

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Lykstoft Larsen, Viggo Olesen)

97-88.242

12. september 1997

K E N D E L S E

Abtech A/S (Abstracta)
(advokat Jørn Underbjerg, Aabenraa)

mod

Sydbus
(advokat H. Lindum Møller, Gråsten)

Klager (Abtech) driver virksomhed med bl.a. fremstilling af læskærme til busstoppesteder. Indklagede, Sydbus, er et fælleskommunalt selskab, hvis deltagere er Sønderjyllands amt og alle kommuner i Sønderjyllands amt, og som har til formål at sikre etablering og opretholdelse af kollektiv personbefordring.

Sagen angår spørgsmålet, om Sydbus har pligt til at udbyde sit påtænkte indkøb af læskærme til busstoppesteder i EU-udbud.

Abtech har endeligt nedlagt påstand om, at Sydbus pålægges at udbyde sin leverance af busstopudstyr i henhold til EU's forsyningsvirksomhedsdirektiv, direktiv 93/38.

Sydbus har påstået frifindelse.

De påtænkte indkøb omfatter efter det oplyste forskelligt andet udstyr end læskærme, d.v.s. papirkurve og standere m.m. Der ses væk fra dette, da der ikke er procederet nærmere om det.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

Sydbus har gennem nogle år arbejdet på at øge sin profilering. Som et led heri har man bedt fa. Designlab A/S (Designlab) udarbejde forslag til en ny visuel identitet, der skal signalere, at der stilles et sammenhængende og tidssvarende transportsystem til rådighed for publikum. Designlab har herefter udformet et design til bl.a. læskærme til busstoppesteder, og Sydbus er indstillet på, at et antal nuværende læskærme skal udskiftes til nye læskærme i overensstemmelse med Designlabs design.

De enkelte stoppesteder ejes af Sydbus med 80% og af vedkommende kommune med 20%. Den påtænkte ordning går ud på følgende:

Op til ca. 800 læskærme ved bustoppesteder skal udskiftes med de nye læskærme over 10-20 år. Hver af de nye læskærme leveres fra Designlab i takt med, at den skal opstilles. I forholdet mellem den pågældende kommune og Sydbus betaler Sydbus 80% af læskærmens pris og kommunen 20%. Sydbus betaler hele prisen til Designlab eller indestår for den. Kommunen fjerner den gamle læskærm, etablerer fundament for den nye, opstiller den og etablerer lys i den m.v.

Der fremgår af sagens oplysninger, at den samlede værdi af de nye læskærme ikke når op på forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for bygge- og anlægskontrakter, jfr. direktivets artikel 14, stk. 1, c), men at værdien overstiger direktivets tærskelværdi for indkøbsaftaler, jfr. bestemmelsens litra a).

I et fremlagt udkast til rammeaftale mellem Sydbus som køber og Designlab som sælger forpligter Sydbus sig til at købe mindst 200 læskærme inden for 5 år regnet fra 1. januar 1997. I rammeaftalen anføres bl.a., at hvis levering ikke kan finde sted som aftalt, fordi modtagerkommunen ikke er klar til modtagelse, opmagasineres udstyret og leveres senere, således at ekstraudgifter herved dækkes af kommunen. Det anføres videre bl.a., at parternes rettigheder og forpligtelser reguleres af købeloven, medmindre denne udtrykkeligt er fraveget i aftalen.

Det er oplyst, at Abtech har produceret ca. 20.000 læskærme, heraf ca. 5.000 til eksport, og at Abtechs læskærme i princippet er en katalogvare, således at man producerer til lager og sælger til katalogpriser.

Der er fremlagt et notat af 28. marts 1996 fra en medarbejder i Sønderjyllands amt, hvorefter Bygge- og Boligstyrelsen telefonisk havde oplyst, at man umiddelbart mente, at Sydbus-læskærmene måtte være omfattet af bygge- og anlægsgdirektivet og dets tærskelværdi. Der er desuden fremlagt et notat fra vidnet Finn Høgsbro om en telefonsamtale med en medarbejder i Indkøbsservice den 28. marts 1996, hvorefter den pågældende medarbejder mente, at læskærmene hører under bygge- og anlægsgdirektivet, hvis de ikke er reklamefinansieret eller er under 20% reklamefinansieret.

Sagen er indbragt for Klagenævnet ved klageskrift af 12. maj 1997 og har været mundtligt forhandlet den 19. august 1997.

Klagenævnet har under sagens forberedelse besluttet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Der er afgivet forklaring af Finn Høgsbro og Marianne Nissen.

Finn Høgsbro, der er afdelingsleder i Sydbus, har forklaret: Han spurgte på et tidspunkt amtets jurist, om indkøbet af læskærme skulle i EU-udbud. Amtets jurist forespurte telefonisk i Bygge- og Boligstyrelsen, og Høgsbro spurgte selv i Indkøbsservice. Begge steder fik man det samstemmende svar, at der var tale om bygge- og anlægsvirksomhed. Høgsbro fik indtryk af, at den pågældende medarbejder hos Indkøbsservice havde været gennem problematikken i anden anledning. Høgsbro var herefter ikke i tvivl om, at EU-udbud ikke var nødvendigt. Læskærmene skal ikke reklamefinansieres. Det var ikke tanken fra begyndelsen, at Designlab skulle have opgaven. Det afgørende er at få et design, der passer til Sydbus' profilering iøvrigt. Det er endvidere

utrolig vigtigt at få kommunerne med og få dem til at godkende designet. Sydbus er indstillet på at indgå kontrakt med Designlab om køb af læskærmene. Kontraktens underskrift afventer imidlertid sagen for Klagenævnet.

Marianne Nissen, der er direktør for Abtech, har forklaret: Hun rettede på et tidspunkt henvendelse til Sydbus og fremsendte materiale, men fik ingen reaktion. Hun prøvede rigtig mange gange. Hun har talt med Finn Høgsbro og adskillige gange med en anden medarbejder i Sydbus, men er hele tiden blevet afvist på forskellig måde. Abtech har haft og har stadig leverancer til de enkelte kommuner i Sønderjylland. Abtech kunne producere en læskærm fuldstændig i overensstemmelse med Designlabs design, men det ville være en ulovlig kopiering at fremstille en læskærm nøjagtig magen til Designlabs.

Abtech har til støtte for sin påstand anført: Sagen er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet 93/38, jfr. direktivets artikel 2, stk. 1, a), og stk. 2, c). Sydbus' indkøb af læskærmene er omfattet af direktivets artikel 1, nr. 4), a) om indkøbsaftaler. Købet er omfattet af CPV-glossaret position 28112321-6, læskure. Indkøbets værdi er over direktivets tærskelværdi for indkøb, hvilket er ubestridt. Der er tale om løsøre købt uden elementer af bygge- og anlægsvirksomhed. Der må også herved henses til, at det er forudsat, at læskærmene kan flyttes og lagerføres, og at der i kontraktudkastet er henvist til købeloven, ikke AB 92. Læskærme er en lager- og katalogvare hos andre producenter. Det er uden betydning for sagen, om Designlab har indgået aftaler med underleverandører. Sydbus kunne have udbudt f. eks. designet, og det må være Designlabs problem, hvis man har bundet sig til en bestemt underleverandør. Det bestrides ikke, at Finn Høgsbro har været i god tro, men dette er uden betydning for sagen.

Sydbus har til støtte for frifindelsespåstanden anført: Etableringen af et stoppested må betragtes under ét som et bygge- og anlægsarbejde. Der etableres et bygningsværk i byggelovens forstand. Selv pergolaer og havemure er bygningsværkninger, og et læskærm yder tilmed ly og læ. Den af Abtech påberåbte position i CPV-glossaret er ikke afgørende. Etableringen af et stoppested er omfattet af CPV-glossarets position 45211570-5, bygninger i forbindelse med transport. Varekøb i forbindelse med en bygge- og anlægsopgave skal indregnes ved beregningen af tærskelværdien for bygge- og anlægskontrakter, jfr. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 1, 4), b), sidste punktum, hvorefter bygge- og anlægskontrakter kan omfatte sådanne leverancer og tjenesteydelser, som er nødvendige for deres opfyldelse. Sydbus' indkøb af de omhandlede læskærme skal derfor beregnes efter forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for bygge- og anlægskontrakter. Bygge- og Boligstyrelsens tilkendegivelse over for Sydbus er ikke bindende, men må skulle ses som et fortolkningsbidrag. Hvad enten Designlab har kontraheret med underleverandører eller ej, har Sydbus under alle omstændigheder forstået det sådan, at læskærme med Designlabs design kun kan produceres gennem Designlab.

Klagenævnet skal udtale:

Det er muligvis tvivlsomt, om sagen skal bedømmes i henhold til EU's forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38, hvilket forudsætter, at etablering af læskærme er et naturligt led i Sydbus' busdrift. Da parterne imidlertid er enige om, at sagen skal bedømmes efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og da spørgsmålet er uden reel betydning for sagens afgørelse, lægger Klagenævnet til grund, at sagen er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det lægges efter det fremkomne til grund, hvilket heller ikke er bestridt, at Sydbus skal være køber af de omhandlede læskærme.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til, om etableringen af et busstoppested med tilhørende opstilling af en læskærm kan anses for en bygge- og anlægsvirksomhed, da spørgsmålet er uden betydning for sagens afgørelse, jfr. straks nedenfor.

Hvis etableringen ikke kan anses for en bygge- og anlægsvirksomhed, er det klart, at Sydbus' indkøb af læskærmene skal anses for indkøb, hvilket heller ikke er bestridt.

Hvis etableringen kan anses som en bygge- og anlægsvirksomhed, gælder følgende: Læskærmene må i så fald anses for byggematerialer (præfabrikerede bygningsdele), og indkøb af sådanne er indkøb i henseende til EU's udbudsregler, hvorfor Sydbus' køb af læskærmene skal anses for indkøb. Dette er også tilfældet, selvom læskærmene skal betragtes som en bygherreleverance fra Sydbus, idet indkøb af byggematerialer til en bygherreleverance, foretaget af en offentlig udbyder af et bygge- og anlægsprojekt, må skulle anses for indkøb. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 1, 4), b), sidste punktum, som Sydbus har påberåbt sig, må antages alene at sigte til beregningen af tærskelværdien for bygge- og anlægskontrakter. Iøvrigt er Sydbus efter det oplyste ikke bygherre, hvorfor læskærmene ikke kan anses for en bygherreleverance.

Der er således ikke fremkommet noget, der kan føre til, at Sydbus' påtænkte indkøb af læskærme ikke skulle anses for indkøb. Abtechs påstand tages derfor til følge, dog med formulering som nedenfor.

Da Sydbus efter det fremkomne har søgt at få det foreliggende spørgsmål afklaret og derfor har været i god tro og desuden har ladet sin kontraktsindgåelse afvente behandlingen af sagen for Klagenævnet, findes det rigtigst ikke at pålægge Sydbus at betale sagsomkostninger til Abtech.

I medfør af § 19, stk. 4, i bekendtgørelsen om Klagenævnet for udbud tilbagebetales det gebyr, som Abtech har betalt til Klagenævnet.

Herefter bestemmes:

Det af Sydbus påtænkte indkøb af læskærme til busstoppesteder er indkøb i henhold til EU's udbudsdirektiver og skal udbydes i overensstemmelse med reglerne om udbud af indkøbsaftaler.

Det pålægges ikke Sydbus at betale sagsomkostninger til Abtech A/S (Abstracta).

Det gebyr, som Abtech A/S (Abstracta) har betalt til Klagenævnet, tilbagebetales.