

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Knud Erik Busk, Lars Tolstrup)

J.nr.: 2011-0024688

27. marts 2012

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Miljøministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg)

Indklagede, Miljøministeriet, har for perioderne 2010–2013 og 2011–2014 indgået aftale med Aarhus Universitet om »udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse ved Danmarks Miljøundersøgelser (DMU)«. Indklagede afholdt ikke udbud efter udbudsdirektivet eller foretog tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II forud for aftalernes indgåelse.

Aftalerne mellem Miljøministeriet og Aarhus Universitet indeholder en række opgaver på natur- og miljøområdet, og de kan overordnet inddeles i følgende fire typer:

1. Strategisk forskning
2. Forskningsbaseret overvågning og datavirksomhed
3. Forskningsbaseret rådgivning
4. Formidling af resultater på natur- og miljøområdet.

Det er klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniørers opfattelse, at en del af de opgaver, som er omfattet af aftalerne, er udbudspligtige. Klageren har i klageskriftet beskrevet de opgaver, som klageren mener er udbudspligtige, således:

»Ifølge DMU's arbejdsprogram 2010 og 2011 ... udfører DMU bl.a. følgende opgaver:

1. Databasearbejder med applikationer

- Fællesdatabaser, overfladevand (ODA), natur og land-overvågning.

2. NOVANA-overvågning

- Overvågning (og rådgivning) i forbindelse med naturgenopretning på havet,
- Bundfaunatogter og stenrevsovervågning.

3. Modelprogrammering og applikationer

- Risikokortlægning af husdyrtryk, modelberegnet arealrelateret kvælstoftryk – husdyrområdet
- Udnyttelse af landbrugsregistreringsdata: Udvikling af modelværktøj N & P risikokortlægning
- Forvaltningsmodeller for vandplanlægning
- Miljøtilstand og forvaltningsmodeller
- Modelberegning af N & P til Østersøen

I det følgende betegnes disse opgaver samlet »Opgaverne«. Det er Klagers opfattelse, at Opgaverne skulle have været i EU-udbud, alternativt annonceret i henhold til tilbudslovens afsnit 2.«

Den 23. maj 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 15. december 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbuds-direktivet ved at indkøbe udbudspligtige tjenesteydelser hos Aarhus Universitet inden for opgavekategorierne »Databasearbejder med applikationer« og »NOVANA-overvågning«, således som disse opgavekategorier er beskrevet i det indledende klageskrift, inden for rammerne af kontrakt om »udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse ved Danmarks Miljøundersøgelser 2010 – 2013« og kontrakt om »udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse ved Danmarks Miljøundersøgelser 2011

– 2014« uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved i perioden 1. januar 2007 til 23. maj 2011 hos Aarhus Universitet at indkøbe udbudspligtige tjenesteydelser inden for opgavekategorierne »Databasearbejder med applikationer«, »NOVANA-overvågning« og »Modelprogrammering og applikationer«, således som disse opgavekategorier er beskrevet i det indledende klageskrift, uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c ved i perioden 1. januar 2007 til 23. maj 2011 hos Aarhus Universitet at indkøbe udbudspligtige tjenesteydelser inden for opgavekategorierne »Databasearbejder med applikationer«, »NOVANA-overvågning« og »Modelprogrammering og applikationer«, således som disse opgavekategorier er beskrevet i det indledende klageskrift, uden forudgående annoncering.

Påstand 4

Klagenævnet skal erklære kontrakt om »udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse ved Danmarks Miljøundersøgelser 2010 – 2013« og kontrakt om »udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse ved Danmarks Miljøundersøgelser 2011 – 2014« for uden virkning og påbyde indklagede at ophæve disse kontrakter helt eller delvist.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 19, jf. § 18, stk. 3.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indkøbe udbudspligtige tjenesteydelser inden for opgavekategorierne »Databasearbejder med applikationer«, »NOVANA-overvågning« og »Modelprogrammering og applikationer« hos Aarhus Universitet.

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

På mødet den 15. december 2011, hvor klagen blev behandlet, oplyste indklagedes advokat, at spørgsmålet om Aarhus Universitets mulighed for at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5, var blevet drøftet med universitetet, og at universitetet havde meddelt, at det ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede har oplyst, at forskningsbaseret myndighedsbetjening er en fællesbetegnelse for en række ydelser, som universiteterne i dag udfører for staten. Ydelserne spænder fra forskning inden for et bestemt område til konkrete forskningsbaserede beredskabs- og rådgivningsopgaver. Indklagede er blot ét af flere ministerier, der benytter sig af aftaler om forskningsbaseret myndighedsbetjening.

Frem til den 1. januar 2007 blev hovedparten af de aktiviteter, der betegnes som forskningsbaseret myndighedsbetjening, varetaget af sektorforskningsinstitutioner i henhold til sektorforskningsloven. Sektorforskningsinstitutioner er statsinstitutioner under det respektive ministerområde, som den pågældende institution hører under.

Det fremgår af indledningen i de indgåede aftaler mellem Aarhus Universitet (herefter AU) og indklagede, at Danmarks Miljøundersøgelser (herefter DMU) indtil den 1. januar 2007 var en sektorforskningsinstitution under indklagedes ressortområde, og DMU udførte således de pågældende aktiviteter for indklagede i henhold til sektorforskningsloven. DMU havde ansvaret for forskning, overvågning, rådgivning og formidling af de strukturer, processer og sammenhænge, der var af betydning for anvendelse og beskyttelse af Danmarks miljø- og naturværdier.

I forbindelse med en reform af forsknings- og universitetsområdet blev ni sektorforskningsinstitutioner fra 1. januar 2007 sammenlagt med fem universiteter, og DMU blev som følge heraf en del af AU og blev placeret som en selvstændig faglig enhed på linje med universitets fakulteter. Som led i reformen blev det vedtaget, at universiteterne kunne udføre de aktiviteter, som hidtil var blevet varetaget af sektorforskningsinstitutionerne, under betegnelsen forskningsbaseret myndighedsbetjening.

Aftalerne mellem AU og indklagede for 2010 – 2013 og 2011 – 2014 er stort set ens, og der vil i det følgende som udgangspunkt kun blive citeret fra aftalen for perioden 2010 – 2013.

Af aftalens pkt. 1 »Indledning« fremgår bl.a. følgende:

»Parterne er enige om at etablere et længerevarende strategisk samarbejde om vidensopbygning og vidensoverførsel af høj kvalitet om de strukturer, processer og sammenhænge, der er af betydning for anvendelsen og beskyttelsen af Danmarks miljø- og naturværdier.

Samarbejdet tager udgangspunkt i det arbejde, som DMU udførte som sektorforskningsinstitution i Miljøministeriet, og omfatter forskningsbaseret overvågning, rådgivning og formidling samt forskning og forskeruddannelse.

Samarbejdet skal bidrage til beslutningsgrundlaget for en videnbaseret miljøpolitik og for Miljøministeriets og andre myndigheders administrative og forvaltningsmæssige opgaver på natur- og miljøområdet. AU/DMU udfører endvidere opgaver for erhvervslivet og private.«

I aftalen står i øvrigt:

»...

2. Formål

Nærværende kontrakt etableres med henblik på at regulere samarbejdet mellem Miljøministeriet og AU/DMU i perioden 2010 – 2013.

Formålet med kontrakten er at etablere rammerne for et samarbejde mellem parterne, der skal sikre, at AU/DMU gennemføre forskning, rådgivning og overvågning, der understøtter Miljøministeriets forvaltningsmæssige opgaver, samt har den viden og de kompetencer, der kræves for at levere forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse inden for de fagområder, der er omfattet af aftalen.

AU/DMU's kompetenceområder omfatter fagområderne luftmiljø, miljøforhold og natur i ferskvand og marine vande, terrestrisk økologi, vildtbiologi og biodiversitet, miljøkemi og mikrobiologi, arktisk miljø og natur, samfundsvidenskabelig miljøanalyse samt integreret analyse af samspillet mellem samfundets aktiviteter og miljø- og naturforhold.

AU/DMU's forskningsbaserede myndighedsunderstøttelse omfatter følgende opgavetyper:

- løbende rådgivningsopgaver,
- ad hoc rådgivningsopgaver,
- overvågning og datavirksomhed (fagdatacentre),
- formidling og videnovertførsel, samt
- driftsopgaver i forbindelse hermed.

3. Kontraktens form og periode

Kontraktperioden er løbende 4-årig, regnet fra 1. januar, således at kontrakten genforhandles hvert år for en 4-årig periode.

...

5. Økonomi

Denne kontrakt omfatter Miljøministeriets bevilling til Miljøundersøgelser (Reservationsbevilling), som fremgår af bevillingslovenes § 23.31.01. Bevillingens størrelse fastsættes på de årlige bevillingslove, jf. dog afsnit [10] om konkurrenceudsættelse. ...

...

Ud over bevillingen fra Miljøministeriet hjemtager AU/DMU bevillinger i konkurrence fra forskningsråd, nationale og internationale forskningsprogrammer og andre brugere. AU/DMU budgetterer med en årlig ekstern indtægt herfra af samme størrelse som bevillingen fra Miljøministeriet.

6. AU/DMU's forpligtelser

AU/DMU forpligter sig inden for de økonomiske rammer i bevillingen fra Miljøministeriet til,

1. at udføre strategisk, problemorienteret forskning inden for AU/DMU's fagområder, med henblik på at myndighedsunderstøttelse kan ske på et forskningsbaseret grundlag,
2. at gennemføre forskningsbaseret natur- og miljøovervågning og datavirksomhed iht. indgåede aftaler,
3. at levere forskningsbaseret rådgivning af Miljøministeriet inden for fagområderne,
4. at formidle relevant information inden for fagområderne til Miljøministeriet, andre interessenter og offentligheden.

Endvidere forpligter AU/DMU sig til at vedligeholde de for opgaveva-

retagelsen nødvendige akkrediteringer, tidsregistreringssystemer og journalsystemer.

I forbindelse med eventuelle ønsker fra Miljøministeriet om løsning af opgaver, der ligger ud over de økonomiske rammer i bevillingen fra Miljøministeriet, forpligter AU/DMU sig endvidere til at påtage sig disse mod betaling og forudsat, at den nødvendige kompetence og kapacitet er til stede eller kan etableres.

...

6.1 Synergi mellem forskning, overvågning og rådgivning

Parterne forventer, at AU/DMU gør udbredt brug af mulighederne for synergieffekt fra samvirke mellem forskningen, overvågningen og den faglige rådgivning. Forskningsbaseret overvågning og rådgivning er et produkt af indhentede forskningsresultater og samtidig et input til fremtidig forskning. Aktiviteterne er fagligt tæt knyttet til forskning og må i mange tilfælde betragtes som en del af denne. Gennem hensigtsmæssig styring kan både det faglige udbytte og den samlede ressourceanvendelse optimeres ved et samvirke mellem de forskellige opgavetyper.

Parterne forventer endvidere, at AU/DMU udnytter synergimulighederne ved samvirke mellem forskningen og myndighedsunderstøttelsen og AU's øvrige områder, som er uddannelse og innovation. Parterne undersøger løbende muligheder for og omkostninger ved at udvide myndighedsunderstøttelsen gennem at inddrage andre dele af AU.

6.2 Ressourceanvendelse til forskning, overvågning og rådgivning

Parterne er enige om at udvise fleksibilitet, således at forholdet mellem ressourceanvendelsen til henholdsvis forskning og overvågning og rådgivning mv. løbende tilpasses til de aktuelle behov.

Parterne er enige om at tilstræbe, at der set over en længere periode anvendes ca. 40 % af bevillingen til forskning og ca. 60 % af bevillingen til myndighedsunderstøttelse. Andelen afsat til forskning er mindre end for sammenlignelige kontrakter pga. omfanget af overvågningsopgaver under kontrakten.

...

6.4 Forskningsbaseret overvågning og datavirksomhed

...

... Samspeilet mellem forskning og overvågning sikrer, at den nyeste viden om bl.a. metoder og årsagssammenhænge løbende inddrages i overvågningen og tolkningen af overvågningsresultaterne. AU/DMU

varetager desuden specifikke overvågningsprogrammer vedrørende de åbne farvande, visse arter og bestande samt luftmiljø.

...

6.5 Forskningsbaseret rådgivning

AU/DMU yder en forskningsbaseret rådgivning, der hviler dels på et omfattende datagrundlag fra mange års forskning og overvågning på natur- og miljøområdet, dels på ny og opdateret viden fra aktuelle og fremadrettede forskningsaktiviteter. Forskningsbaseret rådgivning forudsætter tilstedeværelsen af forskning og kompetence af høj videnskabelig kvalitet på de områder, hvor rådgivningen finder sted. ...

...

6.6 Formidling

Parterne ønsker at udbrede og nyttiggøre resultaterne af videnopbygningen på natur- og miljøområdet gennem information rettet mod interessenter og offentlighed.

AU/DMU formidler viden og data om miljø og natur til brugere og samarbejdspartnere og faglig information af offentligheden. De primære målgrupper er miljøsektoren, undervisningssektoren og samfundet generelt. AU/DMU vil opretholde Internettet som det centrale formidlingsredskab med offentlig adgang til publikationer, rapporter, data samt populærfaglig formidling.

...

7. Miljøministeriets forpligtelser

Miljøministeriet leverer det nedenfor beskrevne grundlag for det løbende arbejde i AU/DMU og for planlægningen og prioriteringen af forskningen og den forskningsbaserede myndighedsunderstøtning fx i form af information om ministeriets strategier, allokering af midler mv.

Miljøministeriet forpligter sig til

- at bruge bevillingen opført under § 23.31.01 »Miljøundersøgelser« på AU/DMU, med undtagelse af konkurrenceudsatte opgaver, jf. afsnit [10]. ...

...

9. Forskningsfrihed, rettigheder, offentliggørelse af forskningsresultater

AU/DMU har fuld frihed til valg af forskningsmetode.

AU/DMU har ret og pligt til at offentliggøre og på anden vis (f.eks. gennem undervisning) nyttiggøre alle resultater af forskningsprojekter og fra overvågnings- og rådgivningsopgaver, der løses under nærværende kontrakt.

...

10. Konkurrenceudsættelse

Miljøministeriet kan beslutte at konkurrenceudsætte aktiviteter under denne kontrakt. Ministeriet skal i forbindelse med genforhandling af kontrakten og senest den 1. december 2010 skriftligt meddele AU/DMU, at man ønsker at undersøge, hvordan en aktivitet kan konkurrenceudsættes. Overdragelse til en evt. ny leverandør skal ske ved den 4-årige kontraktperiodes udløb, dvs. pr. 1. januar 2014. I orienteringsskrivelsen til AU/DMU angives beløb på de aktiviteter, der ønskes undersøgt med henblik på evt. konkurrenceudsættelse. Udbuddet skal være gennemført og kontrakt med kommende leverandør indgået 6-9 måneder før kontraktudløb, så AU/DMU kan tilpasse sine aktiviteter. ...
...«

Af bilag 1 til aftalen for 2011 – 2014 fremgår, at der var afsat i alt 144,5 mio. kr. til forskningsbaseret myndighedsbetjening.

De nærmere opgaver under aftalen er beskrevet i aftalens bilag 2 »Faglige områder«. Bilaget er et skema med bl.a. en kolonne for »Opgaver« og en kolonne for »Leverancer«. I indledningen i bilaget står bl.a.:

»De beskrevne opgaver omhandler alle de opgaver som DMU planlægger at udføre inden for rammerne af sine samlede indtægter, dvs. både via Miljøministeriets basisbevilling, Miljøministeriets udbudsopgaver, forskningsprogrammer nationalt og internationalt, privat og offentlige kunder, idet DMU søger ekstern finansiering inden for de prioriterede områder.

Leverancerne omhandler derimod kun de leverancer, som finansieres indenfor Miljøministeriets basisbevilling til miljøundersøgelser. Dvs. leverancer finansieret af andre midler end Miljøministeriets basisbevilling til miljøundersøgelser, vil ikke være anført i dette skema.«

Kun de opgaver, som fremgår af kolonnen »Leverancer«, er udelukkende finansieret af indklagede. De øvrige opgaver er helt eller delvist finansieret via andre kilder.

Af DMU's arbejdsprogram for 2010 fremgår bl.a.:

»Arbejdsprogram 2010 indeholder en beskrivelse af DMU's faglige aktiviteter og mål inden for strategisk forskning, forskningsbaseret myndighedsbetjening (herunder natur- og miljøovervågning og faglig rådgivning), videnspredning (herunder innovation- og teknologioverførsel og populærvidenskabelig formidling) samt videregående uddannelse.

Arbejdsprogrammet bygger på bidrag fra DMU's afdelinger og afspejler dels ønsker fra DMU's kunder og brugere, herunder især Miljøministeriet, Klima- og Energiministeriet og Råstofdirektoratet i Grønland og dels signalerne om videnbehov i udbuddet af de forskningsprogrammer i ind- og udland, som DMU søger.

I arbejdsprogrammets kapitel 4 redegøres endvidere for DMU's samlede økonomiske grundlag. DMU finansieres via tre kanaler: Projektbevillinger fra forskningsprogrammer og eksterne opdragsgivere (ca. 53 %), kontrakten med Miljøministeriet (ca. 40 %) og globaliseringsmidler fra Videnskabsministeriet via AU (ca. 7 %). ...«

Som nævnt indledningsvis har klageren beskrevet de opgaver, som klageren mener er udbudspligtige ud fra DMU's arbejdsprogram 2010 og 2011.

Indklagede har hertil bemærket, at de beskrevne »opgaver« er hentet fra DMU's arbejdsprogram, som indeholder en beskrivelse af alle DMU's faglige kompetenceområder/aktiviteter, og de er derfor ikke identisk med de opgaver, som AU udfører for indklagede. Indklagede har endvidere anført, at det generelt gælder for de beskrevne opgaver, at de enten isoleret set åbenlyst er forskningsopgaver eller slet ikke er omfattet af aftalerne mellem indklagede og AU. Vedrørende de opgaver, som udføres af AU på grundlag af anden finansiering, dvs. hvor indtægten fra indklagede kun udgør en delfinansiering, er der utvivlsomt tale om en forskningsopgave, da forudsætningen for at få bevilling fra anden side, f.eks. fra EU's rammeprogrammer om forskning og udvikling, er, at der er tale om forskning.

Indklagede har anført følgende om de tre opgavekategorier, herunder om deres finansiering:

»Opgavekategorien »Databasearbejder med applikationer«

I relation til miljø- og naturovervågning er der 4 »fælles« databaser:

- Luftdatabasen
- Overfladevandsdatabasen (ODA)

- AGRI (Landovervågningsdatabasen)
- Danmarks Naturdatabase (DND)

Herudover er der HYMER-fagsystemet med hydrometriske data. HYMER er udviklet af Orbicon, og AU har sammen med Miljøministeriet købt licens til at bruge systemet i en fælles løsning.

De nævnte databaser ejes i fællesskab mellem Miljøministeriet og AU.

Databasearbejdet indgår som et integreret led i den forskningsbaserede myndighedsbetjening. De kvalitetssikrede data er grundlag for AU's forskningsbaserede rådgivning af Miljøministeriet, herunder faglig opfølgning på f.eks. indsatsplaner/love, udvikling af nye faglige modeller og som grundlag for støttesystemer til anvendelse af bl.a. ministerier, national og international rapportering iht. lovgivning, direktiver og internationale aftaler, faglige udvikling af nye og mere rationelle overvågningsmetoder og andre forskningsaktiviteter.

Der er tale om avanceret databasearbejde, hvor udvikling af databaserne og de tilhørende applikationer kræver indgående kendskab til bl.a. følgende forhold, idet databasearbejdet i vidt omfang danner grundlag for forskningen og den forskningsbaserede myndighedsbetjening under aftalen:

- mediet
- arbejds- og forretningsgange i forskningsmiljøet
- faglige forpligtelser
- kvalitetsstandarder
- hvorledes data skal anvendes både nationalt/administrativt og internationalt
- hvordan eksisterende data er organiseret
- hvordan forskellige datamodeller fungerer sammen
- hvilke data der skal opsamles/måles i felten
- hvordan data skal indsamles
- hvordan data skal analyseres i laboratorium
- hvordan data skal overføres til database
- hvordan data kvalitetssikres og – mærkes
- hvordan data analyseres, sammenstilles og fagligt anvendes på tværs af emner og medier

Opbygning af databaser og datamodeller i AU er baseret på en dyb faglig indsigt i, hvordan data er genereret, samt et indgående kendskab til hvilke opgaver data skal bruge til i hhv. Miljøministeriet, den forskningsbaserede myndighedsbetjening og til forskning.

Databaser bliver udviklet i et tæt samarbejde mellem forskere og IT-udviklere med høj faglig indsigt i hvordan data fremskaffes og bruges. Datastrukturen afspejler, hvordan data er skabt. Databaser og applikationer er udviklet, så der tages højde for at der løbende er behov for udvidelser og tilpasninger grundet nye krav til og nye faglige anvendelser af data, samt ændringer i hvilke data der indsamles.

En af de væsentligste og mest omfattende opgaver har været helt fra bunden at definere og udvikle et begrebsapparat og en metodik til at kvalitetssikre og kvalitetsmærke forskellige typer af data leveret fra forskellige datakilder og datasystemer og implementere det. ...

AU har udviklet et unikt kvalitetsmærknings- og sikringssystem, der kvalitetssikrer data på forskellige niveauer. Det særlige metadata-styrede rettighedssystem styrer brugernes adgang til data efter forskellige brugeres roller og datas kvalitetsmærker. Brugere kan iterativt via brugergrænsefladen foretage forskellige kvalitetskontroller og anvende forskellige faglige redskaber, som bl.a. er afhængig af, om det en medarbejder i Miljøministeriet eller på AU som skal udføre kvalitetssikringsopgaven.

For hvert dataemne har AU udviklet og implementeret specifikke kvalitetssikringsprocedurer ud fra mange års forskning og på baggrund af AU's datasamlinger med lange tidsserier, forskningsresultater fra en række projekter, metodeevalueringer, omfattende statistiske analyser m.v. Samtidig har AU sikret, at data kan præsenteres og sammenstilles afhængigt af hvilke dataemner der arbejdes med.

...

Om finansieringen »opgaverne« vedrørende »Databasearbejder med applikationer« kan i øvrigt oplyses følgende:

	Samlet forventet omfang	Tilskud via aftalen med Miljøministeriet	Tilskud via Danmarks Miljøportal	AU egenfinansiering
År	Mio. kr.	Mio. kr.	Mio. kr.	Mio. kr.
2010	20,6	12	0,8	7,8
2011	20,5	12,4	0,8	7,3
2012	19,7	12,4	0,0	7,3
2013	19,7	12,2	0,0	7,5
2014	19,7	12,0	0,0	7,7

AU publicerer data vedrørende »Databasearbejder med applikationer« via årlige overvågningsrapporter og gennem internationale rapporter til bl.a. EU og konventioner. Derudover stilles mere aggregerede data til rådighed via DMU's hjemmeside.

I Danmarks Miljøportal er data i Danmarks Naturdata desuden tilgængelige for såvel Miljøportalens partnere (Miljøministeriet, Kommuner

og regioner) som offentligheden. De detaljerede overfladevands- og luftdata gøres således tilgængelige primært via Danmarks Miljøportal og ellers via DMU's egen hjemmeside.

Opgavekategorien »Overvågning, herunder NOVANA-overvågning«

Det skal præciseres, at den af klageren anførte opgave ... vedrørende »overvågning og rådgivning i forbindelse med naturgenopretning på havet« ikke er en del af Det Nationale program for Overvågning af Vandmiljøet og Natur – et program under Miljøministeriet for overvågning af Danmarks natur (NOVANA-overvågningsprogrammet).

Opgaven relaterer sig i stedet til projektet BlueReef, som blev opstartet i 2006, mens DMU stadig var en sektorforskningsinstitution under Miljøministeriet. BlueReef projektet skal genoprette og beskytte et næsten 7 ha stort stenrev ved Læsø Trindel og stabilisere ca. 6 ha af det eksisterende stenrev. Projektet løber til og med 2013 og er et samarbejdsprojekt mellem Skov- og naturstyrelsen (i dag Naturstyrelsen), DMU og Danmarks Fiskeriundersøgelser finansieret halv af EU's LIFE program og halvt af nationale midler.

Opgaven ... vedrørende »bundfaunatogter og stenrevsovervågning« er derimod en del af NOVANA-overvågningsprogrammet, som er en integreret del af aftalerne mellem Miljøministeriet og AU om forskningsbaseret myndighedsbetjening.

Konkret i den nævnte delopgave udføres der overvågning af den benthiske vegetation samt fauna på stenrev, som er en naturtype i EU-habitatområderne i danske farvande.

Databasearbejdet indgår som et integreret led i den forskningsbaserede myndighedsbetjening. De kvalitetssikrede data er grundlag for AU's forskningsbaserede rådgivning af Miljøministeriet, herunder faglig opfølgning på f.eks. indsatsplaner/love, udvikling af nye faglige modeller og som grundlag for støttesystemer til anvendelse af bl.a. ministerier, national og international rapportering iht. lovgivning, direktiver og internationale aftaler, faglige udvikling af nye og mere rationelle overvågningsmetoder og andre forskningsaktiviteter.

Der er flere eksempler på, at der for denne opgave er en tæt interaktion mellem overvågningsopgaven og AU's øvrige forsknings- og udviklingsarbejde for den pågældende naturtype.

...

Finansieringen ... afhænger af de konkrete afsatte bevillinger og udgør anslået:

Delopgave	Periode	Udgifter i alt	Tilskud via aftalen med Miljøministeriet	Tilskud via Skov- og Naturstyrelsen/EU
		Mio. kr.	Mio. kr.	Mio. kr.
»Overvågning og rådgivning i forbindelse med naturgenopretning på havet«	2006-2013	3,455	1,428	2,027
»Bundfaunatogter og stenrevsovervågning«	2010-2014	7,5	7,5	0,0

I det omfang der er nye data til rådighed vedrørende »NOVANA-overvågning«, afrapporteres data om bundfauna fra åbne farvande og vegetation på stenrev i de årlige NOVANA-rapporter om marineområder samt for udvalgte parametre også i den faglige sammenfatning. Rapporteringen sker sammen med data fra de kystnære områder, som indsamles og oparbejdes af Naturstyrelsens decentrale enheder.

...

Opgavekategorien »Modelprogrammering og applikationer«

De fem delopgaver vedrørende »Modelprogrammering og applikationer« ... vedrører forskellige faglige aspekter af DMU's samlede modeludviklingsportefølje bestående af et antal større og mindre projekter, der varierer fra år til år. Det er derfor ikke muligt at adskille alle delopgaver i selvstændige projekter.

De umiddelbart identificerede enkeltprojekter finansieres primært uden for aftalerne med Miljøministeriet. De kendte projekter i 2010 – 2014, hvor der indgår medfinansiering via forskningsmidlerne fra aftalen med Miljøministeriet, angår alle strategiske forskningsprojekter, der har til formål at udvikle viden og metoder, der kan understøtte det politiske og strategiske beslutningsgrundlag på miljøområdet.

For så vidt angår delopgaverne vedrørende henholdsvis »Risikokortlægning af husdyrtryk, modelberegnet arealrelateret kvælstoftryk - husdyrområdet« og »Udnyttelse af landbrugsregistreringsdata: Udvikling af modelværktøj N & P til risikokortlægning« findes der ikke planlagte aktiviteter/projekter, som er helt eller delvist finansieret af aftalerne med Miljøministeriet i perioden 2010-2014.

Inden for de øvrige delopgaver vedrørende »Forvaltningsmodeller for vandplanlægning«, »Miljøtilstand og forvaltningsmodeller« og »Modelberegning af N & P til Østersøen« er der identificeret tre forskningsprojekter, der tilsammen dækker indsatsen, og hvortil der indgår medfinansiering via aftalerne med Miljøministeriet. Det drejer sig om projekter vedrørende Waterpraxis, SPICOSA og RECOCA.

...

Den endelige finansiering af projekterne afhænger af succesrater til kommende ansøgningsrunder til danske og europæiske forskningsprogrammer, men fordeler sig anslået som følger:

Projekt	Periode	Udgifter i alt	Tilskud via aftalen med Miljøministeriet	Tilskud via EU
		Mio. kr.	Mio. kr.	Mio. kr.
Waterpraxis	2009-2011	4,542	2,782	1,760
SPICOSA	2007-2011	3,517	1,733	1,784
RECOCA	2009-2012	3,729	2,731	0,998

Formidling af disse forskningsmæssige opgaver, herunder resultater af modeludviklingsopgaver, sker ved publikationer af videnskabelige resultater via peer-reviewede artikler, conferencebidrag m.v. ...

Der sker desuden løbende formidling af resultater og viden via DMU's hjemmeside ... og via hjemmesider for de enkelte projekter. ...

...«

Erklæringer

Klageren har til brug for klagesagens behandling indhentet erklæringer fra direktør (miljø) Thorkild Feldthusen Jensen, Rambøll A/S, administrerende direktør Jesper Nybo Andersen, Orbicon A/S, administrerende direktør Holger Nehmdahl, ConTerra, og chefkonsulent Preben Boock, Foreningen af Rådgivende Ingeniører.

Ved erklæringerne har Thorkild Feldthusen Jensen, Jesper Nybo Andersen, Holger Nehmdahl og Preben Boock besvaret en række spørgsmål med henblik på at få belyst, i hvilket omfang der i privat regi tidligere eller for tiden udføres opgaver, der er sammenlignelige med de opgaver, som DMU udfører for indklagede inden for opgavekategorierne 1) databearbejder med applikationer, 2) overvågning, herunder NOVANA-overvågning og 3) modelprogrammering og applikationer.

Ved et spørgsmål, om den enkelte virksomhed har erfaring med en eller flere af opgavekategorierne, har alle fire svaret »ja«, og de har i øvrigt nærmere beskrevet, hvad opgaverne bestod i.

Parternes anbringender

Ad påstand 1, 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at opgaverne, som disse er beskrevet i klageskriftet, er udbudspligtige, da de er almindelige rådgivnings- og driftsopgaver. Der er ikke tale om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, og desuden finder udbudsdirektivets artikel 16, litra f, – og tilsvarende tilbudslovens § 15 a, stk. 3, – ikke anvendelse. De nævnte opgaver skal vurderes isoleret med henblik på at fastslå, om der er tale om forskning og udvikling, og en sådan vurdering medfører, at opgaverne ikke har karakter af forskning og udvikling, som undtagelsesvis er undtaget fra udbudspligt efter udbudsdirektivets artikel 16, litra f.

Vedrørende forskning og udvikling har klageren yderligere gjort gældende, at dette alene omfatter ydelser, som er forbundet med erhvervelse og/eller frembringelse af ny viden, nye processer eller lignende. Det omfatter derimod ikke rene drifts- eller rådgivningsopgaver, som alene består i anvendelse af allerede kendt teknologi. De beskrevne opgaver er sådanne rene drifts- og rådgivningsopgaver. Opgavekategorien »Databasearbejder med applikationer« indebærer udelukkende programmering og drift af en database baseret på allerede indsamlet og bearbejdet data. Opgavekategorien »NOVANA-overvågning« har tidligere delvist været udført af private rådgivere, men er »hjemtaget« af DMU. Ved opgavekategorien »Modelprogrammering og applikationer« er der tale om opgaver, som indebærer DMU's udvikling af redskaber mv., der allerede er tilsvarende udviklet i privat rådgiverregi med samme og/eller lignende funktioner.

Klageren har bestridt, at der er en sådan sammenhæng mellem de opgaver, der er omfattet af klagen, og de enkelte forsknings- og udviklingsopgaver, som AU/DMU efter aftalerne udfører for indklagede, at opgaverne »gribes« af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra f, (og tilsvarende tilbudslovens § 15 a, stk. 3). Forudsætningerne for at anvende principperne om en kontrakts hovedformål og -genstand – blandede kontrakter – er, at de enkelte dele af kontrakten er uadskillelige. Der er ikke tale om uadskillelige opgaver. Indklagede har tværtimod i aftalerne forudsat, at der senere kan ske konkurrenceudsættelse af dele af ydelserne. Desuden er aftalernes hovedformål ikke forskning og udvikling, men derimod myndighedsunderstøttelse og rådgivning.

Klageren har endvidere gjort gældende, at aftalerne mellem indklagede og AU/DMU ikke i øvrigt opfylder betingelserne i udbudsdirektivets artikel 16, litra f, for undtagelsesvis ikke at være udbudspligtige. Efter bestemmelsen er der udbudspligt, når udbyttet fra forskningen og udviklingen tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang aflønnes af den ordregivende myndighed. Indklagede har bevisbyrden for, at de omhandlede opgaver indebærer forskning og udvikling, og – i anden række – at de øvrige betingelser i artikel 16, litra f, er opfyldt. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Endelig har klageren bestridt, at aftalerne er omfattet af »in house«-reglen med den virkning, at der ikke er udbudspligt, idet samarbejdet mellem indklagede og AU ikke opfylder de betingelser, som EU-domstolen har opstillet. To kriterier skal være opfyldt, nemlig 1) den ordregivende myndighed skal føre kontrol med leverandøren svarende til den kontrol, som udøves med egne tjenestegrene (»kontrolkriteriet«), og 2) leverandøren skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, som den kontrolleres af (»virksomhedskriteriet«). Staten kan ikke udbudsretligt betragtes som en enhed. AU er som universitet en selv-ejende institution, og det følger heraf, at indklagede ikke kan udøve kontrol med AU gennem ejerskab. AU er undergivet indgående kontrol fra Videnskabsministeriet, men det er uden betydning, da der ikke er identifikation mellem indklagede og Videnskabsministeriet. Kontrolkriteriet er derfor ikke opfyldt. Det er virksomhedskriteriet heller ikke, idet hovedparten af AU's virksomhed ikke udføres sammen med indklagede. Den seneste praksis fra EU-domstolen, som indklagede henviser til vedrørende public service-opgaver (»horisontale samarbejder«), finder ikke anvendelse på samarbejdet mellem AU og indklagede. Det er en betingelse, at der er tale om »ægte samarbejder«, dvs. at de offentlige enheder begge bidrager til udførelsen af public service-opgaven. Desuden antager Kommissionen, at der gælder et krav om »begrænset markedsorientering« for leverandøren i horisontale samarbejder. Da indklagedes køb af de omhandlede opgaver hos AU ikke er et udslag af et »ægte samarbejde«, og da AU desuden er en markedsorienteret aktør, finder den seneste praksis fra EU-domstolen om horisontale samarbejder ikke anvendelse.

Indklagede har i første række gjort gældende, at de opgaver, som klagen vedrører, og som AU udfører i henhold til aftalerne med indklagede, vedrør-

rer forskning og udvikling, der er undtaget fra udbudspligten, jf. udbudsdirektivets artikel 16, litra f. Udbudsdirektivet definerer ikke »forskning og udvikling«, som derfor bl.a. må fortolkes ud fra bestemmelsens formål, jf. direktivets præambelbetragtning 23, og definitionen af forskning og udvikling på andre områder. Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 13, litra j, indeholder en bestemmelse svarende til udbudsdirektivets artikel 16, litra f, og direktivet definerer i artikel 1, nr. 27, »forskning og udvikling« som »alle aktiviteter omfattende grundforskning, anvendt forskning og eksperimentel udvikling, hvor sidstnævnte kan omfatte tilvejebringelse af teknologidemonstratorer, dvs. anordninger, der viser et nyt koncept eller en ny teknologys ydeevne i et relevant eller repræsentativt miljø«. En tilsvarende definition af »forskning og udvikling« findes i OECD's såkaldte Frascati-manual. Ifølge manualen er det et grundlæggende kriterium i relation til forskning og udvikling, at der indgår et mærkbart element af nyhed og løsning af en videnskabelig eller teknisk usikkerhed, jf. punkt 84. Af interesse for den forskningsbaserede myndighedsbetjening fremgår det af manualens punkt 110, at aktiviteter såsom dataindsamling er omfattet af forskning og udvikling, når dataindsamlingen indgår som en integreret del heraf. Da de opgaver, som er omfattet af klagen, åbenbart er forskning og udvikling, enten fordi de isoleret set er forskning og udvikling, eller fordi de baserer sig på en sammenhængende opgavevaretagelse, har der ikke været udbudspligt.

Hvis klagenævnet finder, at de opgaver, som er omfattet af klagen, ikke i sig selv er forsknings- og udviklingsopgaver, har indklagede gjort gældende, at opgaverne udføres med et forsknings- og udviklingsrelateret formål for øje, og opgaverne udgør desuden kun mindre elementer i aftalen, som det ud fra en objektiv og saglig vurdering er hensigtsmæssig at udføre sammen med de »rene« forsknings- og udviklingsopgaver. De overvågningsopgaver og rådgivningsopgaver, som AU udfører i henhold til aftalerne, baserer sig på et samspil med forskning og er dermed med til at sikre, at den nyeste viden om bl.a. metoder og årsagssammenhænge løbende inddrages i overvågningen og tolkningen af overvågningsresultaterne. Samspillet med forskningen bevirker også, at de forskningsbaserede rådgivningsopgaver hviler på et omfattende datagrundlag fra mange års forskning over overvågning af natur- og miljøområdet og på ny og opdateret viden fra aktuelle og fremadrettede forskningsaktiviteter. Selv om ikke alle opgaverne i aftalerne isoleret set måtte udgøre forskning og udvikling, så er de alligevel omfattet af dette begreb, idet de udgør et integreret led i forsknings- og udviklingsopgaverne under aftalen og dermed gennemføres med henblik på et

forsknings- og udviklingsrelateret formål. Subsidiært er opgaverne accessorkiske til hovedindholdet af aftalen, der vedrører forskning og udvikling, og spørgsmålet om udbudspligtens omfang ved blandede aftaler skal vurderes ud fra hovedformålet med aftalen. Det er ubestridt, at aftalernes hovedformål er forskning og udvikling, og der gælder derfor ingen pligt til at udskille og udbyde de dele af aftalerne, der isoleret set måtte være udbudspligtige.

Tilbudsloven er af de samme grunde uanvendelig, jf. tilbudslovens § 15 a, stk. 3.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at aftalerne ikke er gensidigt bebyrdende aftaler mellem to selvstændige retssubjekter. Udbudsdirektivet indeholder ikke en pligt for en ordregivende myndighed til at udbyde aftaler om levering af ydelser, som myndigheden selv kan producere. En myndigheds forbrug af egne ydelser, en såkaldt »in house«-levering, er derfor ikke omfattet af direktivet. Staten udgør utvivlsomt en enhed, og aftaler mellem statslige enheder udgør dermed ikke egentlige formueretlige aftaler, som er omfattet af udbudsdirektivet – det klassiske »in house«-begreb. Det er i den forbindelse ikke nødvendigt at overveje, om kontrol- og virksomhedskriterierne i det udvidede »in house«-begreb er opfyldt. Aftalerne er blot udtryk for fordeling af opgaven med forskningsbaseret myndighedsbetjening på miljøområdet internt i staten. Hvis den udvidede »in house«-regel finder anvendelse, er kontrolkriteriet opfyldt ved, at staten ved det ministerium, som statsministeren har tillagt opgaverne, fører kontrollen. Det er i den sammenhæng uden betydning, at universiteterne naturligvis er uafhængige af ministeren i relation til udførelsen af selve forskningen. Vedrørende virksomhedskriteriet udfører AU hovedparten af sin virksomhed for staten som helhed. Endelig er samarbejdet mellem fagministerierne og universiteterne om forskningsbaseret myndighedsbetjening udtryk for en public service-opgave. Samarbejdet er etableret med henblik på varetagelse af myndighedsopgaver og andre opgaver med et klart samfundsmæssigt sigte.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler har indgået en kontrakt med AU uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Kontrakten skal derfor erklæres for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Lovens § 17, stk. 3, finder ikke anvendelse.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for, at erklære aftalerne mellem indklagede og AU for uden virkning. Selv om klagenævnet måtte finde, at aftalerne helt eller delvist er omfattet af udbudsdirektivet, skal aftalerne hverken helt eller delvist erklæres for uden virkning. Aftalernes indhold om forskning og udvikling er ikke udbudspligtige, og det vil i givet fald kun være enkelte delelementer i aftalerne, der er udbudspligtige. Aftalerne skal derfor ikke erklæres for uden virkning. Desuden er der tale om opgaver af stor samfundsmæssig betydning. Væsentlige hensyn til almenhedens interesser taler derfor for at opretholde aftalerne, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 3.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion, hvis klagenævnet undlader at erklære kontrakten med AU for uden virkning eller alene delvist erklærer kontrakten for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 19, jf. § 18, stk. 3.

Indklagede har gjort gældende, at der ved fastsættelse af en eventuel økonomisk sanktion i givet fald bør lægges vægt på, at der er tale om betydelige aftaler, der i al væsentlighed vedrører forskning og udvikling, og hvor indklagede – hvis klageren får medhold i, at nogle af opgaverne skulle have været udbudt – blot har foretaget et mindre fejlskøn i relation til enkelte og mindre delopgaver.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af overtrædelser ad påstand 1 – 3 skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med AU om køb af udbudspligtige tjenesteydelser inden for opgavekategorierne »Databasearbejde med applikationer«, »NOVANA-overvågning« og »Modelprogrammering og applikationer«.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere beslutningen om at tildele AU de opgaver, som er omfattet af klagen. Indklagede har ikke truffet en selvstændig beslutning om at indkøbe de ydelser, som er omfattet af klagen, og som kan adskilles fra aftalernes øvrige ydelser.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 2 og 3

Aftalerne mellem indklagede og AU omfatter en række opgaver, og klagenævnet lægger til grund, at en betydelig del af opgaverne er forskning og udvikling i form af grundforskning, anvendt forskning og eksperimentel udvikling, svarende til den definition, som bl.a. findes i forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009) artikel 1, nr. 27. Tjenesteydelsesaftaler om forskning og udvikling er undtaget fra udbudsdirektivet, medmindre »udbyttet udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed«, jf. udbudsdirektivets artikel 16, litra f.

Efter aftalernes afsnit 9 – og i overensstemmelse med universitetsloven – har »AU/DMU ... ret og pligt til at offentliggøre og på anden vis (f.eks. gennem undervisning) nyttiggøre alle resultater af forskningsprojekter og fra overvågnings- og rådgivningsopgaver, der løses under nærværende kontrakt«. Udbyttet af aftalerne tilhører derfor ikke udelukkende indklagede, og betingelserne for fritagelse for udbudspligten i udbudsdirektivets artikel 16, litra f, er derfor som udgangspunkt opfyldt.

De opgavekategorier, som er omfattet af klagen, og som klagenævnet ved de afgivne erklæringer lægger til grund også har været udført (og udføres) af private aktører, vedrører i vidt omfang overvågning og rådgivning. Disse opgavetyper kan som udgangspunkt ikke karakteriseres som forskning og udvikling og er derfor isoleret set udbudspligtige.

Da de foreliggende kontrakter således er blandede, er det ved vurderingen af, om de er udbudspligtige, afgørende, hvad deres hovedformål er.

DMU var indtil den 1. januar 2007 en sektorforskningsinstitution under indklagedes ressortområde og en stor del af det arbejde, som DMU udførte dengang, omfattede forskning og udvikling. Opgaverne fulgte med, da DMU blev en del af AU, og de er nu omfattet af aftalerne mellem indklagede og AU. Af den samlede bevilling for 2011 på 144,5 mio. kr. udgør udgiften til de opgavekategorier, der er omfattet af klagen, kun ca. 12,4 mio. kr. for 1) »Databasearbejde med applikationer«, ca. 7,5 mio. kr. for 2) »NO-VANA-overvågning« og ca. 7,2 mio. kr. for 3) »Modelprogrammering og

applikationer«. På denne baggrund og ud fra indholdet af aftalerne og de beskrevne opgaver i øvrigt finder klagenævnet, at aftalernes hovedformål er forskning og udvikling.

Der er hverken i udbudsdirektivet eller i tilbudsloven krav om, at eventuelle delelementer i en aftale skal udbydes særskilt ved aftaler som de foreliggende, når sådanne delelementer er af underordnet betydning set i forhold til aftalernes hovedformål. I den foreliggende sag er de opgavekategorier, som klagen vedrører, efter klagenævnets vurdering af underordnet betydning set i forhold til aftalernes hovedformål. Indklagede har derfor ikke været forpligtet til at udbyde eller indhente tilbud på disse opgaver særskilt.

Efter det anførte er ydelserne i aftalerne mellem indklagede og AU undtaget fra udbud efter udbudsdirektivets artikel 16, litra f, og klagenævnet tager derfor ikke påstandene til følge.

Ad påstand 4, 5 og 6

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 – 3 til følge, tager klagenævnet heller ikke disse påstande til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig