

K E N D E L S E

G4S Security Services A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Region Syddanmark
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Den 6. november 2013 iværksatte Region Syddanmark (indklagede) indhentning af tilbud på en kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktionen på Psykiatrisk Afdeling, Middelfart, under Region Syddanmark. Der er mellem parterne enighed om, at der er tale om en bilag II B tjenesteydelse.

Indhentningen af tilbud blev gennemført med forhandling efter direkte henvendelse til 4 potentielle tilbudsgivere uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Den 6. december 2013 meddelte indklagede blandt andre G4S Security Services A/S, at indklagede havde truffet beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Vagt DK A/S.

Klagenævnet har den 24. januar 2014 modtaget en klage fra G4S Security Services A/S (klageren) over tilbudsindhentningen.

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede har principalt påstået sagen afvist og har anmodet om, at afvisningspåstanden udskilles til særskilt behandling.

Klagenævnet har ved brev af 4. februar 2014 udskilt klagerens påstand 1, spørgsmålet om hvorvidt kontrakten har grænseoverskridende interesse, indklagedes afvisningspåstand samt spørgsmålet om betydningen af, at kontrakt er indgået, i relation til påstanden om opsættende virkning, til særskilt behandling. Denne kendelse vedrører alene spørgsmålene herom.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende 11 påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagedes tildeling af den udbudte Kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling i Middelfart, har klar grænseoverskridende interesse i EU, således som dette begreb afgrænses i EU-Domstolens praksis, og at tildelingen derfor var underlagt EUF-Traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens gennemsigtighedsprincip ved ikke gennem offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at have sikret en passende grad af offentliggørelse af den udbudte Kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling i Middelfart.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens ligebehandlingsprincip ved ikke som fastlagt af indklagede i Anskaffelsesbetingelsernes punkt 1.17.1 at have ført forhandlinger med tilbudsgiverne med henblik på at give disse mulighed for afgivelse af reviderede tilbud, og ved således at foretage tildeling til Vagt DK A/S på grundlag af denne virksomheds tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens ligebehandlingsprincip ved at tildele den udbudte kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling i Middelfart til virksomheden Vagt DK A/S uagtet, at denne virksomhed ikke havde nogen erfaring med udførelse af tilsvarende opgaver, og derfor ikke opfyldte indklagedes fastsatte krav til teknisk kapacitet i Anskaffelsesbetingelsernes punkt 1.10.3.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens ligebehandlingsprincip ved at tildele den udbudte kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling i Middelfart til virksomheden Vagt DK A/S uagtet, at denne virksomhed ikke på grundlag af sine reviderede årsrapporter for de seneste to regnskabsår i 2011 – 2012 havde økonomisk og finansiell kapacitet til at udføre den udbudte opgave som krævet af indklagede i Anskaffelsesbetingelsernes punkt 1.10.2.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens gennemsigtighedsprincip ved i Anskaffelsesbetingelserne under punkt 1.20.1 at have fastsat, at point for vurderingen af tilbuddene i henhold til delkriterierne i Kravspecifikationen til underkriteriet ”Kvalitet” ville blive udmålt på en pointskala fra 0 – 5 point, hvor højeste pointtal ville blive tildelt for ”meget tilfredsstillende opfyldelse” og ”opfyldelse af alle konkurrencekrav” uagtet, at tilbudsgiverne ikke under tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud kunne konkurrere på opfyldelse af indklagedes mindstekrav.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens gennemsigtighedsprincip ved først efter tilbudsfristens udløb på diskretionær vis at have fastsat en delpointvægtning på 6,49 % for de 9 ud af 17 delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet”, der i Kravspecifikationen var udpeget som delkriterier med ”særlig vægt”, samt en delpointvægtning på 5,19 % for de resterende 8 delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet” i Kravspecifikationen, uagtet, at tilbudsgiverne ikke havde nogen mulighed for efterfølgende at kontrollere eller i tilbuddet at indrette sig efter indklagedes vægtning af de fastsatte delkriterier.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med EUF-Traktatens gennemsigtighedsprincip ved i Kravspecifikationen at foretage en i praksis udtømmende regulering af udførelsen af den udbudte sikkerhedsfunktion, der udelukkede reel konkurrence blandt tilbudsgiverne i henhold til samtlige fastsatte delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet”, der under udbudsproceduren var vægtet med 65 %.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbudsprocedure i henhold til Håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 2, og herunder indklagedes beslutning af 6. december 2013 om tildeling af den udbudte kontrakt om vare-

tagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling, Middelfart, til Vagt DK A/S.

Påstand 10

Indklagede skal pålægges at erstatte klagers negative kontraktinteresse i form af klagers omkostninger til udarbejdelse af tilbud.

Påstand 11

Klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning i henhold til Håndhævelseslovens § 12, stk. 1.«

Andre oplysninger i sagen:

Inden indklagede iværksatte indhentning af tilbud, foretog indklagede en undersøgelse af, om kontrakten kunne anses for at have en klar grænseoverskridende interesse. Vurderingen er beskrevet nærmere i indklagedes interne arbejdsnotat af 6. september 2013. Det fremgår heraf, at vurderingen er foretaget med udgangspunkt i kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi og det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Inden iværksættelsen af selve tilbudsindhentningen sendte indklagede betingelserne for tilbudsindhentningen (»anskaffelsesmaterialet«) i høring hos fire danske virksomheder:

1. Vagt DK A/S
2. Vagt Fyn ApS
3. G4S Security Services A/S (klageren) og
4. Securitas A/S

De samme fire virksomheder modtog den 6. november 2013 det endelige »anskaffelsesmateriale« med opfordring til at afgive tilbud.

Af »anskaffelsesmaterialet« fremgår blandt andet:

»1 ANSKAFFELSES BETINGELSER

1.1 Indledning

Region Syddanmark indhenter hermed tilbud på sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk afdeling i Middelfart. Se Kontraktbilag 1 for en nærmere beskrivelse af opgavens omfang og vilkår herfor.

Indhentning af tilbud hos udvalgte tilbudsgivere er omfattet af Udbudsdirektivets bestemmelser for bilag IIB-ydelser, som indebærer at aftalens indgåelse vil blive offentliggjort i EU-Tidende samt vilkår for brug af tekniske specifikationer. Kontrakten vurderes af Ordregiver ikke at have klar grænseoverskridende interesse.

...

1.17 Anskaffelsens genstand og form

...

1.17.2 Optioner

Forlængelse af kontraktperioden på samme vilkår

Anskaffelsen omfatter option på kontraktforlængelse 2 gange, hver med op til 12 måneder. I forlængelsesperioden gælder samme kontraktvilkår.«

Af det udkast til kontrakt, der er en del af »anskaffelsesmaterialet«, fremgår det af punkt 7 »Kontraktperioden«, at driftsperioden starter den 1. februar 2014 og er gældende indtil den 31. januar 2016. Der er endvidere udover optionerne en bestemmelse om, at de første 6 måneder af driftsperioden er en prøvetid, indenfor hvilken indklagede kan opsige aftalen med et skriftligt opsigelsesvarsel på 30 dage til den 1. i en måned, hvis samarbejdet ikke forløber tilfredsstillende.

Af den i »anskaffelsesmaterialet« indeholdte kravspecifikation fremgår blandt andet:

»1.4 Vagtperioder

Sikkerhedsfunktionen skal bemannes 24 timer i døgnet med minimum 2- eller 3-holdsskift.

1.5 Antal af personer i sikkerhedsfunktion på psykiatrisk afdeling

Sikkerhedsfunktionen skal være bemandet med en sikkerhedsmedarbejder alle dage året rundt og døgnet rundt.

...

1.7 Udførelse af sikkerhedsopgaven

Sikkerhedsfunktionen skal udelukkende tage sig af skærmmonitorering og opfølgingsopgaver i forbindelser hermed. Opgaverammen for sikkerhedsfunktionen er opsyn med de offentlige fællesområder inde i afdelingen samt områderne uden for afdelingen. ...

Hovedopgaven i sikkerhedsfunktionen er at understøtte den samlede sikkerhedstilgang for Psykiatrisk Afdeling på Østre Hougvej 70 og i tilknytning hertil specifikt:

- At varetage den fysiske sikkerhed af afdelingens yderskal via elektronisk overvågning, så rømninger, indtrængen udefra, smugling af stoffer, tyveri, hærværk, m.m. minimeres.

I forlængelse heraf rummer funktionen desuden følgende delopgaver:

- Kontakte politiet ved alle udvendige hændelser (rømninger/indtrængen/indkast af objekter/hærværk) i forhold til gældende instrukser/forholdsordre
- Holde opsyn med fællesarealer indenfor (fx forhallen, cafeområdet og 1. sal som rummer kontorer, gange og toiletter) og reagere på mistænkelige hændelser i forhold hertil.
- Alarmere internt ved mistænkelige hændelser.
- Iværksætte den interne beredskabsplan for psykiatrisk afdeling på Østre Hougvej 70 i Middelfart og/eller psykiatrisk afdeling på Tejlgaardsparken 101 i Middelfart
- I forbindelse med rundringer skal sikkerhedspersonalet låse ca. 12 døre til natten og låse op om morgenen.
- Varetage "receptionistfunktionen", herunder at rådgive/anvise vej for besøgende, modtage telefonopkald udefra etc.
- Holde opsyn med adgang til afdelingen ved hovedindgangen i dagstiden.

...

2. Kravspecifikation

...

2.1 Mindstekrav til leverandøren

2.1.1 Mindstekrav vedr. lovgivningen

Leverandøren, dennes personale samt materiel til udførelse af sikkerhedsopgaven skal opfylde den gældende lov om vagtvirksomhed:

- Leverandøren skal være i besiddelse af en gyldig autorisation efter Lov om vagtvirksomhed
- Personale, der anvendes i sikkerhedsfunktionen skal have gennemgået et vagtkursus i henhold til Lov om vagtvirksomhed samt have et gyldigt vagt ID.
- Øvrigt personale skal godkendes efter kravene i Lov om vagtvirksomhed

...

2.1.7 Mindstekrav vedr. kompetencer

Leverandøren skal benytte sikkerhedspersonale, der forstår, læser, skriver og taler flydende dansk.

...

2.2 Mindstekrav til leverandørens sikkerhedspersonale

...

2.2.6 Mindstekrav vedr. vagt-ID og sprog

Sikkerhedspersonalet skal kunne fremvise legitimationskort udstedt af Rigspolitiet.

Sikkerhedspersonalet skal forstå, læse, skrive og tale flydende dansk

...

2.3 Mindstekrav til ledelse og tilrettelæggelse af sikkerhedsopgaven

...

2.3.3 Mindstekrav vedr. ledelse

Leverandøren skal have en stedlig dansktalende repræsentant med adresse og telefonnr. i Danmark, som psykiatrisk afdeling i Middelfart kan komme i kontakt med indenfor og udenfor normal arbejdstid.«

Alle de fire virksomheder, der havde fået »anskaffelsesmaterialet« tilsendt, afgav tilbud.

Den 6. december 2013 meddelte indklagede tilbudsgiverne, herunder klageren, at indklagede havde valgt at tildele kontrakten til virksomheden Vagt DK A/S. Kontrakt blev underskrevet den 19. december 2013.

Klageren har som bilag 17 fremlagt en række udbudsbekendtgørelser angående nogle efter klagerens vurdering lignende tjenesteydelseskontrakter, der har været udbudt via EU-tidende. Klageren har i klageskriftet uddraget følgende af udbudsbekendtgørelserne:

EU-tidende	Dato	Ordregiver	Opgave
2009/S 242-346958	16-12-2009	DSB	– Vagtrundering- og tilkald i DSB S-tog samt DSB i resten af landet.
2009/S 247-354621	23-12-2009	ATP Ejendomme A/S	– Vagt og sikkerhed i Aalborg Storcenter. – Tjenesteydelseskategori: nr. 23
2010/S 36-052618	20-02-2010	Ishøj Kommune	– Kommunevagt – Tjenesteydelseskategori: nr. 23 – Vagtrunderinger i Ishøj Kommunes ejendomme.

2010/S 72-108064	14-04-2010	Region Nordjylland	– Udbud vagttjeneste (vægtterundering) til Aalborg Sygehus.
2010/S 184-281462	22-09-2010	Ejerforeningen Odense Banegård Center c/o ATP Ejendomme	– Odense Banegård Center - Udbud af vagt og sikkerhed. – Tjenesteydelseskategori: nr. 23
2010/S 190-290865	30-09-2010	EUC Nord	– EUC Nord - Udbud af vagt og sikkerhed 2010 – Opgaven omfatter udførelse af vægteropgaver - herunder sikring af døre og vinduer - hos EUC Nord
2010/S 203-309930	19-10-2010	TV 2 DANMARK A/S	– Vagt og Receptionstjenester. – Udbuddet omfatter vagt og receptionstjenester til TV 2 DANMARKS adresse i Odense, der ønskes bemandet med én person, alle nætter, hele året i tidsrummet fra kl. 23:00–7:00. – Ydelserne er en kombination af nattevagt og receptionsservice og omhandler følgende opgaver: — Pasning og betjening af telefoner i aften og nattetimerne. — Modtage og registrere TV 2s gæster og besøgende. — Indvendig rundring gange. — Udendørs gående rundring på TV 2s areal. — Taxi bestilling. — Varemodtagelse. — Betjening af alarm – og videoovervågningssystem. — Tilsyn og kontrol med flugt- og adgangsveje.
2011/S 24-038866	04-02-2011	Herning Kommune	– Vagtordning Herning Kommune. – Tjenesteydelseskategori: nr. 23 – Ronderingen [...] – [...] – I det omfang opgaven tillader det skal vagten medtage post, udskifte pærer samt fordele kopipapir til printerrum og lignende. – Herudover skal ordningen omfatte alarmtilkald til kommunale bygninger inden for en radius af 1km fra rådhuset. Der kan i den forbindelse være brug for scooter eller cykel.
2011/S 77-126539	20-04-2011	Vejle Kommune	– Automatiske Indbrudsalarm anlæg samt servicering heraf.
2011/S 118-195021	22-06-2011	Københavns Erhvervsakademi	– Vagt- og sikringsydelser. – Tjenesteydelseskategori: nr. 23 – Dagligt lukketilsyn inkl. forskellige til-

			købsydelser og evt. inkl. option i forhold til yderligere udvendige tilsyn.
2011/S 161-266313	24-08-2011	Økonomistyrelsen	– Rammekontrakt vedrørende indkøb af vagtydelser (vagttaftalen). – Tjenesteydelseskategori: nr. 23
2012/S 33-053486	17-02-2012	Danske Spil A/S	– Vagttjeneste. – Tjenesteydelseskategori nr. 23. – Fast vagtfunktion og en kørende vagtfunktion herunder rundering og alarmudrykning. I den fast vagtfunktion indgår tillige receptionstjeneste for Danske Spil A/S.
2013/S 176-304015	11-09-2013	Aabenraa Kommune	– Vægterkørsel ved modtaget tyveri- alarmmelding, eller razziatilsyn.

Af en mail af 20. februar 2014 fra Aabenraa Kommune fremgår, at der ved sidstnævnte udbud alene blev modtaget to tilbud, begge fra tilbudsgivere med forretningssted i Danmark.

Klageren har som eksempel på, at vagt- og sikkerhedsopgaver i Danmark efter udbud har været tildelt virksomheder i andre EU-lande henvist til udbudsbekendtgørelse 2013/S 180-311477 af 17. september 2013 fra Trafik-selskabet Movia angående en trafikovervågningstjeneste, der blev tildelt Acorel UK Ltd. England. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at den angår »Passenger counting service«.

Parternes anbringender

Ad klagerens påstand 1

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand 1 ikke indeholder en beskrivelse af en regel eller et princip, som indklagede i givet fald skulle have overtrådt, eller en beskrivelse af, hvordan indklagede i givet fald skulle have overtrådt reglen eller princippet. Påstand 1 er således ikke formuleret på en måde, der gør, at påstanden i sig selv kan danne grundlag for en afgørelse fra klagenævnets side. Det, som klagenævnet skal tage stilling til i forhold til delafgørelsen, må derimod være, om klagen i sin helhed – dvs. i realiteten påstandene 2-10 – er omfattet af klagenævnets kompetence. Påstand 1 har således ikke selvstændig betydning, men er reelt alene et anbringende i relation til klagerens øvrige påstande. Det element, der indgår i

klagerens påstand 1 om klar grænseoverskridende interesse, er derimod relevant for indklagedes afvisningspåstand.

Klageren har gjort gældende, at det under klagesagen er nødvendigt, at klagenævnet indledningsvis – for at tage stilling til sin kompetence – påkender spørgsmålet, om den udbudte kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Måtte klagenævnet henstille hertil, er klageren indstillet på at omformulere de nedlagte påstande 2 – 11 således, at det i anbringenderne for hver af disse gøres gældende, at indklagedes tildeling af den udbudte kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktion for Psykiatrisk Afdeling i Middelfart har klar grænseoverskridende interesse i EU.

Ad grænseoverskridende interesse – indklagedes afvisningspåstand.

Klageren har gjort gældende, at den udbudte kontrakt har »klar grænseoverskridende interesse«, og at tildelingen af kontrakten derfor skulle ske i henhold til EUF-Traktatens generelle principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvilket ikke er sket. Bevisbyrden for det modsatte påhviler indklagede, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

EU-Domstolen har i sin praksis om grænseoverskridende interesse for offentlige tjenesteydelseskontrakter om B-ydelser præciseret, at der foreligger »klar grænseoverskridende interesse«, når blot en kontrakt kan have »en vis interesse for en virksomhed beliggende i en anden medlemsstat end den, som den pågældende ordregivende myndighed henhører under«, jf. Domstolens domme af 13. november 2007 i An Post-sagen (sag C-507/03, EU-Kommissionen mod Irland), af 18. november 2010 i sag C-226/09, Kommission mod Irland, af 17. juli 2008 i Brescia-sagen (sag C-347/06 ASM Brescia SpA mod Comune di Rodengo Saiano) og af 13. april 2010 i Wall-sagen (sag C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH). Det forudsættes således ikke, at den grænseoverskridende interesse skal være kvalificeret for så vidt angår udbredelse i markedet eller styrke for den enkelte virksomhed, men derimod blot, at den grænseoverskridende interesse skal være potentiel for enkelte eller flere virksomheder.

Selv kontrakter af ringe økonomisk betydning kan have en klar grænseoverskridende interesse, jf. Domstolens dom af 15. maj 2008 i SECAP (de forenede sager C-147/06 og C-148/06).

Ved vurderingen af den konkrete grænseoverskridende interesse for potentielle tilbudsgivere skal der foretages en indgående vurdering af alle de relevante omstændigheder i forbindelse med den i sagen omhandlede kontrakt, jf. Domstolens dom af 23. december 2009 i Serrantoni-sagen (sag C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl mod Comune di Milano).

Relevante omstændigheder vil bl.a. være den omhandlede kontrakts omfang og opfyldelsessted, jf. Domstolens dom af 19. december 2012 i Università del Salento-sagen (sag C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.).

Ved vurderingen skal der desuden henses til, at tidligere annoncering af udbud af lignende kontrakter på EU-plan skaber en formodning for, at sådanne kontrakter har klar grænseoverskridende interesse jf. Domstolens domme af 13. april 2010, Wall-sagen, af 18. november 2010 i sag C-226/09, Kommission mod Irland og af 17. marts 2011 i Segurança-sagen.

Det bør derimod ikke tillægges betydning, om der konkret har været udenlandske tilbudsgivere, da det afgørende i bedømmelsen må være, om sådanne kontrakter regelmæssigt udbydes i EU-Tidende, hvilket er tilfældet for den type tjenesteydelser, der er omfattet af denne sag, jf. bilag 17.

Det forhold, at en tjenesteydelseskontrakt skal udføres uden for en udenlandsk virksomheds forretningssted, medfører ikke i sig selv, at den konkrete anskaffelse ikke har grænseoverskridende interesse. Det følger i den forbindelse helt naturligt af den fri bevægelse af tjenesteydelser indenfor det indre marked – herunder også ved udvekslingen af tjenesteydelser, der er omfattet af udbudsdirektivets Bilag II A – at denne udveksling i vidt omfang vil ske over landegrænser og uden for virksomhedernes nationale hjemsteder.

På tilsvarende vis er det ganske sædvanligt, at udførelsen af en tjenesteydelseskontrakt kræver kendskab til nationale forhold eller overholdelse af national lovgivning, herunder i form af sprogkrav. Dette forhold taler ikke i sig selv imod grænseoverskridende interesse, allerede fordi en udenlandsk leverandør blot kan ansætte dansktalende personale. Det må tværtimod antages,

at kun hvis kontrakten forudsætter et særligt indgående kendskab til meget komplekse nationale regelsæt, vil krav om nationalt kendskab efter en konkret vurdering føre til, at kontrakten ikke har grænseoverskridende interesse.

Det bestrides, at de fastsatte kontraktvilkår om prøveperiode, opsigelsesvarsel og kontraktperiode skaber en formodning imod, at en udenlandsk virksomhed skulle være interesseret i den udbudte opgave. Det bestrides ligeledes, at en udenlandsk virksomhed, der ikke i forvejen er etableret på det danske marked, almindeligvis skal have sikkerhed for en kontraktperiode på minimum 4-5 år, før det er relevant at overveje at etablere sig på det danske marked.

Kontraktværdien er af indklagede opgjort til 5,5 mio. kr. ekskl. moms, hvilket overskrider tærskelværdien for udbud af bilag II A-tjenesteydelser. Dette taler i sig selv for, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

Det er ikke korrekt, at kravet om 24-timers bemanning af sikkerhedsfunktionen, de stillede sprogkrav samt den geografiske placering af udførelsesstedet skulle indebære, at kontrakten ikke kan udføres af en udenlandsk virksomhed; disse krav ville alle kunne imødekommes ved etablering i Danmark med samtidig ansættelse af dansk bemanning.

Klageren bestrider indklagedes opfattelse, hvorefter de tidligere forudgående offentliggørelser af kontrakter om generelle vagtydelser i Danmark ikke kan tages som udtryk for, at sådanne kontrakter almindeligvis har interesse for udenlandske virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at den indgåede kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse. Klagenævnet har herefter ikke kompetence til at behandle klagen, da tilbudsindhentningsproceduren hverken har været omfattet af udbudsdirektivet, tilbudsloven eller de principper, der kan udledes af EUF-traktaten.

Da der er tale om en bilag II B-tjenesteydelseskontrakt, er det klare udgangspunkt, at der ikke er udbudsretlige forpligtelser forbundet med indgåelsen af kontrakten. EU-lovgiver har således helt bevidst opdelt tjenesteydelseskontrakter i A-ydelser, der ofte vil kunne have grænseoverskridende interesse, og B-ydelser, der henset til deres særlige karakter typisk slet ikke

eller i hvert fald kun i begrænset omfang har grænseoverskridende interesse. Det hører således til undtagelsen, at en kontrakt om en bilag II B-ydelse har klar grænseoverskridende interesse, og det må derfor påhvile den virksomhed, der påberåber sig en klar grænseoverskridende interesse, at bevise, at en sådan interesse konkret har været til stede.

Indklagede foretog inden tilbudsindhentningen en grundig vurdering af, hvorvidt kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse, jf. kriterierne fastslået i EU-domstolens praksis og beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens »Vejledning om køb af B-tjenesteydelser«, og konkluderede herefter, at kontrakten ikke havde en klar grænseoverskridende interesse. Indklagede har således iagttaget sin undersøgelsespligt i forhold til at fastslå, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Det er derfor klageren, der har bevisbyrden for, at indklagede har foretaget en åbenbar fejlsvurdering. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

I forbindelse med vurderingen af, hvem der har bevisbyrden, må det desuden tillægges betydning, at den konkrete virksomhed, der påberåber sig en klar grænseoverskridende interesse, er hjemmehørende i Danmark, og at denne virksomhed blev inviteret til at afgive tilbud og dermed fik mulighed for at komme i betragtning til kontrakten.

At bevisbyrden påhviler klageren, følger endvidere af Domstolens praksis, jf. bl.a. Domstolens dom i sagen C-507/03 - Kommissionen mod Irland.

Kontraktens genstand gør, at den ikke umiddelbart er relevant for virksomheder i andre EU-lande. Der er tale om en tjenesteydelseskontrakt, der modsat situationen i klagenævnets kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod DR, ikke kan udføres fra en udenlandsk virksomheds eget forretningssted, men skal udføres på indklagedes psykiatriske afdeling i Middelfart. Det ligger i opgaven blandt andet, at sikkerhedspersonalet skal alarmere internt ved mistænkelige hændelser, varetage kontakt til politiet ved udvendige hændelser samt varetage receptionistfunktionen og i den forbindelse rådgive og vejlede besøgende/pårørende, jf. kravspecifikationens afsnit 1.7. Denne opgavevaretagelse kræver således i sagens natur en forståelse for de særlige forhold, der gør sig gældende på en dansk psykiatrisk afdeling, samt evnen til at kunne samarbejde med danske interessenter. Endvidere kræver opgaven et kendskab til de danske regler, der regulerer udøvelsen af en sikkerhedsfunktion som den, der konkret er tale om. Der er således i kravspe-

cifikationens punkt 2.1.1 stillet krav om gyldig autorisation efter lov om vagtvirksomhed, ligesom det er et krav, at personale, der anvendes i sikkerhedsfunktionen, skal have gennemgået et vagtkursus i henhold til lov om vagtvirksomhed. Opgaven har således en særlig national karakter, der gør, at den ikke er et naturligt emne for virksomheder i udlandet.

Også de saglige og proportionale sprogkrav, der var opstillet i kravspecifikationens punkt 2.1.7 og 2.3.3, vil indebære, at en udenlandsk virksomhed, der skulle varetage opgaven, formentlig ville være nødsaget til at foretage nyansættelser af danske medarbejdere i forhold til alle bemændinger på kontrakten. Det må have formodningen imod sig, at en udenlandsk virksomhed ville have interesse i at foretage en sådan forretningsmæssig disposition henset til kontraktens karakter og størrelse.

Kontraktens begrænsede varighed, herunder prøveperioden på 6 måneder, taler afgørende imod, at en udenlandsk virksomhed skulle have interesse i at etablere sig i Danmark med henblik på at varetage den konkrete kontrakt. Det må antages, at en udenlandsk virksomhed, der ikke i forvejen er etableret på det danske marked, almindeligvis skal have sikkerhed for en kontraktperiode på minimum 4-5 år, før det overhovedet er relevant at overveje at etablere sig på det danske marked.

Om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse skal alene vurderes i forhold til udenlandske virksomheder, der ikke allerede er etableret på det danske marked, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens »Vejledning om køb af B-tjenesteydelser« side 17, hvor det anføres, at »Den grænseoverskridende interesse vedrører således alene, om en virksomhed i en anden medlemsstat kan have interesse i kontrakten, og ikke om kontrakten kan have interesse for en udenlandsk virksomhed, der allerede driver virksomhed i Danmark.«

Også kontraktens værdi taler imod, at kontrakten har grænseoverskridende interesse. Den anslåede kontraktværdi over en 2-årig periode på 5,5 mio. kr. har ikke kunnet betragtes som en sikker omsætning for leverandøren, idet der er hjemmel i kontrakten til, at indklagede kan opsige den i den indledende 6 måneders prøveperiode. Uanset om værdien anskues over en 2 årig-aftaleperiode, er der ikke tale om en volumen, der peger i retning af klar grænseoverskridende interesse. Klagerens anbringende om, at det forhold, at kontraktens værdi ligger over tærskelværdien for bilag II A-

tjenesteydelser i udbudsdirektivet, sædvanligvis i sig selv vil medføre, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, har ikke støtte i retspraksis. Såfremt det havde været EU-lovgivers intention, at der skulle være reelle udbudsretlige forpligtelser forbundet med indgåelsen af bilag II B-tjenesteydelseskontrakter, der værdimæssigt overstiger tærskelværdien, havde det været oplagt, at dette var blevet reguleret i udbudsdirektivet. Henset til at det er fastlagt i udbudsdirektivets artikel 21, at tjenesteydelseskontrakter, der vedrører bilag II B-tjenesteydelser (og overstiger tærskelværdien) udelukkende er underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4 – og altså ikke artikel 2, der vedrører de generelle udbudsretlige principper – kan det også sluttes modsætningsvis, at der ikke er en direkte sammenhæng mellem tærskelværdien, der er ens for bilag II A og bilag B-tjenesteydelser, og den klare grænseoverskridende interesse.

Kontrakten kan kun udføres ved fysisk tilstedeværelse på indklagedes psykiatriske afdeling i Middelfart. Den psykiatriske afdeling er placeret mere end 100 kilometer fra den tyske grænse og mere end 200 kilometer fra den svenske grænse. De transportomkostninger, der vil være forbundet med at varetage opgaven med udgangspunkt i en udenlandsk virksomheds eget forretningssted, taler således afgørende imod, at der skulle foreligge en klar grænseoverskridende interesse.

De af klageren i bilag 17 omtalte udbudsbekendtgørelser blev alle – bortset fra én – offentliggjort på et tidspunkt, hvor danske ordregivere var underlagt annonceringspligt for bilag II B-ydelser i henhold til tilbudslovens afsnit 2, og hvor det derfor var oplagt, at ordregiverne valgte EU-tidende som platform for iagttagelsen af denne annonceringspligt. At der således tidligere er sket (pligtmæssig) forudgående offentliggørelse af kontrakter om generelle vagtydelser i Danmark, kan efter indklagedes opfattelse ikke tages som udtryk for, at sådanne kontrakter almindeligvis har interesse for udenlandske virksomheder.

Den eneste fremhævede udbudsbekendtgørelse udsendt i 2013, hvor annonceringspligten ikke længere var gældende, blev offentliggjort af Aabenraa Kommune, der er beliggende direkte op til den tyske grænse. Kontrakten, der i øvrigt vedrørte en helt anden type vagtydelser, har derfor i langt højere grad end den af indklagede indgåede kontrakt om varetagelse af en sikkerhedsfunktion kunnet anses for at have haft en klar grænseoverskridende interesse.

Den eneste bekendtgørelse om indgået kontrakt, som klageren har henvist til, vedrører ikke vagtydelser/sikkerhedsfunktion, men en IT-tjenesteydelseskontrakt om trafikovervågningstjenester underlagt fuld EU-udbudspligt. Ved den pågældende kontrakt kunne ydelsen udføres fra den udenlandske tilbudsgiveres eget forretningssted. Bekendtgørelsen er derfor uden relevans for nærværende sag.

Det følger af EU-domstolens praksis som særligt fastslået ved dommen Kommissionen mod Irland, C-507/03, at der skal foreligge en klar grænseoverskridende interesse, før en kontrakt bliver omfattet af de traktatbaserede principper. Det er således ikke tilstrækkeligt, at en indenlandsk virksomhed hævder, at en kontrakt potentielt kunne have interesse for udenlandske virksomheder. Der skal foreligge en mere kvalificeret interesse for udenlandske tilbudsgivere, før kontrakten falder ind under de traktatbaserede principper.

Ad opsættende virkning

Parternes argumenter vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning refereres ikke i denne kendelse, da klagenævnet ikke tager stilling til dette spørgsmål.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstand 1 er efter sit indhold uegnet til at danne grundlag for en afgørelse fra klagenævnet. Påstanden afvises derfor.

Ad påstand 2-11 – grænseoverskridende interesse

Der er mellem parterne enighed om, at den omhandlede ydelse er en tjenesteydelse omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet). Det følger herefter af tilbudslovens § 15 a, stk. 3, modsætningsvis og udbudsdirektivets artikel 21, at udbuddet som udgangspunkt alene er underlagt udbudsdirektivets artikel 23 om tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, om offentliggørelse af, at kontrakt er indgået. Klagerens materielle påstande 2-8 angår ikke disse bestemmelser. Klagerens påstande 2-8 drejer

sig derimod om overtrædelse af de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Påstandene 9-10 forudsætter, at der konstateres en overtrædelse i relation til påstand 2-8. Påstand 11 forudsætter, at der er ud-sigt til, at påstand 9 vil blive taget til følge.

Har en kontrakt klar grænseoverskridende interesse følger det af EU-domstolens praksis som nærmere omtalt i blandt andet klagenævnets kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio, påstand 2, at ordregiveren skal sikre, at udbud af en sådan kontrakt sker under iagttagelse af traktatens grundlæggende betingelser om blandt andet den frie etableringsret og retten til tjenesteydelseernes frie bevægelighed samt de deraf udledte principper om ligebehandling af tilbudsgivere, forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og gennemsigtighed.

Om klageren kan få medhold i påstand 2-11, afhænger herefter indledningsvist af, om den udbudte kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Spørgsmålet herom afgøres efter EU-udbudsreglerne og er derfor omfattet af klagenævnets kompetence, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2.

Hvis kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder de nævnet EU-retlige principper ikke anvendelse, og klagerens påstande 2-11 vil i det tilfælde allerede derfor ikke blive taget til følge.

Den ordregivende myndighed har ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling har grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen heraf skal der foretages en samlet vurdering af alle de omstændigheder, der gør sig gældende i det konkrete tilfælde, herunder kontraktens genstand og anslåede værdi, de særlige forhold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis og lignende), samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Indklagede har foretaget denne vurdering, jf. arbejdsnotatet af 6. september 2013.

Tjenesteydelser, som er omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet, er optaget på bilaget ud fra en antagelse om, at kontrakter vedrørende sådanne tjenesteydelser ikke umiddelbart, i betragtning af deres særlige karakter, frembyder nogen grænseoverskridende interesse. Der må derfor, til fastlæggelse af, at der alligevel foreligger en klar grænseoverskridende interesse, påvises mere end blot en teoretisk potentiel interesse.

Den her omhandlede kontrakt kan alene udføres ved fysisk tilstedeværelse i Danmark, og der er i betingelserne for tilbudsindhentningen stillet et sagligt og proportionalt krav om, at de medarbejdere, der skal udføre opgaven, skal kunne tale og forstå dansk. Der er endvidere stillet krav om, at sikkerhedsfunktionen skal bemannes hele døgnet. Det følger af lov nr. 227 af 3. marts 2010 § 2 og § 7, at udøvelse af vagtvirksomhed i Danmark er betinget af en autorisation hertil, samt af at de enkelte medarbejdere i vagtvirksomheden er godkendt til ansættelse i virksomheden. Kontraktens varighed er som udgangspunkt 2 år, dog med mulighed for forlængelse i yderligere 2 år, men tillige med risiko for en kortere periode. Der foreligger ikke oplysninger om, i hvilket omfang tilsvarende opgaver tidligere er tildelt udenlandske virksomheder. Hertil bemærkes særligt, at de udbudsbekendtgørelser, som klageren har henvist til i bilag 17, alle er udbudsbekendtgørelser vedrørende nogle i karakteren ikke fuldt ud sammenlignelige tjenesteydelser, og alle, undtagen udbuddet i Aabenraa Kommune, er offentliggjort forud for ophævelsen af tilbudslovens tidligere bestemmelse om pligtmæssig offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ved indkøb af bilag II B tjenesteydelser. Der foreligger heller ikke oplysning om, i hvilket omfang der i de i bilaget anførte udbud har været interesse fra udenlandske virksomheder. Det bemærkes videre, at det vedrørende udbuddet i Aabenraa Kommune er oplyst, at der ikke blev modtaget tilbud fra tilbudsgivere uden forretningssted i Danmark.

Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger finder klagenævnet herefter, at den udbudte kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse.

Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge for så vidt angår de øvrige påstand 2-11.

Sagsomkostningerne er fastsat under hensyn til på den ene side omfanget af de problemstillinger, der er rejst under sagen og på den anden side sagens udfald.

Derfor bestemmes:

Påstand 1 afvises.

Klagen tages i øvrigt ikke til følge.

Klageren, G4S Security Services A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Region Syddanmark, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelse af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig