

K E N D E L S E

Michael Wulff A/S
og
Philips Danmark A/S
(advokat Kåre Wanscher, København)

mod

Rebild Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbrev af 21. marts 2014 iværksatte indklagede, Rebild Kommune, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) af en entreprise om omlægning af kommunens gade- og stibelysning til en LED-belysning, om drift og vedligeholdelse af det eksisterende anlæg i 2 år og drift og vedligeholdelse af det nyetablerede anlæg i 3 år med mulighed for forlængelse af kontrakten med op til 2 gange ét år. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud” med underkriterierne pris, funktionalitet og lysteknisk beregning med vægtingen henholdsvis 60 %, 30 % og 10 %.

Udbudsbrevet, udbudsbetingelserne, tilbudsliste og 2 rettelsesblade blev sendt til Michael Wulff A/S og 5 andre virksomheder med opfordring til at afgive tilbud.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. april 2014 havde Michael Wulff A/S og 4 andre virksomheder afgivet tilbud. Ved tilbudsåbnin-

gen blev tilbuddet fra Michael Wulff A/S anset for ukonditionsmæssigt, da selskabet ikke havde vedlagt en tidsplan for levering af armaturer som krævet i udbudsbetingelserne. Den 15. april 2014 besluttede Rebild Kommune at indgå kontrakt med N.T. El-service, Lars Jacobsen ApS og Haverslev-El, hvis tilbud var blevet anset for det økonomisk mest fordelagtige.

Den 12. juni 2014 indgav Michael Wulff A/S sammen med Philips Danmark A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Rebild Kommune. Klagen støttedes på, at udbuddet burde være sket efter udbudsdirektivet, og at det var med urette, at tilbuddet fra Michael Wulff A/S var afvist som konditions-mæssigt.

Michael Wulff A/S og Philips Danmark A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at foretage udbud efter tilbudsloven og ikke efter EU-udbudsdirektivet og ved at beskrive kontraktens genstand som en ”entreprise”, uagtet at kontrakten med en samlet værdi på over 20 mio. kr. primært vedrører levering af varer og vedligeholdelse, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra c).

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og med reglerne om kriterier for tildeling af kontrakter, jf. udbudsdirektivets artikel 53 og tilbudslovens § 8, ved at have afvist Michael Wulff A/S’ tilbud uden gyldig grund.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Rebild Kommunes ulovlige beslutninger.

Michael Wulff A/S har taget forbehold for senere i forbindelse med klagenævnets behandling af sagen at nedlægge yderligere påstande, herunder påstand om erstatning for det tab, selskabet har lidt.

Rebild Kommune har påstået klagen fra Philips Danmark A/S afvist (påstand A), og har i øvrigt påstået, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I et ”udbudsbrev” af 21. marts 2014 hedder det bl.a.:

”Tildelingskriterier

...

Vægtning

...

Funktionalitet:

Funktionalitet vurderes på baggrund af de [i] afsnit 10.4 nævnte minimumskrav til alle armaturer og point fordeles efter følgende skala

...

Tilbuddets indhold:

Tilbuddet skal indeholde følgende:

- Udfyldt og underskrevet tilbudsliste (alle poster skal være udfyldt).
- Entydig beskrivelse af armaturvalg ...
- Lydtekniske beregninger som angivet under punkt. 10.5 i beskrivelsen.
- Underskrevet tro og love erklæring.

Overordnet tidsplan:

Alle armaturer i Rebild Kommune skal være udskiftet senest den 31. december 2015, se endvidere beskrivelsen punkt. 11.0.”

I udbudsbetingelserne af 21. marts 2014 er anført følgende:

”1 GENERELT

1.1. Omfang

Opgaven omfatter demontering af de eksisterende armaturer, levering og opsætning af nye armaturer samt drift og vedligeholdelse af gadebelysningsanlæg på veje, stier og pladser i Rebild kommune. Gadebelysningsanlægget omfatter belysningsanlæg på kommunale veje, stier og pladser samt på private fællesveje – og stier ...

Anlægget omfatter:

- Lyskilder
- Armaturer
- Master
- Forsyningsnet
- Målerskabe

Den samlede opgave omfatter:

- Levering af nye LED-armaturer
- Levering af gadebelysning
- Levering af effektbelysning
- Drift og vedligeholdelse af gadebelysningsanlægget
- Udførelse af nyanlæg
- Udførelse af eftersyn af anlæggene
- Vedligeholdelse af dokumentation for anlægget

Gadebelysning på private fællesveje er kun omfattet med hensyn til levering af el og vedligeholdelse af lyskilde.

Der er tale om i alt ca. 7.000 master, der pt. hører under gadebelysningsanlægget.

Entreprisegrænsen er belysningsanlæggets tilslutningspunkt til elmålere i målerskabe. Målerskab med indhold – ekskl. måler – er således med i entreprisen.

Vedligeholdelse af trafiksignalanlæg er ikke omfattet af opgaven.

Julebelysning er ikke omfattet af opgaven.

1.1 Data for gadebelysningsanlæg

Anlægget omfatter følgende hovedmængder primo 2012:

Master på veje, stier og pladser: ca. 7.000 stk.

...

1.2. Grundlag for entreprisen

Alle arbejder med installationer skal udføres af autoriseret elinstallatør.

...

1.4 Materialer

Entreprenøren skal levere alle materialer.

...

1.5 Eksisterende ledninger

Forinden udførelse af arbejder med risiko for beskadigelse af kabler og ledninger i jorden skal entreprenøren indhente ledningsoplysninger hos ledningsejere via LER ...

3 Vagtordning, eftersyn og udbedring

Entreprenøren skal modtage fejlrapportering fra kommunens borgere ...

Ved alvorlige defekter, hvor master og kabler er til fare for trafikken, kaldes entreprenøren ud straks. ...

Entreprenøren skal 3 gange om året, henholdsvis i september, i december og i marts kontrollere gadebelysningsanlægget på alle trafikveje og fordelingsveje samt større vejkryds for defekter og foretage registrering om udbrændte lyskilder, og øvrige defekter og vedligeholdelsesbehov. Entreprenøren skal straks foretage udskiftning af udbrændte lyskilder.

...

Eftersynet skal også omfatte masters fysiske/kvalitetsmæssige tilstand.

...

4 Drift og vedligeholdelse af gadebelysningsanlæg

...

4.1.1 Krav til leverede lyskilder

...

Leverede lyskilder skal være fabrikat Philips/Osram eller tilsvarende kvalitet. Med tilsvarende kvalitet forstås efterfølgende specifikationer, herunder at lyskilderne svarer til de nævnte fabrikater på følgende punkter:

...

4.2 Armaturer

...

4.3 Master og fundamenter

...

9 Tilbuds- og afregningsgrundlag mv.

9.1 Fast pris på drift og vedligeholdelse

...

9.2 Bestillingsarbejder

Bestillingsarbejder jf. pkt. 6 afregnes efter enhedspriser pr. ydelse eksempelvis enhedspris for udskiftning af mast inkl. levering af ny mast.

...

11 Tidsplan

11.1 Tidsplan for udbud

...

15-04-2014: Underskrivelse af kontrakt

11.2 Tidsplan for levering af LED-armaturer

Sammen med tilbud, skal der fremsendes/afleveres tidsplan for levering af hver enkelt af de tilbudte LED-armaturtyper.”

Michael Wulff A/S fremsendte sit tilbud den 11. april 2014. Tilbudssummen lød på 20.614.000 kr. excl. moms. Tilbuddet var vedlagt tilbudslistes og indeholdt oplysning om, at der i tilbuddet var anvendt Philips armaturer. I tilbudslisten er ”Indkøb af LED-armaturer” (7 poster) samlet anført med 16.124.000 kr. excl. moms.

Den 22. maj 2014 holdt byrådet i Rebild Kommune møde. Til dagsordenens punkt ”Udskiftning af gadebelysning til LED” forelå en indstilling fra Økonomiudvalget om frigivelsen af budgettet til projektet. Det hedder i referatet:

”Sagsresume

Der er gennemført licitation af anlægsopgaven med udskiftning af gadebelysning til LED. Budgettet ønskes frigivet.

Sagsfremstilling

Byrådet bevilgede d. 19. december 2013 20 mio. til en udskiftning af kommunens gadebelysningsarmaturer til LED-armaturer. På daværende tidspunkt var forventningen at der skulle gennemføres et EU udbud af opgaven. Dette har vist sig ikke nødvendigt da udbudslovgivningen og kommunens indkøbspolitik kunne opfyldes med en begrænset licitation. Herved er sparet et halvt år og 200.000 kr. til rådgivning. Fravalg af EU-udbud har også sikret at opgaven løses lokalt, hvilket er vigtigt da den også indeholder vedligehold af gadebelysningen.

Resultatet af licitationen fremgår af tilbudslisten i bilag. Billigste konditionsmæssige tilbud var fra de tre installatører der har vedligeholdelsen i dag.

Økonomi

Billigste tilbud ved licitationen lød på kr. 24.226.940,00 eks. moms. I forbindelse med kontraktmøde med lavestbydende, blev kontrakten forhandlet ned til kr. 22.266.440,00 eks. moms, fordelt som følger

...

Buddet holder sig således indenfor den afsatte budgetramme tillagt de årlige vedligeholdelsesbudgetter (drift).

...

Beslutning

For godkendelse som indstillet af TMU stemte 19 ... Imod stemte 3 ...

Godkendt

Jan Brøndum ønsker udbuddet annulleret, idet han finder, at det er afholdt på en ikke konditionsmæssig måde.

...

I brev af 16. juni 2014 underrettede Rebild Kommune Michael Wulff A/S om, at entreprisen var tildelt N.T, El-Service, Lars Jacobsen ApS og Haver-slev-El

”på baggrund af tildelingskriteriet (økonomisk mest fordelagtige tilbud) og underkriterierne (funktionalitet og lystekniske beregninger).

Dit tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt på baggrund af den manglende tidsplan for levering af armaturer, jf. udbudsbetingelserne punkt 11.2.”

Retsgrundlaget

I udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra c, står der:

Ved »offentlige vareindkøbskontrakter« forstås andre offentlige kontrakter end dem, der er omhandlet i litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.

En offentlig kontrakt, der vedrører levering af varer, og som også accessorisk omfatter monterings- og installationsarbejde, betragtes som en »offentlig vareindkøbskontrakt«.

I artikel 1, stk. 2, litra b, defineres en offentlig bygge- og anlægskontrakt således:

Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.

I direktivets præampel nr. 10 hedder det:

(10) En kontrakt kan kun betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis dens genstand specifikt omfatter udførelse af de aktiviteter, der er omhandlet i bilag I, selv om kontrakten kan omfatte andre tjenesteydelser, der er nødvendige for udførelsen af sådanne aktiviteter. Offentlige tjenesteydelseskontrakter, herunder vedrørende forvaltning af ejendomme, kan under visse omstændigheder omfatte bygge- og anlægsarbejde. Hvis et sådant bygge- og anlægsarbejde imidlertid er accessorisk i forhold til kontraktens hovedformål og derfor udgør en mulig følge heraf eller et supplement hertil, berettiger det forhold, at kontrakten omfatter sådant bygge- og anlægsarbejde, ikke til at betragte den som en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Bilag I til direktivet indeholder en liste over de i artikel 1, stk. 2, litra b, omhandlede aktiviteter:

”Hovedafdeling F			BYGGE- OG ANLÆGSVIRKSOMHED		CPV-kode
Hoved-gruppe	Gruppe	Under-gruppe	Beskrivelse	Bemærkninger	
45			Bygge- og anlægsvirksomhed	Omfatter: Opførelse af nye bygninger og bygværker, restaurering og almindelige reparationer	45000000

...

45	45.3	45.34	Anden installationsvirksomhed	Omfatter: Installation af belysning og signalanlæg til veje, jernbaner, lufthavne og havne Installation af armaturer og komponenter ikke andetsteds nævnt i bygninger eller andre bygværker”	45340000 ¹
----	------	-------	-------------------------------	--	-----------------------

I udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra, d, defineres ”offentlige tjenesteydelseskontrakter” som:

¹ CPV-koden 45340000 omfatter ”opsætning af hegn og rækværker og installation af sikkerhedsudstyr”. Udbudsdirektivet (2014/24/EU) ses ikke at indebære ændringer i reguleringen, men der er i bilag II, der indeholder listen over de aktiviteter vedrørende de bygge- og anlægsarbejder, der omfattes af direktivet, jf. artikel 2, nr. 6, litra a, tilføjet CPV-koderne 45234115 (arbejder i forbindelse med signaludstyr til jernbaner) og 45316000 (installation af belysning og elektriske signalanlæg).

”offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II,”

I bilag II hedder det:

TJENESTEYDELSER OMHANDLET I ARTIKEL 1, STK. 2, LITRA d)

Kategorier	Beskrivelse	CPC-referencenummer2)	
1	Vedligeholdelse og reparation	6112, 6122, 633, 886	50100000-6 - 50982000-2 (undt. 50310000-1 - 50324200-4 og 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)

CPV-referencenummer 50232100-1 omfatter vedligeholdelse af vejbelysning og CPV-kode 50232110-4 omfatter tilvejebringelse af drift af offentlig belysning.

I EU-domstolens dom af 19. april 1994, (Gestion-Hotelera-dommen, C-331/92) anføres det i præmis 26, at når de bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres i hotellet og spillekasinoet, kun er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud, kan dette ikke betegnes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt efter direktiv 71/305. Det tilkom den nationale retsinstans at afgøre, om de konkrete bygge- og anlægsarbejder var accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud (præmis 27).

Tilbudslovens afsnit I gælder for indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder og for tildeling af ordren. ”Bygge- og anlægsarbejder” skal, jf. lovens § 1, stk. 5, forstås i overensstemmelse med udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet som ”resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.”

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen har afgivet en vejledende udtalelse af 6. oktober 2005 om klassificeringen af køb af udendørsbelysning (3/1220-8901-0360).

Ved Kommissionens Forordning nr. 1336/2013/EU af 13. december 2013 er tærskelværdierne i EU-udbudsdirektiverne ændret med virkning fra 1. januar 2014. Kommissionen har den 14.12.2013 i meddelelse 2013/C 366/01 af-

fentliggjort følgende tærskelværdier (eksklusive moms) for regionale/kommunale myndigheder:

Bygge- og anlægsarbejder	38.624.809 kr.
Varekøb	1.541.715 kr.
Tjenesteydelser	1.541.715 kr.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Rebild Kommune har gjort gældende, at Philips Danmark A/S ikke var potentiel tilbudsgiver, men alene var en potentiel underleverandør, og har som sådan ikke den fornødne retlige interesse i at kunne klage, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Michael Wulff A/S er ikke bundet af i tilbuddet at have anført, at Philips belysning vil blive anvendt, men kan frit anvende en anden producent af belysning. Det følger af klagenævnspraksis, at potentielle underleverandører som udgangspunkt ikke har den fornødne retlige interesse til at kunne klage. At der kun findes få producenter af armaturer kan ikke begrunde en fravigelse. I øvrigt fremgår det af en rapport, som Rebild Kommune har indhentet fra Moe A/S, at der findes flere leverandører. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at en given underleverandør skal anvendes, og der er heller ikke stillet krav om, at tilbudsgiveren skal oplyse, hvilke underleverandører tilbudsgiveren agter at anvende. Michael Wulff A/S' oplysning i tilbuddet om, at der til kontraktens opfyldelse vil blive anvendt armaturer fra Philips Danmark A/S, fører ikke til, at denne producent af disse armaturer har en sådan fast tilknytning til kontrakten, at selskabet har en klar og direkte interesse i sagen, som klageberettigelse må fordre.

Michael Wulff A/S har gjort gældende, at en underleverandør er klageberettiget, såfremt det tydeligt af tilbudsmaterialet fremgår, at underleverandøren skal anvendes ved kontraktens opfyldelse. Philips Danmark A/S er en af de to primære leverandører i Danmark til de nødvendige LED armaturer. Det fremgår også af udbudsbetingelserne, at de leverede lyskilder skal være fabrikat Philips.

Ad påstand 1

Michael Wulff A/S har gjort gældende, at den udbudte opgave indeholder såvel en del bygge- og anlægsopgaver som en del varekøb. For afgørelsen af, hvilke tærskelværdier, kontrakten er underlagt, er det afgørende, om kontrakten i sin helhed skal betragtes som en bygge- og anlægsopgave eller som en varekøbskontrakt. Prisen for indkøb af LED-armaturer er i tilbuddet anført med 16.124.000 kr. excl. moms. Varekøbet udgør derfor langt den største værdi af den samlede ydelse. Det samme må antages med hensyn til de øvrige tilbud, der blev afgivet. Bygge- og anlægsaktiviteten, der højst udgør ca. 1/5 af den samlede kontraktsum, er derfor underordnet varekøbet. De dele af den udbudte kontrakt, der er bygge- og anlægsarbejder, må derfor anses for accessoriske til vareindkøbsdelen, og da kontrakten herefter overstiger tærskelsværdien for vareindkøbskontrakter, skulle kontrakten have været i EU-udbud.

Rebild Kommune har gjort gældende, at der intet odiøst er i, at en ordregiver fravælger et EU-udbud og vælger at foretage udbuddet i henhold til det mindst byrdefulde regelsæt. Offentlige myndigheder er forpligtede til at gennemføre sine udbud økonomisk forsvarligt og på den mindst byrdefulde måde. Et EU-udbud af opgaven, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, havde ikke medført, at Rebild Kommune udbudsretligt var forpligtet til at overholde udbudsdirektivets regler.

Tilbudsloven indeholder ikke en selvstændig definition af bygge- og anlægsarbejder, men henviser til udbudsdirektivet, jf. herved udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b. Den udbudte kontrakt omfatter dels en bygge- og anlægsopgave med dertil hørende nødvendige leverancer af byggematerialer, dels visse tjenesteydelser i relation til den efterfølgende drift og vedligeholdelse af vejbelysningsanlægget. De indkøb af byggematerialer, som den vindende tilbudsgiver nødvendigvis må foretage for at opfylde kontrakten, skal ikke betragtes isoleret. Hvis en kontrakt er omfattet af en af definitionerne på et bygge- og anlægsarbejde i udbudsdirektivets bilag I, vil de til kontraktens opfyldelse nødvendige byggematerialer være omfattet af bygge- og anlægsarbejdet. Det er mest naturligt, at det er den udførende entreprenør, der foretager indkøbet af de nødvendige byggematerialer. For anvendelsen af udbudsdirektivet er det ikke afgørende, hvilken ydelse – bygge- og anlægsarbejdet eller vareindkøbet – der har den største værdi. Det afgørende er kontraktens genstand eller hovedformål. Den primære ydelse i den udbudte kontrakt var demontering af eksisterende armaturer og montering af nye LED-armaturer, ca. 6.250 stk. Det er fastslået i domstolens dom

af 19. april 1994 og flere andre domme, at blandede kontrakter skal vurderes på grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten. Værdien af de enkelte elementer i kontrakten er derimod ikke afgørende. Klagenævnet har i sin praksis fastslået, at en entreprenørs nødvendige indkøb af byggematerialer, der isoleret set kan betragtes som varekøb, indgår som en integreret del af bygge- og anlægsarbejdet og derfor også skal anses som en bygge- og anlægskontrakt, jf. kendelse af 19. august 2013 (EF Sikring A/S).

Det ændrer ikke på kontraktens klassificering som en bygge- og anlægskontrakt, at kontrakten som en accessorisk ydelse også omfatter den efterfølgende drift og vedligeholdelse af gadebelysningsanlægget.

Ad påstand 2

Michael Wulff A/S har gjort gældende, at det ikke har været berettiget at anse tilbuddet fra Michael Wulff A/S for ukonditionsmæssigt. Selskabet har ikke ved tilbudsåbningen fremkommet med en tilkendegivelse om, at selskabet var enig heri, og hvis det var tilfældet, er tilkendegivelsen fremkommet på grund af en misforståelse. Tidsplanen var ikke et mindstekrav, som i udbudsbrevet kun er anført vedrørende ”funktionalitet”. Der er heller ikke i tilbudsbrevet nævnt noget om, at en tidsplan skal være vedlagt tilbuddet.

Rebild Kommune har gjort gældende, at det klart fremgår af udbudsbetingelserne, at der skulle fremsendes eller afleveres tidsplan for levering af de tilbudte LED-armaturer og for udskiftningen af de eksisterende armaturer. Det forhold, at kravet ikke udtrykkeligt fremgik af udbudsbrevet, gør ikke kravet uklart. Der var i udbudsbrevet henvist til udbudsbetingelsernes punkt 11. Michael Wulff A/S var repræsenteret ved åbningen af tilbuddene og konstaterede selv, at den krævede tidsplan ikke var vedlagt tilbuddet. Rebild Kommune ville handle i strid med ligebehandlingsprincippet, såfremt kommunen så bort fra dette krav eller ville tage en senere indhentet erklæring i betragtning.

Ad påstand 3

Michael Wulff A/S har bemærket, at selskabet først efter indleveringen af klagen og først efter opstart af arbejdet er blevet orienteret om, hvilken til-

budsgiver der var tildelt kontrakten. De fejl, som Rebild Kommune har begået, må medføre, at kontraktstildelingen skal annulleres.

Rebild Kommune har gjort gældende, at gennemførelsen af licitationen er sket helt i overensstemmelse med tilbudsloven, hvorfor der ikke er grundlag for annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Det følger af klagenævnets praksis, at begrebet ”retlig interesse” ikke bør fortolkes snævert. Det kræves imidlertid, at Michael Wulff A/S har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat.

Der er ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at tilbudsgiveren skal oplyse, hvilken underleverandør der agtes anvendt ved kontraktens opfyldelse. Michael Wulff A/S’ angivelse af, at kontrakten agtes opfyldt med armaturer produceret af Philips Danmark A/S medfører ikke, at dette selskab har en så konkret og direkte interesse i at opnå klagenævnets stilling til udbuddet, at selskabet er klageberettiget. Philips Danmark A/S’ klage afvises derfor.

Efter udfaldet af denne del af klagesagen, må Philips Danmark A/S anses som en tabende part, og skal betale sagsomkostninger til Rebild Kommune. Omkostningsbeløbet er fastsat nedenfor.

Ad påstand 1

Det følger af bilag I til udbudsdirektivet, at *installation* af belysning til veje er en bygge- og anlægsaktivitet, der omfattes af udbudsdirektivet, jf. artikel 1, stk. 2, litra b. Af bilag II følger, at offentlige kontrakter om *vedligeholdelse* af vejbelysning er kontrakter om tjenesteydelser, der omfattes af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra d. En offentlig tjenesteydelseskontrakt, der kun som accessoriske aktiviteter i forhold til kontraktens hovedgenstand omfatter de aktiviteter, der er defineret i bilag I, betragtes som en offentlig tjenesteydelseskontrakt, jf. artikel 1, stk. 2, litra d.

I den udbudte kontrakt må tjenesteydelsen, vedligeholdelsen af vejbelysningen, derimod anses for accessorisk til bygge- og anlægsaktiviteten. Den udbudte kontrakt må derfor anses som en offentlig kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde, og er følgelig ikke en offentlig vareindkøbskontrakt, der er ”andre offentlige kontrakter end dem, der er nævnt i litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer”, jf. artikel 1, stk. 2, litra c.

En offentlig kontrakt om varekøb bliver ikke et bygge- og anlægsarbejde, fordi der i kontrakten som en accessorisk ydelse indgår monterings- og installationsarbejde, jf. artikel 1, stk. 2, litra c, 2. pkt. At en entreprenør – som i det foreliggende tilfælde og på helt sædvanlig måde – med henblik på at opfylde en kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde indgår kontrakt om køb af varer (armaturer m.v.), bevirker omvendt ikke, at kontrakten må anses som en vareindkøbskontrakt, jf. artikel 1, stk. 2, litra c, uanset værdien af varekøbet i forhold til kontraktens samlede værdi.

Da den udbudte kontrakts værdi ligger under tærskelværdien, jf. udbudsdirektivets artikel 7, omfattes kontrakten ikke af udbudsdirektivet, men af tilbudsloven. Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, jf. punkt 11.2, at tilbudsgiverne sammen med tilbuddet skal indlevere en tidsplan for leveringen af hver enkelt af de tilbudte LED-armaturer. Der kan ikke stilles krav om, at dette vilkår skal være nævnt i udbudsbrevet, og den lidt uklare henvisning i udbudsbrevet til ”punkt 11.0”, der ikke findes i udbudsbetingelserne, kan ikke medføre, at Rebild Kommune kunne se bort fra vilkåret eller efterfølgende modtage tidsplanen uden herved at handle i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Efter udfaldet af klagen skal Michael Wulff A/S betale sagsomkostninger til Rebild Kommune. Omkostningsbeløbet fastsættes til 10.000 kr.

Herefter bestemmes:

Ad afvisningspåstanden

Klagen fra Philips Danmark A/S afvises.

I sagsomkostninger skal Philips Danmark A/S til Rebild Kommune, betale 5.000 kr.

Ad påstand 1 og 2

Klagen tages ikke til følge.

I sagsomkostninger skal Michael Wulff A/S til Rebild Kommune betale 10.000 kr.

Sagsomkostningsbeløbene skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig