

K E N D E L S E

EF Sikring A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

Aalborg Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Den 8. oktober 2012 har klageren, EF Sikring A/S, der repræsenteres af Steen Jensen, Fredericia, indgivet en klage til Klagenævnet for Udbud over, at indklagede, Aalborg Kommune, har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, ved at undlade at annoncere udbud af kontrakter om køb af alarm- og overvågningsanlæg og installation, servicering og vedligeholdelse af sådanne anlæg.

Klagen vedrører også et afslag på aktindsigt i sager om køb, installation og vedligeholdelse m.v. af sådanne kontrakter.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens afsnit II § 15 c ved at undlade at annoncere udbud af arbejdet med etablering – opsætning af alarm- og overvågningsanlæg på indklagedes skoler, institutioner m.m., uagtet der er tale om ydelse, for hvilken der er annonceringspligt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens afsnit II § 15 c ved at undlade at annoncere udbud af arbejdet med servicering og vedligeholdelse af allerede eksisterende alarm- og overvågningsanlæg på indklagedes skoler, institutioner m.m., uagtet der er tale om ydelse, for hvilken der er annonceringspligt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens afsnit II § 15 c ved at undlade at annoncere udbud på anskaffelsen af alarm- og overvågningsanlæg på indklagedes skoler, institutioner m.m., uagtet der er tale om ydelse, for hvilken der er annonceringspligt.

Påstand 4

Klagenævnet skal, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 3, pålægge indklagede at lovliggøre etablering – opsætning af alarm- og overvågningsanlæg til indklagedes institutioner.

Påstand 5

Klagenævnet skal, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 3, pålægge indklagede at lovliggøre servicering og vedligeholdelse af eksisterende alarm- og overvågningsanlæg hos indklagedes institutioner.

Påstand 6

Klagenævnet skal, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 3, pålægge indklagede at lovliggøre anskaffelsen af alarm- og overvågningsanlæg til indklagedes institutioner.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1-3 ikke tages til følge, og at påstand 4-6 afvises.

Sagens nærmere omstændigheder

Det er oplyst, at klageren i 16 år har leveret løsninger inden for bl.a. alarmanlæg, adgangskontrol og videoovervågning til offentlige og private virksomheder og privatpersoner. Klageren ønsker at afgive tilbud på de sikringsydelser, som indklagede indkøber, men har aldrig observeret, at indklagede har foretaget nogen form for udbud af sådanne anskaffelser.

Klageren har henvist til, at Aalborg Kommune har en indkøbspolitik, hvoraf det fremgår, at formålet med indkøbspolitikken er:

»Gennem en koordinering af de enkelte forvaltningers indkøb af varer og tjenesteydelser (ekskl. bygge- og anlæg) at opnå de bedst mulige betingelser for Aalborg Kommunes indkøb.

Via en koordinering at sikre, at kommunale indkøb af varer og tjenesteydelser sker efter saglige og forretningsmæssige vurderinger og i overensstemmelse med gældende retningslinjer.

...

Indkøbspolitikken omfatter:

1. Samtlige indkøb af varer og standardtjenesteydelser, der foretages af kommunale institutioner og afdelinger.
 2. Indkøb af disse til kommunale institutioner, virksomheder og afdelinger.
- ...«

Indklagedes kommunaldirektør har i brev af 26. marts 2012 som svar på en henvendelse fra klageren om muligheden for at få adgang til at byde på kontrakter oplyst:

»...

Aalborg Kommune følger den lovgivning og de regler der [er] omkring udbud således at ved anlæg af sikringsopgaver der overskrider tærskelværdien sendes opgaven i udbud og for mindre opgaver indhentes priser fra forskellige leverandører.

For at sikre at kommunen får den rigtige ydelse til den rigtige pris har vi en ordning om at kommunens institutioner søger rådgivning ved Beredskabscenter Aalborg, som er en kommunal virksomhed som bl.a. beskæftiger sig med alarm og sikring.

Jeg kan oplyse, at Beredskabscenter Aalborgs alarmservice har forestået indhentning af tilbud for i alt 476.279 kr. i hele 2011 ... De fleste installationsanlæg udbydes i øvrigt direkte af den institution som får ydelsen leveret.

...«

I brev af 26. april 2012 anmodede klageren indklagede om aktindsigt efter offentlighedsloven i de EU-udbud og nationale udbud vedrørende alarmsystemer, adgangskontrol, videoovervågning og servicering, som indklagede

havde gennemført i 2011. I e-mail af 2. maj 2012 afslog indklagede anmodningen, da klageren ikke havde konkretiseret, hvilke sager, der ønskedes aktindsigt i, jf. offentlighedslovens § 4, stk. 3. Endvidere bemærkede indklagede bl.a.:

»Da hverken Beredskabschefen eller undertegnede [kontorchef Henriette G. Schilder] er bekendt med at der skulle være gennemført udbudsforretninger af den pågældende art, har vi heller ikke umiddelbart mulighed for at efterkomme din begæring.

...

I relation til indkøb af den type ydelser din anmodning om aktindsigt vedrører, kan det endvidere oplyses, at ydelserne i vidt omfang indkøbes af selvstændige decentrale enheder, der i udbudsretlig henseende må betragtes som selvstændige ordregivere. Såfremt indkøbene samlet set måtte overstige udbudsgrænsen, er det derfor ikke givet, at der består en udbudspligt.«

Endelig har indklagede som svar på klagerens opfordring om at meddele aktindsigt under sagens behandling i klagenævnet oplyst, at indklagede ikke har kendskab til, at der i perioden 2008-2011 har været gennemført nationale udbud eller EU-udbud vedrørende levering, installation og service/vedligeholdelse af alarmsystemer, idet kontraktværdien af de gennemførte indkøb ikke har overskredet tærskelværdierne i tilbudsloven eller udbudsdirektivet.

Klageren har ikke besvaret indklagedes opfordring i duplikken om at præcisere, hvilke indkøb klageren ønsker aktindsigt i.

Indklagede har fremlagt en erklæring af 29. oktober 2012 fra beredskabschef i Aalborg Kommune, Jørgen Pedersen. Der står bl.a.:

»Hvordan foretages indkøb af levering, installering og vedligehold af sikringssystemer i Aalborg Kommune?

Sikringssystemer og indkøb heraf håndteres decentralt. Sådan har det altid været i den tid jeg har haft kendskab hertil. Det er den enkelte institution, der i samarbejde med den konkrete forvaltning, der træffer beslutning om, hvorvidt og hvornår de ønsker at indkøbe et alarmsystem til institutionen.

Det er oftest i forbindelse med etablering af, eller renovering af en institution, at der indkøbes alarmsystemer.

Deltager Beredskabscenter Aalborg ved indkøb af levering, installering og vedligehold af sikringssystemerne til kommunens institutioner?
Kun som rådgiver.

Beredskabscenter Aalborg fungerer som rådgiver over for de enkelte institutioner. Vi giver gode råd og vejledning, når den enkelte institution skal indkøbe et alarmsystem. Der er alene tale om sikringsteknisk rådgivning. Det er den enkelte institution, i samarbejde med den konkrete forvaltningen, der træffer beslutning om at indkøbe alarmsystemet idet det økonomiske ansvar ligger her. Det er desuden den enkelte institution, der står som indkøber og træffer den endelige beslutning om hvilket sikringsfirma, der skal indgås aftale med.

Hvordan karakteriserer Beredskabscenter Aalborg indkøbet af levering, installering og vedligeholdelse af sikringssystemer?

Det er Beredskabscenter Aalborgs klare opfattelse, at aftaler om levering og installering af sikringssystemer udgør en bygge- og anlægskontrakt og udføres ofte i forbindelse med bygge- og anlægsgaver som en del heraf.

Hvordan foretages indkøbene?

Hvis indkøbets værdi er over 300.000 kr.. når der er tale om en bygge- og anlægsgaver, indhenter institutionen underhåndsbud/indbudt licitation eller sender i licitation sammen med øvrige anlægsgaver jf. reglerne i tilbudsloven.

Så vidt det er Beredskabscenter Aalborg bekendt, er der ikke foretaget enkeltstående indkøb af levering, installering og vedligehold af sikringssystem til en værdi på 300.000 kr. eller mere i 2011.

EF Sikring A/S har fremlagt et bilag, hvori kommunaldirektør Jens Kristian Munck anfører, at der er indhentet tilbud for i alt 476.279 kr. i hele 2011. Hvilke indkøb dækker dette tal over?

De 476.279 kr. dækker over samtlige af de installeringer og vedligehold af sikringssystemer, som Beredskabscenter Aalborg har kendskab til, der er udført i de enkelte institutioner i kommunen i 2011. Beløbet er et samlet beløb for alle indkøb. Beredskabscenter Aalborg har været rådgiver i denne forbindelse. Det er de enkelte institutioner, der har kontraheret med de forskellige installatører.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3

Klageren har overordnet anført, at indklagede ikke har efterlevet EU-reglerne om, at en ordregiver skal sikre, at alle virksomheder har lige adgang til offentlige kontrakter. Indklagede har i årene 2008 – 2011 haft faste samarbejdspartnere, der har fungeret som en »lukket kreds«, uden at andre sammenlignelige virksomheder har kunnet deltage i tilbudsrunderne. Klageren bestrider, at indklagede i disse år har kunnet undlade efter EU-reglerne eller tilbudsloven at konkurrenceudsætte de kontrakter, der er indgået. Indklagede har erkendt, at der i 2011 ikke har været afholdt udbud af de kontrakter, der er nævnt i påstandene, og som langt overstiger tærskelværdien i tilbudslovens afsnit II på 500.000 kr., der svarer til 125.000 kr. pr. år. Klagenævnet skal sikre, at indklagede dokumenterer de indkøb af produkter og service, der er foretaget i den nævnte periode, størrelsen af kontraktværdierne og i øvrigt, hvorledes indklagede lever op til klagerens påstande.

Klageren har videre anført, at de enkelte indkøb af produkter og services ikke kan anses som en bygge- og anlægsopgave og derfor ikke er omfattet af tilbudslovens afsnit I. Indklagedes indkøb af produkter og services må betragtes som varekøb og tjenesteydelser. Indklagedes institutioner kan ikke opfattes som selvstændige enheder i udbudsretlig forstand, da indklagedes indkøbspolitik skal sikre, at der »gennem en koordinering af de enkelte forvaltningers indkøb af varer og tjenesteydelser (ekskl. bygge- og anlæg) at opnå de bedst mulige betingelser for Aalborg Kommunes indkøb«. Indklagede sender med sin indkøbspolitik det signal, at der foretages indkøb som en samlet enhed. Ligeledes bestyrker indklagedes oplysninger om, at Beredskabscentret fungerer som »rådgiver« vedrørende udbud, at der er tale om en fælles koordinering af indkøb på området.

Endelig har klageren henvist til, at i forhold til kontrakter, der ligger uden for EU-direktivernes anvendelsesområde, gælder EUF-Traktatens principper om det indre marked. Indklagedes indkøb af de pågældende produkter og tjenesteydelser har værdier, der har en grænseoverskridende interesse for f.eks. virksomheder i Norge, Sverige eller England og dermed også for lokale og nationale virksomheder. Ved ikke at sikre adgang til indklagedes kontrakter overtræder indklagede principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at et samlet indkøb af levering, installation, servicering og vedligeholdelse af et alarmsystem udgør et bygge- og anlægsarbejde, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b). Ifølge CPV-

nomenklaturen er udførelse af elektriske installationer, herunder installation af brand- og tyverialarm og installation af elektriske signalanlæg, et bygge- og anlægsarbejde, jf. CPV-koderne 45310000, 45312000 og 45316000. Levering af selve alarmsystemet er en naturlig følge af dette installationsarbejde, og alarmsystemet indgår dermed som en integreret del af bygge- og anlægsarbejdet. Servicering og vedligeholdelse af alarmsystemer er isoleret set en tjenesteydelse, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra c). Servicering og vedligeholdelse udgør imidlertid som udgangspunkt alene accessoriske aktiviteter til installationen af systemet, og indkøbet af disse ydelser udgør således en del af et bygge- og anlægsprojekt. Allerede fordi der ikke er tale om vare- og tjenesteydelser, kan påstandene om, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, ikke tages til følge.

Indklagede har i anden række bestridt, at de decentrale indkøb af levering, installation, servicering og vedligeholdelse af alarmsystemer udgør en samlet kontrakt eller flere kontrakter, for hvilke kontraktværdien skal beregnes samlet. De enkelte bygge- og anlægsarbejder indkøbt af institutionerne udgør såvel geografisk som teknisk uafhængige alarmsystemer. Der er således ingen indbyrdes teknisk eller økonomisk afhængighed mellem de indkøbte systemer. De enkelte indkøb er desuden foretaget tidsmæssigt uafhængigt af hinanden. Hver kontrakt om levering, installation, servicering og vedligeholdelse af et alarmsystem udgør således et selvstændigt bygge- og anlægsarbejde. Værdien af disse selvstændige bygge- og anlægsarbejder skal derfor beregnes uafhængigt af andre institutioners indkøb af samme type arbejde. Da der ikke er foretaget enkeltstående indkøb af levering, installation, servicering og vedligeholdelse af alarmsystemer til en værdi over 300.000 kr. i 2011, har der ikke været en forpligtelse til at indhente underhåndsbud på indkøbene, hvilket dog er sket i de fleste tilfælde.

For så vidt angår de tilfælde, hvor enkelte institutioner måtte have indgået kontrakter, der alene har vedrørt tjenesteydelserne servicering og vedligeholdelse, har indklagede gjort gældende, at de enkelte institutioner udgør decentrale ordregivende myndigheder. De enkelte institutioners anskaffelser skal derfor ikke sammenlægges med anskaffelser foretaget af andre institutioner. Det er de enkelte institutioner, der står for at indkøbe servicering og vedligeholdelse af alarmsystemer, hvilket sker med sikringsteknisk hjælp fra Beredskabscenter Aalborg. Det er endvidere den enkelte institution, der træffer beslutning om, hvem der indgås kontrakt med. Denne beslutning træffes uafhængigt af kommunen. Endvidere har den enkelte institution et

selvstændigt budget adskilt fra den øvrige forvaltning, og institutionen står selv for finansieringen af kontrakten om servicering og vedligeholdelse. Endelig er der ikke sket koordinering af de enkelte institutioners indkøb med henblik på at opnå stordriftsfordele.

Indklagede anerkender, at det er kommunens politik, at der sker en vis grad af koordinering af indkøb af varer og standardtjenesteydelser. For så vidt angår servicering og vedligeholdelse af alarmsystemer er det imidlertid praksis, at det er institutionerne selv, der foretager indkøb. Indkøbspolitikken er ikke til hinder for, at indklagede på specifikke områder kan lade den enkelte institution selv forestå indkøb.

Værdien af de enkelte kontrakter skal derfor beregnes uafhængigt af andre institutioners indkøb. Værdien af de enkelte kontrakter er meget lavere end tærskelværdierne i såvel udbudsdirektivet som i tilbudsloven. Selv hvis klagenævnet måtte finde, at der er tale om et samlet indkøb, overstiger kontraktværdien af disse indkøb ikke 500.000 kr., idet der er tale om successive, enkeltstående kontrakter, der skal beregnes over en periode på 12 måneder, jf. princippet i udbudsdirektivets art. 9, stk. 7.

Til klagerens anbringende om, at ordregivende myndigheder er forpligtet til at sikre en passende grad af offentlighed, selvom kontrakten ligger uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde, har indklagede anført, at kontrakter af den omhandlede type til institutioner i Aalborg ikke har en »klar grænseoverskridende interesse« såvel på grund af kontrakternes karakter som på grund af kontrakternes ringe værdi.

Indklagede har i den forbindelse anført, at en klar grænseoverskridende interesse ikke til stede, blot fordi en kontrakt potentielt kan være af interesse for en ikke-dansk virksomhed. Der må foreligge en reel indikation af, at virksomheder fra andre medlemsstater ville have en egentlig interesse i kontrakten, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

Ad påstand 4-6

Klageren har ikke fremsat anbringender til støtte for påstand 4-6.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet skal afvise klagerens påstande 4-6, idet klagenævnet alene har kompetence til at træffe afgørelse,

herunder udstede påbud om lovliggørelse vedrørende gennemførte udbudsprocedurer eller beslutninger truffet i forbindelse med en udbudsforretning.

Klagenævnet for Udbud har således ikke kompetence til at træffe afgørelse, herunder udstede påbud, vedrørende en ikke-indtrådt fremtidig situation, jf. klagenævnets kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune.

Klagenævnet udtaler:

Som anført af indklagede har klagenævnet kun kompetence til at træffe afgørelser vedrørende en udbudsprocedure eller en ordregivers beslutninger i forbindelse hermed, jf. håndhævelseslovens § 13.

Ad påstand 1 – 3

Klagerens påstande forudsætter, at der er tale om ydelser, for hvilke der er annonceringspligt, jf. tilbudslovens § 15 c. Annonceringspligten gælder ved indhentning af tilbud og tildeling af ordrer på vare- og tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af tilbudslovens § 15 a, herunder den fastsatte beløbsgrænse, der skal forstås i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 9, stk. 7. Om dette er tilfældet kan kun afgøres konkret i forbindelse med et indkøb eller udbud. Klagerens generelt formulerede påstande kan derfor ikke påkendes af klagenævnet og afvises derfor.

Det bemærkes dog, at offentlige kontrakter om etablering – opsætning af alarm- og overvågningsanlæg må anses for »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, jf. udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra b), sammenholdt med direktivets bilag I, og at indkøb af alarmer, der isoleret set er et vareindkøb, også må anses for »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, jf. udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra c).

Kontrakter om servicering og vedligeholdelse af et allerede eksisterende alarmsystem, må derimod anses som en tjenesteydelseskontrakt, jf. udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra d), som derfor *kan* være omfattet af tilbudslovens § 15 a. Det følger imidlertid ikke af indklagedes indkøbspolitik, hvorefter indkøb af varer og standardtjenesteydelser på tværs af kommunen, bør koordineres, at samtlige kontrakter, eller kontrakter indgået i et bestemt år, skal bedømmes under et.

Ad påstand 4 - 6

Allerede som følge af at klageren intet har anført til støtte for disse påstande, afvises disse påstande, jf. herved håndhævelseslovens § 10, stk. 1.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig