

K E N D E L S E

Intego A/S
(advokat Jens Munk Plum, København)

mod

NRGi Net A/S
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 125-191940 af 29. juni 2010 udbød NRGi Net A/S som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) levering af ca. 150.000 elmålere med tilhørende fjernaflæsningsudstyr i NRGi Net A/S' forsyningsområde. I udbudsbekendtgørelsen er anført, at selve monteringsarbejdet løses in-house via NRGi Net A/S' søsterselskab El:Con El-anlæg A/S.

Denne klagesag drejer sig om dette monteringsarbejde.

Den 15. februar 2012 indgav klageren, Intego A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, NRGi Net A/S. Klagen har været behandlet på et møde den 28. juni 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med omsætningsberegningsreglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 ved

uden at afholde udbud at tildele en kontrakt med installation og montering af 150.000 elmålere til El:Con El-anlæg A/S, idet

- i) indklagede alene har medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der har indgået kontrakter om måleropsætning, uagtet at en række tilknyttede virksomheder udfører samme ydelse i henhold til andre kontrakttyper, og idet
- ii) indklagede alene har medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der udfører samme ydelser i form af måleropsætning, og ikke tillige tilknyttede virksomheder, der udfører lignende ydelser, uanset om dette sker i form af særskilte kontrakter eller i sammenhæng med andre ydelser.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til El:Con El-anlæg A/S.

Påstand 3

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem indklagede og El:Con El-anlæg A/S for uden virkning.

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

Klagenævnet har den 4. juni 2012 meddelt indklagedes kontraktpart, El:Con El-anlæg A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

El:Con El-anlæg A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Om parterne

Klageren udfører rådgivning, projektering, projektledelse, udførelse, dokumentation og indkøring af løsninger inden for det el-tekniske område. Inden for området el-installation og service udfører klageren opgaver som bygningsautomation, nødstrømsanlæg, outsourcing mv. Derudover udfører klageren større projekter vedrørende udskiftning af elmålere for forsyningsvirksomheder. Klageren omsatte i regnskabsåret 2011 for ca. 317 mio. kr.

NRGi A.m.b.a. er moderselskab for NRGi gruppen, hvori indklagede indgår, og El:Con Gruppen A/S, hvori El:Con El-anlæg A/S indgår. Koncernen omsatte i regnskabsåret 2011 for ca. 1.878 mio. kr. Heraf omsatte El:Con Gruppen A/S for ca. 535 mio. kr.

El:Con Gruppen A/S, der består af El:Con Hadsten A/S, Agerkilde A/S, El:Con Grenå A/S, El:Con Horsens A/S, El:Con Århus A/S, El:Con El-Anlæg A/S, El:Con Middelfart A/S og El:Con Hvidovre A/S, driver virksomhed inden for det el-tekniske område. Det fremgår af selskabets hjemmeside, at det i forhold til forsyningsvirksomheder løser opgaver inden for elforsyning vedrørende vedligeholdelse og servicering af installationer samt projekter vedrørende opsætning af elmålere. Endvidere anføres på hjemmesiden:

»El:CON El-Anlæg A/S har med sine afdelinger i Århus, Hornslet, Horsens og på Samsø en mangeårig og indgående erfaring i at installere og vedligeholde elforsynings- og vejbelysningsanlæg. Virksomhedens forretningsmæssige grundlag er på kommercielle vilkår at udøve virksomhed med tilknytning til elforsyningsaktiviteter.«

Sagens nærmere omstændigheder

Klageren anmodede ved brev af 2. november 2010 gennem brancheorganisationen Tekniq Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at vurdere lovligheden af indklagedes direkte tildeling af kontrakten om montering af de 150.000 målerne hos slutbrugerne til El:Con El-anlæg A/S.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsendte den 9. maj 2011 et udkast til vejledende udtalelse i høring hos parterne. Den 27. september 2011 sendte styrelsen ligeledes et – efter det oplyste – udkast til vejledende udtalelse til parterne. Dette udkast indeholder oplysninger om den talmæssige opgørelse og konkluderer følgende:

»El:Con El-anlæg og El:Con Grenaas samlede omsætning for bygge- og anlægsarbejder for årene 2008-2010 udgør således 724.006.585 kr. Heraf hidrører 587.549.928 kr. fra levering af bygge- og anlægsarbejder til virksomheder, de er tilknyttet. Den procentvise omsætning til virksomheder, som de er tilknyttet, udgør således ca. 81,15 pct. af virksomhedernes samlede omsætning for årene 2008-2010.«

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (endelige) vejledende udtalelse af 5. december 2011 indeholder følgende i relation til opfyldelse og opgørelse af omsætningskravet:

»

...

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 2. november 2010 modtaget en klage over, at NRGi Nets aftale om montering af elmålere hos slutbrugerne er tildelt søsterselskabet EL:CON El-anlæg uden forudgående udbud.

Det fremgår af klagen, at NRGi Net har begrundet det forhold, at aftalen ikke har været i udbud, med, at EL:CON El-anlæg er at betragte som en tilknyttet virksomhed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 23.

Det er imidlertid klagers opfattelse, at EL:CON El-anlæg ikke opfylder kriterierne for at være en tilknyttet virksomhed i artikel 23, stk. 1 og ikke opfylder omsætningskravet i artikel 23 stk. 3, hvorfor NRGi Net ikke uden forudgående udbud kan indgå aftale med EL:CON El-anlæg om montering af målere.

Sagens faktiske omstændigheder

NRGi Net har ved udbudsbekendtgørelse af 29. juni 2010 udbudt køb af elektroniske elmålere, jf. udbudsbekendtgørelse nummer 2010/S 125-191940.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at selve monteringen af målerne hos slutbrugerne løses af NRGi Nets søsterselskab EL:CON El-anlæg.

NRGi Net har i skrivelse af 1. marts 2011 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at EL:CON El-anlæg som udgangspunkt er den eneste virksomhed i NRGi-koncernen, som udfører opsætning mv. af målere. I de sjældne tilfælde, hvor EL:CON el-anlæg A/S ikke har mulighed for at foretage den nødvendige opsætning, udskiftning eller reparation af elmålere, er der dog indgået aftale med EL:CON Grenå A/S om udførelsen af disse opgaver.

NRGi Net, EL:CON El-anlæg og EL:CON Grenå er alle 100 pct. direkte eller indirekte ejede af modervirksomheden NRGi a.m.b.a.

...

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal herefter vejledende udtale følgende:

Kontrakt om udførelse af anlægsaktiviteter

I henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b, forstås ved bygge- og anlægsaktiviteter ”kontrakter angående (...) udførelse af arbejder, vedrørende en af de aktiviteter der er defineret i bilag XII (...)”.

I den vejledende CPV-nomenklatur, jf. Kommissionens forordning (EF) nr.213/2008, er ”installation af elarmaturer” opført under afdeling F - Bygge- og Anlægsvirksomhed, som nr. 45311200-2, dvs. i en kategori, som ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XII er rubriceret som en bygge- og anlægsaktivitet.

Idet EL:CON EL-anlægs arbejde for NRGi Net består i opsætning af elmålere, er det på foreliggende grundlag Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der i nærværende sag er tale om en bygge og anlægskontrakt

Tilknyttet virksomhed

...

Omsætningskravet

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, stk. 3, 1. pkt., at betingelsen for at undtage bygge- og anlægskontrakter, der indgås med en tilknyttet virksomhed, fra udbud er, at:

”(...) mindst 80 pct. af den gennemsnitlige omsætning af bygge- og anlægsarbejder, som den tilknyttede virksomhed har haft i løbet af de seneste tre år, hidrører fra levering af bygge- og anlægsarbejder til de virksomheder, den er tilknyttet.”

På baggrund af ordlyden i direktivteksten er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at det er den tilknyttede virksomheds samlede omsætning fra bygge- og anlægsopgaver, der skal lægges til grund ved undersøgelse af om 80 pct.-kravet er opfyldt.

Derimod skal den tilknyttede virksomheds omsætning for tjenesteydelser og vareindkøb ikke inddrages i vurderingen af, om omsætningskravet er opfyldt. I nærværende sag betyder det blandt andet, at omsætning, der stammer fra vedligeholdelse af vejbelysning, ikke skal inddrages i vurderingen, idet der i henhold til de forelagte oplysninger alene er tale om en tjenesteydelse og ikke bygge- og anlægsopgaver.

Når de samme eller lignende bygge- og anlægsaktiviteter, som dem kontrakten vedrører, udføres af mere end én virksomhed tilknyttet ordregiveren, beregnes overnævnte procentsats under hensynstagen til den samlede omsætning af bygge- og anlægsaktiviteter i de tilknyttede virksomheder, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 23, stk.3, sidste punktum.

Det er derimod ikke nødvendigt at inddrage omsætningen for bygge- og anlægsopgaver udført af andre tilknyttede virksomheder i koncernen, når disse virksomheder ikke udfører de samme og lignende bygge- og anlægsaktiviteter, som dem kontrakten vedrører.

Det fremgår af oplysningerne i nærværende sag, at foruden EL:CON El-anlæg udfører også søsterselskabet EL:CON Grenaa A/S opsætning mv. af målere. Ved beregning af, om omsætningskravet er opfyldt, skal både EL:CON El-anlæg og EL:CON Grenaa's omsætning derfor lægges til grund.

NRGi Net har til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst EL:CON El-anlæg og EL:CON Grenaa's samlede omsætning for bygge- og anlægsarbejde for årene 2008-2010 samt deres omsætning fra levering af bygge- og anlægsarbejder til virksomheder, de er tilknyttet.

På det foreliggende grundlag er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den procentvise omsætning til virksomheder, som EL:CON El-anlæg og EL:CON Grenaa er tilknyttet, udgør mere end 80 pct. af virksomhedens samlede omsætning for årene 2008-2010, og at omsætningskravet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 23, stk. 3 derfor er opfyldt i nærværende sag.

Sammenfatning

Det er på det foreliggende grundlag Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at betingelserne for anvendelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 i nærværende sag er opfyldt, og NRGi Net derfor uden forudgående udbud kan tildele kontrakten om montering af el-målere hos slutbrugerne til søsterselskabet EL:CON EL-anlæg uden forudgående udbud.

...

«

Aftalen mellem indklagede og EL:CON El-anlæg A/S blev underskrevet den 11. november 2011.

Det er oplyst, at opsætningen af målerne er påbegyndt primo september 2011 og forventes afsluttet inden den 31. december 2012.

Direktør Jens Frost Mikkelsen, Intego A/S, har afgivet følgende erklæring:

»...

Selskabet drives i ét selskab, der regnskabsmæssigt er opdelt i selvstændige afdelinger for de enkelte geografiske afdelinger. Det markeds-mæssige fokus er det professionelle marked, dvs. erhverv, industri og infrastruktur. Den væsentlige del (ca. 300) af virksomhedens ca. 400 medarbejdere udgøres forsat af elektrikere. Intego omsatte for ca. DKK 317 mio. i seneste regnskabsår.

Virksomhedens omsætning er en blanding af serviceopgaver (tjenesteydelser) og projektopgaver (bygge- og anlægsopgaver). Projektopgavernes omfang varierer meget, men en typisk størrelse er mellem kr. 500.000 og 5.000.000.

Kontrakter

Det kontraktuelle grundlag for alle Integos kontrakter er AB92. De enkelte kontrakter er typisk benævnt "Aftale om el-entreprise" eller "Aftale om fagentreprise - el". Disse kontrakter anvendes af Intego i forbindelse med indgåelsen af alle kontrakter for alle typer arbejde – også målerudskiftning. Som hovedregel kan man derfor ikke udskille kontrakter, der vedrører udskiftning af el-målere fra andre kontrakter. Det er kun i de senere år, at der er set aftaler om "målerudskiftning", idet måler- og lignende arbejder som hovedregel er en del af de almindelige kontrakter.

Stort set alle de kontrakter, som indgås af en el-installationsvirksomhed indeholder elementer af målerudskiftning og andet lignende arbejde. Det skyldes, at denne type af arbejde er grundlæggende for udførelsen af stort set alle el-installationsopgaver. Det betyder, at stort set alle kontrakter, der indgås af såvel Intego som El:Con-selskaber, indeholder elementer af målerudskiftning og lignende arbejde. Det må derfor formodes, at alle virksomheder i El:Con-koncernen - ligesom alle afdelinger af Intego - indgår kontrakter, som indeholder lignende arbejde.

El-målere har generelt en lang levetid. Det betyder, at det kun er en begrænset del af danske el-målere, der bliver udskiftet. Langt størstedelen af de danske el-målere er opsat i forbindelse med opførelsen af den ejendom, hvori el-måleren er placeret. Alle disse el-målere er altså opsat i henhold til kontrakter, der overordnet set vedrører en anden aktivitet end netop målerudskiftning.

Samme eller lignende arbejde

Intego kan konstatere, at alle selskaber i El:Con-koncernen udfører almindelig målerudskiftning og lignende arbejde. I den daglige konkurrence med El:Con oplever vi ikke, at El:Con alene har centraliseret udførelsen af målerarbejde i to selskaber, som El:Con ellers har forklaret i denne sag. Vi oplever tværtimod, at alle selskaber i El:Con-koncernen udfører almindelig målerudskiftning og lignende arbejde.

Almindelig udskiftning af el-målere forekommer, når en el-måler er defekt, eller når et forsyningsselskab har mistanke om, at der er fejl ved den pågældende el-måler.

Det kan dog ikke afvises, at El:Con-koncernen har udskilt serieudskiftning af el-målere til de to omtalte selskaber. Serieudskiftning af el-målere sker, når forsyningsselskaber ønsker at gennemføre et større projekt med udskiftning af el-målere. Opgaven, som denne sag vedrører, er et eksempel på en opgave med serieudskiftning af el-målere.

Arbejdet forbundet med almindelig målerudskiftning er naturligvis det samme, som det arbejde der er forbundet med serieudskiftning af målere, og opgaverne indeholder derfor præcis de samme arbejdsgange.

Serieudskiftninger af el-målere er først blevet aktuelt i forbindelse med introduktionen af teknologi til fjernaflæsning af målere. Intego indgik sin første kontrakt vedrørende serieudskiftning af el-målere i 2004.

De senere år har der desuden været en del arbejde med opsætning af el-målere i form af opsætning af bimålere. Det skyldes, at der er indført en beskatningsregel, som betyder, at der skal opsættes bimålere så man kan måle el-forbrug forbundet med komfortkøl. Bimålere er almindelige el-målere, som opsættes efter forbrugerens hovedmåler, og som bruges til at overvåge forbruget i dele af forbrugerens installation. Arbejdet med opsætning af bimålere er derfor helt naturligt det samme, som det arbejde som udføres ved opsætning af el-målere.

Opsætning af bimålere udføres som en del af almindelig el-installationsvirksomhed, og det har formodningen imod sig, at dette arbejde skulle være centraliseret hos to enheder i El:Con-gruppen. Det samme gælder arbejdet med almindelig målerudskiftning, der jo som omtalt indgår i stort set alle de kontrakter, som el-installationsfirmaer indgår.

Arbejdet med udskiftning af el-målere involverer opgaver, der er helt grundlæggende el-installationsopgaver. De involverede opgaver udføres dagligt af alle el-installationsvirksomheder.

...

Når udskiftning af HPFI-relæer, arbejde i el-tavler, opsætning af bimålere tidligere er fremhævet som eksempler på lignende arbejdsopgaver, var det ud fra en betragtning om, at disse opgaver som minimum må opfattes som lignende opgaver. Det skyldes, at udover arbejdsrutinerne, er også komponenterne der installeres eller skiftes ved denne type opgaver meget lig arbejdet med udskiftning af el-målere.

Sammenligning af Intego og El:CON Gruppen

El:CON er ligesom Intego opstået ved opkøb af el-installationsvirksomheder rundt i landet. Modsat Intego har EL:CON valgt at bibeholde de enkelte geografiske enheder som selvstændige selskaber. Disse er dog samlet i EL:CON Gruppen A/S med NRGi a.m.b.a. som 100 % ejer. Ud over at fungere som moderselskab for de enkelte EL:CON selskaber varetager EL:CON Gruppen en række opgaver for hele EL:CON koncernen, herunder markedsføring, personale, kvalitets sikring samt økonomisk, teknisk og strategisk udvikling (jf. s. 7 i årsrapporten 2011 for EL:CON Gruppen A/S).

EL:CON selskabernes opdeling i selvstændige selskaber kan altså alene betragtes som en regnskabsteknisk foranstaltning, idet væsentlige beslutninger for forretningen jf. ovenstående varetages af EL:CON Gruppen. Dette understøttes af, at adm. direktør i EL:CON Gruppen, Claus Jørgen Søgaard Poulsen, ligeledes er registreret som administrerende direktør i samtlige datterselskaber i gruppen.

El:CON er ligesom Intego landsdækkende, men beskæftiger ca. 570 medarbejdere. Koncernen omsatte i seneste regnskabsår for DKK 2.027 mio., og heraf omsatte El:Con Gruppen for DKK 524 mio.

I forhold til markedet har EL:CON Gruppen og Intego stort set samme tilgang til markedet. Begge betjener det professionelle marked, begge har betydelige aktiviteter indenfor industri og infrastruktur og begge tilbyder stort set de samme ydelser. Dette medfører naturligvis også, at vi konkurrerer på det samme marked og ofte mødes som konkurrenter hos kunder eller på udbudte opgaver. I denne forbindelse kan nævnes kunder som:

...«

Steen Pedersen, El:Con El-anlæg A/S, har afgivet følgende erklæring:

»...

EL:CON El-anlæg A/S' opgaver relaterer sig til traditionelle elforsyningsarbejder, herunder håndtering af el-målere (pkt. 2.1). Målerfunktionen i EL:CON El-anlæg A/S udfører alle opgaver forbundet med håndtering og kontrol af målere. Selve den fysiske udskiftning af måleren er kun en del af den samlede opgave, idet registrering, kontrol og systematisk opbevaring af demonterede målere er ganske omfattende (pkt.3).

Registreringsopgaven i forbindelse med serieudskiftningen er ligeledes meget omfattende, ligesom den systematiske opbevaring af de demonterede målere også udgør en meget stor opgave, som alene udføres af EL:CON El-anlæg A/S for NRGi, og det udføres ikke af andre selskaber i EL:CON Gruppen A/S (pkt. 4 og bilag 1).

El-måleren er NRGi's ejendom (pkt.4), og opgaven kan ikke sammenlignes med traditionelle el-entrepriser, hverken udskiftning af tavler eller HPFI, hvilket Intego A/S gør gældende. Den fysiske opsætning af en måler i forbindelse med ny-installation eller renovering af kundens el-installation er kun en marginal ydelse, der typisk udgør < 1% af den samlede entreprise (pkt. 4). Derimod udgør registrering og håndtering en væsentlig del, og denne opgave udføres udelukkende af EL:CON El-anlæg A/S og EL:CON Grenaa A/S for NRGi.

...

EL:CON El-anlæg A/S, der er en del af EL:CON Gruppen A/S, er etableret i 2005 i forbindelse med, at NRGi a.m.b.a. købte hele el-installationsvirksomheden EL:CON Gruppen A/S. Det nye ejerskab betød, at NRGi's eget udførende enterpriseselskab (anlæg og drift af elforsyning, trafik, gadelys og måler) NRGi Construction A/S blev en del af EL:CON Gruppen A/S, dog som et selvstændigt forretningsområde og selskab, nu med navnet EL:CON El-anlæg A/S.

I forbindelse med fusionen mellem elselskaberne NRGi a.m.b.a og Energi Horsens a.m.b.a., blev aktiviteterne i Energi Horsens' udførende enterpriseselskab, der ligeledes beskæftigede sig med samme kompetenceområde, Infrastruktur (anlæg og drift af el-forsyning, trafik, gadelys og måler), som NRGi Construction A/S, overført til EL:CON El-anlæg A/S.

Denne struktur er videreført således, at EL:CON El-anlæg A/S i dag fortsat primært beskæftiger sig med de særlige kompetenceområder (Infrastruktur), der relaterer til elforsynings opgaver for elselskabet NRGi.

EL:CON El-anlæg A/S beskæftiger sig som nævnt med etablering, samt drift og vedligeholdelse af tekniske infrastruktur anlæg, herunder elforsyning 0,4 - 60kV, målere håndtering, vejbelysning, trafiksignal og intelligente trafiksystemer samt fibernetværk. EL:CON El-anlæg har

130 ansatte fordelt på vores tre lokationer i Hornslet, Aarhus og Horsens.

...

Den resterende del af EL:CON Gruppen A/S, beskæftiger sig med elinstallationer i mere traditionel forstand inden for kompetenceområderne:

El-installation

Klima og energi

Sikring

Indeklima

Kommunikation

Automation

Termografering

CNC og maskiner

Denne del af EL:CON Gruppen A/S er opdelt i fem regionale selskaber, samt et særligt kompetencecenter, der er geografisk adskilte og med ovenstående kompetenceområder. Selskaberne er en videreførelse og udvikling af de selskaber, der indgik i EL:CON Gruppen A/S, inden NRGi a.m.b.a. købte virksomheden, dog med enkelte tilkøb.

...

Hver af de oplistede regioner og kompetencecentre er selvstændige forretningsenheder med eget CVR-nummer og bestyrelse. Virksomhederne har en udpræget grad af selvstændighed, hvilket bl.a. gør sig gældende ved, at flere af selskaberne har egen strategi indenfor deres særlige kompetenceområder, herunder EL:CON El-anlæg A/S.

Beskrivelse af Målerfunktionen

Som det fremgår af ovenstående beskrivelse og diagrammer, har EL:CON El-anlæg A/S (tidl. NRGi Construction A/S) altid udført opgaver, der relaterer til elforsyning, herunder håndtering af el-målere. Opgaven vedr. måler-håndtering, som beskrevet nedenfor, er udført af EL:CON EL-anlæg A/S, mens EL:CON Grenaa A/S har udført lignende el-forsyningsopgaver i mindre omfang indenfor tidligere Grenaa Kommunes geografiske område. Ingen af de øvrige selskaber i EL:CON Gruppen A/S beskæftiger sig med el-forsyningsopgaver i relation til NRGi.

EL:CON El-anlæg A/S og EL:CON Grenaa A/S har, som de eneste selskaber i EL:CON Gruppen A/S, altid udført opgaver i relation til Målerfunktionen for NRGi. Disse opgaver er:

Ind-/udlevering af målere til elinstallatører

Registrering af målernummer og installationsnummer

Registrering af målerstand, installationsforhold

Opdatering af målerkartotek
 Kontrol af målerinstallation
 Statisk målerkontrol, herunder udskiftning af målere
 Afprøvning af målere
 Reparation af målere
 Udlæsning af spændingsanalyse
 Systematisk oplagring af målere

Forskellighed i opgaverne

Elmålere har generelt en lang levetid (>30 år). Langt størstedelen af de danske elmålere er opsat i forbindelse med opførelsen af den ejendom, hvori elmåleren er placeret. Målerne er elforsyningsselskabernes ejendom, og typisk er der lavet aftale med elinstallatørerne om, at opsætning af disse målere sker som led i el-entreprisen i forbindelse med opførelsen af ejendommen. Baggrunden for at elinstallatøren monterer måleren er, at arbejdsgangen lettes for elinstallatøren, der dermed ikke skal booke en tid til montage af måleren hos elselskabet, og at kunden derved hurtigere kan blive tilsluttet el-nettet.

...

Typisk vil arbejdet med opsætning af målerne tage ganske få minutter (max. 5-10 minutter). Arbejdet med opsætning af elmålerne er således en marginal ydelse i forhold til de øvrige aktiviteter, der typisk er omfattet af en traditionel el-entreprise.

I forbindelse med indførelsen af teknologien til fjernaflæsning af målere blev der for en række forsyningsselskabers vedkommende truffet beslutning om at foretage serieudskiftninger af elmålere mv. i eksisterende ejendomme.

Frem for at opsætningen/udskiftningen af en elmåler har været led i en elinstallationsentreprise i forbindelse med en bygnings opførelse, har serieudskiftninger af elmålere været en separat ydelse/et separat arbejde med sin egen kontrakt.

Serieudskiftning af elmålere omfatter typisk mellem 50.000 og 400.000 installationer, og en aftale om serieudskiftninger af elmålere har helt andre karakteristika og ydelser end en traditionel el-entreprise.

...

Som det fremgår af beskrivelsen af opgaven, stilles der store krav til registrering og systematik, hvilket Målerfunktionen i EL:CON El-anlæg A/S har rigtig mange års erfaring med. Denne type registreringsarbejder

er ikke en opgave som traditionelle el-installatører udfører, og den adskiller sig en del fra "bare" at være en normal montageopgave.

...«

Jens Frost Mikkelsen og Steen Pedersen har desuden afgivet supplerende forklaringer. Det er heraf fremgået, at der kræves en særlig efteruddannelse af den installatør, der foretager serieinstallation. Uddannelsen varer 2 timer.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har indledningsvis gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 som en undtagelse fra den generelle udbudspligt må fortolkes snævert. Bestemmelsen må fortolkes efter sit formål, som er at give virksomheder, der anses for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, adgang til at organisere sine stabsfunktioner på en hensigtsmæssig måde. Dette fremgår af bestemmelsens forarbejder og er også baggrunden for, at bestemmelsen oprindeligt kun omfattede tjenesteydelser. Bestemmelsens formål er derimod ikke at give virksomheder, der anses for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, adgang til at tildele kontrakter til tilknyttede virksomheder, der i øvrigt opererer på markedsvilkår.

Klageren har i øvrigt gjort gældende, at betingelserne for at anvende forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 ikke kan anses for opfyldte, herunder at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse ikke kan lægges til grund, idet det på grundlag af nye faktiske oplysninger må anses for overvejende sandsynligt, at også andre selskaber i El:Con Gruppen A/S end El:Con El-anlæg A/S og El:Con Grenaa A/S skal indgå i opgørelsen som »tilknyttede virksomheder«, idet de udfører installation af elmålere. Klageren har herved henvist til, at klageren har deltaget i mindst tre udbud vedrørende opsætning af elmålere, hvor også El:Con Holstebro A/S har deltaget. Installation af elmålere er en aktivitet, som grundlæggende er en fuldstændig standardmæssig ydelse for en elinstallationsvirksomhed, og målerinstallation foregår ikke alene ved opsætning af målere for forsyningsvirksomhederne (netvirksomhederne), men også inden i brugernes installationer, eksempelvis som særskilte målere på procesanlæg mv.

Artikel 23 skal ikke fortolkes således, at alene virksomheder i El:Con Gruppen A/S, som udfører identiske ydelser i form af »måleropsætning«, udgør en »tilknyttet virksomhed«. Men selv hvis det måtte være tilfældet, skal også andre virksomheder i El:Con Gruppen A/S end El:Con El-Anlæg A/S og El:Con Grenaa A/S, nemlig bl.a. El:Con Holstebro A/S, anses for tilknyttede virksomheder. Omsætningskravene i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 har derfor ikke været opfyldte, da indklagede tildelte kontrakten til El:Con El-anlæg A/S.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede ikke har opgjort den procentvise omsætning korrekt, idet indklagede kun har inkluderet tilknyttede virksomheder, der udfører identiske aktiviteter, nemlig »opsætning af målere«. Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 skal således tilknyttede virksomheder, der udfører samme eller *lignende* ydelser tages i betragtning ved beregninger af den gennemsnitlige omsætning. Sådanne lignende ydelser leveres af andre selskaber i El:Con Gruppen A/S end de to selskaber, som indklagede har inkluderet i beregningen til brug for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Ved lignende ydelser må som minimum forstås ydelser, hvor udbuds- og efterspørgselsstrukturerne er sammenlignelige med kontraktens ydelse. Udtrykket omfatter som udgangspunkt derfor alle ydelser omfattet af den relevante CPV-reference, 45311200-2 - »installation af elarmaturer«, det vil antagelig sige alle selskaber i El:Con Gruppen A/S.

Eksempelvis er arbejde vedrørende udskiftning af HPFI-relæer, arbejde med eltavler og opsætning af bimålere omfattet af udtrykket »lignende ydelser«.

En korrekt fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 fører til, at alle selskaber i El:Con Gruppen A/S, der udfører installation af elektrisk udstyr, herunder udskiftning af HPFI-relæer, arbejde med eltavler og opsætning af bimålere, skal inkluderes i beregningen af, om omsætningskravet er opfyldt. Dette gælder, uanset hvordan udførelsen af de pågældende ydelser er organiseret, herunder om det er sket i henhold til kontrakter med samme karakteristika.

Kontrakten med EL:Con El-anlæg A/S er først indgået 16 måneder efter, at tildelingsbeslutningen var truffet. Med overtagelsen af El:Con Holstebro

A/S blev indklagedes omstændigheder ændret væsentligt i forhold til omstændighederne på tildelingstidspunktet. Indklagede var derfor forpligtet til at revurdere, om omsætningskravene var overholdt.

Klageren har henvist til den direkte ordlyd af bestemmelsen og til bestemmelsens forarbejder. Det fremgår således af Europa-Parlamentets 2. behandling af forslag til direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, at ordlyden af forløberen til den nuværende bestemmelse er ændret fra »samme eller identiske« til »samme eller lignende«.

Endelig har klageren gjort gældende, at reale betragtninger ligeledes fører til, at også »lignende ydelser« skal indgå i afgrænsningen af, hvilke tilknyttede virksomheder i en koncern som skal medgå i beregningen af 80/20-opgørelsen, idet det afgørende hensyn er at sikre, at alle de koncernselskaber, som markedsfører den pågældende type af ydelse eksternt, og ikke bare optræder som intern leverandør, indgår i beregningen. Dette er desuden i overensstemmelse med den ulovbestemte in-house regel, hvorefter karakteren af ydelserne og formelle kontraktforhold ikke er afgørende.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at antage, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 alene finder anvendelse ved en ordregivende myndigheds organisering af stabsfunktioner. Tværtimod er den nuværende udformning af artikel 23 på baggrund af bestemmelsens ordlyd og betragtning 32 i præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet udtryk for en erkendelse af, at det generelt af hensyn til organiseringen af en forsyningsvirksomhed kan være relevant at udskille ikke alene stabsfunktioner, men også funktioner, der opererer inden for blandt andet bygge- og anlægsbranchen, i særskilte selskaber.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, at den tilknyttede virksomheds gennemsnitlige omsætning ikke skal vurderes i forhold til virksomhedens samlede omsætning, men alene i relation til omsætningen af tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder alt afhængig af, om den indgåede aftale er en indkøbsaftale, en tjenesteydelsesaftale eller en bygge- og anlægsaftale.

Det er derfor ikke korrekt, når det i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 5. december 2011 lægges til grund, at 80 % kravet skal bereg-

nes i forhold til virksomhedens samlede omsætning i henholdsvis tjenesteydelseskontrakter, indkøbskontrakter eller bygge- og anlægskontrakter uanset arten af de ydelser, der leveres under de forskellige kontrakter.

Formuleringen af artikel 23, stk. 3, indikerer, at det afgørende ved beregning af omsætningskravet ikke er virksomhedernes samlede omsætning, eksempelvis tjenesteydelser generelt, men derimod den samlede omsætning af »samme eller lignende tjenesteydelser«. Dette følger også af betragtning 32 i præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Om omsætningskravet er opfyldt, skal udelukkende afgøres i forhold til virksomhedens samlede omsætning af samme eller lignende ydelser, og således ikke som anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 5. december 2011 på baggrund af virksomhedens generelle omsætning af bygge- og anlægsopgaver.

Indklagede har imidlertid i forbindelse med tildelingen af kontrakten vedrørende installation og montering af 150.000 elmålere til EL:Con El-anlæg A/S uden forudgående udbud overholdt omsætningskravene i udbudsdirektivets artikel 23, selv om Konkurrence og Forbrugerstyrelsens opfattelse lægges til grund, og der derfor sker opgørelse på baggrund af EL:Con El-anlæg A/S' og EL:Con Grenaa A/S' samlede omsætning inden for bygge- og anlægsopgaver, og ikke blot på baggrund af EL:Con El-anlæg A/S' og EL:Con Grenaa A/S' samlede omsætning af lignende ydelser.

EL:Con Holstebro A/S (tidligere Agerkilde A/S) blev overtaget af EL:Con Gruppen A/S den 15. juni 2010. Forud herfor havde virksomheden ikke beskæftiget sig med særskilte kontrakter vedrørende opsætning af elmålere eller for den sags skyld varmemålere. Omsætningen fra El:Con Holstebro A/S skal derfor ikke indgå i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt indklagede i forbindelse med sin tildeling af kontrakten vedrørende installation og montering af 150.000 elmålere til EL:CON El-anlæg A/S i 2010 opfyldte omsætningskravene. De udbud, som El:Con Holstebro A/S har deltaget i, og som klageren henviser til, har alle fundet sted i 2011.

Indklagede bestrider ikke, at installation af elmålere er en aktivitet, som grundlæggende er en fuldstændig standardmæssig ydelse for en elinstallationsvirksomhed, og at målerinstallation ikke alene foregår ved opsætning af målere for forsyningsvirksomhederne (netvirksomhederne), men også inden

i brugernes installationer. Indklagede bestrider heller ikke, at flere virksomheder i EL:Con Gruppen A/S foretager installation af forbrugsmålere, herunder elmålere, i forbindelse med udførelse af bygge- og anlægsarbejder.

Indklagede bestrider derimod, at omsætningen fra virksomheder, der alene udfører installation og montering af forbrugsmålere, herunder elmålere, som led i udførelsen af en sædvanlig bygge- og anlægsopgave, skal medregnes ved opgørelse af omsætningskravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23.

Ved »samme eller lignende« ydelser som omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, stk. 3, må således forstås kontrakter med samme karakteristika som den kontrakt, der undtages fra udbud i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23.

Det forhold, at der i forbindelse med udførelse af en hovedentreprise eller fagentreprise som led i opgavens udførelse udføres et mindre arbejde med opsætning af en elmåler til det pågældende byggeri, fører ikke til, at den pågældende entreprise-kontrakt kan anses som »samme eller lignende« ydelse som en kontrakt om installation og montering af 150.000 elmålere.

Værdien af arbejdet med montering og installation af elmålere i forbindelse med en typisk fagentreprisekontrakt omfattende el-arbejdet i et bygge- og anlægsprojekt udgør typisk væsentligt under 1 % af kontraktens samlede værdi.

Den aftale, som indklagede og El:Con El-anlæg A/S har indgået om installation og montering af 150.000 elmålere, adskiller sig i øvrigt - ud over at være begrænset til installation og montering af elmålere - fra traditionelle fagentrepriser derved, at en væsentlig del af opgaven er registrering af dokumentation, en opgave, som traditionelt ikke varetages af eksterne elinstallatører.

Indklagede har således gjort gældende, at vurderingen af, hvorvidt en ydelse skal anses som den samme eller lignende ydelse, skal foretages på kontrakt-niveau.

Tilsvarende adskiller arbejder med udskiftning af HPFI-relæer, arbejde med el-tavler og opsætning af bimålere sig væsentligt fra installation og monte-

ring af elmålere, hvorfor omsætningen fra virksomheder, der beskæftiger sig med disse ydelser, allerede af denne grund ikke skal indgå i opgørelsen. Hertil kommer, at arbejder med udskiftning af HPFI-relæer, arbejde med el-tavler og opsætning af bimålere tilsvarende alene indgår som mindre elementer i forbindelse med udførelse af større fagentrepriser.

Ingen af selskaberne i El:Con Gruppen A/S har indgået selvstændige kontrakter om udførslen af de anførte arbejder, hvorfor arbejder med udskiftning af HPFI-relæer, arbejde med el-tavler og opsætning af bimålere heller ikke kan anses for at udgøre samme eller lignende kontrakter i forhold til den indgåede kontrakt mellem NRGi Net A/S og El:Con El-anlæg A/S vedrørende installation og montering af 150.000 elmålere.

Endelig har indklagede henvist til, at det af EU-Domstolens dom i C-340/04, Carbotermo SpA, fremgår, at anvendelsesområdet for forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 ikke udvides til udbudsdirektivet. Heraf følger omvendt også, at anvendelsesområdet for den ulovbestemte in-house regel ikke kan medføre en indskrænkning for anvendelsesområdet for artikel 23.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den overtrædelse, der er omfattet af påstand 1, fører til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det følger af § 17, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., at klagenævnet skal erklære indklagedes kontrakt med El:Con El-Anlæg A/S for uden virkning for alle fremtidige leverancer. Klagenævnet skal fastsætte en frist herfor samt pålægge indklagede en økonomisk sanktion.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet er det i betragtning 32 anført:

»Det er nødvendigt at udelukke visse kontrakter vedrørende tjenesteydelser, leverancer og bygge- og anlægsarbejder, der tildeles en tilknyttet virksomhed, hvis hovedaktivitet er at præstere disse tjenesteydelser, leverancer eller arbejder til den sammenslutning, virksomheden er tilknyttet, og ikke at markedsføre dem. Det er også nødvendigt at udelukke visse kontrakter vedrørende tjenesteydelser, leverancer og bygge- og anlægsarbejder, som ordregiveren har tildelt et joint venture, der består af flere ordregivere, med henblik på udøvelse af de i dette direktiv omhandlede aktiviteter, og som den deltager i. Det er dog nødvendigt at undgå, at denne udelukkelse faktisk skaber konkurrenceforvridning til fordel for de virksomheder eller joint ventures, som er tilknyttet ordregiverne; der bør fastsættes et passende regelsæt, især vedrørende grænser for, hvor stor en del af omsætningen virksomhederne må skaffe fra markedet, således at de, når denne grænse er nået, mister muligheden for at få tildelt kontrakter uden udbud, og vedrørende sammensætningen af joint ventures og stabiliteten i forbindelserne mellem disse joint ventures og de ordregivere, som de består af.«

Artikel 23 i forsyningsvirksomhedsdirektivet lyder:

»Stk. 1. I denne artikel forstås ved »tilknyttet virksomhed« en virksomhed, hvis årsregnskaber er konsolideret med ordregiverens årsregnskaber i overensstemmelse med kravene i Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13. juni 1983 udarbejdet på grundlag af traktatens artikel 44, stk. 2, litra g), om konsoliderede regnskaber, eller, når det drejer sig om virksomheder, der ikke er underlagt dette direktiv, en virksomhed, som ordregiveren direkte eller indirekte kan udøve bestemmende indflydelse på som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), eller som kan udøve bestemmende indflydelse på ordregiveren, eller som sammen med ordregiveren er underkastet en anden virksomheds bestemmende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.

Stk. 2. På de betingelser, der fremgår af stk. 3, finder dette direktiv ikke anvendelse på kontrakter:

a) som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed

...

Stk. 3. Stk. 2 finder anvendelse på

a)...

b)...

c) bygge- og anlægskontrakter, hvis mindst 80 % af den gennemsnitlige omsætning af bygge- og anlægsarbejder, som den tilknyttede virksomhed har haft i løbet af de seneste tre år, hidrører fra levering af bygge- og anlægsarbejder til de virksomheder, der er tilknyttet.

...«

Artikel 23, stk. 3, sidste led, indeholder denne bestemmelse:

»Når de samme eller lignende tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder udføres af mere end én virksomhed tilknyttet ordregiveren, beregnes ovennævnte procentsatser under hensyntagen til den samlede omsætning af hhv. tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder i de tilknyttede virksomheder.«

Det bemærkes - som også anført af klageren - at formuleringen »samme eller lignende tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder«, der blev indført i forbindelse med vedtagelsen af det nugældende forsyningsvirksomhedsdirektiv, erstatter den tidligere formulering af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13, der omfattede »samme eller identiske« ydelser.

Der er mellem parterne for klagenævnet enighed om, at El:Con El-anlæg A/S – ligesom samtlige andre selskaber i NRGi-koncernen - er en tilknyttet virksomhed til NRGi Net A/S, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, stk. 1.

Sagen vedrører derfor udelukkende opgørelsen af omsætningskravet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, stk. 3.

Efter bestemmelsens ordlyd skal omsætningskravet vurderes samlet inden for hver anskaffelseskategori (varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder) uden hensyntagen til den nærmere karakter af eller sammenhængen mellem de forskellige anskaffelser inden for hver kategori. Bestemmelsens forarbejder, formål og karakter af en undtagelsesbestemmelse understøtter ligeledes denne fortolkning. En modsat rettet fortolkning må desuden antages at indebære risiko for konkurrenceforvridning.

Der er herefter ikke grundlag for indklagedes synspunkter om, at alene særskilte kontrakter om serieinstallation af elmålere skal indgå i beregningen, og – som følge af dette synspunkt – at alene omsætningen vedrørende kontrakter med El:Con El-anlæg A/S og El:Con Grenaa A/S om serieopsætning af elmålere skal indgå i beregningen.

Klagenævnet har ikke til brug for sin afgørelse efterspurgt regnskabsoplysninger, som ikke er indgået i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sagsbehandling. Det er imidlertid ubestridt, at samtlige virksomheder i El:Con Gruppen A/S udfører opgaver omfattet af den relevante CPV-reference, 45311200-2 »installation af elarmaturer«, som må antages at være »samme eller lignende« tjenesteydelser, jf. artikel 23, stk. 3, sidste led.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nåede med en beregning, der alene inddrog 2 af de tilknyttede virksomheder, frem til, at omsætningen til tilknyttede virksomheder udgjorde ca. 81,15 %.

Klagenævnet finder det herefter ubetænkeligt på grundlag af de foreliggende oplysninger at lægge til grund, at omsætningskravet, der i medfør af artikel 23, stk. 3, sidste led, skal beregnes under hensyntagen til den samlede omsætning af hhv. tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder i alle de tilknyttede virksomheder, ikke er opfyldt.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Da indklagede ikke har afholdt udbud, giver det ikke mening at tage stilling til en selvstændig påstand – ud over påstand 1 og 3 – om annulation af en »tildelingsbeslutning«.

Påstanden afvises derfor.

Ad påstand 3

Det er fastslået ad påstand 1, at indklagede i strid med udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Efter § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. skal en sådan kontrakt erklæres for uden virkning, medmindre ordregiveren har anvendt proceduren i lovens § 4.

Indklagede har ikke anvendt proceduren i § 4, og betingelserne for at erklære kontrakten for uden virkning er derfor opfyldt.

En kontrakt erklæres efter lovens § 18, stk. 1, 1. pkt., for uden virkning for alle fremtidige leverancer, og klagenævnet finder ikke grundlag for i medfør af § 18, stk. 1, 2. pkt., at fravige denne regel.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art, projektets stade og hensynet til afviklingen af kontrakten.

Herefter erklæres kontrakten for uden virkning fra den 20. september 2012. Efter § 18, stk. 2, nr. 3, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion.

Da indklagede ikke er omfattet af § 19, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., skal klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, indgive politianmeldelse. Anmeldelsen indgives ved fremsendelse af denne kendelse dags dato.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med omsætningsberegningsreglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 ved uden at afholde udbud at tildele en kontrakt med installation og montering af 150.000 elmålere til El-Con El-anlæg A/S, idet

- i) indklagede alene har medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der har indgået kontrakter om måleropsætning, uagtet at en række tilknyttede virksomheder udfører samme ydelse i henhold til andre kontrakttyper, og idet
- ii) indklagede alene har medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der udfører samme ydelser i form af måleropsætning, og ikke tillige tilknyttede virksomheder, der udfører lignende

ydelser, uanset om dette sker i form af særskilte kontrakter eller i sammenhæng med andre ydelser.

Det pålægges indklagede, NRGi Net A/S, at bringe kontrakten af 11. november 2011 med El:Con El-anlæg A/S om installation og montering af elmålere til ophør med virkning fra den 20. september 2012.

Påstand 2 afvises.

Indklagede, NRGi Net A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Intego A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig