

K E N D E L S E

Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm
(selv)

mod

Rønnede Kommune
(advokat Simon Evers Hjelmborg, København)

I sommeren 2001 besluttede indklagede, Rønnede Kommune, at indgå en kontrakt om vedligeholdelsen af Rønnede Kommunes vejnet i perioden 1. januar 2002 – 31. december 2015. Da indklagede vurderede, at entreprisens værdi lå under den gældende tærskelværdi efter Bygge- og Anlægsdirektivet, skulle indklagede ikke gennemføre et EU-udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet. Den 4. juli anmodede indklagede 5 virksomheder om at afgive tilbud – et såkaldt »funktionstilbud«. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. august 2001 havde kun 2 af virksomhederne afgivet tilbud. Den 1. november 2001 besluttede indklagede at indgå kontrakt med NCC A/S, og kontrakt blev herefter indgået samme dag. Den samlede kontraktsum for hele kontraktperioden på 14 år var 30.952.330,61 kr.

Den 2. juni 2003 indgav klageren, Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Rønnede Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsretten og EU-traktaten ved den 1. november 2001 at beslutte at indgå kontrakt med NCC A/S om vedligeholdelsen af Rønnede Kommunes vejnet

for perioden 1. januar 2002 – 31. december 2015, uagtet indklagede ikke havde en saglig begrundelse for at indgå en sådan kontrakt med en varighed på 14 år med mulighed for forlængelse i 3 år.

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

Kommunernes Landsforening er i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 2, indtrådt i sagen til støtte for indklagede.

Rønnede Kommune har et vejnet på 145 km. I 2001 blev vejnettet efter anmodning fra indklagede gennemgået af Vejdirektoratet. Vejnettets tilstand blev vurderet og beskrevet, og vejnettet blev derefter opdelt i følgende 3 kategorier, hvor kravene (vedligeholdelsesniveauet) til de 3 kategorier af veje blev fastsat således:

Vejkategori	Vedligeholdelsesniveau
Veje med megen trafik/hovedveje	1
Veje i boligområder	2
Biveje med lidt trafik på landet	3

I juni 2001 tog indklagede kontakt til en række asfaltentreprenører med henblik på at skabe konkurrence ved indgåelsen af en entreprisekontrakt om vedligeholdelse af kommunens vejnet. 5 virksomheder meddelte, at de var interesseret i at afgive tilbud, men ved fristens udløb den 8. august 2001 var der kun modtaget tilbud fra 2 virksomheder. Den 1. november 2001 indgik indklagede kontrakt som anført med NCC A/S.

Indklagede har oplyst, at NCC i løbet af det første år af kontraktperioden har gjort en målrettet indsats for at få indhentet et vedligeholdelsesmæssigt efterslæb, og at mere end en tredjedel af vejnettet – eller ca. 50 km – således har fået lagt nyt slidlag i løbet af 2002. Indklagede har videre udtalt, at dette forløb efter kommunens opfattelse viser, at NCC A/S som ansvarlig for vejvedligeholdelsen har erkendt, at denne fremgangsmåde er mere fordelagtig over kontraktperioden, end en reparation af belægningen, da de samlede vedligeholdelsesudgifter reduceres, og at kommunen forventer denne takt fortsat de næste år, således at hele vejnettet er renoveret i løbet af 3-4 år.

Indklagede har i sit svarskrift af 20. august 2003 givet følgende beskrivelse af funktionsudbud på vejområdet:

»Det grundlæggende princip i funktionsudbud er, at udbyderen nøje specificerer kravene til en vejs funktionsegenskaber (fx friktioner, revner og jævnhed). Det er herefter entreprenørens ansvar at vælge metoder og materialer, som sikrer, at disse egenskaber opnås. Entreprenørens valgfrihed i materialernes sammensætning gør det tillige mere attraktivt for denne at udvikle bedre/billigere belægningstyper, ligesom entreprenørens valgfrihed med arbejdets nærmere tilrettelæggelse over tid sikrer en fleksibilitet der indebærer en økonomisk optimering af arbejdets udførelse.

Et asfaltslidslags levetid varierer efter trafikmængder, vejkonstruktion, asfalttype mv., jf. de af Vejreglerådet udgivne Vejregler for prioritering af slidslagsfornyelse,, og Vejdirektoratets laboratorierapport nr. 50; Teknisk-økonomisk styring af vejvedligeholdelse – mindre veje med asfaltbelægning,, Der er ikke nogen autoriseret levetid for en vej, men der kalkuleres med levetider på 12-15 år for trafikveje.

En vejs funktionsegenskaber er tidsafhængige og må af såvel tekniske som økonomiske grunde vurderes i forhold til vejens levetid. En funktionskontrakt med en længde svarende til en vejs levetid kan betragtes som en anlægs-/driftsinvestering med afsluttende afleveringsforretning.

I vejbestyrelsernes (amternes og kommunernes) traditionelle vedligeholdelsessystemer sammenholdes udgifterne til vedligeholdelse af de enkelte veje ved fortsat reparation med udgifterne til forrentning og afskrivning af et nyt asfaltslidslag i dets levetid. Hvis et nyt slidslag er det billigste, vælges dette. Denne – den teknisk/økonomisk mest fornuftige løsning – vil ikke blive valgt, hvis man fra politisk hold beslutter sig for en (på kort sigt) billigere »lappeløsning«.

Hvis en vejbestyrelse i stedet indgår en funktionskontrakt, overlades de tekniske og økonomiske overvejelser vedrørende vejvedligeholdelsen til entreprenøren på grundlag af de af vejbestyrelsen fastsatte krav til vejens tilstand i kontraktperioden. Entreprenørens beslutninger baseres herefter på dennes egne overvejelser vedrørende omkostninger, udstyr, metoder, mandskab, innovative muligheder mv.

For at entreprenøren kan træffe optimale valg (der tillige er optimale for vejbestyrelsen), må kontraktbetingelserne give mulighed for anlæg af et fuldt dækkende asfaltslidslag med afskrivning af dette over en årrække svarende til slidslagsets levetid (12-15 år). Såfremt der valgtes en kortere kontraktperiode, ville der være risiko for suboptimering, idet entreprenøren ville kunne spekulere i kortsigtede/billigere løsninger. Herved

ville selve ideen i funktionsudbuddet forsvinde, og vejvedligeholdelsen samlet kunne blive dyrere for vejbestyrelsen.

Funktionskontrakter betyder, at vejbestyrelsen på forhånd ved, hvor mange pristalsregulerede kroner der årligt skal bruges på vedligeholdelsen. Vejbestyrelsen fører ikke egentligt tilsyn med arbejdets udførelse, da dette påhviler entreprenøren, som i givet fald må foretage ekstra vedligeholdelse, hvis vejens tilstand ikke er tilfredsstillende. Vejdirektoratet kontrollerer årligt vejenes vedligeholdelsestilstand på Indklagedes vegne. Såfremt vejnettet ikke lever op til de politiske fastsatte vedligeholdelsesniveauer 1 – 3, vil entreprenøren være forpligtet til at udbedre forholdet i form af igangsætning af vedligeholdelsesarbejder.

Sammenfattende kan man sige, at man med et funktionsudbud vil sikre, at vejens tilstand de næste 15 år lover op til et politisk fastsat niveau, samtidig med at man i den pågældende periode sikres mod ubehagelige omkostningskrævende »overraskelser«.

Indklagede har i svarskriftet givet følgende redegørelse for udbredelsen af funktionsudbud på vejområdet i Danmark:

»Funktionsudbud af asfaltvedligeholdelse for perioder på 14-18 år er inden for de seneste 5 år blevet almindelige inden for flere amter og kommuner. Funktionsudbudene afløser amternes og kommunernes årlige asfaltlicitationer, hvor forstærknings- og slidslagsarbejder hidtil er blevet fordelt mellem de bydende år efter år. Med et funktionsudbud betaler amtet/kommunen en årlig sum til entreprenøren for at vedligeholde kommunens vejnet i en forud aftalt stand, inden vejnettet »leveres tilbage« til kommunen igen efter kontraktperiodens udløb.

Sønderjyllands Amt indgik som den første i 1998 en funktionskontrakt om en 16 km lang vejstrækning. Herefter indgik 3 amter (Nordjylland, Ribe og Sønderjylland) og Asfaltindustrien i et samarbejde om udvikling af konceptet for funktionsudbud. Siden 1998 har de 3 amter udbudt ca. 35 vejstrækninger på funktionskrav, gældende for samlet 250 km amtsveje. Amternes koncept gælder således for udvalgte vejstrækninger, hvor der det første år skal udføres en ny belægning og derefter foretages vedligeholdelse heraf i en periode på 15 – 18 år.

8 kommuner (Rønnede, Skibby, Jelling, Videbæk, Herning, Præstø, Holbæk og Møn) har inden for de seneste par år indgået funktionskontrakter af en varighed på 14 – 15 år. Disse kontrakter er mere vidtgående og mere »funktionsmæssige« end amternes, da kommunerne udliciterer alt asfaltarbejde fra udlæg af nyt slidslag til asfaltreparationer, og således at entreprenøren selv træffer afgørelse om, hvornår der skal udføres en ny belægning.

Klageren har gjort gældende, at der foreligger en sådan tvivl med hensyn til, om indklagede har handlet i strid med EU-udbudsretten eller EU-traktaten ved at indgå en kontrakt af den pågældende beskaffenhed med en varighed på 14 år med mulighed for forlængelse i 3 år, at klageren har ønsket Klagenævnets stillingtagen til, om der foreligger en overtrædelse. Klageren har herved henvist til, at indgåelsen af den pågældende kontrakt – uanset at der på grund af kontraktens værdi ikke skulle gennemføres udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet – er omfattet af de generelle principper, som kan udledes af udbudsdirektiverne, og at det må antages, at det således kan udledes af Tjenesteydelsesdirektivet, at en vedvarende tjenesteydelse, som er omfattet af direktivet, skal udbydes en gang i mellem, f.eks. hvert 4 år. Klageren har endvidere henvist til, at Traktatens principper finder anvendelse, uanset at entreprisens værdi ikke ligger over tærskelværdien, og at indklagede ved indgåelsen af kontakten således kan have handlet i strid med disse principper.

Indklagede har i første række gjort gældende, at EF-traktaten ikke indeholder specifikke bestemmelser eller i øvrigt principper, der regulerer varigheden af offentlige kontrakter, og at klagerens påstand allerede af denne grund ikke skal tages til følge.

Indklagede har i anden række gjort gældende at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 5, ikke har betydning for vurderingen af, hvilken kontraktperiode indklagede lovligt kan anvende, at proportionalitetsprincippet i EF-traktaten ikke indebærer, at der gælder absolutte grænser for kontraktens varighed, at der således altid skal foretages en konkret vurdering af beskaffenheden af den enkelte kontrakt, at omstændigheder såsom optimal udnyttelse af eksisterende ressourcer, specifik indsigt i den konkrete opgaveløsning, omkostninger forbundet med udskiftning af tjenesteyder, og afskrivningsperiode af et anlæg eller en vare, hvortil tjenesteydelsen er tilknyttet, svarende til varens/anlæggets forventede levetid, er forhold, som lovligt kan tages i betragtning i forbindelse med fastlæggelsen af kontraktperioden, at Vejdirektoratets beregninger viser, at en gennemsnitlig kommunal trafikvej typisk har en levetid på 12 – 15 år, inden den kræver fuldstændig slidlagsfornyelse, og at indklagede på denne baggrund ikke har overtrådt EU-udbudsretten eller EF-traktatens proportionalitetsprincip ved at indgå en kontrakt af en varighed på 14 år.

Klagenævnet udtaler:

Der er ikke i Bygge- og anlægsgdirektivet eller i øvrigt i EU-udbudsretten fastsat tidsmæssige begrænsninger for, hvor langvarige kontrakter vedrørende ydelser, der er omfattet af Bygge- og anlægsgdirektivet, må være, og der kan heller ikke af EU-udbudsretten udledes ufravigelige tidsmæssige begrænsninger for sådanne kontrakter. Derimod kan det af de hensyn, der ligger bag EU-udbudsretten, udledes, at offentlige ordregivere – uden at handle i strid med EU-udbudsretten – kun kan indgå kontrakter om bygge- og anlægsarbejder for en længere årrække, når valget af den pågældende kontraktsperiode er begrundet i økonomisk-tekniske forhold vedrørende de pågældende bygge- og anlægsarbejde.

Ved afgørelsen af, om indklagede har handlet i strid med EU-udbudsretten eller EU-traktaten ved at indgå en kontrakt af en varighed på 14 år vedrørende det bygge- og anlægsarbejde, som denne klagesag vedrører, har Klagenævnet således vurderet, om den begrundelse, som indklagede har haft for at fastsætte denne varighed, og som indklagede har redegjort for over for Klagenævnet, har kunnet begrunde fastsættelsen af en kontraktsperiode på 14 år. Det er Klagenævnets konklusion, at indklagedes fastsættelse af kontraktsperioden til 14 år ikke indebærer nogen overtrædelse af EU-udbudsreglerne. Klagenævnet har herved været opmærksom på, at indklagedes begrundelse for afgørelsen ikke vedrører konkrete forhold hos denne offentlige udbyder, men vedrører forhold, som vil kunne gøres gældende af andre offentlige myndigheder, som administrerer offentlige veje.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig