitet i DTT- og DAB-sendenettene af Kulturministeriet.

DR oplyste endvidere, at for så vidt angår DTT er rammerne sat i DR's distributionstilladelse af 3. marts 2020 fra Radio- og tv-nævnet, herunder også betalingen for kapacitetslejen.

Rammerne for udlejning af kapacitet i DAB-sendenettet er givet i bilag 2 til bekendtgørelse nr. 267 af 25 marts 2019 om udbud af public service-radiokanal med tilhørende sendemuligheder (den fjerde FM-kanal og DAB), hvor det fremgår, at tilladelseshaveren til den fjerde FM-kanal og DAB får tildelt senderettigheder i den landsdækkende DAB-blok 2 (DR's DAB-sendenet). Vilkår for betaling fremgår også af bilag 2.

CFCS forelagde den 3. september 2021 spørgsmålet for Energistyrelsen (bilag 1).

I CFCS' anmodning til Energistyrelsen anførte CFCS, at frasat spørgsmålet om hvorvidt udbuddet sker på kommercielle vilkår, er det CFCS' umiddelbare opfattelse, at DR i relation til dets udlejning af kapacitet i antenne-tv-sendenet, DAB- og FM-sendenet i øvrigt opfylder kriterierne for at være omfattet af udbyderbegrebet.

CFCS anførte i den forbindelse, at CFCS baserer denne opfattelse på, at DR ses at stille elektroniske kommunikationsnet i form af tv- og radionet til rådighed for andre, og at DR således forestår transport af andres elektroniske (envejs)kommunikation i form af radio og tv.

Energistyrelsen afgav udtalelse til sagen den 28. september 2021 (bilag 2).

Det fremgår af Energistyrelsens udtalelse, at det er Energistyrelsens vurdering, at DR ikke er omfattet af begrebet ”udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller –tjenester”, jf. lov om elektroniske kommunikationsnet eller –tjenester (teleloven), § 2, nr. 1, 4 og 7 i forbindelse med DR’s udlejning af kapacitet i DTT-sendenettene (MUX 1) og DAB-sende-nettene (DAB blok 2).

Energistyrelsen tilslutter sig i udtalelsen CFCS’ vurdering af, at DR stiller elektroniske kommunikationsnet til rådighed for andre, som nævnt i telelovens § 2, nr. 1 og 4, men vurderer samtidig, at tilrådighedsstillelsen ikke sker med et kommercielt formål.

Energistyrelsen anfører i udtalelsen følgende vedrørende begrundelsen for vurderingen:

”Energistyrelsen har ved vurderingen lagt vægt på, at DR ved en forvaltningsakt er blevet pålagt at udleje den omhandlede sendekapacitet. Formålet med udlejningen ses derfor ikke at ske med kommercielt formål, men derimod med det formål at efterleve Radio- og tv-nævnets og Kulturministeriets afgørelser. Det forhold, at DR tager en betaling for udlejningen, der ikke overstiger DR’s udgifter samt en rimelig fortjeneste, kan ikke føre til andet resultat.

Endvidere ses den omhandlede kapacitet i sendenettene at være så afgrænset i både udbud og efterspørgsel, at der ikke er tale om en aktivitet, der sædvanligvis tilbydes eller efterspørges på markedsvilkår.”

## **2. Retligt grundlag**

Det følger af § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester, at der ved begrebet udbyder forstås ”den, der med et kommercielt formål stiller produkter, elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til rådighed for andre.”

Det fremgår af bestemmelsens forarbejder ..., at ”udbyderdefinitionen er indholdsmæssigt identisk med den tilsvarende definition i telelovens § 2, nr. 1, og skal fortolkes i overensstemmelse i med denne bestemmelses forarbejder og relevant praksis.”

Det følger af telelovens § 2, nr. 1, at der ved begrebet udbyder forstås ”den, som med et kommercielt formål stiller produkter, elektroniske kom-

*munikationsnet eller -tjenester omfattet af denne lov til rådighed for andre”.*

Energistyrelsen har i dets udtalelse anført, at det kommercielle grundlag foreligger, hvis der er tale om en aktivitet, som sædvanligvis tilbydes eller efterspørges på markedsmæssige vilkår. Biblioteker, skoler, kommuners borgerservice mv. anses ikke for udbydere, selv om de stiller internetadgang til rådighed for brugere, elever og borgere, idet tilrådighedsstillelsen ikke ses at ske på kommercielt grundlag, men derimod har folkeoplysning mv. som formål.

### **3. CFCS' vurdering**

Det er CFCS' vurdering, at DR i relation til dets udlejning af kapacitet i DTT-sendenettene (MUX 1) og DAB-sendenettene (DAB blok 2) ikke er omfattet af udbyderbegrebet i § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester.

CFCS vurderer således, at om end DR ved sin udlejning af kapacitet i DTT-sendenettene og DAB-sendenettene stiller elektroniske kommunikationsnet til rådighed for andre, sker tilrådighedsstillelsen ikke med et kommercielt formål.

CFCS har lagt vægt på Energistyrelsens begrundelse for, at DR ikke kan anses for udbyder efter telelovens regler, samt det forhold at udbyderdefinitionen i § 2, nr. 4, i lov om sikkerhed i net og tjenester er indholdsmæssigt identisk med den tilsvarende definition i telelovens § 2, nr. 1.

For så vidt angår udlejning af kapacitet i DTT-sendenettene har CFCS endvidere tillagt det vægt, at den kapacitetsudlejning, DR har redegjort for ved brev af 12. juli 2021, ses at svare til den kapacitet, der i medfør af distributionstilladelsens afsnit 5 skal stilles til rådighed for øvrige.

CFCS har i den forbindelse noteret sig, at der af DR's redegørelse ikke fremgår oplysninger om, at DR udlejer eventuel overskydende kapacitet til eventuel anden distribution til lukkede brugergrupper, der alt efter omstændighederne kan være underkastet regulering efter telelovgivningens bestemmelser, jf. sidste led af distributionstilladelsens afsnit 5.

### **4. Afsluttende bemærkninger**

Telesektionen i CFCS har oplyst, at den i lyset af nærværende afklaring har lukket den konkrete tilsynssag, og at DR derfor kan betragte tilsynsagen som afsluttet.

...”



## Retsgrundlaget

### *Udbudslovens § 19 og udbudsdirektivets artikel 8*

I udbudslovens § 19 er fastsat:

”§ 19. Afsnit II og III gælder ikke for offentlige kontrakter og projektkonkurrencer, som hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed, drive et sådant net eller levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden.”

I lovforslagsbemærkningerne til bestemmelsen (lovforslag 2015/1 LF 19) er anført:

”Til § 19

Det gældende direktivs artikel 13 fastlægger, at udbudsdirektivet ikke gælder for kontrakter vedrørende rådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller levering af teletjenester til offentligheden. Projektkonkurrencer inden for dette område er også undtaget, jf. Det gældende direktivs artikel 68, litra b.

§ 19 gennemfører direktivets artikel 8, og er en videreførelse af gældende ret, dog defineres offentligt kommunikationsnet og elektronisk kommunikationstjenester bredere end definitionerne i det gældende direktiv.

Med bestemmelsen fastsættes det, at udbudsloven ikke omfatter kontrakter og projektkonkurrencer, som hovedsageligt har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller drive et sådant net eller til at levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden.

De anvendte begreber i bestemmelsen, »offentligt kommunikationsnet« og »elektroniske kommunikationstjenester«, har samme betydning som i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet- og tjenester (rammedirektivet) (EU-Tidende nr. L 108 af 24.4.2002, s. 33).”

I udbudsdirektivets artikel 8 er fastsat:

”*Artikel 8*

#### **Særlige undtagelser inden for elektronisk kommunikation**

Dette direktiv gælder ikke for offentlige kontrakter og projektkonkurren-

cer, som hovedsagelig har til formål at sætte de ordregivende myndigheder i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed *eller* drive et sådant net *eller* til at levere en eller flere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden.

I denne artikel har »offentligt kommunikationsnet« og »elektronisk kommunikationstjeneste« samme betydning som i Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF (1).” (Fremhævet her)

I direktivets præambelbetragtning (23) hedder det:

”(23) Ved medietjenesteudbyderes tildeling af offentlige kontrakter om visse audiovisuelle tjenesteydelser på TV- og radiospredningsområdet bør der tages hensyn til forhold af en sådan kulturel og samfundsmæssig betydning, der gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem. Der bør derfor gælde en undtagelse for offentlige tjenesteydelseskontrakter tildelt af medietjenesteudbyderne selv med henblik på køb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmer, der er klar til brug, og andre forberedende tjenester, f.eks. vedrørende manuskripter eller kunstneroptræden, der er nødvendige for programmets tilblivelse. Det bør også præciseres, at denne udeladelse bør gælde for både radio- og TV-medietjenester og for on demandtjenester (ikkelineære tjenester). Denne udeladelse bør dog ikke gælde for levering af teknisk materiel til produktion, samproduktion og udsendelse af disse programmer.”

*Direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) og direktiv 2018/1972/EU*

Europaparlamentets og rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation er en omarbejdning, der omfatter indholdsmæssige ændringer og en kodificering af de uændrede bestemmelser i visse tidligere retsakter. Direktivet omfatter en række direktiver, herunder direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og –tjenester (rammedirektivet).

Artikel 2 i direktiv 2018/1972 indeholder følgende definitioner:

”*Artikel 2*

### **Definitioner**

I dette direktiv forstås ved:

1) »elektronisk kommunikationsnet«: transmissionssystemer, uanset om de bygger på en permanent infrastruktur eller centraliseret administrationskapacitet, og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsudstyr og

andre ressourcer, herunder netelementer, der ikke er aktive, som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserede fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder i internettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til *radio- og tv-spredning*, samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres

...

4) »elektronisk kommunikationstjeneste«: en tjeneste, som normalt ydes mod betaling via elektroniske kommunikationsnet, og som med undtagelse af tjenester, der består i tilrådighedsstillelse af eller udøvelse af redaktionel kontrol over indhold fremført via elektroniske kommunikationsnet og -tjenester omfatter følgende typer tjenester:

a) »internetadgangstjenester« som defineret i artikel 2, andet afsnit, nr. 2), i forordning (EU) 2015/2120

b) »interpersonelle kommunikationstjenester«, og

c) tjenester, der udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler, som f.eks. transmissionstjenester, der anvendes til levering af maskine-til-maskine-tjenester og til *radio- og tv-spredning*

...

8) »offentligt elektronisk kommunikationsnet«: et elektronisk kommunikationsnet, som udelukkende eller overvejende bruges til udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden, og som danner grundlag for overførsel af information mellem nettermineringspunkter

...” (Fremhævet her)

### *Teleloven*

Teleloven (lovbekendtgørelse nr. 955 af 17. juni 2022) indeholder bl.a. følgende definitioner:

”§ 2. I denne lov forstås ved:

...

4) Elektronisk kommunikationsnet: Transmissionssystemer, uanset om de bygger på en permanent infrastruktur eller centraliseret administrationskapacitet, og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsudstyr og andre ressourcer, herunder netelementer, der ikke er aktive, som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserede fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder i internettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til radio- og tv-spredning, og kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres.

5) Offentligt elektronisk kommunikationsnet: Et elektronisk kommunikationsnet, som udelukkende eller overvejende bruges til udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden, og som danner grundlag for overførsel af information mellem nettermineringspunkter.

...

9) Elektronisk kommunikationstjeneste: Tjeneste, der helt eller delvis består i elektronisk overføring af kommunikation i form af lyd, billeder, tekst eller kombinationer heraf ved hjælp af radio- eller telekommunikationsteknik mellem nettermineringspunkter, herunder både tovejskommunikation og envejskommunikation.

10) Offentlig elektronisk kommunikationstjeneste: Tjeneste som nævnt i nr. 9, der stilles til rådighed for en ikke på forhånd afgrænset kreds af slutbrugere eller udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester.

...”

I lovforarbejderne (lovforslag 2020/21 L42) til de nævnte bestemmelser hedder det:

”Til nr. 3

Den gældende definition af *elektroniske kommunikationsnet* i telelovens § 2, nr. 4, er en sprogligt justeret implementering af den tidligere gældende definition i rammedirektivets artikel 2, litra a. Der var med den sproglige justering i forhold til rammedirektivets definition ikke tiltænkt en indholdsmæssig forskel.

Den gældende definition er en bred definition, der fastslår, at elektroniske kommunikationsnet kan omfatte enhver form for trådløs eller kabelbaseret infrastruktur, der anvendes til elektronisk transport af elektroniske

kommunikationstjenester, herunder for eksempel satellit- og jordbase-rede radio- og tv-sendernet og kabel-tv-net.

Det er således uden betydning, hvilken transmissionsteknologi der er tale om, herunder om der er tale om kobber-, koaksial- eller fiberkabler eller andre former for kabler eller ledninger, der anvendes til transport af elektroniske kommunikationstjenester, eller om der er tale om en eller flere radiokommunikations-teknologier, herunder teknologier der sigter på etablering af mobilinfrastruktur eller infrastruktur baseret på radiokommunikation fra et fast punkt til et andet fast punkt. Det er ligeledes uden betydning, om der er tale om kredsløbs- eller pakkekoblede net.

Af ovennævnte brede afgrænsning følger også, at for eksempel et el-net eller el-installationsledninger, som anvendes til transport af elektroniske kommunikationstjenester, vil være omfattet af definitionen.

Den foreslåede bestemmelse i telelovens § 2, nr. 4, vil nyaffatte definitionen af elektroniske kommunikationsnet, så den vil omfatte transmissionssystemer, uanset om de bygger på en permanent infrastruktur eller centraliseret administrationskapacitet, og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsudstyr og andre ressourcer, herunder netelementer, der ikke er aktive, som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserede fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder i inter- nettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til radio- og tv-spredning, samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres.

Den foreslåede bestemmelse medfører, at definitionen sprogligt vil være identisk med definitionen i teledirektivet.

Der er med den foreslåede formulering fortsat tale om en bred definition, der fastslår, at elektroniske kommunikationsnet kan omfatte enhver form for trådløs eller kabelbase- ret infrastruktur, der anvendes til elektronisk transport af elektroniske kommunikationstjenester, herunder for eksempel satellit- og jordbaserede radio- og tv-sendernet og kabel- tv-net.

Det er således uden betydning, hvilken transmissionsteknologi der er tale om, herunder om der er tale om kobber-, koaksial- eller fiberkabler eller andre former for kabler eller ledninger, der anvendes til transport af elektroniske kommunikationstjenester, eller om der er tale om en eller flere radiokommunikationsteknologier, herunder teknologier der sigter på etablering af mobilinfrastruktur eller infrastruktur baseret på radiokommunikation fra et fast punkt til et andet fast punkt. Det er ligeledes uden betydning, om der er tale om kredsløbs- eller pakkekoblede net.

Af ovennævnte brede afgrænsning følger også, at for eksempel et el-net eller el-installationsledninger, som anvendes til transport af elektroniske kommunikationstjenester, vil være omfattet af definitionen.

Den eneste forskel fra den gældende definition vil være, at der i definitionen ud over permanente fysiske transmissionssystemer nu også nævnes transmissionssystemer, der er baseret på en centraliseret administrationskapacitet. Det vil sige elektroniske kommunikationsnet, der virtuelt etableres og administreres som et softwareemuleret eller -defineret net.

Den foreslåede formulering af definitionen understreger således fortsat at begrebet elektroniske kommunikationsnet skal forstås så bredt som muligt og omfatter enhver transmissionsteknologi, der styrer og dirigerer transmission af elektroniske kommunikationstjenester.

Baggrunden for nyaffattelsen af telelovens § 2, nr. 4, er at sikre en direkte overensstemmelse med teledirektivets definition, så fortolkning af begrebet i regi af BEREC eller Europa-Kommissionen eller lignende kan overføres umiddelbart til dansk ret.

Den foreslåede bestemmelse i telelovens § 2, nr. 4, om nyaffattelse af definitionen af elektroniske kommunikationsnet, implementerer definitionen i teledirektivets artikel 2, nr. 1.

Den foreslåede bestemmelse om nyaffattelse af definitionen af elektroniske kommunikationsnet vil medføre en øget forudsigelighed for telebranchen, idet formuleringen af bestemmelsen nu er identisk med teledirektivets definition, og at der ikke kan opstå tvivl om, hvorvidt EU-retlige fortolkninger kan overføres umiddelbart til dansk ret.

Et *offentlig elektronisk kommunikationsnet* er efter den gældende bestemmelse en underkategori af elektroniske kommunikationsnet, som er defineret i telelovens § 2, nr. 4. Den gældende definition er en ikke ordret implementering af rammedirektivets artikel 2, litra d.

...

Med den foreslåede bestemmelse i telelovens § 2, nr. 5, foreslås definitionen af *offentlige elektroniske kommunikationsnet* nyaffattet, så definitionen omfatter et elektronisk kommunikationsnet, som udelukkende eller overvejende bruges til udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden, og som danner grundlag for overførsel af information mellem nettermineringspunkter.

Den foreslåede bestemmelse medfører, at definitionen sprogligt er identisk med definitionen i teledirektivet.

Det er med nyaffattelsen ikke intentionen, at ændre indholdet af definitionen, da den eksisterende definition skulle fortolkes i overensstemmelse med rammedirektivets definition, der i teledirektivet kun er sprogligt ændret, men ikke er udtryk for nyt indhold.

Den foreslåede definition foreskriver, at elektroniske kommunikationsnet, der udelukkende eller overvejende anvendes til elektroniske kommunikationstjenester og nummeruafhængige interpersonelle kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden, er at betragte som et offentligt elektronisk kommunikationsnet.

Hvad der betragtes som *offentlige elektroniske kommunikationstjenester* foreslås ikke ændret og definitionen heraf i den gældende telelovs § 2, nr. 8, afgrænser fortsat hvilke tjenester, der er offentlige på samme måde som i dag. Det vil med den foreslåede bestemmelse sammenholdt med telelovens § 2, nr. 8, der bliver nr. 10, betyde, at *det afgørende element, for om et elektronisk kommunikationsnet betragtes som et offentligt elektronisk kommunikationsnet, vil være, om nettet eller de tjenester, der overføres på nettet, udbydes til en på forhånd ikke afgrænset kreds af slutbrugere eller udbydere af elektroniske kommunikationsnet.*

Baggrunden for nyaffattelsen af den foreslåede definition i telelovens § 2, nr. 5, er at sikre, at definitionen i teleloven og teledirektivet er enslydende, så der undgås fortolkningstvivel i forhold til, hvad der betragtes som offentlige elektroniske kommunikationsnet.

Den foreslåede bestemmelse i telelovens § 2, nr. 5, om nyaffattelse af definitionen af offentlige elektroniske kommunikationsnet, implementerer definitionen i teledirektivets artikel 2, nr. 7.

Den foreslåede nyaffattelse forventes ikke at have konsekvenser for hvilke elektroniske kommunikationsnet, der kan betragtes som offentlige.

...” (Fremhævet her)

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Borch Teknik har gjort gældende, at DR ikke stiller et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller driver et sådant net, sådan som dette er defineret

i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) og telelovens § 2, stk. 1, nr. 4 og 5. DR kan derfor ikke påberåbe sig undtagelsen i udbudslovens § 19, jf. udbudsdirektivets artikel 8.

Borch Teknik har nærmere anført, at fritagelsen alene gælder, hvis man stiller et offentligt kommunikationsnetværk til rådighed, hvis man drifter et sådant, og hvis man leverer offentlige kommunikationstjenester.

Ved et *offentligt kommunikationsnet* forstås efter teleloven et kommunikationsnet, som udelukkende består af eller overvejende bruges til udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden.

Et kommunikationsnetværk skal således tilbydes en ikke på forhånd afgrænset kreds af slutbrugere eller andre udbydere af kommunikationsnet eller -tjenester. Det betyder, at alle og enhver skal kunne anmode om at købe en brug af nettet eller købe de udbudte tjenester med henblik på forædling, videresalg eller eget brug. Denne betingelse er ikke opfyldt.

DR's pligtige tjenester i medieforliget medfører ikke, at man stiller et offentligt net til rådighed eller drifter et sådant. Fritagelsen i udbudsloven og direktivet går på tilvejebringelsen af sådanne tjenester. Den går derimod ikke på det net, man bruger til distributionen, jf. udbudsdirektivets bemærkning 23. Heri fastslås, at undtagelsen ikke bør gælde for "levering af teknisk materiel til produktion, samproduktion og udsendelse af disse programmer".

Borch Teknik har henvist til, at det af forarbejderne til teleloven fremgår, at et kommunikationsnetværk for at være offentligt "udelukkende eller overvejende" skal anvendes til "udbud" af elektroniske kommunikationstjenester og nummeruafhængige interpersonelle kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden.

Af den skrivelse, DR har fremlagt, fremgår, at kapaciteten i sendenetene er så afgrænset med hensyn til både udbud og efterspørgsel, at der ikke er tale om en aktivitet, der sædvanligvis udbydes eller efterspørges på markedsvilkår. Der tales her om udbud af kapacitet til andre udbydere end DR selv.

Langt den overvejende del af DR's kommunikationstjenester er de tjenester, DR selv refererer til i gengivelsen af direktiv 2018/1972. Under "elektronisk kommunikationstjeneste" gøres der undtagelse for tjenester, der "består af



tilrådighedsstillelse af eller udøvelse af redaktionel kontrol over indhold fremført via elektroniske kommunikationsnetværk eller tjenester”.

Det er grundlæggende DR's opfattelse, at såfremt man fremfører offentlige elektroniske kommunikationstjenester – der er fritaget for udbud – via et elektronisk kommunikationsnet, så bliver selve nettet derved til et offentligt elektronisk kommunikationsnet, der er fritaget for udbud. Det er ikke korrekt. I overensstemmelse med bemærkning 23 i udbudsdirektivet må det bero på en selvstændig vurdering af nettets karakter, om det er et offentligt kommunikationsnet. Afgørende er som nævnt, at nettet udbyder egne kommunikationstjenester, som for eksempel adgang til netkapacitet til dem, der selv vil udnytte denne eller vil videresælge sådan kapacitet i eget navn som serviceprovider. Det er Energistyrelsens opfattelse, at der ikke sker udbud/tilrådighedsstillelse af sådanne kommunikationstjenester. Styrelsens udtalelse angår en forespørgsel vedrørende anden lovgivning.

DR har gjort gældende, at Kontrakten er omfattet af udbudslovens § 19 og derfor undtaget udbudspligt.

Administrationsaftalen angår et offentligt elektronisk kommunikationsnet. Sendenettet anvendes således til radio- og tv-spredning (lyd, billeder, tekst eller kombinationer heraf (envejskommunikation)), som er tilgængelig for offentligheden og udbydes til en på forhånd ikke afgrænset kreds af slutbrugere eller udbydere af elektroniske kommunikationsnet. DR's vurdering af sendenettets karakter understøttes af udtalelserne fra Center for Cybersikkerhed og Energistyrelsen. Den direkte tildeling til fordel for Cibicom er derfor i overensstemmelse med udbudsreglerne og lovlige.

### *Offentligt elektronisk kommunikationsnet*

#### Ad elektronisk kommunikationsnet

Af forarbejderne til teleloven fremgår, at et offentligt elektronisk kommunikationsnet er en underkategori af elektroniske kommunikationsnet. Sådanne net er meget bredt defineret i rammedirektivets artikel 2, nr. 1, og telelovens § 2, nr. 4. Et elektronisk kommunikationsnet anvendes således til elektronisk transport af elektroniske kommunikationstjenester, herunder for eksempel satellit- og jordbaserede radio- og tv-sendenet. Det er uden betydning, hvilken transmissionsteknologi der er tale om.

De sendenet, der er omfattet af Kontrakten (DTT, AM, FM og DAB), udgør utvivlsomt elektroniske kommunikationsnet. Det synes der også at være enighed mellem parterne om.

DR har herudover anført, at definitionen i telelovens § 2, nr. 9 og 10, af elektroniske kommunikationstjenester og offentlige kommunikationstjenester er bred. Elektroniske kommunikationstjenester omfatter enhver form for transport, transmission eller lignende af elektronisk kommunikation i enhver form ved hjælp af radiofrekvens- eller telekommunikationsteknik. Dette vil i en række tilfælde være slutbrugerprodukter. Men det kan også være produkter, der udbydes til andre udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester.

Det er ikke klart, hvorfor telelovens definitioner på dette punkt ikke er harmoniseret med rammedirektivet. Det har dog ikke afgørende betydning, da ydelserne i administrationsaftalen opfylder begge definitioner. DR overfører kommunikation i form af lyd, billeder, tekst og kombinationer heraf på AM, FM-, DAB- og DTT-sendenettet. Der er tale om en gratis tjeneste til slutbrugerne (modtageren af kommunikation), men det medfører en betalingsforpligtelse for DR samt de leverandører, der lejer sig ind hos DR, herunder eksempelvis Folketinget og TV2's regionale kanaler. Der er tale om envejskommunikation. Der er på den baggrund også tale om en elektronisk kommunikationstjeneste.

#### Ad offentligt elektronisk kommunikationsnet

Offentligt elektronisk kommunikationsnet er defineret i telelovens § 2, nr. 5. Efter bestemmelsen bruges et sådant net udelukkende eller overvejende til udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden, og som danner grundlag for overførsel af information mellem nettermineringspunkter.

Ifølge forarbejderne er det afgørende, ”om nettet eller de tjenester, der overføres på nettet, udbydes til en på forhånd ikke afgrænset kreds af slutbrugere eller udbydere af elektroniske kommunikationsnet”.

De sendenet, der er omfattet af administrationsaftalen, anvendes til radio- og tv-spredning i hele Danmark. Hverken DTT-, AM-, FM- eller DAB-sendenettet udbydes til en på forhånd afgrænset kreds af slutbrugere. Nettet er således tilgængelige for enhver med et egnet modtageudstyr. Der er ikke tale

lukkede net, der alene tilbydes specifikke, afgrænsede kundesegmenter.

Allerede derfor er betingelsen i udbudslovens § 19 opfyldt.

Kriteriet for et offentligt elektronisk kommunikationsnet er derimod ikke, således som Borch Teknik har anført, at alle og enhver i princippet skal kunne købe sig ret til at få udbudt tjenester på sendenet ("input-siden" af nettet; hvem der kan forlange at sende igennem det).

DR er underlagt en række forpligtelser i henhold til seneste medieforlig. DR har pligt til at opretholde de offentlige elektroniske kommunikationsnet, som er omfattet af administrationsaftalen, bl.a. med henblik på at opfylde samfundskritiske funktioner i tilfælde af fx beredskabsmeddelelser.

Udbudsdirektivets præambelbetragtning 23 er ikke relevant. Betragtningerne heri relaterer sig til "Særlige undtagelser vedrørende tjenesteydelseskontrakter", jf. udbudslovens § 21, nr. 2 (indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale), og dermed ikke til lovens § 19.

Modtagerkredsen er ikke på forhånd afgrænset i relation til kredsen af *andre udbydere* af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester. De nuværende øvrige brugere af sendenet, eksempelvis TV2-regionerne (DTT), Folketingskanalen (DTT) og Radio4 (DAB), får således alle stillet en offentlig elektronisk kommunikationstjeneste til rådighed.

Rammedirektivet og teleloven indeholder ikke identiske definitioner af begrebet elektroniske kommunikationstjenester.

De net, der er omfattet af administrationsaftalen, er omfattet af definitionen af en elektronisk kommunikationstjeneste i rammedirektivets artikel 2, nr. 4. Der skal være tale om en tjeneste, der via et elektronisk kommunikationsnet fx anvendes til levering af radio og tv-spredning. Dette gør sig gældende med hensyn til de omfattede net.

Udtalelsen fra Center for Cybersikkerhed med dertil hørende hørings svar fra Energistyrelsen, der er ressortmyndighed på telelovens område, bekræfter, at det omtvistede sendenet er at betragte som "offentlige elektroniske kommunikationsnet" og leverer "offentlige elektroniske kommunikationstjenester".

Udtalelsen er afgivet i relation til et spørgsmål om DR's efterlevelse af reglerne i lov om sikkerhed i net og tjenester (lovbekendtgørelse nr. 153 af 15. februar 2021) med tilhørende bekendtgørelse nr. 259 af 22. februar 2021 om sikkerhed og beredskab i net og tjenester. I henhold til denne bekendtgørelse har udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester en række forpligtelser i forbindelse med driften heraf, herunder i forhold til risikostyring, sikkerhedspolitikker og rapportering. Begreberne offentligt elektronisk kommunikationsnet og -tjenester er defineret i lov om sikkerhed i net og tjenester og skal i henhold til lovens forarbejder fortolkes i overensstemmelse med bestemmelserne i teleloven. Derfor er udtalelsen relevant for denne klagesag.

Såvel Center for Cybersikkerhed som Energistyrelsen konkluderer, at de sendenet, der indgår i Kontrakten, er elektroniske kommunikationsnet.

Det forhold, at DR i relation til lov om sikkerhed i net og tjenester ikke er at betragte som "udbyder" af et kommunikationsnet og -tjenester, er uden betydning for denne sag, da status som "udbyder" ikke er relevant for udbudslovens § 19. En "udbyder" i henhold til lov om sikkerhed i net og tjenester er således en, "som med et kommercielt formål stiller produkter, elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester omfattet af denne lov til rådighed for andre". DR stiller ikke sendenet til rådighed med kommercielt formål, men opfylder i øvrigt fortsat til fulde den grundlæggende definition af et elektronisk kommunikationsnet, jf. telelovens § 2, nr. 4, hvilket også fremgår tydeligt af udtalelsen med bilag.

Lov om sikkerhed i net og tjenester (samt bekendtgørelse nr. 259 af 22. februar 2021 om sikkerhed og beredskab i net og tjenester) omhandler offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester og således ikke blot kommunikationsnet. Derfor kan det konkluderes, at Center for Cybersikkerhed anser de sendenet, der er omfattet af administrationsaftalen, for at være offentlige. I modsat fald ville sikkerhedsmyndighedens interesse for netop disse sendenet ikke have været til stede.

#### Ad påstand 2 - 4

Parternes anbringender og argumentation vedrørende disse påstande gengives ikke.

### Ad påstand 5

Borch Teknik har gjort gældende, at DR ikke har været berettiget til at tildele kontrakten uden udbud, hvorfor den direkte tildeling er uden retsvirkning.

Virksomheden har nærmere anført, at DR ikke har været berettiget til at anse overvågning og servicering af sit netværk for omfattet af undtagelsen om offentlige kommunikationsnet. DR har heller ikke grundlag for at antage, at der ikke findes andre potentielle tilbudsgivere end Cibicom, og spørgsmålet er ikke forsøgt afklaret på en hensigtsmæssig måde. Endelig er der ikke grundlag for unnlade udbud på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager. Udbud af opgaven skal derfor rettelig ske i en form for offentligt udbud, og den offentliggjorte bekendtgørelse kan ikke lovligt danne grundlag for en direkte tildeling af opgaven.

DR har gjort gældende, at DR som følge af det, der er anført ad påstand 1 - 4, har været berettiget til at tildele kontrakten uden udbud. Hertil kommer, at DR har indrykket en profylaksebekendtgørelse, der opfylder betingelserne i klagenævnslovens § 4. I den forbindelse har DR foretaget en grundig vurdering af spørgsmålet om udbudspligt, og denne vurdering er under alle omstændigheder ikke åbenbart urigtig. Kontrakten kan derfor ikke erklæres for uden virkning.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Klagenævnet skal i relation til denne påstand tage stilling til, om betingelserne i udbudslovens § 19 for at unnlade at udbyde Kontrakten er opfyldt.

#### *Udbudslovens § 19*

Efter § 19 gælder loven ikke for offentlige kontrakter, som "... hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed, drive et sådant net eller levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden".

Det er efter ordlyden og bestemmelsens forarbejder tilstrækkeligt, at der er tale om en offentlig kontrakt, der hovedsagelig har ét af de tre formål, som er nævnt i bestemmelsen. Der er således ikke tale om kumulative betingelser.

Det samme fremgår klart af udbudsdirektivets artikel 8 ("... hovedsagelig har til formål at sætte de ordregivende myndigheder i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller drive et sådant net eller til at levere en eller flere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden").

*Udbudslovens § 19, 3. led*

Efter § 19, 3. led, er det afgørende, om formålet hovedsagelig er at sætte ordregiveren i stand til at levere *elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden*.

*Elektronisk kommunikationstjeneste*

Betegnelsen "Elektroniske kommunikationstjenester" skal ifølge lovforarbejderne tillægges samme betydning som i rammedirektivet (direktiv 2002/21/EF).

Rammedirektivet er afløst af direktiv 2018/1972/EU, der indeholder en omarbejdning af rammedirektivet og andre retsakter på området. Direktiv 2018/1972/EU indeholder i artikel 2, nr. 4, en definition af "elektronisk kommunikationstjeneste". Definitionen omfatter bl.a. tjenester, der udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler som fx transmissionstjenester, der anvendes til levering af maskine-til-maskine-tjenester og til *radio- og tv-spredning*.

I definitionen af "elektronisk kommunikationstjeneste" indgår endvidere, at der er tale om en tjeneste, der normalt – men altså ikke kun – ydes mod betaling via *elektroniske kommunikationsnet*. Sådanne elektroniske kommunikationsnet er bredt defineret i direktivets artikel 2, nr. 1, og i telelovens § 2, nr. 4. Begge definitioner omfatter bl.a. net, som anvendes til radio- og tv-spredning samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres.

"*Elektronisk kommunikationstjeneste*" er tillige defineret i telelovens § 2, nr. 9, således:

"Tjeneste, der helt eller delvis består i elektronisk overføring af kommunikation i form af lyd, billeder, tekst eller kombinationer heraf ved hjælp af radio- eller telekommunikationsteknik mellem nettermineringspunkter, herunder både tovejskommunikation og envejskommunikation."

*Elektronisk kommunikationstjeneste til offentligheden*

Klagenævnet finder efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, at den direkte tildelte kontrakt er omfattet af undtagelsen i udbudslovens § 19, 3. led, om kontrakter, der hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden.

Det pågældende net skal således utvivlsomt betragtes som et elektronisk kommunikationsnet i overensstemmelse med definitionen i artikel 2, nr. 1, i direktiv 2018/1972/EU, og i telelovens § 2, nr. 4. Dette er også lagt til grund i udtalelserne fra henholdsvis Center for Cybersikkerhed og Energistyrelsen og ses i øvrigt ikke at være særskilt problematiseret af Borch Teknik A/S.

Klagenævnet har endvidere lagt vægt på, at administrationsaftalen angår net til brug for DTT, FM, AM og DAB. Det må lægges til grund, at ydelserne i Kontrakten skal sætte DR i stand til at levere radio og tv til offentligheden.

Det ændrer ikke herved, at der ikke er almindelig adgang for andre aktører, der leverer radio og tv m.v., til at få udbudt tjenester på det pågældende net (input-siden).

At DR i 2012 udbød den igangværende tilsvarende kontrakt ved et begrænset udbud kan ikke føre til et andet resultat.

Allerede fordi betingelserne i udbudslovens § 19, 3. led, er opfyldt, har DR været berettiget til at tildele kontrakten ved en direkte tildeling.

*Udbudslovens § 19, 1. og 2. led*

§ 19, 1. og 2. led, omfatter offentlige kontrakter, som ”hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed [eller] drive et sådant net”.

Lovbemærkningerne til telelovens § 2, nr. 10 (definitionen af offentlig elektronisk kommunikationstjeneste) underbygger klart, at betingelserne i udbudslovens § 19 er opfyldt. Af lovbemærkningerne (lovforslag 2020/21 L42) fremgår således, at ”... det afgørende element, for om et elektronisk kommunikationsnet betragtes som et offentligt elektronisk kommunikationsnet, vil være, om nettet *eller* de tjenester, der overføres på nettet, udbydes til en på

forhånd ikke afgrænset kreds af slutbrugere *eller* udbydere af elektroniske kommunikationsnet” (fremhævet her).

Det, som Borch Teknik A/S i øvrigt har anført, ændrer ikke ved, at betingelserne i udbudslovens § 19 er opfyldt.

Påstand 1 tages ikke til følge.

#### Ad påstand 2 - 5

Under hensyn til det, der er anført ovenfor, tager klagenævnet ikke påstand 5 til følge.

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvis, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2. Klagenævnet tager på den anførte baggrund ikke stilling til påstand 2 - 4.

#### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge med hensyn til påstand 1 og 5.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2 - 4.

Borch Teknik A/S skal i sagsomkostninger til DR betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig