

K E N D E L S E

Rail & Road Protec GmbH  
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

DSB Vedligehold A/S  
og  
DSB S-tog A/S  
(advokat Torkil Høg, København)

Klagenævnet har den 24. februar 2012 modtaget en klage fra Rail & Road Protec GmbH.

Rail & Road Protec GmbH har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

DSB Vedligehold A/S og DSB S-tog A/S har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 4, svarskrift med bilag A – E, replik og indklagedes processkrift om opsættende virkning.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

## »Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og artikel 40 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have tildelt en kontrakt til VSN Video System Networks GmbH vedrørende køb af recordersystem til S-togs videoovervågningssystem i perioden 1. juli 2011 til 31. december 2012 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.

## Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 43, stk. 1, ved ikke til Den Europæiske Unions Tidende at have afsendt en meddelelse om indgåelse af kontrakt med VSN Video System Networks GmbH vedrørende køb af recordersystem til S-togs videoovervågningssystem senest 2 måneder efter indgåelse af kontrakten.

## Påstand 3:

Klagenævnet skal erklære kontrakten med VSN Video System Networks GmbH vedrørende køb af recordersystem til S-togs videoovervågningssystem i perioden 1. juli 2011 til 31. december 2012 for uden virkning for fremtidige leverancer i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, og indgive en politianmeldelse mod indklagede med henblik på at indklagede pålægges en bøde i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. § 18, stk. 2, og § 20.

## Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3):

Klagenævnet skal indgive en politianmeldelse mod indklagede vedrørende det af påstand 1 omfattede forhold med henblik på at indklagede pålægges en bøde i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, stk. 2, og § 20.

## Påstand 5 (mest subsidiær i forhold til påstand 3):

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten vedrørende køb af recordersystem til S-togs videoovervågningssystem i perioden 1. juli 2011 til 31. december 2012 til VSN Video System Networks GmbH.

## Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og artikel 40 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have indgået allonge af 22. juni 2011 til kontrakt om service og vedligehold af 11. december 2009 med VSN Video System Networks GmbH

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

**Påstand 7:**

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 43, stk. 1, ved ikke til Den Europæiske Unions Tidende at have afsendt en meddelelse om indgåelse af allonge af 22. juni 2011 til kontrakt om service og vedligehold af 11. december 2009 med VSN Video System Networks GmbH senest 2 måneder efter indgåelse af kontrakten.

**Påstand 8:**

Klagenævnet skal erklære indklagedes kontrakt med VSN Video System Networks GmbH om service og vedligehold af 11. december 2009 som forlænget ved allonge af 22. juni 2011 til 31. december 2012 for uden virkning for fremtidige leverancer i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, og indgive en politianmeldelse mod indklagede med henblik på, at der pålægges indklagede en bøde i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. § 18, stk. 2, nr. 3, og § 20.

**Påstand 9 (subsidiær i forhold til påstand 8):**

Klagenævnet skal erklære allongen af 22. juni 2011 til kontrakten mellem indklagede og VSN Video System Networks GmbH om service og vedligehold af 11. december 2009 for uden virkning for fremtidige leverancer i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, og indgive en politianmeldelse mod indklagede med henblik på, at der pålægges indklagede en bøde i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. § 18, stk. 2, nr. 3, og § 20.

**Påstand [10] (mere subsidiær i forhold til påstand 8):**

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, stk. 2, nr. 2, og § 20 indgive en politianmeldelse mod indklagede med henblik på, at der pålægges indklagede en bøde

**Påstand [11] (mest subsidiær i forhold til påstand 8):**

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, annullere indklagedes beslutning om til VSN Video System Networks GmbH at tildele allonge af 22. juni 2011 til kontrakten vedrørende service og vedligehold af 11. december 2009 mellem indklagede og VSN Video System Networks GmbH.«

Andre oplysninger i sagen:

Omkring 2004 indgik DSB S-tog A/S efter udbud kontrakt om levering af et videoovervågningssystem til brug for selskabets S-toge.

I 2008-2009 afholdt DSB S-tog A/S udbud med henblik på opgradering af LAN («Local Area Networks») i S-togene med det primære formål, at de opgraderede LAN skulle kunne anvendes til internet i S-togene samt STV (S-togs TV). VSN vandt dette udbud, og leverancen blev gennemført i 2009. I samme forbindelse leverede VSN i 2009 nødvendig supplerende onboard infrastruktur i form af kabler, tavler mv.

Den 11. december 2009 indgik DSB S-tog A/S uden udbud en service- og vedligeholdelseskontrakt («servicekontrakten») med VSN vedrørende service og vedligehold af videoovervågningssystemet, LAN og onboard infrastruktur. Servicekontrakten er efter etableringen af DSB Vedligehold A/S i marts 2010 overført til dette selskab. Kontrakten trådte i kraft den 14. december 2009 og udløber 20. juni 2012.

Den 22. juni 2011 indgik indklagede og VSN en allonge til servicekontrakten, hvorved servicekontrakten blev forlænget til den 31. december 2012 (påstand 6 – 11).

Ud over at forlænge servicekontraktens løbetid med 6 måneder samt at præcisere, at installation af recordere var omfattet af servicekontrakten, aftalte indklagede og VSN at erstatte den hidtidige afregningsmodel med en månedlig ydelse på 7.000 Euro, der skulle dække alt arbejde udført i medfør af servicekontrakten, eksklusive reservedele.

Den samlede værdi af servicekontrakten inklusive allongen er opgjort til 378.437 Euro, idet indklagede for hver af de 18 måneder fra 1. januar 2010 til 30. juni 2011 betalte 14.024,28 Euro og for hver af de 18 måneder fra 1. juli 2011 til den 31. december 2012 har betalt og vil betale 7.000 Euro.

Halveringen af vederlaget blev efter det oplyste aftalt, blandt andet fordi indkøbet af nye recordere til videoovervågningssystemet medførte en betydelig lettelse i service- og vedligeholdelsesarbejdet.

Ligeledes den 22. juni 2011 indgik DSB S-tog A/S en anskaffelseskontrakt med VSN om levering og installation af i alt 478 recordere («anskaffelseskontrakten») i perioden 1. juli 2011 til 31. december 2012 (påstand 1 – 5).

Af anskaffelseskontrakten fremgår, at tærskelværdien på 387.000 Euro ikke er overskredet.

Klageren har gjort gældende, at klageren har skønnet den samlede værdi af anskaffelseskontrakten til at være mindst 3.625.724 kr. Dette beløb overstiger forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi på 2.884.350 kr. (387.000 Euro). Hertil kommer evt. yderligere udstyr eller monteringsydelser. Desuden skal anskaffelseskontrakten og (forlængelsen af) servicekontrakten efter klagerens opfattelse i relation til EU's udbudsregler ses som en samlet kontrakt, der overstiger tærskelværdien for udbud. I hvert fald skal værdien af anskaffelseskontrakten og allongen sammenlægges. Forlængelsen af servicekontrakten er nødvendiggjort af anskaffelseskontrakten. Installation af recordersystemet er omfattet af serviceaftalen. Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 8, skal også værdien af montering og installation indgå i den samlede anslåede værdi af en kontrakt. Da indklagede ikke har offentliggjort en forudgående udbudsbekendtgørelse eller fulgt proceduren i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4, skal klagenævnet erklære kontrakterne for uden virkning og indgive politianmeldelse mod indklagede med henblik på, at der pålægges indklagede en økonomisk sanktion. Som minimum skal indklagedes beslutninger om at tildele kontrakterne til VSN annulleres.

Klageren har desuden gjort gældende, at det forhold, at der er tale om den grovest tænkelige overtrædelse af udbudsreglerne, nemlig direkte kontrakttildeling i tilfælde, hvor der skulle have været foranstaltet udbud, medfører, at de øvrige krav, der stilles til en begæring om opsættende virkning, må slækkes. Der er allerede et fungerende overvågningssystem i S-togene, og en udskydelse af en del af udskiftningen vil ikke væsentligt påvirke passagerernes sikkerhed.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede korrekt estimerede anskaffelseskontraktens værdi til at være lavere end tærskelværdien, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at udbyde kontrakten i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det bestrides, at der er grundlag for at se anskaffelseskontrakten og allongen til servicekontrakten som én anskaffelse, og at værdien af anskaffelseskontrakten og allongen til servicekontrakten skal sammenlægges ved opgørelsen af kontraktværdi i forhold til tærskelværdien på 387.000 Euro. Kun de varer og tjenesteydelser, der er inkluderet i den pågældende kontrakt, skal medregnes i kontraktværdien. Servicekontrakten er indgået i 2009, mens anskaffelseskontrakten er indgået i 2011. Det er legitimt, at installations- og serviceydelser i dette tilfælde er omfattet af en anden kontrakt end selve anskaffelsen, og det har ikke karakter af en kun-

stig opdeling. Det bestrides således, at den ændring af vederlagsstruktur, der blev aftalt via allongen i 2011, og som indebar en væsentligt reduceret betaling for service, installationsydelser mv., medfører, at der til anskaffelseskontraktens værdi skal tillægges et beløb for installation. En halvering af vederlaget for allerede aftalte ydelser indebærer ikke udbudspligt. Allongen indeholdt ikke nye ydelser i relation til installation og/eller service og vedligeholdelse af de via anskaffelseskontrakten omfattede recordere i forhold til, hvad der fulgte af servicekontrakten i dens oprindelige udformning.

Indklagede har desuden gjort gældende, at kravet om uopsættelighed ikke er opfyldt, da klagerens skøn over anskaffessummen viser, at klagerens tilbud i givet fald ikke ville have været konkurrencedygtigt. Endelig fører en afvejning af klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, over for indklagedes interesse i, at leveringsprocessen fortsætter, til, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning.

#### Klagenævnet udtaler:

Som anført af klageren er det forhold, at indklagede allerede har indgået de to kontrakter, i det foreliggende tilfælde, hvor klageren bl.a. nedlægger påstand om, at kontrakterne skal kendes for »uden virkning«, ikke til hinder for, at klagenævnet tager stilling til påstanden om, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet træffer herefter afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (»*fumus boni juris*«). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at de oplysninger, som klagenævnet er i besiddelse af, viser, at anskaffelseskontrakten ikke har overskredet tærskelværdien for 2011. Klagerens skøn på dette punkt er således ikke korrekt. Det har således ikke i sig selv været i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet at indgå anskaffelseskontrakten med VSN uden afholdelse af udbud.

Som det fremgår ovenfor, overskrider heller ikke servicekontraktens samlede beløb i sig selv tærskelværdien.

Det er herefter efter klagenævnets foreløbige opfattelse afgørende, hvorvidt allongen til servicekontrakten omfatter ydelser, der skal medregnes ved beregningen af, om anskaffelseskontrakten kunne indgås uden afholdelse af udbud, således som klageren subsidiært har gjort gældende.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 8, lyder:

»Den samlede anslåede værdi af en kontrakt, der omfatter både tjenesteydelser og vareleverancer, beregnes på grundlag af tjenesteydelsernes og vareleverancerne samlede værdi, uanset deres respektive andele. Beregningen omfatter værdien af montering og installation.«

Installationen af de 478 recordere, som er omfattet af anskaffelseskontrakten, bliver efter det oplyste afregnet som en ikke nærmere specificeret del af det vederlag for perioden 1. juli 2011 til 31. december 2012 på 7.000 Euro månedligt, som blev aftalt i forbindelse med indgåelsen af allongen til servicekontrakten.

Indklagede har bevisbyrden for, at det beløb, som i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 8, 2. pkt., skal tillægges anskaffelseskontrakten, ikke medfører, at tærskelværdien er overskredet.

Indklagede har ikke på det foreliggende grundlag løftet denne bevisbyrde.

Der er derfor på det foreliggende grundlag udsigt til, at klagerens påstande 1 og 3 vedrørende anskaffelseskontrakten vil skulle tages til følge.

Efter overtrædelsens karakter er betingelsen om uopsættelighed ligeledes opfyldt.

Ved ydelser omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet vil en interesseafvejning særligt nærliggende kunne tænkes at falde ud til, at en klage ikke tillægges opsættende virkning, skønt betingelserne om *fumus boni juris* og uopsættelighed er opfyldt, fordi indklagedes interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, vejer tungere end klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

I det foreliggende tilfælde, hvor der allerede er recordere i S-togene, finder klagenævnet imidlertid, at også en afvejning af parternes interesser fører til, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet tager derfor klagerens påstand om, at der tillægges klagen opsættende virkning til følge, således at fremtidige leverancer efter anskaffelseskontrakten ikke må finde sted, før klagenævnet har taget endelig stilling til klagen.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning, således at fremtidige leverancer efter anskaffelseskontrakten ikke må finde sted, før klagenævnet har taget endelig stilling til klagen.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi  
fuldmægtig