

DOM

afsagt den 11. juli 2019 af Vestre Landsrets 2. afdeling (dommerne Thomas Tordal-Mortensen, Peter Buhl og Jens Røn (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-1563-15

Esbjerg Maritime Service ApS
(advokat Christian Schlüter, Esbjerg)

mod

Den Kommunale Selvstyrehavn
Esbjerg Havn
(advokat Finn Andersen, Esbjerg)

Sagen er anlagt ved Retten i Esbjerg, som den 15. september 2015 har henvist sagen til behandling ved landsretten efter retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen handler om, hvorvidt et udbud i oktober 2014 af en 4-årig koncession for 2015-18 om levering og salg af vand fra hydranter på Esbjerg Havn var omfattet af EUF-traktatens grundlæggende regler og principper, og i givet fald om Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn, som udbød koncessionen, har overtrådt disse grundlæggende regler og principper og skal betale erstatning til Esbjerg Maritime Service ApS, som afgav tilbud, men ikke fik tildelt kontrakten.

Påstande

Sagsøgeren, Esbjerg Maritime Service ApS, har nedlagt påstand om, at sagsøgte, Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn, skal betale 9.431.240 kr. med tillæg af procesrente af 5.500.000 kr. fra den 5. maj 2015 og af 3.931.240 kr. fra den 15. maj 2019.

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn (herefter Esbjerg Havn) udbød for første gang i 2010 koncessionen til levering og salg af vand fra havnens hydranter til skibe, fartøjer og andet flydende materiel.

Der var fire virksomheder, som bød på opgaven: Esbjerg Marine Service K/S, der havde haft opgaven siden 1979, Fadølsforsyningen v/ Person 1, 3H Marine ApS og Esbjerg Maritime Service v/ Person 2. Esbjerg Havn modtog under udbuddet en række spørgsmål, herunder følgende spørgsmål fra Esbjerg Maritime Service v/ Person 2:

”Der er i udbudsmaterialet nævnt 3 punkter under ”*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*”
Hvorledes vægtes disse 3 punkter i % når der skal vælges en ny koncessionshaver?
Og giver disse 3 punkter tilsammen det ”*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*”?

- ovennævnte takstblad herunder salgspriser
- forsyningssikkerhed i forhold til bruger
- den tilbudte koncessionsafgift”

Esbjerg Havn svarede hertil, at punkterne er angivet i prioriteret rækkefølge, og at de tre punkter tilsammen udgør ”*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*”.

Ved brev af 1. december 2010 meddelte Esbjerg Havn tilbudsgiverne, at Esbjerg Marine Service K/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved annoncering på sin hjemmeside den 3. oktober 2014 udbød Esbjerg Havn igen koncessionen.

Udbuddet blev tillige annonceret i dagbladet Jydske Vestkysten.

Af udbudsmaterialet af 2. oktober 2014 fremgår blandt andet:

”Beskrivelse af koncessionen

Opgaven omfatter levering/salg af vand fra 75 hydranter og fra 3 vandautomater. Hydranter og vandautomater er placeret langs Havnens kajer som vist på Bilag 1 ...

Koncessionshaveren har såvel retten som pligten til i fornødent omfang at levere vand fra hydranterne, der er ejet af Esbjerg Havn.

Koncessionshaver skal med et passende varsel (normalt højst et par timer) kunne servicere skibe døgnet rundt.

Den årlige leverance har i årene 2011, 2012 og 2013 udgjort henholdsvis 112.642 m³, 161.924 m³ og 163.135 m³ vand.

Koncessionshaver udarbejder bestemmelser og takster for vandsalget, og forelægger disse og evt. ændringer heraf for Esbjerg Havn til godkendelse. Esbjerg Havn skal have mulighed for indsigt i koncessionshavers regnskab for forretningsområdet.

Koncessionshaveren er forpligtet til for egen regning at anskaffe nødvendigt materiel og udstyr - herunder bil og slanger. Vandmålere skal leveres, serviceres og vedligeholdes af Esbjerg Forsyning. ...

I kontraktperioden skal koncessionshaveren for egen regning sørge for vedligeholdelse/istandsættelse af de hydranter, som kontrakten omfatter.

Esbjerg Havn har givet et begrænset antal virksomheder/brugere tilladelse til at oprette egne faste installationer for skibsvand. ... Der vil ikke blive givet tilladelse til etablering af yderligere private installationer.

Virksomhedsoverdragelse af medarbejder

Havnen har fra den nuværende koncessionshaver fået oplyst, at der er 1 fuldtidsmedarbejder ansat, hvis hovedbeskæftigelse er vandgivning/salg. Virksomhedsoverdragelsesloven vil være gældende for denne medarbejder.

...

Herudover har den nuværende koncessionshaver oplyst, at en deltidsansat (33 timer/uge) administrativ medarbejder har forretningsområdet vandgivning/-salg som sin hovedbeskæftigelse. Denne medarbejder er ikke ansat hos den nuværende koncessionshaver men hos en virksomhed, der leverer administrative serviceydelser til koncessionshaver.

Virksomhedsoverdragelsesloven vil være gældende for denne medarbejder.

...

Kontraktoplysninger

Kontrakten indgås for en periode på 4 år fra den 1. januar 2015 og indtil 31. december 2018.

...

For rettigheden til brug af Havnens hydranter betaler koncessionshaver til Esbjerg Havn en afgift pr. leveret m³ vand.

...

Vandforbruget afregnes i henhold til gældende takstblad direkte mellem Esbjerg Forsyning A/S og koncessionshaver. Esbjerg Forsyning garanterer alene overholdelse af kravene til drikkevand ved hydranten, men ikke i videredistributionen, idet ansvaret her er koncessionshavers. Vandleverancer til skibe, fartøjer og andet flydende materiel i Esbjerg Havn er fritaget for vandafledningsafgift.

...

Hvad skal tilbuddet indeholde

Tilbuddet skal angive størrelsen af den koncessionsafgift, som tilbudsgiver er villig til at betale Esbjerg Havn. Konkret skal der angives et beløb (excl. moms) pr. leveret m³ vand gældende fra 1. januar 2015. Tilbuddet skal som et minimum lyde på 5,45 kr./m³ leveret vand.

Herudover skal der vedlægges en kort beskrivelse af forretningsmodel – herunder hvordan forsyningssikkerhed sikres – samt forslag til *bestemmelser og takster for leverance af vand* (takstblad) gældende fra 1. januar 2015.

Kriterier for tildeling af koncessionen

Tildeling af koncessionen vil ske efter kriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Delkriterierne vil være:

- ovennævnte takstblad herunder salgsprisen
- forsyningssikkerhed i forhold til brugerne
- den tilbudte koncessionsafgift"

Esbjerg Maritime Service ApS stillede inden afgivelsen af tilbud otte spørgsmål. Spørgsmål 3-5 lød således:

"3. Hvilket regelsæt gælder egentligt for udbuddet? Det fremgår ikke særlig tydeligt, hvilken fremgangsmåde der anvendes.

4. Hvordan vægtes koncessionsafgiften på de minimum kr. 5,45 holdt op i mod

salgsprisen på vand til kunden?
5. Hvordan vægtes delkriterierne, hvis de vægtes? Er det et pointsystem, prioriteret rækkefølge eller procentvis?”

Esbjerg Havn svarede følgende på spørgsmål 3:

”Ad 3. Koncessionskontrakter om tjenesteydelser er ikke omfattet af udbudsdirektivet. Disse kontrakter er alene underlagt EUF-traktatens principper, og kun i det omfang kontrakterne har grænseoverskridende interesse.”

Med hensyn til spørgsmål 4 og 5 svarede Esbjerg Havn, at delkriterierne var angivet i prioriteret rækkefølge.

Esbjerg Maritime Service ApS afgav den 3. november 2014 et tilbud på opgaven.

Esbjerg Maritime Service ApS’ tilbud indeholdt blandt andet en generel introduktion til virksomheden med en beskrivelse af kunderelationer samt en forretningsplan. Herudover indeholdt tilbuddet oplysninger om salgspriser og et takstblad for 2015, hvoraf fremgår:

”Salgspriser:	
Ferskvand (inkl. koncessionsafgift):	29,00 DKK pr. m3
Spulevand	25,00 DKK pr. m3
Oprigning af slanger og målere:	105,00 DKK pr. m3
Nedrigning af slanger og målere:	105,00 DKK pr. m3
Overtid pr. time:	130,00 DKK time
Kørsel:	75,00 DKK pr. tur
Tilkald udenfor normal arbejdstid:	4 timer a 130,00 DKK

Koncessions afgift:
Der tilbydes en koncessionsafgift til Esbjerg Havn: 7,00 DKK pr. m3”

Det anføres i tilbuddet, at der ved salg af andre typer vand, så som spulevand, kan indhentes særskilt tilbud.

I tilbuddet var der også et afsnit om forbehold, hvoraf fremgår:

”Forbehold
✓ Der tages forbehold for udefrakommende omstændigheder, som har indflydelse på vandprisen, såsom uforudsete store prisstigninger, afgifter

og/eller nye lovkrav, som ikke var kendt ved aftalens indgåelse.

...

- ✓ Det kan accepteres, at vedligehold er brugers ansvar, dog ønsker EMS fritagelse i forbindelse med udefra kommende hændelser som oversvømmelse, hærværk, påkørsler, frostskafer, ledningsbrud og lignende”

Tilbuddet var vedlagt selskabets seneste årsrapport fra 2013, hvoraf fremgår, at selskabets soliditetsgrad i 2013 var på 29 pct.

Esbjerg Marine Service K/S afgav også tilbud på opgaven den 3. november 2014. Heraf fremgår blandt andet:

”EMS K/S tilbyder ... at forestå salg og levering af vand i overensstemmelse med de rettigheder og forpligtelser, der er indeholdt i udbudsskrivelse af 02.10.2014 til en pris af kr. 34,00 per m³.

EMS K/S tilbyder at afregne en koncessionsafgift pr. m³ leveret vand på kr. 6,65, for så vidt angår en årlig mængde op til 40.000 m³, og en pris på kr. 7,75 pr. m³ for så vidt angår den del af årlige leverede vandmængde der overstiger 40.000 m³ op til 100.000 m³, og en pris på kr. 9,25 pr. m³ for så vidt angår den del af årlige leverede vandmængde der overstiger 100.000 m³ alt med tillæg af moms, og i øvrigt i overensstemmelse med skrivelse af 02.10.2014 fra Esbjerg Havn.

Det bemærkes, at EMS K/S p.t. og siden 1979 har været koncessionshaver, og at selskabet derfor har demonstreret den fornødne ekspertise, og bl.a. via ejerkredsen – 5 shippingfirmaer, der som agenter repræsenterer aftagerne af ca. 65-70 % af vandomsætningen fra ikke privatejede hydranter – det fornødne personale, og det fornødne materiel samt egnede lokaliteter til at udføre opgaven på tilfredsstillende vis, herunder således at alle gældende krav omkring miljø, arbejdsmiljø, og hygiejne til imødegåelse af risiko for forurening af vandet m.m. opfyldes. I den sammenhæng bemærkes, at det ikke er givet, at EMS K/S's kvalificerede medarbejder(e) ønsker at skifte arbejdsplads til en evt. anden koncessionshaver.

...”

Tilbuddet indeholdt endvidere en beskrivelse af forretningsmodellen og et takstblad for 2015.

Ifølge årsrapporten for 2013 for Esbjerg Marine Service K/S havde dette selskab i det pågældende år en soliditetsgrad på 3 pct.

I Esbjerg Havns meddelelse af 4. november 2014 til Esbjerg Maritime Service ApS om tildelingen

anføres det:

”... Havnen har modtaget i alt 2 tilbud.

Vi har nu gennemgået de 2 tilbud med det resultat, at koncessionen desværre ikke tilfalder Dem.

De i udbudsmaterialet nævnte 3 delkriterier er vægtet med henholdsvis 35%, 33% og 32%.

Der er for hvert delkriterie tildelt i alt 10 point. Vægtet giver det i alt 10 points til fordeling.

På dette grundlag har De opnået en samlet score på 4,5 point mod 5,5 point til den tilbudsgiver, som får tildelt koncessionen fra 01.01.2015.”

I en e-mail af 5. november 2014 anførte Esbjerg Maritime Service ApS, at de accepterede at have tabt udbuddet og bad samtidig om at få uddybet pointsystemet.

Esbjerg Havn oplyste sammen dag i en e-mail, at Esbjerg Maritime Service ApS havde givet det bedste tilbud på kriteriet ”takstblad herunder salgsprisen”, mens den anden tilbudsgiver havde afgivet det bedste tilbud på de to andre kriterier. Esbjerg Havn oplyste desuden, at delkriteriet ”Forsyningssikkerhed i forhold til brugerne” ved evalueringen var opdelt i yderligere tre punkter:; soliditet, bemanning og kunderelation, og bemærkede, at dette delkriterium havde været udslagsgivende.

Esbjerg Havn indgik en aftale med Esbjerg Marine Service K/S, der vandt udbuddet, om leje af havnens hydranter. Aftalen er underskrevet af Esbjerg Havn den 7. november 2014 og af Esbjerg Marine Service K/S den 11. november 2014.

Ved e-mail af 10. november 2014 klagede Esbjerg Maritime Service ApS til Esbjerg Havn over afgørelsen af udbuddet med henvisning til, at delkriterium 2 var blevet ændret, efter udbuddet var afsluttet. Esbjerg Maritime Service ApS henviste herved blandt andet til opdelingen af delkriteriet ”Forsyningssikkerhed i forhold til brugerne” samt til, at der under udbuddet var blevet spurgt ind til vægtningen af delkriterierne.

Esbjerg Havn afviste ved e-mail af 14. november 2014 klagen med henvisning til blandt andet, at

delkriterie 2 efter havnens opfattelse ikke var blevet ændret.

Den 9. januar 2015 indgav Esbjerg Maritime Service ApS klage til Klagenævnet for Udbud, der den 10. marts 2015 traf afgørelse i sagen.

Af afgørelsen fremgår:

”... Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Esbjerg Maritime Service ApS har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Havn har handlet i strid med EUF-Traktatens gennemsigtighedsprincip ved til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige bud” at have fastsat delkriterieret ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”, uagtet dette underkriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Havn har handlet i strid med EUF-Traktatens ligebehandlingsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med Esbjerg Maritime Service ApS, hvis tilbud havde opnået den højeste vægtning i henhold til den vægtning, som Esbjerg Havn havde oplyst, eftersom delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” ikke var et egnet underkriterium, og tilbuddene derfor skulle vurderes efter den øvrige oplyste vægtning.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Havn har handlet i strid med EUF-Traktatens ligebehandlingsprincip ved ikke at anvende de fastsatte underkriterier sagligt og korrekt.

Påstand 4

Esbjerg Havn tilpligtes til Esbjerg Maritime Service ApS at betale 10.349.323,00 kr. med tillæg af procesrente fra den 9. januar 2015, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Esbjerg Havn har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 3.

Sagens nærmere omstændigheder

Af det udbudsmateriale af 2. oktober 2014, som Esbjerg Havn udsendte til de

interesserede, fremgår blandt andet:

”Beskrivelse af koncessionen

...”

Esbjerg Maritime Services ApS har opgjort værdien af koncessionskontrakten på grundlag af en forventet omsætning på 27.655.843 kr. Selskabet har baseret dette omsætningstal på en stigning på 2 % pr. år set i forhold til de i udbudsmaterialet oplyste hidtidige mængder af solgt vand og en stigning i antallet af skibsanløb på 1 % pr. år set i forhold til det antal skibsanløb, som der ifølge Esbjerg Havns årsrapport for 2014 har været i 2014. Erstatningskravet er med udgangspunkt heri opgjort til 10.349.323 kr., som ifølge selskabet var det forventede nettoprovenu.

Esbjerg Havn har med henvisning til en revisorerklæring fra Esbjerg Marine Service K/S’ revisor opgjort vandsalget i årene 2010 til 2013 til en værdi af 9.530.000 kr. Esbjerg Maritime Services ApS’ har i en beregning, som ikke gengives her, opgjort omsætningen til 19.249.860,50 kr.

Den samme koncession var i udbud i 2010 og blev annonceret på samme måde. Esbjerg Havn har fremlagt materiale om dette udbud, herunder havnens underretning om resultatet af tilbudsbedømmelsen til tilbudsgiverne. Der blev afgivet fire tilbud fra lokale virksomheder. Blandt andre Esbjerg Maritime Service v/ **Person 2** ██████████ afgav tilbud.

Esbjerg Havn har på klagenævnets forespørgsel oplyst, at der hverken i 2010 eller i 2014 har været udenlandske virksomheder, som har rekvireret udbudsmateriale eller på anden vis tilkendegivet interesse for udbuddene. Havnen har undersøgt, hvorvidt tilsvarende koncessioner ved andre havne har været udbudt via en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende, og om sådanne opgaver er tildelt udenlandske virksomheder. Esbjerg Havn har ikke kunnet finde eksempler på udbud af lignende koncessioner i EU-tidende, eller at der er sket tildeling til udenlandske virksomheder.

Esbjerg Maritime Service ApS har oplyst at have taget kontakt til havnene i Aarhus, København og Hirtshals og spurgt, om leverancen af vand disse steder er sendt i udbud eller udføres af havnen selv. Selskabet har fået oplyst, at havnene i København og Hirtshals udfører opgaven selv. Havnen i Aarhus udfører ikke selv opgaven, men har heller ikke sendt den i udbud. Opgaven i Aarhus udføres af et firma, som har haft opgaven i ca. 20 år.

Parternes anbringender

Ad grænseoverskridende interesse

Esbjerg Maritime Service ApS har gjort gældende, at den udbudte opgave har en ”klar grænseoverskridende interesse”. Ifølge EU-Domstolens praksis foreligger der en ”klar grænseoverskridende interesse”, når blot en kontrakt kan have ”en vis interesse for en virksomhed beliggende i en anden medlemsstat end den, som den pågældende ordregivende myndighed henhører under”, jf. blandt andet Domstolens

dom af 13. november 2007 i An Postsagen (sag C-507/03, EU-Kommissionen mod Irland). Det forudsættes således blot, at den grænseoverskridende interesse skal være potentiel for enkelte eller flere virksomheder.

I modsætning til, hvad der gælder bilag II B-ydelser er der ingen formodning for, at koncessioner ikke har grænseoverskridende interesse.

Den omstændighed, at medarbejderne overdrages i forbindelse med koncessionen, betyder, at en tilbudsgiver ikke behøver at etablere sig i Danmark. En eventuel udenlandsk virksomhed vil således uden besvær kunne drive koncessionen fra virksomhedens faste forretningssted i udlandet. Dette svarer til situationen i klagenævnets kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio, hvor kontraktværdien i øvrigt var lavere end i denne sag. Det ville kunne være af interesse for udenlandske erhvervsdrivende at have en virksomhed på Esbjerg Havn, der i dag bruges som offshore center for Nordsøen. Desuden har kontrakten en løbetid på 4 år, og Esbjerg Maritime Service ApS forventede, da virksomheden afgav tilbud, en samlet omsætning på ca. 27.655.843 kr. og et nettooverskud på ca. 10.349.323 kr. svarende til det fremsatte erstatningskrav.

Det forhold, at der ikke er afgivet bud fra udenlandske virksomheder, kan ikke tillægges betydning, da opgaven alene blev annonceret på indklagedes hjemmeside og i Jyske Vestkysten på dansk.

Omfanget, varigheden og den forventelige indtjening samt det forhold, at den bestående medarbejderstab vil kunne benyttes, betyder, at opgaven har klar grænseoverskridende interesse. EUF-Traktatens principper finder derfor anvendelse.

Esbjerg Havn har gjort gældende, at kontrakten ikke har ”klar grænseoverskridende interesse”, og at EUF-traktatens udbudsretlige principper dermed ikke finder anvendelse. Der er på samme måde som ved bilag II B-ydelser formodning for, at koncessioner ikke har grænseoverskridende interesse. En rent potentiel/teoretisk interesse er ikke tilstrækkelig.

I praksis er det nødvendigt for koncessionshaveren at have en tilstedeværelse på havnen. Brug af en underleverandør er således ikke praktisk muligt. Markedet for salg af vand til off-shore virksomheder i havnen er vigende.

Erfaringerne fra dette og det tidligere udbud samt øvrige havne viser, at koncessionen ikke er af interesse for udenlandske virksomheder.

Klagen skal derfor enten afvises eller ikke tages til følge.

Anbringender ad påstand 1- 3

Parternes anbringender om påstand 1-3, herunder om konditionsmæssigheden af Esbjerg Maritime Service ApS’ tilbud, gengives ikke.

Klagenævnet udtaler:

Ad grænseoverskridende interesse

Koncessioner om tjenesteydelser er ikke reguleret i udbudsdirektivet eller de øvrige nugældende direktiver om udbud. Offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, skal imidlertid overholde EUF-Traktatens grundlæggende regler, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, jf. senest præmis 47 i EU-Domstolens dom af 10. november 2014 i sag C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, jf. tillige sag C-458/03 *Parking Brixen*, præmis 46-49, og C-91/08 *Wall*, præmis 30, såfremt den pågældende koncession har en klar grænseoverskridende interesse, navnlig henset til dens omfang og opfyldelsesstedet. Klagenævnet bemærker, at der i den danske sprogversion af *Cartiera dell'Adda SpA* dommen må antages at være en oversættelsesfejl, idet "interesse transfrontaliero certo" i den italienske sprogversion, "intérêt transfrontalier certain" i den franske sprogversion, "eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse" i den tyske sprogversion, "bestämt gränsöverskridande intresse" i den svenske sprogversion og "interés transfronterizo cierto" i den spanske sprogversion er oversat til "vis" grænseoverskridende interesse" i den danske version. Udtrykket er hidtil – korrekt – blevet oversat til "klar grænseoverskridende interesse".

Efter det oplyste har udenlandske virksomheder ikke vist interesse for at afgive tilbud på denne eller den forudgående koncessionskontrakt eller for andre lignende koncessioner udbudt af andre havne. Henset hertil og til værdien og karakteren af den udbudte kontrakt kan der ikke antages at bestå en klar interesse i koncessionskontrakten for virksomheder i andre EU-lande. Det bemærkes i den forbindelse, at tærskelværdien i det nyligt vedtagne direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter er på 5.186.000 EUR (dvs. ca. 38,5 mio. kr.), som beregnes som koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms, jf. direktivets artikel 8, stk. 1 og 2. Ifølge betragtning 22 er tærskelværdien fastsat med henblik på at "afspejle koncessionernes tydelige grænseoverskridende interesse."

Da kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse, finder EUF-Traktatens generelle udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ikke anvendelse.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af klagesagen skal Esbjerg Maritime Service ApS betale sagsomkostninger til Esbjerg Havn til dækning af havnens udgift til advokat som nedenfor bestemt. Der er ved fastsættelsens af sagsomkostningerne lagt vægt på sagens karakter, omfang og forløb.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Esbjerg Maritime Service ApS skal i sagsomkostninger til Esbjerg Havn betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.”

Det fremgår af en oversigt over nettoomsætningen for salg af vand for perioden 2010-2013, udarbejdet af Esbjerg Marine Service K/S, at selskabet omsatte for ca. 9,5 mio. kr. i perioden. Ernest & Young, der har revideret årsregnskaberne for Esbjerg Marine Service K/S, har afgivet en erklæring om oversigten, hvori det konkluderes, at oversigten i alle væsentlige henseender er udarbejdet i overensstemmelse med de officielle årsregnskaber for perioden. For 2014 til 2016 er omsætningen oplyst til henholdsvis ca. 3,7 mio. kr., 4,1 mio. kr. og 3,2 mio. kr.

Din Forsyning har i e-mail af 10. maj 2019 oplyst, at vandforbruget på de private tapsteder på Esbjerg Havn i 2011-2014 var på henholdsvis 9.762 m³, 65.268 m³, 68.060 m³ og 64.199 m³.

Af et driftsbudget for Esbjerg Maritime Service ApS for perioden 2015-2018 fremgår, at Esbjerg Maritime Service ApS forventede en omsætning på ca. 27,7 mio. kr. for salg af vand og salg af oprigninger, nedrigninger, kørsel og overtid.

Af en udateret opgørelse udarbejdet af Esbjerg Havn over salget af vand fra hydranter i perioden 2011-2013 fremgår, at der i 2011 blev solgt 112.642 m³, i 2012 161.924 m³ og i 2013 163.135 m³, og at der gennemsnitligt blev solgt 145.900 m³ om året. Den gennemsnitlige omsætning er i opgørelsen beregnet til 5.398.312 kr. om året og 21.593.249 kr. for 4 år.

Der har været afholdt syn og skøn i sagen, og skønsmanden har afgivet en skønserklæring af 23. januar 2019 og supplerende skønserklæring af 14. maj 2019.

I spørgsmål 1 er skønsmanden blevet bedt om på baggrund af takstbladet og driftsbudgettet for Esbjerg Maritime Service ApS at opstille et så retvisende driftsbudget som muligt for den udbudte opgave, samt oplyse med hvor stor usikkerhed besvarelsen er afgivet. Af besvarelsen fremgår:

”

Det opstillede driftsbudget for den udbudte opgave fremgår af bilag A. De væsentligste budgetforudsætninger fremgår af bilag B.

...

Da det efter min opfattelse er vanskeligt at forudse, hvordan afsatte mængder og priser kommer til at udvikle sig i fremtiden, indeholder det aktuelle driftsbudget væsentlige usikkerheder med hensyn til forventninger til afsatte mængder og priser. Besvarelsen er således afgivet med en usikkerhed, der varierer med usikkerheden vedrørende afsatte priser og mængder i budgetperioden. I spørgsmål 2 er der opstillet følsomhedsintervaller der kan synliggøre, hvilken indvirkning prisændringer vil have for det forventede nettooverskud af aktiviteterne.

Det er min vurdering, at eventuelle efterfølgende afvigelser vedrørende de øvrige budgetposter i det opstillede driftsbudget ikke vil være væsentlige i en sådan grad, at dette vil kunne forrykke de pågældende budgetposter i et omfang, der ligger uden for et rimeligt interval.”

Af skønserklæringens bilag A fremgår:

”Bilag A
Driftsbudget for levering/salg af vand fra Esbjerg Havn 2015-2018.
Spørgsmål 1

Ref.		2015	2016	2017	2018	Total
	Omsætning					
1	Omsætning drikkevand	5.948.179	6.140.044	6.338.097	6.542.539	24.968.859
2	Omsætning spulevand	51.795	53.466	55.191	56.971	217.423
3	Omsætning Op/nedrigninger	459.900	467.258	474.735	482.330	1.884.223
4	Omsætning Kørsel	328.500	333.756	339.096	344.522	1.345.874
5	Omsætning overtid vagtordning	31.633	32.139	32.654	33.176	129.603
5a	Rabatter mv.	(178.445)	(184.201)	(190.143)	(196.276)	(749.066)
	Omsætning i alt	6.641.563	6.842.463	7.049.629	7.263.262	27.796.916
	Vareforbrug					
6	Forbrug af vand	841.023	867.243	894.294	922.203	3.524.763
10	Lønomkostning	595.084	604.606	614.279	624.108	2.438.078
11	Overtidsbetaling	85.151	86.513	87.898	89.304	348.866
12	Vikar, afløsning	91.551	93.016	94.505	96.017	375.089
7	Udgifter til kørsel/havn (diesel)	15.878	16.132	16.390	16.652	65.052
8	Servicering vandmålere/hydranter	118.872	120.774	122.706	124.670	487.022
9	Koncessions afgift til havnen	1.450.270	1.497.050	1.545.339	1.595.185	6.087.844
	Vareforbrug i alt	3.197.830	3.285.334	3.375.411	3.468.139	13.326.714
	Dækningsbidrag	3.443.733	3.557.128	3.674.218	3.795.123	14.470.202
		52%	52%	52%	52%	52%
	Faste omkostninger					
10	Funktionærløn, deltidsmedarbejder	276.125	280.543	285.032	289.593	1.131.294
12	Afløser, deltidsmedarbejder	42.481	43.161	43.851	44.553	174.045
13	Målerbidrag Esbjerg Forsyning	21.000	21.336	21.677	22.024	86.038
13	Leje af lokaler	30.000	30.480	30.968	31.463	122.911
13	Drift af bil	18.000	18.000	18.000	18.000	72.000
13	Småanskaffelser	30.000	30.000	30.000	30.000	120.000
13	Vedligeholdelse driftsmidler	25.000	25.000	25.000	25.000	100.000
	Drift og vedligehold i alt	442.606	448.520	454.528	460.633	1.806.287
	Administrationsomkostninger					
14	Forsikringer	18.000	18.288	18.581	18.878	73.747
14	Diverse kontorhold	10.000	10.160	10.323	10.488	40.970
14	It udstyr mm	7.700	7.823	7.948	8.076	31.547
14	Telefon	8.400	8.534	8.671	8.810	34.415
14	Revision mm.	10.000	10.160	10.323	10.488	40.970
	Administrationsomkostninger i alt	54.100	54.966	55.845	56.739	221.649
	Faste omkostninger i alt	496.706	503.486	510.373	517.371	2.027.936
	Resultat før renter og afskrivninger	2.947.026	3.053.643	3.163.845	3.277.752	12.442.265
15	Renteudgifter	43.400	43.400	43.400	43.400	173.600
	Resultat før afskrivninger	2.903.626	3.010.243	3.120.445	3.234.352	12.268.665
15	Afskrivninger	62.500	62.500	62.500	62.500	250.000
	Resultat	2.841.126	2.947.743	3.057.945	3.171.852	12.018.665

”

Det fremgår af budgetforudsætningerne i bilag B, at skønsmanden har taget udgangspunkt i priserne i takstbladet fra Esbjerg Maritime Service ApS' tilbud og har reguleret dem med den forventede udvikling i nettoprisindekset, således at f.eks. salgsprisen for drikkevand pr. kubikmeter i perioden 2015-2018 reguleres fra 29,00 kr. i 2015 til 29,46 kr. i 2016, 29,94 kr. i 2017 og 30,41 kr. i 2018.

Tilsvarende er den tilbudte koncessionsafgift til Esbjerg Havn reguleret, så den stiger fra 7,00 kr. pr. kubikmeter i 2015 til 7,1 kr. pr. kubikmeter i 2016, 7,2 kr. pr. kubikmeter i 2017 og 7,3 kr. pr. kubikmeter i 2018.

I spørgsmål 2 er skønsmanden på baggrund af det opstillede driftsbudget blevet bedt om at oplyse det totale nettooverskud, som opgaven ville kunne give, ligesom han er blevet bedt om at oplyse, hvilken usikkerhed der knytter sig til svaret. Af besvarelsen fremgår:

”Som det er anført ved besvarelsen af spørgsmål 1, er driftsbudgettet behæftet med væsentlig usikkerhed som følge af, at det er vanskeligt at forudse, hvordan afsatte mængder og priser kommer til at udvikle sig i fremtiden.

Nedenfor er der udarbejdet en følsomhedsanalyse, der angiver forskellen på det forventede totale nettooverskud ved ændring af de forudsatte priser i intervallet -10-50%. Følsomhedsanalysen omfatter ikke eventuelt højere priser, da dette ikke vil være aktuelt som følge af det foreliggende prisblad, der angiver minimumssalgspriserne:

		Nettooverskud				
		2015	2016	2017	2018	Total
Lavere pris	-50%	(158.861)	(149.012)	(138.699)	(127.903)	(574.476)
	-40%	441.136	470.339	500.630	532.048	1.944.153
	-30%	1.041.134	1.089.690	1.139.959	1.191.999	4.462.781
	-20%	1.641.131	1.709.041	1.779.287	1.851.950	6.981.409
	-10%	2.241.129	2.328.392	2.418.616	2.511.901	9.500.037
Budget	100%	2.841.126	2.947.743	3.057.945	3.171.852	12.018.665

Følsomhedsanalysen understøtter antagelsen om, at prisændringer vil have en væsentlig indvirkning på det forventede nettooverskud vedrørende den udbudte opgave for 2015-2018.

Som det fremgår af ovenstående har det angivne følsomhedsinterval en væsentlig spændvidde.

Det opstillede driftsbudget i bilag A viser, at den udbudte opgave vil kunne medføre et totalt nettooverskud for årene 2015-2018 på 12 mio. kr. ved opnåelse af de budgetterede afsatte mængder og priser.

Som følge af den væsentlige usikkerhed vedrørende mængder og priser er det min vurdering, at det vil være realistisk, at nettooverskuddet vedrørende den udbudte opgave udgør midten af det opstillede interval, hvilket medfører et nettooverskud for årene 2015-2018 på ca. 4 mio. kr. svarende til en reduktion af priserne på 30%.”

I spørgsmål 3 er der spurgt, om der findes flere måder at forstå, beregne eller vurdere soliditet end

den regnskabsmæssige metode med udgangspunkt i et selskabs egenkapital. Af besvarelsen fremgår:

”Begrebet soliditet benyttes inden for finansiering og regnskab til at afdække en virksomheds forhold mellem egenkapital og fremmedkapital.

Mig bekendt eksisterer der ikke andre metoder til at vurdere en virksomheds soliditet, end den regnskabsmæssige metode, som tager udgangspunkt i et selskabs egenkapital, og hvor soliditetsgraden opgøres som forholdet mellem selskabets egenkapital og samlede aktiver.

Soliditet er i investorordbogen defineret således:

"Soliditet beskriver forholdet mellem egenkapitalen og lånekapitalen. Den måles normalt ved soliditetsgraden. Soliditet udtrykker samtidig virksomhedens evne til at imødegå tab eller virksomhedens kreditværdighed".

Nøgletallet soliditetsgrad er således et udtryk for hvor høj en andel af en virksomheds samlede aktivsum, der på balancetidspunktet er afdækket af egenkapital.

Efter min opfattelse kan nøgletallet soliditetsgrad dog ikke stå alene, hvis der skal foretages vurdering af en virksomheds soliditet, eller hvis der skal foretages sammenligning af soliditet i flere virksomheder.

Ud over soliditetsgradens størrelse har det bl.a. også betydning, om virksomhedens gæld er rentebærende, ligesom løbetiden af virksomhedens gæld har betydning ved vurderingen af virksomhedens soliditet.

Ved sammenligning af forskellige virksomheders soliditet vil det også være nødvendigt at tage højde for virksomhedernes anvendte regnskabspraksis, idet der for en lang række regnskabsposters vedkommende er mulighed for at anvende forskellige indregningsmetoder, som vil have indflydelse på størrelsen af virksomhedens egenkapital og dermed for soliditetsgradens størrelse.

Soliditetsgraden tager desuden ikke højde for konsekvenser af en virksomheds udlodningspolitik, ligesom forhold såsom pantsætninger og sikkerhedsstillelser og evt. leasingforpligtelser ikke indgår i beregningen af soliditetsgraden, men dog har betydning ved vurdering af virksomhedens soliditet. Tilsvarende tages der ikke højde for virksomheders og egenkapitalernes relative størrelse.

Efter min opfattelse kan en beregnet soliditetsgrad således ikke stå alene, når et selskabs soliditet skal vurderes. Ved vurderingen bør tillige tages højde for selskabets regnskabspraksis, udlodningspolitik, samt hvorvidt der eksisterer forhold, som ikke er indregnet i balancen, herunder pantsætninger og sikkerhedsstillelser.”

I spørgsmål 4 er skønsmanden blevet anmodet om at oplyse, om vandprisen på Esbjerg Havn har

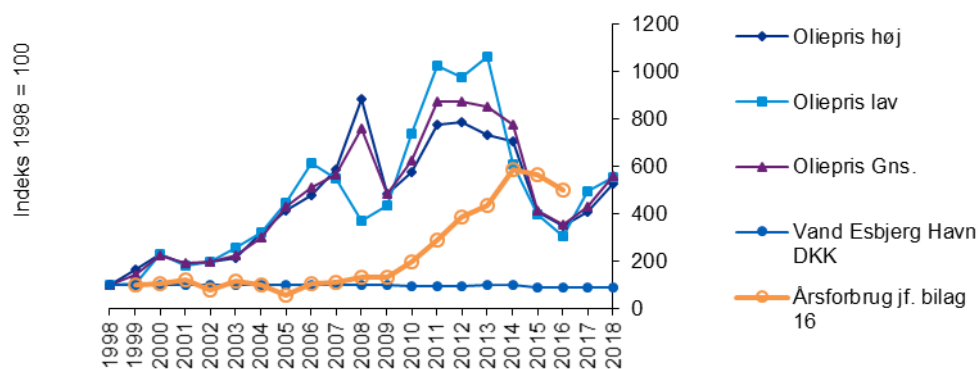
fulgt prisudviklingen på vand generelt i resten af landet, samt om den har fulgt prisudviklingen på vand solgt fra landets øvrige havne.

Det fremgår af besvarelsen af spørgsmålet, at det ikke entydigt kan udledes, at prisen på vand fra Esbjerg Havn har fulgt prisudviklingen på vand generelt i resten af landet. Det er dog skønsmandens vurdering, at vandprisen på Esbjerg Havn overvejende har fulgt prisudviklingen på vand generelt i resten af landet.

For så vidt angår udviklingen i vandprisen på Esbjerg Havn sammenlignet med prisudviklingen på vand solgt fra landets øvrige havne fremgår det, at det i lighed med prisudviklingen på vand generelt i resten af landet ikke entydigt kan udledes, at prisen på vand fra Esbjerg Havn har fulgt prisudviklingen på vand solgt fra landets øvrige havne.

Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 5 om udviklingen i vandprisen sammenhæng med udviklingen i olieprisen i perioden 1998-2018 oplyst, at vandprisen på Esbjerg Havn ikke har fulgt udviklingen i olieprisen og har til illustration herfor opstillet denne graf:

Udvikling 1998 - 2018



I spørgsmål IA er skønsmanden blevet bedt om på baggrund af den hidtidige koncessionshavers omsætning i årene 2010-2016 at opstille et så retvisende budget som muligt for den udbudte koncessionsopgave, samt oplyse med hvor stor usikkerhed besvarelsen er afgivet. Af besvarelsen fremgår:

”Det opstillede driftsbudget fremgår af bilag C.

Driftsbudgettet er baseret på de samme forudsætninger for udførelse af den udbudte

opgave, herunder de samme forventede vandmængder, mandskab, materiale og omkostningsstruktur som ved besvarelse af spørgsmål 1.

Grundlaget for den budgetterede omsætning ved besvarelse af dette spørgsmål fremgår af bilag D. På baggrund af de oplysninger, som fremgår af bilaget, er udgangspunktet for vandprisen i 2015 anslået til at være 15 kr. pr. m³, hvilket er baseret på en anslået gennemsnitspris vedrørende salg af vand for perioden 2010-2014. Omsætning vedrørende op- og nedrigninger mv. samt sats for koncessionsafgift er identisk med det opstillede driftsbudget ved besvarelsen af spørgsmål 1.

Desuden gælder de samme begrænsninger med hensyn til budgettering og efterfølgende faktiske resultater som beskrevet ved besvarelsen af spørgsmål 1. Derudover er de forhold, der er anført som væsentlige usikkerheder ved besvarelsen af spørgsmål 1, identiske med væsentlige usikkerheder, der gælder ved besvarelsen af indeværende spørgsmål.”

Af bilag C fremgår:

”Bilag C Driftsbudget for levering/salg af vand fra Esbjerg Havn 2015-2018.

Spørgsmål IA

Ref.		2015	2016	2017	2018	Total
	Omsætning					
1	Omsætning drikkevand	3.076.645	3.175.885	3.278.326	3.384.072	12.914.927
2	Omsætning spulevand	26.416	27.268	28.147	29.055	110.886
3	Omsætning Op/nedrigninger	459.900	467.258	474.735	482.330	1.884.223
4	Omsætning Kørsel	328.500	333.756	339.096	344.522	1.345.874
5	Omsætning overtid vagtordning	31.633	32.139	32.654	33.176	129.603
5a	Rabatter mv.	(92.299)	(95.277)	(98.350)	(101.522)	(387.448)
	Omsætning i alt	3.830.794	3.941.030	4.054.608	4.171.633	15.998.065
	Vareforbrug					
6	Forbrug af vand	841.023	867.243	894.294	922.203	3.524.763
10	Lønomsætning	595.084	604.606	614.279	624.108	2.438.078
11	Overtidsbetaling	85.151	86.513	87.898	89.304	348.866
12	Vikar, afløsning	91.551	93.016	94.505	96.017	375.089
7	Udgifter til kørsel/havn (diesel)	15.878	16.132	16.390	16.652	65.052
8	Servicering vandmålere/hydranter	118.872	120.774	122.706	124.670	487.022
9	Koncessions afgift til havnen	1.450.270	1.497.050	1.545.339	1.595.185	6.087.844
	Vareforbrug i alt	3.197.830	3.285.334	3.375.411	3.468.139	13.326.714
	Dækningsbidrag	632.964	655.695	679.197	703.494	2.671.351
		17%	17%	17%	17%	17%
	Faste omkostninger					
10	Funktionærløn, deltidsmedarbejder	276.125	280.543	285.032	289.593	1.131.294
12	Afløser, deltidsmedarbejder	42.481	43.161	43.851	44.553	174.045
13	Målerbidrag Esbjerg Forsyning	21.000	21.336	21.677	22.024	86.038
13	Leje af lokaler	30.000	30.480	30.968	31.463	122.911
13	Drift af bil	18.000	18.000	18.000	18.000	72.000
13	Småanskaffelser	30.000	30.000	30.000	30.000	120.000
13	Vedligeholdelse driftsmidler	25.000	25.000	25.000	25.000	100.000
	Drift og vedligehold i alt	442.606	448.520	454.528	460.633	1.806.287
	Administrationsomkostninger					
14	Forsikringer	18.000	18.288	18.581	18.878	73.747
14	Diverse kontorhold	10.000	10.160	10.323	10.488	40.970
14	It udstyr mm	7.700	7.823	7.948	8.076	31.547
14	Telefon	8.400	8.534	8.671	8.810	34.415
14	Revision mm.	10.000	10.160	10.323	10.488	40.970
	Administrationsomkostninger i alt	54.100	54.966	55.845	56.739	221.649
	Faste omkostninger i alt	496.706	503.486	510.373	517.371	2.027.936
	Resultat før renter og afskrivninger	136.258	152.210	168.824	186.123	643.414
15	Renteudgifter	43.400	43.400	43.400	43.400	173.600
	Resultat før afskrivninger	92.858	108.810	125.424	142.723	469.814
15	Afskrivninger	62.500	62.500	62.500	62.500	250.000
	Resultat	30.358	46.310	62.924	80.223	219.814

”

I spørgsmål IB er skønsmanden på baggrund af besvarelsen af spørgsmål IA blevet bedt om at oplyse det totale nettoresultat, som koncessionsopgaven antages at kunne give, samt oplyse med hvor stor usikkerhed svaret er givet. Af besvarelsen fremgår:

”Som tidligere anført, er driftsbudgettet behæftet med væsentlig usikkerhed som

følge af, at det kan være vanskeligt at forudse, hvordan afsatte mængder og priser kommer til at udvikle sig i fremtiden.

Nedenfor er der udarbejdet en følsomhedsanalyse, der angiver forskellen på det forventede totale nettooverskud vedrørende den udbudte opgave ved ændring af forudsatte priser i intervallet +10-50%. Følsomhedsanalysen omfatter ikke eventuelt lavere priser, da dette efter min vurdering ikke vil være aktuelt, henset til det skønnede realiserede prisniveau, jf. besvarelsen af spørgsmål IA samt bilag B.

		Nettooverskud				
		2015	2016	2017	2018	Total
Budget	100%	30.358	46.310	62.924	80.223	219.814
Højere pris	10%	340.664	366.625	393.571	421.536	1.522.395
	20%	650.970	686.940	724.218	762.848	2.824.977
	30%	961.276	1.007.256	1.054.866	1.104.161	4.127.558
	40%	1.271.582	1.327.571	1.385.513	1.445.474	5.430.139

Følsomhedsanalysen understøtter antagelsen om, at prisændringer vil have en væsentlig indvirkning på det forventede nettooverskud.

Det opstillede driftsbudget i bilag C viser, at den udbudte opgave med en omsætning som er budgetteret på baggrund af årsregnskaber for 2010-2014 vil kunne medføre et totalt nettooverskud for årene 2015-2018 på ca. 220 tkr.

De gennemsnitlige vandpriser, der ligger til grund for det udarbejdede budget er væsentligt lavere end priserne i henhold til takstblad, jf. bilag 3. En yderligere reduktion af priser i forhold til det prisniveau, der har været realiseret de foregående år vil medføre, at aktiviteterne vil give underskud ved uændret omkostningsstruktur.

Efter min vurdering vil det ikke være realistisk, at priserne bliver væsentligt lavere end i det udarbejdede budget. Efter min vurdering vil nettooverskuddet vedrørende den udbudte opgave for årene 2015-2018 være ca. 4 mio. kr., svarende til det i spørgsmål 2 identificerede nettooverskud og baseret på 30% højere priser.”

I spørgsmål IC er der spurgt generelt til, om der er en sammenhæng mellem en vares pris og den efterspurgte mængde. Af besvarelsen af dette spørgsmål fremgår, at der er en sammenhæng mellem en vares pris og den efterspurgte mængde. I forlængelse heraf er der i spørgsmål ID spurgt til, om der konkret vedrørende salg af vand til offshore-formål i Nordsøen må antages at være en sammenhæng mellem prisen og den efterspurgte mængde og i givet fald hvilken sammenhæng. Det fremgår af besvarelsen heraf, at det er skønsmændens vurdering, at prisen på vand følger udbud/efterspørgsel mekanismen. En øget efterspørgsel fra offshore-industrien vil øge den solgte mængde vand og vil give tilsvarende mulighed for at hæve prisen og omvendt.

Skønsmanden er i spørgsmål IE anmodet om at redegøre for udviklingen i prisen på Nordsøolie siden 1. januar 2014 og forventningen hertil indtil udgangen af 2018 samt redegøre for, om prisen har indflydelse på efterspørgslen og prisen på vand.

Af besvarelsen fremgår blandt andet, at olieprisen i perioden juni 2014 til januar 2015 faldt med 57 pct. Det fremgår videre, at efterspørgslen på vand vil være stigende på grund af et højere aktivitetsniveau, når prisen er høj og omvendt ved en lavere pris, samt at olieoperatører vil forsøge at genforhandle kontrakter med serviceoperatører med henblik på, at omkostningsoptimere og opretholde en rentabel produktionspris.

Af besvarelsen af spørgsmål IF – hvor der er spurgt til, om det er realistisk for en udbyder på Esbjerg Havn af vand til offshore-formål i Nordsøen at kunne opretholde en listepriis, uden at det påvirker det mængdemæssige salg – fremgår blandt andet, at det efter skønsmandens vurdering ikke er realistisk.

I spørgsmål IG er skønsmanden blevet bedt om at besvare spørgsmål 1, men med udgangspunkt i det faktiske antal op- og nedrigninger i perioden 2010-2016. Af besvarelsen fremgår:

” Det ønskede budget er grundlæggende baseret på de samme forudsætninger som ved besvarelsen af spørgsmål C og spørgsmål 1, bortset fra den budgetterede omsætning vedrørende op- og nedrigninger. Ved besvarelsen af dette spørgsmål er det faktiske antal op- og nedrigninger lagt til grund vedrørende budgetårene 2015 og 2016. Vedrørende budgetårene 2017 og 2018 er der taget udgangspunkt i det gennemsnitlige antal op- og nedrigninger i perioden 2013-2016.

Det opstillede budget fremgår af bilag E. Grundlaget for den budgetterede omsætning vedrørende op- og nedrigninger fremgår af bilag F.

Som det fremgår af bilag E vil den samlede omsætning for perioden 2015-2018 udgøre 14.641 tkr., hvilket er 13.155 tkr. lavere end den budgetterede omsætning i spørgsmål 1.

Det samlede budgetterede resultat for perioden vil udgøre et underskud på 1.109 tkr., hvilket er 13.128 tkr. lavere end spørgsmål 1.

Nedenfor er opstillet en oversigt over forskellen mellem spørgsmål 1 og spørgsmål 1G.

	Spørgsmål 1	Spørgsmål 1G	Forskel
Omsætning op/nedrigninger	1.884.223	1.092.974	791.249
Omsætning kørsel	1.345.874	780.696	565.178
Øvrig omsætning	24.566.819	12.767.968	11.798.851
Omsætning i alt	27.796.916	14.641.638	13.155.278
Vareforbrug	13.326.714	13.299.397	27.317
Dækningsbidrag	14.470.202	1.342.241	13.127.961
Resultat efter renter og afskrivninger	12.018.665	-1.109.295	13.127.960 ”

I sin besvarelse af tillægsspørgsmål SS1 har skønsmanden på baggrund af de faktiske mængder vand solgt på havnen i perioden 2015-2018 samt det faktiske antal op- og nedrigninger beregnet det nettooverskud, som Esbjerg Maritime Service ApS ville have fået, hvis de havde vundet udbuddet. Omsætningen er i besvarelsen opgjort til 24.138.919 kr., og resultatet før skat er opgjort til 9.431.240 kr. Skønsmanden anfører i sin besvarelse, at det fortsat er hans opfattelse, at det er vanskeligt at estimere priserne og omkostningerne på de øvrige budgetposter, hvorfor driftsbudgettet indeholder væsentlige usikkerheder, som dog ikke vil kunne forrykke de pågældende poster i et omfang, der ligger uden for et rimeligt interval.

Skønsmanden har i besvarelsen af tillægsspørgsmål SS2 udarbejdet en opdateret følsomhedsanalyse i forhold til den, der er gengivet i besvarelsen af spørgsmål 2. Heraf fremgår:

”...

		Nettooverskud				
		2015	2016	2017	2018	Total
Lavere pris	-50%	(255.074)	(416.287)	(606.362)	(489.231)	(1.766.954)
	-40%	381.836	156.922	(117.595)	51.522	472.685
	-30%	1.018.746	730.131	371.171	592.275	2.712.324
	-20%	1.655.656	1.303.341	859.938	1.133.028	4.951.962
	-10%	2.292.565	1.876.550	1.348.704	1.673.782	7.191.601
Budget	100%	2.929.475	2.449.759	1.837.471	2.214.535	9.431.240

...

Som følge af den væsentlige usikkerhed vedrørende priser er det min vurdering, at det vil være realistisk, at nettooverskuddet vedrørende den udbudte opgave udgør midten af det opstillede interval, hvilket medfører et nettooverskud for årene 2015-2018 på ca. 2,7 mio. kr. svarende til en reduktion af priserne på 30%.

En reduktion på 30% understøttes bla. også af besvarelse af spørgsmål IE og IF i skønserklæring dateret 23. januar 2019, hvori min vurdering, at olieprisen har indflydelse på mængde og pris for vand til offshore-formål i Nordsøen. Opsummeret så har olieoperatører historisk set udnyttet udbud/efterspørgselsmekanismen til at

omkostningsminimere deres operationelle omkostninger fra serviceleverandører. Efter min vurdering vil en signifikant lavere oliepris lede operatøren til at søge mod genforhandling af kontrakter, hvorfor en fast listepriis må påvirke det mængdemæssige salg, da kunden alternativt vil søge mod konkurrencedygtige priser (lavere priser).

Med udgangspunkt i de akutte oliepriser for Nordsøen, er det min vurdering, at det mængdemæssige salg af vand vil blive påvirket negativt, hvis prisen fastholdes når aktiviteten og dermed efterspørgslen falder.

Hvis prisen sættes for højt, vil den efterspurgte mængde, som beskrevet ved besvarelsen af spørgsmål 1C i skønserklæring dateret 23. januar 2019, være for lille i forhold til udbuddet, og prisen vil blive budt ned.

Efter min vurdering er det ikke realistisk at kunne fastholde en fast listepriis, uden at det vil påvirke det mængdemæssige salg.

Som det ligeledes er beskrevet ved besvarelsen af spørgsmål 1C i skønserklæring dateret 23. januar 2019 vil udbyderens pris falde til det niveau, hvor udbud og efterspørgsel balancerer. Den pris der i givet fald må antages at give udbyderen af vand det bedste resultat vil være en pris, der overstiger udbyderens kostpris med tillæg af overhead og en rimelig avance.”

Forklaringer

Person 2, Vidne 1, Person 3, Vidne 2 og Vidne 3 har afgivet forklaring for landsretten.

Person 2 har forklaret, at han er uddannet maskinist og klejnsmed. Han har sejlet på verdenshavene og arbejdet i offshore-industrien. Han har også arbejdet på land, bl.a. som værkfører i Semco Maritime. I 2009 startede han Esbjerg Maritime Service, hvor han i starten arbejdede som konsulent og med projektledelse i bl.a. olie- og gasindustrien. I 2011 blev han partner med Person 3, og de drev Esbjerg Maritime Service via et ApS, hvor de hver ejede halvdelen af anparterne. Person 3 forlod selskabet igen i 2017.

Person 3 havde arbejdet med vandsalg i mange år og kendte til indtjeningsmulighederne. Han så i 2010 udbuddet med salg af vand fra havnen i Esbjerg i Ugeavisen og foreslog ham at byde på opgaven, idet det ville være en rigtig god forretning. Det krævede kun små investeringer i form af en bil, vandslanger og målere, og det ville give en stor fortjeneste.

Han vidste, at opgaven med salg af vand havde været udført af det samme selskab, Esbjerg Marine Service K/S, siden 1979. Han ved ikke, om opgaven havde været i udbud før 2010, og han var nervøs for, om det ville blive en fair konkurrence. Efter at have modtaget resultatet af udbuddet i 2010 vendte han det med sin daværende advokat. De var enige om, at det ville blive for kompliceret at føre en sag, og han tænkte, at han så måtte gøre det bedre næste gang.

I 2014 opdagede **Person 3** udbuddet i Jydske Vestkysten. De besluttede at søge igen. **Person 3** var primus motor på projektet, men de udarbejdede tilbuddet i fællesskab. De skrev, hvem de var, fordi de ville vise, at de var en valid partner, der kunne tilbyde leveringssikkerhed og løfte opgaven. Det var deres forventning, at salget af vand ville stige.

På havnen tales der dansk, når man møder en dansker. Med alle andre tales der engelsk, og fakturaer og følgesedler laves på engelsk.

De har ikke givet rabatter på vandpriserne, efter de fik koncessionen i 2018. Der er i hvert fald tre kunder, der har sagt, at de tidligere havde fået rabat. Da de fik at vide, at de også kunne få rabat, hvis de kunne dokumentere det, erkendte de, at de ikke havde fået rabat. Han har ikke hørt om, at der er givet rabat i forhold til listepriiserne.

Vandsalget er fortsat stigende. Det følger den stigende aktivitet i olieindustrien. Der bruges bl.a. meget vand for at få mest muligt olie ud af de borer, der allerede er foretaget. De forventer en omsætning i 2019 på mere end 200.000 m³. Der er en række internationale selskaber, bl.a. det franske selskab Schlumberger og en række amerikanske selskaber, der aftager meget vand.

De fem store shippingfirmaer i Esbjerg ejer kommanditselskabet og kan dermed påvirke, hvor skibene køber deres vand.

Vand udgør kun en brøkdel af omkostningerne ved sejlads, og det kan ikke betale sig at sejle til en anden havn for at købe billigere vand der. Det kan ikke engang betale sig at flytte skibet i Esbjerg Havn for at tanke vand fra en anden hydrant, hvor vandet er billigere.

Da de i 2018 fik koncessionen, kontaktede han de medarbejdere fra kommanditselskabet, han skulle

overtage, men de ønskede ikke at fortsætte hos Esbjerg Maritime Service. De har haft udfordringer med, at kommanditselskabet har solgt vand fra brandhydranter, hvilket havnen fik stoppet. Efterfølgende begyndte kommanditselskabet at sælge vand fra en tankvogn. De fik fra havnen den besked, at koncessionen alene vedrører salg fra havnens hydranter, og at der i øvrigt er fri konkurrence. Det er korrekt som anført i mail af 10. marts 2019, at den årlige tabte omsætning ved, at der leveres vand fra en tankvogn, udgør 1-1,5 mio. kr.

Han har efter at have vundet udbuddet i 2018 haft et møde med personerne bag kommanditselskabet. De ønskede at tale om et fremtidigt samarbejde, men det viste sig, at de i virkeligheden ønskede at overtage kontrakten.

Han og **Person 3** stillede i 2010 og 2014 spørgsmål angående udbuddet. De stillede ikke spørgsmål konkret møntet på forsyningssikkerhed i forhold til brugerne, men de forholdt sig til det i deres tilbud.

Han mener, at forbeholdene i tilbuddet angående udefrakommende omstændigheder ikke er i strid med udbuddet. De har ikke bestridt, at de skal vedligeholde hydranterne. Der er i 2019 kørt en hydrant ned, og de aftalte da med havnen, at havnen sørgede for gravearbejdet, mens de renoverede hydranten. De forretningsbetingelser, der henvises til i tilbuddet, er betingelserne gældende i forhold til brugerne. Det er ikke meningen, at priserne i takstbladet kan forhandles.

Det er et hypotetisk spørgsmål, men han ville ikke have ændret tilbuddet, hvis han på forhånd havde kendt de tre underkriterier. Han mener, at de også har vundet efter disse kriterier, men det var nyt, at de blev tillagt betydning.

Skønserklæringen illustrerer, hvordan der sælges vand i andre havne, og han kan ikke tilføje noget til det, der fremgår af erklæringen. Han har ikke hørt, at andre havne har haft salg af vand i EU-udbud, men han har også ladet sig fortælle, at Esbjerg Havn er den eneste havn, der har koncession på salg af vand. Han har ikke undersøgt, om der er udenlandske selskaber, der driver virksomhed med salg af vand.

Det er rigtigt, at **Person 3** den 5. november 2014 skrev, at de accepterede at have tabt

udbuddet. Han vil tro, at han havde drøftet det med **Person 3** forinden. De reagerede først på mailen af 5. november 2014 den 10. november 2014, fordi de først skulle drøfte sagen med deres advokat.

Vidne 1 har forklaret, at han er kontorchef på Esbjerg Havn, hvor han har været ansat i 24 år. Havnen ejes af Esbjerg Kommune, men er en selvstændig enhed med sin egen bestyrelse. Han arbejder med administration og økonomi og har bl.a. stået for udbuddet af salg af vand fra hydranter.

Havnen ejer 75 hydranter, og koncessionen omfatter retten til at sælge vand fra hydranterne samt tre vandautomater til skibe og boreplatforme 365 dage om året. Det er kun ca. 1 % af vandforbruget, der foregår via automaterne.

Koncessionen til salget af vand fra hydranter kom første gang i udbud i 2010. Havnen mente, at man som kommunal selvstyrehavn skulle sikre den bedst mulige forrentning af investeringen. Man gjorde det ikke, fordi man mente, man var forpligtet til det. Han husker ikke, hvad de vurderede kontraktens værdi til. Det havde indtil da været kommanditselskabet, der havde stået for salget. Udbuddet er sket på havnens hjemmeside og en gang i Jydske Vestkysten i den version, der blev solgt ned til den tyske grænse. Det har måske også været annonceret i ugeavisen. Udbuddet er beskrevet på dansk på hjemmesiden. Der var fire, der bød i 2010, og i 2014 og 2018 var der kun to bydere, sagsøgeren og kommanditselskabet. De har aldrig modtaget henvendelser fra interesserede udenlandske selskaber.

Det var overraskende, at salget af vand steg kraftigt efter 2010. De har hørt, at det skyldtes et øget behov fra offshore-branchen. De modtog løbende regnskaberne fra kommanditselskabet for at have indsigt med koncessionshaverens økonomi. Regnskaberne viste nogle forholdsvis svage resultater, og han tænkte, at det skyldtes konkurrence og rabatter.

Ved udbuddene har de anført, at koncessionshaver skulle stå for istandsættelse og vedligeholdelse af hydranterne, fordi de ikke ville have ansvaret i tilfælde af eksempelvis påkørsler. Det overrasker ham, hvis havnen har bistået med gravearbejde i forbindelse med en påkørsel i 2019. Det kan skyldes, at dem, der står for den slags på havnen, ikke kender vilkårene for koncessionen.

Tildelingskriteriet forsyningssikkerhed i forhold til brugerne indgik i udbuddet, fordi det er vigtigt, at koncessionshaveren kunne løfte opgaven i hele perioden. Det er også vigtigt, at man undgik unødvendige ventetider.

Såvel spørgsmål som svar stillet i forbindelse med udbuddet i 2010 blev sendt til dem, der havde modtaget udbudsmaterialet. Svarene affødte ikke nogen reaktion. Der er ikke nogen, der har stillet spørgsmål angående forsyningssikkerhed. De to andre bydere i 2014 er også virksomheder fra Esbjerg.

Udbuddet i 2014 svarer til udbuddet fra 2010. Også i 2014 sendte de svarene på de stillede spørgsmål til dem, der havde modtaget udbudsmaterialet. Der blev heller ikke på dette tidspunkt stillet spørgsmål angående forsyningssikkerhed. Oliepriserne var begyndt at falde, og de forudså en faldende aktivitet i oliebranchen, der ville smitte af på behovet for vand. De vurderede dette 1-2 måneder før udbuddet blev annonceret. Foreholdt at priserne kun var faldet svagt i august og september 2014, har han forklaret, at de vurderede, at det var bedst at tage udgangspunkt i et gennemsnit af de historiske tal, da de vurderede værdien af koncessionen. De tog ikke hensyn til de private vandhydranter, fordi de ikke var en del af koncessionen.

De mente, at udbuddet ikke var omfattet af EU-reglerne. De beregnede det forventede salg i koncessionsperioden til ca. 21,5 mio. kr. plus omkostninger til tilrigning og overtid, hvilket maksimalt kunne udgøre et par mio. kr. Han havde ikke kendskab til de præcise omkostninger herved. De forventede samtidig som nævnt en lavere aktivitet i oliebranchen og dermed et faldende vandforbrug. De talte om vurderingen, og det var ikke kun ham, der foretog den. Han opfattede vurderingen som realistisk og forholdsvis konservativ. Han har ikke gemt et notat fra dengang, men beregningen svarer til den, der er udarbejdet til brug for sagen. Han tog ikke hensyn til rabatter. Foreholdt at skønsmanden har anslået omsætningen til 27 mio. kr., har han forklaret, at det ikke er så langt fra hans egen vurdering med tillæg af tilrigning mv. De tog også hensyn til, at Esbjerg ligger ca. 100 km fra Tyskland, at opgaven skulle udføres i Esbjerg, og at de aldrig har modtaget interesse fra udenlandske firmaer. De kiggede i EU-Tidende, og de så ikke andre havne have lignende koncessioner.

De tre underpunkter nævnt i mailen af 5. november 2014 var relevante i forhold til at vurdere

forsyningssikkerhed i forhold til brugerne.

Pointfordelingen er foretaget i overensstemmelse med det, der fremgår af mailen af 4. november 2014. Esbjerg Maritime Service havde den bedste salgspris og fik 3,5 point herfor, mens kommanditselskabet havde den bedste koncessionsafgift, hvilket de fik 3,2 point for.

Forsyningssikkerhed blev inddelt i 3 underpunkter. En virksomheds soliditet er med til at sikre, at man økonomisk kan klare opgaven, og de vurderede, at soliditet skulle vægte 4 ud af 10 point i denne kategori. Kommanditselskabet blev tildelt 3 point, og Esbjerg Maritime Service blev tildelt 1 point. De tog hensyn til mere end den regnskabsmæssige soliditetsgrad. Bl.a. kunne de se, at driftsaktiverne i Esbjerg Maritime Service var pantsat, og at selskabet, der var ret nyt, kautionerede for et andet selskab. Esbjerg Maritime Services soliditetsgrad i regnskabet var godt nok højere, men overskuddet kunne hurtigt udloddes, og Esbjerg Maritime Service virkede svagere end kommanditselskabet.

Bemanding vægtede 2 ud af de 10 point, og her tildelte de Esbjerg Maritime Service og kommanditselskabet 1 point hver. Begge parter havde en acceptabel tilkaldetid.

Kunderelation vægtede 4 ud af de 10 point, og her blev kommanditselskabet tildelt 3 point, mens Esbjerg Maritime Service blev tildelt 1 point. De vurderede, at det var relevant med en god kontakt til aftagerne, så leverancerne kunne glide uden problemer. De fem shippingfirmaer bag kommanditselskabet havde direkte kontakt med aftagerne, mens Esbjerg Maritime Services kontakt var mere ad hoc.

Samlet fik kommanditselskabet i denne kategori 2,3 point, og Esbjerg Maritime Service fik 1 point, således at kommanditselskabet vandt udbuddet med 5,5 point mod 4,5 point til Esbjerg Maritime Service.

Det var først den 5. november 2014, at havnen orienterede om de tre underpunkter. Der var ikke nogen kontakt med Esbjerg Maritime Service i perioden fra den 5. til den 10. november 2014. Koncessionsaftalen med kommanditselskabet blev underskrevet af havnen den 7. november 2014 og af kommanditselskabet den 11. november 2014. Han mener, at han også før den 7. november

2014 have orienteret kommanditselskabet om, at han ville sende kontrakten.

Koncessionen fra 2018-2021 vedrører det samme som de tidligere koncessioner, og udbuddet blev offentliggjort på samme måde som sidst. Der var igen de samme to bydere, og Esbjerg Maritime Service var denne gang bedst.

Person 2 orienterede ham om, at der blev solgt vand via brandhaner og senere via en tankvogn. Beredskabet stoppede salget fra brandhaner. Vedrørende salg fra tankvogne fortalte de **Person 2**, at de ikke kunne forhindre salg derfra. Han har ikke indtryk af, hvor stort det konkurrerende salg er.

Person 3 har forklaret, at han er uddannet som og har arbejdet som skibsfører. Senere har han bl.a. arbejdet som logistik- og basechef i Danbor, der dengang var ejet af Maersk. Han har også været medejer af Esbjerg Maritime Service. Fra 2001-2011 beskæftigede han sig bl.a. med levering af vand til boreplatforme fra Danbors private hydrant på havnen i Esbjerg. Danbor havde eneret til salg af vand fra denne hydrant. Han vil tro, at Danbor solgte 40-80.000 m³ pr år, men han husker det ikke nærmere. De måtte nogle gange købe vand via kommanditselskabet, og han har ikke kendskab til, at der er nogen, har fået rabat på køb af vand af kommanditselskabet. Da Maersk solgte selskabet fra, var der tre udenlandske og et dansk firma, der bød på Danbor.

Han havde således erfaring med at sælge vand, og han mente, det var en opgave, der ville passe godt til Esbjerg Maritime Service. Med tilbuddet ville de vise, at Esbjerg Maritime Service var en seriøs udbyder med en stærk kundeportefølje, en god soliditet og 20-30 medarbejdere, der kunne løfte opgaven.

Han blev sur over, at de tre underkriterier under forsyningssikkerhed ikke var oplyst på forhånd. De kunne garantere samme forsyningssikkerhed som kommanditselskabet. Vand kommer fra samme sted, og det er ligegyldigt, hvem der drejer på hanen. De skulle endvidere overtage medarbejderne fra kommanditselskabet. Han skrev, at de accepterede at have tabt. Han troede, de havde tabt på prisen. Det var først, da han fik forklaringen, at han syntes, det var forkert, de havde tabt.

Esbjerg Havn er en international virksomhed med mange store multinationale selskaber. Man sejler

ikke til en anden havn for at købe vand, men fylder op, når man er i havn.

Vidne 2 har forklaret, at han er bankuddannet i 1989 og har arbejdet i den maritime branche og som markedsdirektør. Han arbejdede på havnen i Esbjerg fra 2007-2011 og igen fra 2014-2016, først for Esvagt og dernæst for West Marine. Han kender **Person 2**, som han sparrer forretningsmæssigt med, men de har ikke noget økonomisk samarbejde.

Han har købt vand af kommanditselskabet til konsumvand og til gennemskylning af tanke. De havde hos Esvagt deres egen hydrant, men de købte mere hos kommanditselskabet. Han spurgte flere gange efter rabat, men det var ikke muligt. Han har også forhørt sig hos andre, og der var ikke nogen, der havde rabataftaler. Han husker ikke, hvor meget vand de købte. Det kan ikke betale sig at flytte havn eller at flytte plads i havnen for at spare penge på vand.

Vidne 3 har forklaret, at han er uddannet inden for shipping. Han blev ansat i Danbor i 1986, hvor han stod for driften af forsyningsbasen i 20 år. Han arbejder ikke i havnen længere. Han blev kontaktet af **Person 3**, der spurgte, om han ville afgive vidneforklaring.

Han har erfaring med køb og salg af vand på havnen. Danbor leverede vand til Maersks skibe. De fik lov til at bygge deres egen hydrant. De brugte på den anden side af 100.000 m³ om året, og rekorden var vist 142.000 m³. Vand havde en høj salgspris, ca. 25 kr. pr. m³, og lave omkostninger, ca. 5 kr. pr. m³. Det gav også større uafhængighed at have sin egen hydrant. Danbor har også købt vand via kommanditselskabet. Det var små mængder. Han forsøgte forgæves at få rabat. Det kan ikke betale sig at flytte et skib til en anden havn med billigere vand i stedet for at købe vand af kommanditselskabet.

Procedure

Parterne har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med deres påstandsdokumenter.

Esbjerg Maritime Service ApS har i sit påstandsdokument bl.a. anført:

”Ad klar grænseoverskridende interesse:

Det gøres gældende – i forhold til om udbuddet er underlagt de grundlæggende

udbudsretlige principper, som følger direkte af EUF-Traktaten – at den udbudte opgave havde en »klar grænseoverskridende interesse«. EU-Domstolen har i sin praksis om grænseoverskridende interesse for offentlige tjenesteydelseskontrakter om bl.a. B-ydelser præciseret, at der foreligger »klar grænseoverskridende interesse«, når blot en kontrakt kan have »en vis interesse for en virksomhed beliggende i en anden medlemsstat end den, som den pågældende ordregivende myndighed henhører under«, jf. bl.a. Domstolens dom af 13. november 2007 i An Post-sagen (sag C-507/03, EU-Kommissionen mod Irland). Det forudsættes således blot, at den grænseoverskridende interesse skal være *potentiel* for enkelte eller flere virksomheder.

Ved bedømmelsen af hvornår en kontrakt anses for at have klar grænseoverskridende interesse, kan der lægges vægt på kontraktens anslåede værdi, udførelsesstedet, sprog og kontraktvilkår, samt udenlandske virksomheders interesse, jf. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet^[11] af udbudsdirektiverne (2006 C-179/02). Klagenævnet for Udbud har lagt sig op af fortolkningsmeddelelsen, jf. bl.a. kendelse af 6. marts 2014, *G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark* samt kendelse af 9. juli 2014, *Attendo A/S mod Holbæk Kommune*.

En kontrakts grænseoverskridende element skal først fastlægges, før ordregiver ved, hvilke regler der skal iagttages forud for kontrakttildelingen. Det er i den forbindelse ordregiveren der bærer bevisbyrden for, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, jf. også de før nævnte kendelser. I klagenævnets kendelse af 27. juli 2009 blev det bl.a. udtalt, at »[d]et følger af karakteren af det skøn, en ordregiver skal foretage over kontraktens anslåede værdi, og af hensynet til EU udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet over kontraktens anslåede værdi skal foretage en forsigtig vurdering. Dette medfører, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens anslåede værdi er mindst den samme som en tærskelværdi, som udgangspunkt skal medføre, at kontrakten udbydes efter det relevante direktiv.«. På tilsvarende måde skal Esbjerg Havn følge de grundlæggende udbudsretlige principper, som følger direkte af EUF-Traktaten, hvis Esbjerg Havn er i tvivl om, hvorvidt kontrakten har grænseoverskridende interesse. Esbjerg Havn blev direkte spurgt hvilke regler der var gældende for udbuddet, hvortil Esbjerg Havn anførte ..., at »Disse kontrakter er alene underlagt EUF-traktatens principper, og kun i det omfang kontrakterne har grænseoverskridende interesse«. Esbjerg Havn har dermed ikke vurderet, om kontrakten havde eller kunne have grænseoverskridende interesse. Såfremt en sådan vurdering var foretaget, kunne Esbjerg Havn have oplyst, hvilke regler der var gældende for udbuddet. Esbjerg Havn har ikke bevist, at kontrakten ikke har grænseoverskridende interesse.

Kontraktens anslåede værdi

En kontrakts anslåede værdi har betydning for, om udenlandske virksomheder måtte finde det interessant at byde på en opgave. Desto større en anslået værdi en kontrakt måtte have, desto større interesse må kontrakten antages at have for udenlandske virksomheder.

Henset kontraktens værdi (en omsætning på mellem kr. 27.655.843,00 og kr. 44.244.924,40 og et nettooverskud på minimum kr. 9.431.240,00 over en 4-årig periode) bør opgaven have en klar grænseoverskridende interesse, hvorfor EUF-Traktatens principper finder anvendelse.

Det gøres i øvrigt gældende, at der ved beregning af kontraktens værdi skal tages højde for den totale mængde vand der sælges ud over kajen. Baggrunden herfor er, i modsætning til Esbjerg Maritime Services oprindelige opfattelse, at salg af vand ikke er en eksklusiv ret for koncessionshaveren, men at der er fri konkurrence med henblik på salg af vand. Dermed skal vandmængderne fra de private hydranter også medregnes i kontraktens værdi.

Klagenævnet for Udbud har dog tillagt en meget restriktive praksis omkring kontraktværdierne. Klagenævnet henviste ... desuden til det nyligt vedtagne koncessionsdirektiv, og udtalte om tærskelværdien i dette direktiv (på ca. 38,5 mio. kr.), at denne er "... fastsat med henblik på at *"afspejle koncessionernes tydelige grænseoverskridende interesse."* Henvisningen til koncessionsdirektivet viser, at det er klagenævnets opfattelse, at der er formodning for, at først når en kontrakt er større end de 38,5 mio. kr. vil en kontrakt om en koncessionskontrakt være af grænseoverskridende interesse. Værdien alene kan dog ikke være afgørende for, om kontrakten har grænseoverskridende interesse, men andre elementer skal også inddrages. Desuden er formålet med den nævnte tærskelværdi netop at afspejle det faktum, at når en kontrakt har en værdi på 38,5 mio. kr., så har kontrakten uden videre en klar grænseoverskridende interesse. Det bliver dermed ikke nødvendigt at vurdere på de øvrige parametre der indgår i bedømmelse om, hvorvidt en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse.

Uagtet begrundelsen fra Klagenævnet for Udbud gøres det gældende, at opgaven reelt set overstiger tærskelværdien i koncessionsdirektivet, da de totale mængder vand der sælges på Esbjerg Havn som minimum genererer en omsætning på kr. 44.244.924,40.

Esbjerg Havns bemærkning om, at salg af vand til offshore formål sker til en reduceret pris (rabatter), er irrelevant i forbindelse med bedømmelse af kontraktens anslåede værdi. Der er desuden intet bevis for, at vand til offshore sælges til en reduceret pris eller at der gives rabatter. Tværtimod er der fremlagt flere bilag der direkte modbeviser den påstand. Hvorvidt salg af vand var faldende, var ikke dokumenteret eller sandsynligt på det tidspunkt, hvor opgavens værdi skulle beregnes. Tværtimod fremgår det klart af de historiske oplysninger om vandslag, at salget af vand var stigende. Den vindende koncessionshaver oplyste i øvrigt selv, at offshore stod for det meste af vandsalget ...

De fem største aktører på Esbjerg Havn er samtidig de reelle ejere bag virksomheden der havde koncessionskontrakten. Hvorvidt disse aktører solgte vand til sig selv til en nedsat pris, må kunne udledes af Esbjerg Havns argumentation, men fremgår også tydeligt af sagens bilag, hvor koncessionshaveren oplyser, at de bagvedliggende virksomheder aftager mellem 65 og 70 % af alt vandet. Det må i øvrigt bekræftes af regnskaberne for den pågældende virksomhed, når resultatet i virksomheden

sammenholdes med sagens øvrige bilag og skønsmandens konklusioner.

Det bestrides, at kontraktens værdi kan beregnes som anført af Esbjerg Havn.

Udførelsesstedet

Et andet element i vurderingen er udførelsesstedet. Hvis en kontrakt skal udføres tæt på den tyske grænse eller i hovedstaden tæt på den svenske, vil en kontrakt nemmere kunne have grænseoverskridende interesse end hvis kontrakten skal udføres i fx Nordjylland, jf. også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse fra 7. juli 2007. Se tilsvarende Kendelse af 6. marts 2014, *G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark* og Kendelse af 22. marts 2013, *Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland*. I begge afgørelse var der ikke klar grænseoverskridende interesse pga. udførelsesstedet sammenholdt med opgaven der skulle udføres.

Er der derimod tale om en opgave, der kan udføres andre steder, herunder i udlandet, peger det i retningen af, at kontrakten har grænseoverskridende interesse, jf. bl.a. kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio*, hvor klagenævnet fandt, at en rammeaftale om tekstning af DR's programmer havde en klar grænseoverskridende interesse. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på den økonomiske værdi af aftalerne (værdien er ikke oplyst i kendelsen) samt deres karakter af tekstning af tv-programmer, der ikke nødvendigvis skulle udføres i Danmark.

I nærværende sag er der tale om en kontrakt, der skal udføres i Esbjerg. Esbjerg ligger tæt på den tyske grænse, og Esbjerg Havn er indenfor off-shore en af Nordsøens største og mest aktive havne. På vindmølle området er Esbjerg Havn verdens førende når det kommer til udskibning af hav- og landvindmøller. Konklusionen må være, at Esbjerg Havn er meget attraktiv for virksomheder, der gør det indenfor off-shore branchen eller servicerer off-shore branchen. Esbjerg Havn er en international havn, og kontraktens udførelsessted på havnen taler for at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse. Den vindende koncessionshaver anfører desuden ..., at der afsættes vand til anden side en den danske sektor.

Det faktum, at arbejdet skal udføres fysisk i Esbjerg, bør i øvrigt ikke tillægges stor betydning. Arbejdet skal foretages af de eksisterende medarbejdere, der overdrages ved kontrakten. Netop det forhold at medarbejderne der står for udførelse af opgaven, overdrages i forbindelse med koncessionen, medfører ikke en pligt for en eventuel byder til at etablere sig i Danmark. En eventuel udenlandsk virksomhed kunne drive koncession fra virksomhedens faste forretningssted i udlandet. I øvrigt ville det være interessant for udenlandske virksomheder at have en virksomhed/filial på Esbjerg Havn, der i dag bruges som offshore center for Nordsøen. Se også Domstolens dom af 15. maj 2008 (sag C-147/06).

Selv fakturering bliver udført fra en ekstern virksomhed, der står for bogføring og fakturering. Kundekontakten foregår pr telefon. Disse opgaver kræver ligeledes igen tilstedeværelse i Esbjerg eller i Danmark.

Sprog og kontraktvilkår

Et andet element der kan tillægges betydning for vurderingen af den grænseoverskridende interesse er, om kontrakten kræver danskkundskaber. I sagen overtages medarbejderne af den vindende virksomhed, hvilket medfører, at der ikke vil være særlige sprogvanskeligheder for en evt. udenlandsk virksomhed, hvilket peger i retningen af grænseoverskridende interesse. Der er endvidere ingen særlige kontraktvilkår i sagen, og kontrakten har en passende længde på 4 år til at kunne være interessant for udenlandske virksomheder.

Uagtet at kontrakten er på dansk foregår al kommunikation i dagligdagen på engelsk. Det er både kommunikation på og mellem skibene, på fakturaer og på følgesedler. Havnen er en international havn med mange aktører, hvorfor engelsk er det primære sprog (ligesom i flybranchen).

Om udenlandske virksomheder har vist interesse

Klagenævnet lagde i sin afgørelse vægt på, at ingen udenlandske virksomheder havde vist interesse for koncessionskontrakten. Et sådan element bør ikke tillægges betydning. Det skyldes, at det tidspunkt hvor ordregiveren skal foretage sin vurdering af, om kontrakten har grænseoverskridende interesse, vil ordregiveren foretage en potentiel vurdering af markedet. Ordregiveren kan ikke vide sig 100 pct. sikker på, at der rent faktisk er udenlandske virksomheder der vil have interesse for opgaven. Ordregiveren skal foretage en saglig og objektiv vurdering af, om kontrakten *potentielt* har grænseoverskridende interesse, og kan ikke senere stilles til ansvar for, om der *rent faktisk* var en virksomhed der var interesseret. Se bl.a. C-221/12, Belgacom NV mod Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) m.fl., hvor EU-Domstolen udtalte, ”... at det ikke kræves, for at der foreligger en bestemt grænseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende rent faktisk har manifesteret sin interesse.” og C-458/03, *Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen & Stadtwerke Brixen AG*, hvor ordregiveren argumenterede for, at situationen i sagen var intern i medlemsstaten henset til, at alle virksomheder var baseret i den samme medlemsstat (Italien). EU-Domstolen afviste argumentet, og udtalte, at det ikke kan ”... udelukkes, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater end Den Italienske Republik, kunne have haft interesse i at præstere de omhandlede tjenester.”

EU-Domstolens udtalelser ser ud til at være i modstrid med klagenævnets i bl.a. [denne sag] og i kendelse af kendelse af 6. marts 2014, *G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark*, hvor klagenævnet udtalte, at der må ”... til fastlæggelse af, at der alligevel foreligger en klar grænseoverskridende interesse, påvises mere end blot en teoretisk potentiel interesse.”.

Endeligt blev opgaven kun annonceret i Esbjerg Ugeavis og på Esbjerg Havns hjemmeside (på dansk). Dermed blev udbuddet ikke af Esbjerg Havn offentliggjort på en sådan måde, at udenlandske virksomheder havde en reel mulighed for at blive bekendt med udbuddet.

Sammenfatning

Klagenævnets kendelse ... er som udgangspunkt i overensstemmelse med klagenævnets øvrige praksis på området. Klagenævnet er meget tilbageholden med at

statuere grænseoverskridende interesse. Denne restriktive praksis synes at være i strid med praksis ved EU-Domstolen.

En omsætning som i sagen bør være interessant for en udenlandsk virksomhed, ligesom udførelsesstedet tæt på den tyske grænse og ud til Nordsøen, peger i retningen af grænseoverskridende interesse. I samme retning peger, at medarbejderne overdrages, og der vil derfor ikke være særlige sprogbarrierer.

Ad tilsidesættelse af de grundlæggende udbudsretlige principper:

Ordregiver skal på forhånd oplyse sin tildelingsmetode. Det indebærer, at ordregiver skal oplyse hvilket tildelingskriterium, der vil blive anvendt. Det står ordregiver frit for, hvilke kriterier, denne finder bedst egnet til at identificere det bedste tilbud. Kriterierne skal dog være saglige, objektive og ikke-diskriminerende samt knyttet til kontraktens genstand.

Det gøres gældende, at det følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at det af udbudsbetingelserne med fornøden klarhed skal fremgå, hvad der lægges vægt på ved et delkriterium så bred som ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”. Det var ikke nærmere defineret, hvad der skulle forstås ved forsyningsikkerhed. For at en tilbudsgiver må anses for at have været rimelig oplyst, må denne vide, hvad indholdet af et kriterium betyder, hvilket ikke ses at være tilfældet i denne sag.

Det fremgik ikke at udbudsbetingelserne, at der blev lagt vægt på ”soliditet, bemanning eller kunderelation”. Det blev heller ikke nævnt, hvilken soliditet de bydende skulle have, eller om koncessionshaver skulle stille med ekstra bemanning og i så fald hvilken. Kunderelationer og bedømmelsen af sådanne relationer blev ligeledes ikke udspecificeret eller konkretiseret. En vurdering af kunderelationer forekommer desuden usagligt, og gør det muligt for indklagede at vælge frit mellem de bydende. Det var ikke åbenlyst, at det var sådanne forhold, der skulle forstås ved kriteriet forsyningsikkerhed på tilbudstidspunktet.

Del-underkriterierne ”soliditet” og ”kunderelation” har desuden ikke nogen tilknytning til kontraktens genstand eller noget med ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” at gøre. Endvidere vil et krav som soliditet høre til udvælgelsesfasen, og ikke være anvendelig som tildelingskriterium.

Det anføres i udbudsmaterialet, at koncessionshaver skal overtage de nuværende medarbejdere tilknyttet kontrakten, at Esbjerg Forsyning garanterer for vand frem til hydranterne, og at koncessionshaver alene har ansvaret for videredistribution fra hydranten. Opgaven løftes reelt set af de medarbejdere der overdrages, hvorfor forsyningsikkerheden som udgangspunkt er den samme uafhængig af koncessionshaver. Del-underkriteriet ”bemanning” er derfor uegnet som del-underkriterie og til at bedømme det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. også kendelse af 10. juni 2013. Endelig synes det noget uklart, hvad der må forstås ved et krav om kunderelation, hvis dette skal ses ud fra virksomhedens erfaringer, vil der være tale om et kriterium der normalt hører til udvælgelsesfasen, og derfor ikke vil være egnet som tildelingskriterium.

Det bemærkes desuden, at den vindende koncessionshaver ikke i dennes tilbud har omtalt soliditet eller kunderelationer. Den vindende koncessionshaver omtaler det dog i et brev af 26. marts 2013 forud for udbuddet, men et sådant brev må ikke føre til, at Esbjerg Havn tillægger det betydning, og i sær ikke den betydning som den vindende koncessionshaver anfører i brevet, hvilket Esbjerg Havn umiddelbart har gjort.

Kunderelationer er kun omtalt i tilbuddet fra Esbjerg Maritime Service. Det var altså ikke for den vindende koncessionshaver oplagt, hvilket forhold der skulle omtales. Eftersom forholdene ikke omtales i tilbuddet fra f.eks. den vindende koncessionshaver, er det i øvrigt mærværdigt, hvordan vindende koncessionshaver kunne få flere point for delkriteriet ”forsyningssikkerhed i forhold til brugerne” i forhold til klager. Medmindre Esbjerg Havn har tillagt brevet af 26. marts 2013 betydning.

Ved en sammenholdelse af delkriteriet ”forsyningssikkerhed i forhold til brugerne” med beskrivelsen i udbudsbetingelserne til de indholdsmæssige krav, som tilbuddene skulle opfylde, sammenholdt med overtagelse af medarbejdere og forsyningen frem til hydranterne, har det ikke givet Esbjerg Maritime Service noget sikkert eller blot acceptabelt grundlag for at vurdere, hvilket indhold de skulle give deres tilbud, for at Esbjerg Maritime Services tilbud ville få en god eller acceptabel bedømmelse. Der henvises i øvrigt til kendelse af 5. november 2008.

Under-delkriterierne har desuden ikke været oplagte kriterier, hvorfor de burde have været oplyst på forhånd, jf. også dom af sag af Retten den 2. marts 2010 i sag T-70/05 (præmis 146-147).

Det bestrides i øvrigt, at ”forsyningssikkerhed” eller et tilsvarende delkriterie er almindeligt anvendt. Klagenævnet behandler desuden ikke forholdet i kendelse af 4. februar 2013 (SID Media A/S mod Danmarks Radio).

Da Esbjerg Havn har valgt at benytte under-delkriterier og vægte disse indbyrdes ..., havde Esbjerg Havn pligt til at oplyse om vægtningen mellem under-delkriterierne, jf. kendelse af 25. august 2011. Dette er ikke sket. Det bemærkes i øvrigt, at Esbjerg Maritime Service tydeligt ... stiller sig uforstående over for opdelingen ved forsyningssikkerhed. Som Esbjerg Maritime Service bemærker, så burde forsyningssikkerheden være den samme for alle bydende, når vandet leveres direkte fra forsyningen, og da samtlige medarbejdere overdrages.

Det anerkendes, at Esbjerg Maritime Service i forretningsmodellen har oplyst om bemanning, relationer og soliditet. Det var dog et rent tilfælde. Esbjerg Maritime Service vurderede i forbindelse med udarbejdelse af tilbuddet, hvad forretningsmodellen skulle indeholde og hvordan den skulle udarbejdes, og kom i den forbindelse frem til de før nævnte forhold.

Det bemærkes atter, at den vindende koncessionshaver ikke i dennes tilbud omtalte soliditet eller kunderelationer. Det at den vindende koncessionshaver omtaler de

bagvedliggende ejere, kan ikke tillægges betydning. Derved er kunderelationen til øvrige aftagere ikke beskrevet.

Det gøres i det hele gældende, at Esbjerg Havn ved vurdering af de indkommende tilbud ikke lovlig har kunne tillægge virksomhedsrelaterede forhold betydning. Der sondres mellem *udvælgelse* og *tildeling* i forbindelse med udbud. Ved *udvælgelse* skal udbyderen bedømme ansøgernes generelle egnethed til at udføre opgaven på grundlag af virksomhedens forhold. Ved *tildeling* skal der kun tages stilling til, hvorvidt tilbuddet på den specifikke opgave opfylder kriterierne for tildeling af ordren. Esbjerg Havn kan dermed ikke ved tildeling af en ordre tillægge det betydning, hvem der ejer en tilbudsgiver.

Det bestrides derfor, at Esbjerg Havn må tillægge kunderelationer betydning Det er usaglige forhold, og gør det umuligt for andre end den eksisterende koncessionshaver at få point vedrørende det pågældende kriterie.

Samlet set giver del-underkriterierne i det konkrete udbud en ubegrænset valgfrihed for så vidt angår pointfordeling af delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”. Under-delkriterierne fremstår derfor som udvælgelseskriterier, og kan ikke indgå som tildelingskriterier.

Esbjerg Havn har dermed ikke fastsat andre egnede delkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” end kriterierne ”Takstblad herunder salgsprisen” og ”Den tilbudte koncessionsafgift”. Disse to delkriterier skulle vægtes i prioriteret rækkefølge, således at ”Takstblad herunder salgsprisen” vægtede mest. Da Esbjerg Maritime Service ... vandt det delkriterie der vægtede mest, var Esbjerg Havn forpligtet til at indgå kontrakt med Esbjerg Maritime Service.

Selv såfremt under-delkriteriet ”Soliditet” kunne anvendes, så burde vægtningen utvivlsomt havde medført, at Esbjerg Maritime Service fik tilkendt opgaven. Esbjerg Maritime Services regnskab ... fremhæver, at Esbjerg Maritime Service havde en soliditet på 29,1 %. Den vindende koncessionshaver havde kun en soliditet på 12,8 % ...

Regnskabsteknisk beskriver Soliditet, hvor stor en andel af en virksomhedens aktiver, der er finansieret af egenkapitalen og viser virksomhedens evne til at modstå tab. Esbjerg Maritime Services soliditet var langt højere end den vindende koncessionshavers soliditet, hvorfor alle 4 point burde være tilgået Esbjerg Maritime Service, og dermed havde Esbjerg Maritime Service vundet opgaven.

Sammenfatning

Det gøres gældende, at Esbjerg Havn ved at handle i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed har pådraget sig et erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler. Såfremt Esbjerg Havn havde fulgt de almindelige gældende principper, ville Esbjerg Maritime Service være blevet tildelt opgaven, jf. Esbjerg Havns egen pointtildeling. Der er dermed årsagssammenhæng mellem tabet og tilsidesættelsen af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Esbjerg Havn havde under de konkrete (faktiske og retlige) omstændigheder intet alternativ til at kontrahere med Esbjerg Maritime Service og indgå den for Esbjerg Havn bedst mulige kontrakt baseret på Esbjerg Maritime Services tilbud. Det bemærkes, at der kun var to tilbudsgivere.

Da Esbjerg Havn har indgået aftale for de næste 4 år med tilbudsgiver nr. 2, kan udbuddet ikke annulleres og gå om, hvorfor der nedlægges en erstatningspåstand.

Samlet set er tildelingskriteriet "*forsyningssikkerhed*", på den måde det er fortolket af Esbjerg Havn i nærværende sag, ikke objektivt eller gennemsigtigt.

Ad sagsøgers tilbud er ikke konditionsmæssig:

Esbjerg Maritime Services "forbehold" ... vedrører ikke vedligeholdelse, men forhold der falder uden for vedligeholdelse og vedrører almindelige force majeure situationer. Esbjerg Maritime Service har i tilbuddet accepteret at stå for vedligeholdelsen.

Esbjerg Maritime Services tilbud bliver ikke "ikke-konditionsmæssig", blot fordi der måtte være forbehold i tilbuddet. Der tilkommer udbyder en ret til at afvise tilbud med forbehold, men ikke en pligt til at afvise tilbud med forbehold. Det er op til udbyder at afgøre, om eventuelle forbehold er forbehold, herunder om et tilbud skal forkastes eller ej på baggrund af forbeholdene. Se i øvrigt kendelse af 29. april 2003 (Lindpros A/S mod Virksomhed 1 ApS), som blev stadfæstet af Østre Landsret ved dom af 7. december 2004 (sag B-1568-03).

Esbjerg Havn må have vurderet, at Esbjerg Maritime Services tilbud var konditionsmæssig, siden Esbjerg Havn valgte at behandle tilbuddet.

Forbeholdene må i øvrigt anses for at være bagatelagtige.

Ad tilsidesættelse af de forvaltningsretlige regler:

Hvis kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder traktatens principper ikke anvendelse. Esbjerg Havn vil herefter være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper (saglig forvaltning, herunder forbuddet mod varetagelse af private hensyn, et ligebehandlingsprincip, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og et proportionalitetsprincip), da Esbjerg Havn er en del af den offentlige forvaltning.

Der er efter de forvaltningsretlige principper ikke krav om, at der skal følges en egentlig udbudsproces, men alene at ordregivere sikrer, at et indkøb/tildeling af koncessioner foretages på sagligt grundlag. Et afgørende element i vurdering af, hvorvidt Esbjerg Havn har handlet sagligt, er, at der ikke kan rejses tvivl om sagligheden ved dispositionerne ved tildelingen af koncessionen.

Det bemærkes, at Esbjerg Havn i forbindelse med klagesagen supplerende har oplyst, at anvendelse af "kunderelationer" ikke er usagligt, da "*det har stor betydning for aftagerne af vand, at der er en åbenbar og direkte adgang til at ordre vand via*

leverandør, som de kender, og som har sin gang hos aftagerne, således at der ikke skal spilles unødigt tid på kontrahering, og således at der bygges videre på et i forvejen eksisterende fortrolighedsforhold”... I samme bilag argumenterer Esbjerg Havn for, at det er sagligt at vurdere soliditet på baggrund af de bagvedliggende kommanditister til den vindende koncessionshaver. Dette forhold er ligeledes usagligt, ligesom der ikke i sagen har været fremsendt oplysninger der dokumentere både den vindende koncessionshavers soliditet eller de bagvedliggende kommanditisters soliditet.

Ad erstatning:

Det gøres gældende, at Esbjerg Havn har tilsidesat både de generelle udbudsretlige regler, samt de forvaltningsretlige regler ved tildeling af koncessionskontrakten til en anden end Esbjerg Maritime Service. Esbjerg Havn har dermed pådraget sig et erstatningsansvar, og har dermed pligt til at erstatte Esbjerg Maritime Services tab. Tabet skal opgøres til det nettooverskud som opgaven ville have givet Esbjerg Maritime Service i kontraktens løbe tid.

Tabet skal utvivlsomt opgøres til kr. 9.431.240,00, jf. skønsmandens bilag A i den supplerende skønserklæring. Der er ingen forhold der begrunder en reduktion i dette beløb, eftersom der ikke er ført bevis for, at vand er solgt med rabatter eller andre priser end listeprikerne.

Ad passivitet:

Esbjerg Havn har i sit sammenfattende processkrift som et nyt anbringende gjort gældende, at Esbjerg Maritime Service har fortabt et evt. krav pga. passivitet. Det er Esbjerg Maritime Service ikke enig i. En part har altid en betænkningstid og der er hverken i de udbudsretlige regler eller principper regler om, at en tabende part skal reagerer straks. Tværtimod har de tabende parter ofte længere frister på helt op til 45 dage.”

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn har i sit sammenfattende processkrift bl.a. anført:

”Til støtte for den nedlagte frifindelse påstand gøres følgende hovedanbringender gældende:

1. At der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse.
2. At sagsøgte ikke har tilsidesat de grundlæggende udbudsretlige principper.
3. At de forvaltningsretlige regler ikke er gældende og i øvrigt ikke tilsidesat.
4. At sagsøgerens tilbud ikke er konditionsmæssigt.
5. At sagsøgeren har udvist retsfortabende passivitet i forbindelse med klagen over opdeling af delkriteriet ”Forsynings sikkerhed i forhold til brugerne” i underkriterierne soliditet, kunderelationer og bemanning.
6. At dansk rets almindelige erstatningsbetingelser ikke er opfyldte, herunder at der ikke med tilstrækkelig sikkerhed er dokumenteret tab.

Ikke klar grænseoverskridende interesse:

Der er enighed om, at koncessionsudbuddet ikke er omfattet af tilbudsloven eller EU-direktiverne. Spørgsmålet er herefter, om udbuddet er omfattet af de grundlæggende udbudsretlige principper, der følger direkte af EUF-Traktaten.

Bilag II B ydelser, tjenesteydelseskoncessioner og kontrakter under tærskelværdierne er alle undtaget fra EU-direktivernes bestemmelser, og disse ydelser skal alle bedømmes på samme måde i relation til spørgsmålet om, hvorvidt EUF-Traktatens grundlæggende udbudsretlige principper er gældende. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en klar grænseoverskridende interesse skal derfor bedømmes på samme måde, hvad enten der er tale om en Bilag II B ydelse, en tjenesteydelseskoncession eller en kontrakt, der ligger under tærskelværdien. ...

...

EU-domstolen har i 1998 afsagt 2 afgørelser henholdsvis C-324/98 (Teleaustria) og C-275/98 (Unitron), hvori det fastslås, at ordregivende myndigheder også uden for udbudsdirektivets område er forpligtet til at overholde Traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. I C-231/03 (Coname) anfører Domstolen, at det ikke af sagen fremgår, at der foreligger særlige omstændigheder, der bevirker, at den ordregivende myndighed kan hævde, at virksomheder i andre lande ikke vil være interesseret i at opnå tildeling. I C-507/03 (An Post-sagen) fastslås det, at Traktatens grundlæggende principper er gældende også udenfor Udbudsdirektivet, men det Irske postvæsen bliver frifundet, fordi Kommissionen ikke har påvist, at udbuddet havde interesse for virksomheder beliggende i andre medlemsstater.

EU-domstolspraksis har herefter udviklet sig således, at Traktatens grundlæggende principper kun er gældende, såfremt der foreligger en *klar grænseoverskridende interesse*. Klagenævnet har i afgørelsen af 10. marts 2015 ... blandt andet udtalt følgende: ”Offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, skal imidlertid overholde EUF-Traktatens grundlæggende regler, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, jf. senest præmis 47 i EU-Domstolens dom af 10. november 2014 i sag C-42/13, Cartiera dell’Adda SpA, jf. tillige sag C-458/03 Parking Brixen, præmis 46-49, og C-91/08 Wall, præmis 30, såfremt den pågældende koncession har en klar grænseoverskridende interesse, navnlig henset til dens omfang og opfyldelsesstedet. ...”.

Det kan altså fortsat lægges til grund, at der skal foreligge en klar grænseoverskridende interesse, og ikke blot en vis teoretisk eller potentiel interesse.

Ved vurderingen heraf lægger Domstolen især vægt på ydelsens værdi, stedet for kontraktens udførelse og ydelsens tekniske karakter. Denne Domstolspraksis understøttes af EU-kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02), hvoraf det fremgår, at der ved vurdering af, om der foreligger en *klar grænseoverskridende interesse* kan lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den berørte sektor, struktur og handelspris, og det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

I en række nyere afgørelser fra Klagenævnet for Udbud har spørgsmålet om *klar*

grænseoverskridende interesse været behandlet. Det drejer sig om Klagenævnets kendelse af 4. februar 2013 (SDI Media A/S mod Danmarks Radio), kendelse af 22. marts 2013 (Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland), kendelse af 6. marts 2014 (G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark), kendelse af 18. november 2014 (Person 4 mod Banedanmark) og kendelse af 2. december 2014 (A-Vask mod Høje Taastrup Kommune). I den førstnævnte afgørelse når Klagenævnet frem til, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse. I de seneste fire afgørelser når Klagenævnet frem til, at der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse og klagerens påstande om, at Traktatens bestemmelser er tilsidesat, bliver herefter ikke taget til følge.

...

Der foreligger således en klar praksis for, at Traktatens grundlæggende bestemmelser kun finder anvendelse ved offentlig udbud af kontrakter, der har *klar grænseoverskridende interesse*. Der er fast praksis for hvilke parametre, der indgår i vurderingen, og det er ikke tilstrækkeligt, at der foreligger en blot teoretisk potentiel interesse jf. EU-Domstols praksis omtalt i Klagenævnets afgørelse af 10. marts 2015 ... og de to seneste omtalte klagenævnssager. Det følger endvidere af EU-Domstolens afgørelse i An Post-sagen og af Klagenævnets afgørelse i G4S Security Services A/S, at det er klageren, der har bevisbyrden for, at der foreligger en *klar grænseoverskridende interesse*.

Klagenævnet har i afgørelsen af 10. marts 2015 ... blandt andet udtalt følgende:

”Det bemærkes i den forbindelse, at tærskelværdien i det nyligt vedtagne direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter er på 5.186.000 EUR (dvs. ca. 38,5 mio. kr.), som beregnes som koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusive moms, jf. direktivets artikel 8 stk. 1 og 2. Ifølge betragtning 22 er tærskelværdien fastsat med henblik på at afspejle koncessionernes tydelig grænseoverskridende interesse.”

Såfremt Retten når frem til, at kontrakten ikke har *klar grænseoverskridende interesse*, skal sagsøgte frifindes. Der skal i den anledning fremhæves følgende momenter:

Koncessionskontrakten omfatter ... levering/salg fra Havnens hydranter til skibe, fartøjer og andet flydende materiel og altså ikke salg af vand til landbaserede virksomheder. Der er ligeledes mulighed for at sælge vand til offshore formål, men det sker til reducerede priser som følge af konkurrencesituationen. At vand til offshoreformål sælges til en reduceret pris skyldes de store mængder og den prismæssige konkurrence, der er på dette marked. Der henvises til tilbuddet fra Esbjerg Marine Service K/S af 3. 11. 2014 ... samt prisliste for 2016 for Stavanger Havn ..., hvor det af side 9 fremgår, at vand afregnes til NOK 17,00 pr. m³, svarende til ca. DKK 13,60. Der er ca. den samme afstand til henholdsvis Esbjerg og Stavanger fra felterne i Nordsøen, hvorfor der er en konkurrencesituation mellem vandleverandørerne i disse byer. Der henvises endvidere til sagens bilag BM, den tidligere koncessionshavers fremsendelsesskrivelse af 26. marts 2013 til sagsøgte hvori individuelle rabatordninger omtales sammenholdt med koncessionshaverens

resultater i forhold til vandsalg og skønserklæringen, hvor det i besvarelse af spørgsmål IF fremgår, at det i et presset oliemarked ikke er realistisk at kunne fastholde en fast pris, uden at det vil påvirke det mængdemæssige salg. I øvrigt må markedet antages at være stærkt faldende som følge af de lave oliepriser, der havde vist sig allerede inden udbuddet.

Kontrakten skal opfyldes i Esbjerg, og der er behov for døgnbemanding året rundt for at opfylde de koncessionsmæssige forpligtelser. Det ville i realiteten næppe være muligt at drive aktiviteten uden en administration i nærheden, der kan forestå styringen af driften, kundekontakt samt fakturering m.v. Det udførende personale skal ledes, og der skal kunne ageres i tilfælde af sygdom og lignende. At det forholder sig således understreges også af, at det kun er lokale virksomheder, der har budt på opgaven i både 2010, 2014 og også i 2018.

Den hidtidige koncessionshaver har i fireårsperioden forud for udbuddet haft en samlet omsætning på 9.530.000 kr. ..., hvilket således svarer til kontraktværdien i kontraktperioden på 4 år. Overfor den således dokumenterede omsætning har sagsøgeren skønnet en betydelig større omsætning på ca. kr. 27.655.843, hvilket skøn fejlagtigt er baseret på solgte mængder x listepriser, idet listepriserne som følge af den almindelige anerkendte og økonomiske sammenhæng mellem pris og mængde ikke har kunnet opretholdes specielt overfor store offshorekunder, hvor der er en direkte konkurrence med andre leverandører. Der henvises på ny til skønsmændens besvarelse af spørgsmål IE og spørgsmål IF. Af det første svar fremgår det, at olieoperatørerne/offshore-industrien når olieprisen er lav i højere grad vil forsøge at genforhandle kontrakterne med serviceleverandørerne med henblik på at omkostningsminimere og opretholde en rentabel produktionspris. Af det sidste svar fremgår det, at det under disse omstændigheder ikke er realistisk, at kunne fastholde en fast listepris, uden at det vil påvirke det mængdemæssige salg.

Den hidtidige koncessionshaver har i fireårsperioden forud for udbuddet haft en gennemsnitligt årsresultat på 155.000 kr., hvilket er dokumenteret Også i de følgende år 2014, 2015 og 2016 har den tidligere koncessionshavers resultater været beskedne

Koncessionsudbuddene i 2010 og 2014 har været bekendtgjort på sagsøgtes hjemmeside og annonceret i dagbladet JydskeVestkysten, men ikke bekendtgjort i EU-tidende, og ingen har været inviteret til at afgive tilbud. Havnens hjemmeside er tilgængelig for alle, og JydskeVestkystens udgivelsesområde strækker sig til den tyske grænse. Det må antages, at tyske virksomheder, der er interesseret i opgaver i Danmark, følger med de i danske medier og læser danske hjemmesider tilhørende virksomheder, som de måtte finde interessante. Der henvises i øvrigt til sagen SDI Media A/S mod Danmarks Radio, hvor det lægges til grund, at oplysninger om udbud på Danmarks Radios hjemmeside er tilstrækkelige.

Det har hverken ved udbuddet i 2010 eller i 2014 været tilbudsgivere fra udlandet, men udelukkende få lokale tilbudsgivere, og ingen udenlandske virksomheder har vist interesse for udbuddet. Baggrunden for den manglende interesse må antages at skyldes praktiske og økonomiske årsager. Der henvises tillige til, at tilsvarende opgaver på andre havne ikke er overdraget til udenlandske virksomheder.

Esbjerg Havn er beliggende ca. 100 km. fra den tyske grænse og ca. 300 km. fra Sverige.

Hverken sagsøger eller sagsøgte har kunnet finde eksempler på, at andre havne har udbudt tilsvarende koncessioner i EU-tidende, eller at der er sket tildeling til udenlandske virksomheder.

Som anført i Klagenævnets bemærkninger ... er tærskelværdien i direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter fastsat til 5.186.000 EUR (dvs. ca. 38,5 mio. kr.) med henblik på at "afspejle koncessionens tydelige grænseoverskridende interesse". I den verserende sag er der tale om, at koncessionshaveren i den foregående 4 års periode har haft en omsætning på 9.530.000 eller ca. 1/4 af den omsætning, der ifølge ovennævnte direktiv skal til for at "afspejle tydelig grænseoverskridende interesse." Der ses i øvrigt ikke i den verserende sag andre momenter, der kunne tale for at anse en lavere omsætning for at udgøre "klar grænseoverskridende interesse", tværtimod.

Klagenævnet for Udbud er et domstolslignende klagenævn, der ikke er undergivet nogen form for instruktionsbeføjelser, og som har betydelig ekspertise i at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelse af EU's udbudsregler.

Sagsøgte gør gældende, at ovennævnte momenter sammenholdt med gældende praksis fører til, at der ikke foreligger *klar grænseoverskridende interesse*, og at sagsøgte derfor skal frifindes.

Ikke tilsidesættelse af grundlæggende udbudsretlig principper:

Koncessionshaveren er ansvarlig for forsyningssikkerheden fra vandhydranterne og til kunderne, der er skibe, fartøjer og andet flydende materiel. Det er helt afgørende for disse kunder, der måske kun er i havn i kort tid og som ofte repræsenterer meget store værdier, at der er tale om sikre leverancer, hvilket er baggrunden for, at sagsøgte i udbuddet ... har opstillet "forsyningssikkerhed" som delkriterie, og i forbindelse med evalueringen har foretaget en opdeling i de 3 underkriterier.

"Forsyningssikkerhed i forhold til brugerne" er et almindeligt anvendt delkriterie i forhold til udbudskriteriet "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Som et eksempel på en tilsvarende formulering af et delkriterie kan henvises til Klagenævnets kendelse af 4. februar 2013 (SID Media A/S ctr. Danmarks Radio), hvor der som et blandt tre delkriterie til kriteriet "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud" anvendes "leveringssikkerhed"

I udbuddet ... er der tillige foretaget en uddybning, idet der fremgår følgende: "Herudover skal der vedlægges en kort beskrivelse af forretningsmodellen – herunder hvordan forsyningssikkerheden sikres...."

Sagsøgeren har fra først af været bekendt med de tre delkriterie herunder delkriteriet "forsyningssikkerhed i forhold til brugerne" jfr. sagsøgtes udbudsskrivelse af 2. 10. 2014 Det samme delkriterie fremgik i øvrigt af sagsøgtes tidligere udbud af

samme koncession i 2010, jfr. sagsøgtes udbudsskrivelse af 12.10.2010 Sagsøger har ved begge udbud stillet spørgsmål til udbudsmaterialet ..., men ikke til ovennævnte delkriterie, som man derfor må formode, at sagsøgeren ikke har været i tvivl om. I forbindelse med evaluering af tilbuddene har sagsøgte foretaget en opdeling af ovennævnte delkriterie i 3 underkriterier, og det er korrekt, at sagsøgeren ikke kendte disse, da sagsøgeren accepterede at have tabt udbuddet. Det er imidlertid ikke korrekt, at sagsøgeren straks gjorde sagsøgte opmærksom på, at opdelingen i underkriterier ikke kunne accepteres, det sker ... først den 10. 11. 2014 kl. 15.36 eller mere end 5 dage efter at sagsøgte havde orienteret sagsøgeren om opdelingen af delkriteriet i 3 underkriterier.

Sagsøgerens bemærkninger ... er for det første efterfølgende i forhold til tildelingen, og for det andet vedrører bemærkningerne underkriterierne i forbindelse med evalueringen og ikke delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”, hvorfor disse bemærkninger ikke ændrer på, at det kan lægges til grund, at sagsøgeren på budafgivelsestidspunktet ikke har været i tvivl om det nævnte delkriterie.

Sagsøgeren har da også ved sit tilbud ... blandt andet redegjort for selskabets økonomiske og organisatoriske forhold, bemandingsmæssige løsningsidé og relationer til aftagere af vand.

I forbindelse med, at Esbjerg Marine Service K/S blev udpeget som koncessionshaver i 2010, forpligtede Esbjerg Marine Service K/S sig til løbende i koncessionsperioden at fremsende årsregnskaber til sagsøgte. Der har derfor ikke været anledning til, at Esbjerg Marine Service K/S til sagsøgte fremsendte årsregnskabet for 2013, idet regnskabet allerede var fremsendt tidligere på året i forbindelse med regnskabsaflæggelsen. Sagsøgte var derfor via regnskabet fuldt ud bekendt med Esbjerg Marine Service K/S' s økonomiske og organisatoriske situation, således at underkriteriet soliditet kunne bedømmes.

Esbjerg Marine Service K/S har i tilbuddet ... redegjort for kunderelationer således:

”...og bl.a. via ejerkredsen – 5 shippingfirmaer, der som agenter repræsenterer aftagere af ca. 65-70 % af vandomsætningen fra ikke privatejede hydranter- ”

Ejerkredsens sammensætning fremgår i øvrigt også af regnskabet. Sagsøgte har derfor også haft fornødent grundlag for at kunne bedømme underkriteriet kunderelationer i forhold til Esbjerg Maritime Service K/S. Det understreges, at underkriteriet kunderelationer i forhold til Esbjerg Marine Service K/S ikke er bedømt i forhold til den hidtidige kontakt som koncessionshaver men på den kontakt, som ejerkredsen har til aftagere af vand via shippingvirksomheden. En sådan kunderelation vil også kunne opnås af andre, der fra anden virksomhedsaktivitet har en tilsvarende tæt kontakt til kundekredsen.

Underkriteriet ”bemanding” er omtalt i Esbjerg Marine Service K/S's tilbud ... Sagsøgte er i øvrigt bekendt med Esbjerg Maritime Service K/S bemandingsforhold, idet den hidtidige koncessionshaver ... havde forpligtet sig til at videregive nødvendige oplysninger til opfyldelse af virksomhedsoverdragelsesloven ved evt. nyt

udbud af koncessionen. Disse oplysninger har sagsøgte modtaget, og oplysningerne er indarbejdet i udbudsskrivelsen af 02-10-2014 Sagsøgte har derfor haft et tilstrækkeligt kendskab, også til Esbjerg Maritime Service K/S bemandingsforhold. Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes, at de to point, der har været til fordeling vedrørende bemanding, er fordelt ligeligt med et point til hver af de to tilbudsgivere.

I forbindelse med evaluering af tilbuddene har sagsøgte til internt brug valgt at opdele det skønsprægede delkriterie 2 ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” i 3 underkriterier: soliditet, bemanding og kunderelationer. En sådan opdeling i forbindelse med evalueringen er ikke i strid med gældende ret, der henvises i den forbindelse til EU-domstolens afgørelse i C-331/04, der bekræfter dette, og at en forudgående orientering til budgiverne ikke er påkrævet, når udbudsbetingelserne ikke ændres, når underkriterierne ikke kan antages at have haft indflydelse på forberedelse af buddene, og når underkriterierne ikke kan antages at være vedtaget for at diskriminere i forhold til en af buddene...

Rettens dom af 2. marts 2010 i sag T-70/05 kan på ovennævnte baggrund ikke føre til, at underkriterierne skulle have været oplyst på forhånd, da der er tale om oplagte udvælgelseskriterier, sagsøgeren har da også i sit tilbud oplyst om disse forhold, og sagsøgeren kan ikke antages at kunne have forbedret sit tilbud, selv om underkriterierne på forhånd havde været oplyst.

Klagenævnets kendelse af 25. november 2011 kan heller ikke føre til andet resultat, idet afgørelsen netop henviser til C-331/04.

At anvende ”kunderelationer” som underkriterie i forbindelse med udvælgelsen er ikke usagligt. Det har stor betydning for aftagerne af vand, at der er en åbenbar og direkte adgang til at ordre vand via leverandør, som de på anden måde kender, og som har sin gang hos aftagerne, således at der ikke skal spilles unødigt tid på kontraheringen, og således at der bygges videre på et i forvejen eksisterende fortrolighedsforhold.

Med underkriteriet ”kunderelationer” har sagsøgte ønsket at sikre sig en for kunderne smidig adgang til at ordre vand, da det er afgørende for delkriteriet ”forsyningsikkerhed”. Det udelukker ikke at andre end Esbjerg Marine Service K/S kan vinde dette kriterie, hvis de i øvrigt har væsentlige kunderelationer til aftagerne.

Underkriterierne ”soliditet” og ”kunderelationer” har som anført ovenfor en naturlig tilknytning til kontraktens genstand og til delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”. Det er afgørende for opfyldelse af kontrakten i hele koncessionsperioden, at der er tale om en solid virksomhed, hvorfor soliditeten også har betydning for forsyningsikkerheden. Også underkriteriet ”bemanning” har betydning for forsyningsikkerheden, da opgaven skal håndteres døgnet rundt året rundt, og det er vigtigt, at der er tilstrækkelig opbakning til det faste personale ved ferie, sygdom og lignende.

Det gøres således gældende, at delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Sagsøgeren har vundet det første delkriterie ”takstblad herunder salgsprisen” og har derfor fået tildelt 10 point vægtet med 35 % eller 3,5 point. Esbjerg Marine Service K/S har vundet sidste delkriterie ”Den tilbudte koncessionsafgift” og har derfor fået tildelt 10 point vægtet med 32 % eller 3,2 point. Delkriterie 2 ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” har været opdelt i 3 underkriterier i forbindelse med evalueringen henholdsvis soliditet, bemanning og kunderelationer. De 10 point er her fordelt med 4 på soliditet, hvoraf sagsøgeren har fået 1, 2 på bemanning, hvoraf hver af de to tilbudsgivere har fået 1, og 4 på kunderelationer, hvoraf sagsøgeren har fået 1. Det betyder, at sagsøgeren vedrørende delkriterie 2 samlet scorer 3 point vægtet med 33 % eller 1, og at Esbjerg Marine Service K/S vedrørende delkriterie 2 samlet scorer 7 point vægtet med 33 % eller 2,3 point. Det samlede resultat er herefter som oplyst af sagsøgte til sagsøgeren i sagens bilag 4, at den vægtede score for sagsøgeren er 4,5 point og for Esbjerg Marine Service K/S 5,5 point.

Der er ikke grundlag for at bortse fra resultatet af delkriterie 2 ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne”, jf. bemærkningerne ovenfor.

Budgiverens soliditet kan ikke bedømmes alene på grundlag af den soliditetsgrad, der fremgår af budgiverens respektive senest årsrapporter ... Det fremgår således af sagsøgerens årsrapport, at selskabskapitalen alene er 80.000 kr. og at egenkapitalen inden årets resultat var 500.249 kr. Egenkapitalen er i det væsentligste opstået i årets løb, og vil bortset fra selskabskapitalen, kunne udloddes når som helst til ejerkredsen. Der er tale om et forholdsvis nystiftet selskab, idet det er det tredje årsregnskab, der er aflagt. Selskabet har påtaget sig selvskyldnerkaution overfor andet koncernselskab, og der er sambeskatningshæftelse overfor andre koncernselskaber, ligesom samtlige aktiver er pantsat overfor bank. Der henvises endvidere til skønsmandens besvarelse af spørgsmål 3 ..., hvor der står følgende: ”Efter min opfattelse kan en beregnet soliditetsgrad således ikke stå alene, når et selskabs soliditet skal vurderes. Ved vurderingen bør tillige tages højde for selskabets regnskabspraksis, udlodningspolitik samt hvorvidt der eksisterer forhold, som ikke er indregnet i balancen, herunder pantsætninger og sikkerhedsstillelser.”

Af årsrapporten for Esbjerg Marine Service K/S fremgår det, at der er tale om en virksomhed, der har eksisteret siden 1979, og at der som kommanditister står 5 velrenommerede og velkonsoliderede shippingfirmaer bag. Ingen af de usikkerhedsfaktorer, der gør sig gældende for så vidt angår sagsøgeren, gør sig gældende i forhold til Esbjerg Marine Service K/S.

På ovennævnte baggrund har sagsøgte vurderet, at Esbjerg Marine Service K/S er et væsentligt mere solidt foretagende end sagsøgeren, og det er derfor ud fra en skønsmæssig vurdering korrekt, at sagsøgeren har fået 1 ud af 4 uvægtede point, og Esbjerg Marine Service K/S de resterende 3.

Pointene vedrørende mandskab er skønsmæssigt fordelt ligeligt med 1 til hver af de 2 budgivere.

I relation til underkriteriet kunderelationer har shippingfirmaerne, der er kommanditister i Esbjerg Marine Service K/S, deres daglige gang hos aftagerne, som

man på forhånd betjener som shippingfirmaer.

Sagsøgeren har i tilbuddet ... blandt andet anført følgende:

”EMS er i dag godkendt som leverandør ved kunder som A2Sea, DONG E&P, Maersk Oil, Hess, Swire Blue Ocean etc” og ”Da en stor del af vores arbejde udføres på skibe og borerigge i Esbjerg havn, er EMS med vores tilstedeværelse og servicekoncept en ideel servicepartner til at servicere skibe med vand.”

Sagsøgte har vurderet, at Esbjerg Marine Service K/S har væsentlig stærkere relationer til aftagerne, idet shippingfirmaerne har en fast og direkte kontakt til alle aftagere af vand, hvorimod sagsøgerens kontakt i forbindelse med reparation og vedligehold vurderes til at være mere sporadisk, og kontakten antages i et vist omfang at være som underleverandør, hvor der ikke er direkte kontakt til aftagerne af vand. Ud fra en skønsmæssig vurdering er det korrekt, at sagsøgeren har fået 1 ud af 4 uvægtede point og Esbjerg Marine Service K/S de resterende 3.

Samlet set er det ud fra en skønsmæssig vurdering sagligt og korrekt, at sagsøgeren har scoret 4,5 point og Esbjerg Marine Service K/S 5,5 point.

Sagsøgeren har ved vurdering af tilbuddene i forhold til delkriteriet ”forsyningsikkerhed i forhold til brugerne” et vidt skøn, der henvises til EU’s Udbudsdirektiver af Michael Steinicke og Lisa Groesmeyer, 2. udgave side 137 ..., hvor der fremgår følgende: ”Det er anført, at ordregiver i skønspregede situationer alene bør ifalde ansvar, hvis ordregivers skønsmæssige åbenbart og groft er overskredet.” Dette er ikke tilfældet her.

Sagsøgte har i øvrigt ikke under nogen omstændigheder været forpligtet til at indgå kontrakt med sagsøgeren, da dennes tilbud som tidligere fremhævet ikke er konditionsmæssig.

Ikke tilsidesættelse af forvaltningsretlige regler:

Som kommunal selvstyrehavn kan Esbjerg Havn med havnedirektør, selvstændig havnebestyrelse og en økonomi, der adskilt fra Esbjerg Kommunes økonomi agere i privatretlig regi indenfor havnelovens bestemmelser.

Udbuddet af koncession, stillingtagen til de indkomne tilbud og indgåelse af koncessionskontrakt er ikke omfattet af forvaltningslovens regler, da der ikke er tale om, at Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn træffer en forvaltningsretlig afgørelse, jf. forvaltningslovens § 2 stk. 1.

Det fremgår af punkt 10 i vejledning nr. 11740 af 4. december 1986 om forvaltningsloven blandt andet følgende:

”Det følger endvidere af bestemmelsen formulering ”truffet afgørelse”, at loven kun omfatter sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af offentlige retsakter i modsætning til indgåelse af kontraktforhold eller andre privatretlige dispositioner.”

Det gøres således gældende, at udbud af koncession, behandling af indkomne tilbud og indgåelse af koncessionskontrakt ikke er omfattet af forvaltningslovens regler.

Det fremgår af vejledningen til forvaltningsloven punkt 198, at der udover de regler, der er medtaget i forvaltningsloven, gælder en række uskrevne forvaltningsretlige regler.

Også for sådanne uskrevne forvaltningsretlige regler må det gælde, at disse ikke er anvendelige på en privatretlig disposition som den foreliggende.

Ex tuto gøres det gældende, at sagsøgte ikke har handlet hverken i strid med forvaltningslovens regler eller uskrevne forvaltningsretlige regler, såfremt det i øvrigt måtte lægges til grund, at udbuddet af koncession, stillingtagen til tilbuddene og indgåelse af koncessionskontrakt måtte være omfattet af forvaltningsloven eller uskrevne forvaltningsretlige regler.

Det bestrides således, at sagsøgte hverken i forbindelse med udbuddet, ved vurdering af tilbuddene eller indgåelse af koncessionskontrakt har handlet usagligt eller på anden vis tilsidesat gældende forvaltningsretlige regler. Der henvises i den forbindelse til bemærkningerne ovenover vedrørende grundlæggende udbudsretlige principper.

Sagsøgerens tilbud er ikke konditionsmæssig:

Der fremgår af sagsøgtens udbud blandt andet ... følgende:

”I kontraktperioden skal koncessionshaveren for egen regning sørge for vedligeholdelse/istandsættelse af de hydranter, som kontrakten omfatter.”

Det fremgår samme sted, at det drejer sig om 75 hydranter og 3 vandautomater, der er placeret på Havnens kajer.

Af sagsøgerens tilbud ... fremgår blandt andet følgende under overskriften forbehold:

”Det kan accepteres, at vedligehold er brugers ansvar, dog ønsker EMS fritagelse for udefrakommende hændelser så som oversvømmelse, hærværk, påkørsler, frostskafer, ledningsbrud og lignende.”

Sagsøgerens forbehold medfører, at sagsøgeren ikke vil sørge for istandsættelse, hvis skaden er forårsaget af en række udefra kommende forhold, som klar er omfattet af istandsættelsesforpligtelsen bortset fra ledningsbrud. Der er tale om 75 vandhydranter og 3 vandautomater ..., og disse er alle beliggende udsat på Esbjerg Havn for så vidt angår de skadesrisici, som sagsøgeren ikke vil påtage sig risikoen for. Force majeure vil ikke kunne fritage for forpligtelsen til istandsættelse. Hærværk falder ind under istandsættelsesforpligtelsen, og Esbjerg Havns forsikring dækker ikke, da forpligtelsen netop er overdraget. Påkørselsskader vil måske være dækket af skadevolderens forsikring, men der haves ingen sikkerhed for, at den ansvarlige skadevolder giver sig til kende.

Samlet set er der tale om væsentlige forbehold, og tilbuddet er derfor ikke konditionsmæssigt, hvorfor sagsøgeren ikke kunne vælges til at udføre opgaven, hvis traktatens bestemmelser i øvrigt var gældende og tilsidesat, da det ville stride mod ligebehandlingsgrundsætningen ...

Sagsøgte skal derfor også under disse forudsætninger af denne årsag frifindes, det kan også formuleres på denne måde, at den grundlæggende betingelse for erstatning, som jeg senere skal vende tilbage til ikke er opfyldt.

Samlet set er der tale om væsentlige forbehold, og under alle omstændigheder er tilbuddet ikke konditionsmæssigt, hvorfor sagsøgeren ikke kunne vælges til at udføre opgaven, hvis Traktatens bestemmelser i øvrigt var gældende, da dette ville være i strid med ligebehandlingsgrundsætningen. Sagsøgte skal derfor også under denne forudsætning frifindes.

Sagsøgerens passivitet:

Sagsøgeren har den 5. november 2014 ... meddelt sagsøgte, at man accepterede at have tabt udbuddet, idet sagsøgeren tilkendegav følgende:

”Det er vi naturligvis skuffede over at høre da vi har lagt mange kræfter i at give en god pris og et stærkt service setup. Men vi accepterer at vi har tabt udbuddet.”

Vedrørende reklamationsspørgsmålet i forhold til opdelingen i underkriterier i forbindelse med evalueringen kan det ... konstateres, at sagsøgte orienterer sagsøger herom ved mail af 5. november 2014 kl. 13.42, og sagsøgerens svarmail er af 10. november 2014 kl. 15.36. Den 5. november 2014 er en onsdag, og den 10. november 2014 er en mandag, hvorfor der ikke er reklameret straks. Dette skal sammenholdes med, at sagsøgeren ved mail af 5. november 2014 kl. 8.09 accepterer at have tabt udbuddet ..., hvorfor der har været en særlig anledning til at reklamere straks. Det bemærkes i den forbindelse, at sagsøgte forpligtede sig overfor den nuværende koncessionshaver den 7. november 2014 Der er således udvist passivitet fra sagsøgers side.

Såfremt Landsretten når frem til, at der er tale om ”klar grænseoverskridende interesse”, og at de grundlæggende udbudsretlige regler, der følger direkte af EUF-Traktaten er tilsidesat, gøres det således gældende, at sagsøgeren ikke har krav på erstatning som følge af udvist passivitet.

Erstatningskrav:

...

Det gøres i øvrigt gældende, at koncessionen kun har medført beskedne overskud for den tidligere koncessionshaver, og at sagsøger derfor kun kunne forvente et tilsvarende beskedent overskud, hvorom der i øvrigt er betydelig usikkerhed, hvorfor der ikke er grundlag for at tilkende erstatning. Der henvises således til skønsmandens besvarelse af spørgsmål IA og hertil hørende bilag C, skønsmandens besvarelse af spørgsmål IG og hertil hørende bilag E og skønsmandens besvarelse af spørgsmål SS

IA. Den af skønsmanden udarbejdede skønserklæring giver i øvrigt anledning til følgende kommentarer:

Skønsmanden anfører i besvarelse af spørgsmål 1 ... følgende: ”Da det efter min opfattelse er vanskeligt at forudse, hvordan afsatte mængder og priser kommer til at udvikle sig i fremtiden, indeholder det aktuelle driftsbudget væsentlige usikkerheder med hensyn til forventninger til afsatte mængder og priser. Besvarelsen er således afgivet med en usikkerhed, der varierer med usikkerheden i budgetperioden.”

Skønsmanden har i besvarelsen af spørgsmål IE ... redegjort for, at prisen på Nordsøolie i perioden fra juni 2014 til januar 2015 faldt med 57 %. I besvarelse af samme spørgsmål har skønsmanden ... anført følgende: ”Når olieprisen er lav, vil olieoperatørerne/offshore-industrien i højere grad forsøge at genforhandle kontrakterne med serviceleverandørerne, med henblik på at omkostningsoptimere og opretholde en rentabel produktionspris.”

Endelig har skønsmanden under besvarelsen af spørgsmål IF ... anført følgende: ”Efter min vurdering er det ikke realistisk at kunne fastholde en fast listepriis, uden at det vil påvirke det mængdemæssige salg.”

Skønsmanden har i bilag B ..., der indeholder budgetforudsætningerne for besvarelse af spørgsmål 1 beregnet det gennemsnitlige mængdemæssige salg for årene 2011-2013 ... til 145.900 m³. Som ovenfor anført, har skønsmanden anført, at det er vanskeligt at forudse, hvordan afsatte mængder og priser kommer til at udvikle sig i fremtiden, og det er baggrunden for, at skønsmanden i besvarelse af spørgsmål 2 ... når frem til et nettooverskud i perioden ud fra de opstillede forudsætninger på ca. kr. 4 mio. svarende til en reduktion af priserne med 30 procent.

På baggrund af de nu kendte faktiske mængder solgt vand i koncessionsperioden og det faktiske antal op- og nedrigninger i samme periode har skønsmanden i besvarelse af spørgsmål SS IA fastholdt de tidligere nævnte synspunkter, og at der skal ske en skønsmæssig reduktion med 30 procent af det beregnede resultat, hvorefter der fremkommer et skønsmæssigt resultat på kr. 2,7 mio.

Sagsøgte forudsætning for på udbudstidspunktet at vurdere kontraktens værdi har taget udgangspunkt i maksimumtaksterne gældende for den på daværende tidspunkt aktuelle koncessionsperiode x det gennemsnitlige mængdemæssige salg for perioden 2011-2013 ... Det kan bekræftes ..., at maksimumtaksterne på udbudstidspunktet var som angivet i bilag AC og sagsøgers processkrift 3, dog således at maksimumprisen for frisk vand i 2014 var blevet reguleret til kr. 37 pr. m³. Med udgangspunkt i maksimumtaksterne og det gennemsnitlige mængdemæssige salg i perioden 2011-2013 har sagsøgte beregnet omsætningen i koncessionsperioden uden biydelser til kr. 21.593.249 Sagsøgte var på udbudstidspunktet opmærksom på, at prisen på Nordsøolie i løbet af få måneder op til udbuddet var faldet til under det halve af den pris, der havde været gældende indtil medio 2014, og at det måtte formodes at få indflydelse på vandsalget både prismæssigt og mængdemæssigt, således som også skønsmanden konkluderer. Sagsøgte var endvidere opmærksom på, at vandsalget var betinget af individuelle rabatordninger, hvilket den daværende koncessionshaver gjorde opmærksom på ved flere lejligheder bl.a. ved fremsendelse af årsregnskabet

for 2013, jfr. fremsendelsesskrivelse modtaget hos sagsøgte den 28. marts 2014 ... Sagsøgte skønnede derfor, at omsætningen ville blive væsentligt lavere end kr. 21.593.249, hvilket også viste sig at blive tilfældet ...

Sagsøger opgør i processkrift 3 under overskriften ”Opgørelse af kontraktens værdi – Beregnet” resultatet/nettooverskuddet til kr. 21.433.188,20 med rabatter og kr. 22.182.183,20 uden rabatter. Det forekommer usikkert, om disse tal er udtryk for sagsøgerens opfattelse af, hvad sagsøgte på udbudstidspunktet burde have skønnet koncessionshaverens resultat til, eller om det er udtryk for, hvad sagsøger mener, tabet kan opgøres til. Hvis det er det første, henvises der til det ovenfor anførte, hvoraf følger, at sagsøgte på udbudstidspunktet måtte skønne en omsætning i koncessionsperioden, der var væsentligt lavere end kr. 21.593.249, og sagsøgte var i øvrigt bekendt med den daværende koncessionshavers resultater, der var meget beskedne ... Hvis det er det sidste, har sagsøger ved opgørelsen taget udgangspunkt i de takster, der var gældende i den foregående koncessionsperiode, der var væsentlig højere, end de maksimumtakster, der skulle gælde for sagsøgeren, såfremt denne havde fået tildelt koncessionen ..., hvor der ikke ville være grundlag for at ændre maksimumtaksterne i koncessionsperioden. I øvrigt er det mængdemæssige salg blevet væsentligt lavere end budgetteret ..., og priserne har været væsentlig lavere end svarende til sagsøgerens takstblad ..., hvilket også er dokumenteret af den tidligere koncessionshavers resultater ... og omsætningstal ... Skønsmanden har da også i den supplerende skønserklæring fastslået, at det optimale resultat er væsentligt lavere end i den oprindelige skønserklæring, og tilsvarende er det skønnede resultat reduceret.

Ad Den reelle mængde vand og yderligere ydelser solgt i kontraktens periode (2015-2018)

Det kan bekræftes ..., at vandsalget i 2015-2017 har været som anført i sagsøgerens processkrift 3. Med hensyn til 2018 har det samlede vandsalg udgjort 178.095 m³ jfr. sagsøgtes faktura af 31.12.2018 til den daværende koncessionshaver Det kan ligeledes bekræftes, at antallet af op og nedrigninger i perioden 2015-2017 ... har været som anført i sagsøgerens processkrift 3. Med hensyn til 2018 er sagsøgeren ikke i besiddelse af opgørelse af antallet af op- og nedrigninger, da sagsøgte ikke længere har kontakt til den daværende koncessionshaver, men beregnes tallet forholdsmæssigt ved at sammenholde med 2017 fås et skønnet antal op- og nedrigninger på 2.206.

For så vidt angår salg af vand fra automatstandere har dette ... udgjort 1.458 m³ og i 2016 udgjort 1.274 m³.

Ad Rabatter

Sagsøgeren har i sit tilbud ... indiceret, at der kan gives rabatter, jfr. følgende: ”Ved salg af andre typer vand, så som spulevand, kan der hentes særskilt tilbud.”

Der er efter sagsøgtes opfattelse utvivlsomt givet væsentlige rabatter i koncessionsperioden. For det første tilsiger den daværende koncessionshavers regnskaber, som sagsøgte har modtaget løbende, at der er givet væsentlige rabatter jfr. det kendte vandsalg sammenholdt med regnskabernes oplysninger om bruttoavance og resultat. For det andet har den daværende koncessionshaver oplyst,

at der har været tale om individuelle rabatordninger. For det tredje må det formodes, at det voldsomme prisfald på Nordsøolie i sidste halvdel af 2014 har medført et prispres fra olieoperatørernes/offshore-industrien mod serviceleverandørerne, således som også antaget af skønsmanden. For det fjerde er det ikke realistisk, at listeprisen kan opretholdes uden at det vil påvirke det mængdemæssige salg jfr. også skønsmandens konklusion herom. For det femte viser revisorerklæringerne vedrørende til daværende koncessionshavers omsætning sammenholdt med vandsalgets omfang, at der er givet betydelige rabatter.

Sagsøger, der har vundet koncessionen for perioden 2019 – 2022, har overfor sagsøgte oplyst, at den tidligere koncessionshaver fra tankvogn har indledt konkurrerende virksomhed. ... [Af] sagsøgerens mail af 10. marts 2019 til sagsøgte ... fremgår følgende:

”Som nævnt på mødet er der i øjeblikket tale om en tankvogn, der kan sikkert komme flere til. Det kan også tænkes, at forretningen er så lukrativ, at vi vil se tankskibe med vand, det er tilsyneladende kun fantasien, der sætter grænser. Med den ene tankvogn der køre nu vil Esbjerg Maritime Service miste mellem 1 og 1,5 millioner i omsætning pr år, og det tal kan stige betragtelig hvis der kommer yderligere tankvogne til.”

Såfremt sagsøger havde vundet koncessionen for perioden 2014 – 2018 må det formodes, at sagsøger også for denne periode ville blive udsat for en tilsvarende konkurrence, hvilket kan være forårsaget af, at sagsøgeren ikke indrømmer de rabatter, som kunderne tidligere har været vant til, hvorefter der er økonomisk grundlag for, at konkurrenter kan levere vand i tankvogne, hvor håndteringen må antages at være mere omstændelig og bekostelig end ved brug af havnens vandhydranter, som sagsøgeren som koncessionshaver har eneret på.

For så vidt angår bilagene ... drejer det sig udelukkende om salg fra automatstandere. Der er tale om ganske små leverancer typisk få m³ og samlet set ganske små mængder i forhold til det samlede vandsalg, hvorfor koncessionshaveren selvsagt ikke har været interesseret i at give rabat til disse småkunder. Rabat har især været relevant til storkunder, der har aftaget store mængder procesvand til offshore-formål.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Parterne er enige om, at udbuddet i oktober 2014 af koncessionen om levering og salg af vand i perioden 2015-18 fra hydranter på Esbjerg Havn ikke var omfattet af EU-udbudsdirektivet eller de øvrige dagældende EU-direktiver om udbud.

Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at offentlige myndigheder, når de påtænker at tildele en koncession, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektivet mv., er forpligtet til at

overholde EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at disse grundlæggende regler og principper finder anvendelse, når kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse. Det fremgår endvidere af EU-Domstolens praksis, at det skal bedømmes på grundlag af samtlige relevante kriterier, om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, såsom kontraktens økonomiske betydning, stedet for dens opfyldelse eller dens tekniske karakter og under hensyn til den pågældende kontrakts særegenheder. Der henvises bl.a. til EU-Domstolens dom af 6. oktober 2016 i sag C-318/15 (Tecnoedi Costruzioni), præmis 19-22, dom af 14. juli 2016 i forenede sager C-458/14 og C-67/15 (Promoimpresa m.fl.), præmis 64-66, dom af 16. april 2015 i sag C-278/14 (Enterprise Focused Solutions), præmis 16 og 20, dom af 6. november 2014 i sag C-42/13 (Cartiera Dell'Adda), præmis 47, og dom af 14. november 2013 i sag C-221/12 (Belgacom), præmis 28-29.

EU-Domstolen har også udtalt, at det ikke kræves, for at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende fra en anden medlemsstat rent faktisk har manifesteret sin interesse, jf. Belgacom-dommen, præmis 31. EU-Domstolen har endvidere udtalt, at der ved vurderingen også kan tages hensyn til, om der er blevet indgivet klager af virksomheder i andre medlemsstater, forudsat at disse er reelle og ikke fiktive, jf. bl.a. Tecnoedi Costruzioni-dommen, præmis 20, og Enterprise Focused Solutions-dommen, præmis 20.

Landsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at den hidtidige koncessionshaver, Esbjerg Marine Service K/S, i perioden 2010-13 havde en omsætning ved salg af vand på ca. 9,5 mio. kr. Det er efter bevisførelsen uklart, om denne omsætning også omfattede andre ydelser i forbindelse med salg af vand, herunder op- og nedrigning. Efter de forskellige budgetter, som fremgår af skønserklæringen, lægger landsretten til grund, at der i givet fald alene vil være tale om yderligere omsætning i perioden i størrelsesordenen 2-3 mio. kr. Landsretten lægger endvidere til grund, at Esbjerg Marine Service K/S i samme periode havde et samlet resultat efter skat på ca. 620.000 kr.

Vidne 1 har forklaret, at han i forbindelse med udbuddet i oktober 2014 skønnede, at omsætningen ved salg af vand i den kommende koncessionsperiode 2015-2018 ville være ca. 21,5 mio. kr. Hertil kom yderligere omsætning i forbindelse med bl.a. op- og nedrigning. Han forventede imidlertid samtidig et fald i omsætningen ved salg af vand som følge af faldende aktivitet i off

shore-branchen på grund af faldende oliepriser, hvilket ikke indgik i skønnet over kontraktens værdi.

Esbjerg Maritime Service ApS har i et fremlagt driftsbudget for perioden 2015-18 vurderet omsætningen i koncessionsperioden til ca. 27,7 mio. kr. Skønsmanden har i skønserklæringen under forskellige forudsætninger opstillet budgetter, hvor omsætningen i koncessionsperioden er skønnet til mellem ca. 14,6 mio. kr. og 27,8 mio. kr.

Både den hidtidige koncession og koncessionen udbudt for perioden 2015-18 omfattede levering og salg af vand fra Esbjergs Havns hydranter, og det fremgik udtrykkeligt af koncessionsmaterialet, at et begrænset antal virksomheder havde fået tilladelse til at oprette egne faste installationer for skibsvand. Der er derfor ved vurderingen af kontraktens værdi ikke grundlag for helt eller delvist at medtage en omsætning ved salg af vand fra de private hydranter på havnen.

Kontrakten og opgaven med levering og salg af vand fra havnens hydranter skulle rent fysisk opfyldes på Esbjerg Havn, og det fremgår af udbuddet, at koncessionshaveren med et passende varsel (normalt højst et par timer) skulle kunne servicere skibe døgnet rundt. Udførelsen af opgaven forudsatte således, at koncessionshaveren havde en fysisk repræsentation på eller tæt ved Esbjerg Havn.

Som anført ovenfor fremgår det af EU-Domstolens praksis, at det ikke er en forudsætning for, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende fra en anden medlemsstat rent faktisk har manifesteret sin interesse i udbuddet og kontrakten. Det kan indgå i den samlede vurdering, om der er blevet indgivet reelle klager over udbuddet fra virksomheder i en anden medlemsstat. Landsretten finder, at det i overensstemmelse hermed ved den samlede vurdering af, om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, i almindelighed ikke kan tillægges væsentlig betydning, at virksomheder fra andre medlemsstater ikke har vist interesse for eller afleveret tilbud på kontrakten.

I den foreliggende sag kan det dog indgå med en vis begrænset vægt i den samlede vurdering, at der – selv om udbuddet var offentlig annonceret bl.a. på havnens hjemmeside – ved udbuddet af den tidligere koncession i 2010 alene indkom fire tilbud fra lokale virksomheder i Esbjerg og i 2014

alene tilbud fra to lokale virksomheder.

På den anførte baggrund finder landsretten efter en samlet vurdering, herunder navnlig af kontraktens værdi og omfang, og at kontrakten fysisk skulle opfyldes på Esbjerg Havn, at koncessionen på levering og salg af vand fra havnens hydranter ikke havde en klar grænseoverskridende interesse. Tildelingen af kontrakten var dermed ikke omfattet af EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper. Landsretten har i den forbindelse også lagt vægt på, at kontraktens værdi var væsentligt under den tærskelværdi på 5.186.000 euro (ca. 38,5 mio. kr.), som fremgår af artikel 8, stk. 1, i det nugældende direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter. Denne tærskelværdi skal efter direktivets præambelbetragtning 23 afspejle koncessionens tydelige grænseoverskridende interesse for økonomiske aktører i andre medlemsstater.

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn er en offentlig virksomhed, jf. også havnelovens § 9. Havnen skal derfor ved tildeling af kontrakter overholde almindelige forvaltningsretlige principper, herunder om saglighed, økonomisk ansvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn og ligebehandlingsprincippet.

Esbjerg Maritime Service ApS har ikke bevist, at Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn ved tildelingen af kontrakten har lagt vægt på usaglige hensyn eller i øvrigt har handlet på en sådan måde, at havnen er erstatningsansvarlig over for Esbjerg Maritime Service ApS.

Landsretten frifinder derfor Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal Esbjerg Maritime Service ApS betale sagsomkostninger for landsretten til Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn med i alt 406.000 kr. Beløbet omfatter 300.000 kr. til udgifter til advokatbistand og 106.000 kr. til udgifter til syn og skøn.

Beløbene er uden moms, da det ikke er oplyst, at Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn ikke er momsregistreret. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifter til advokatbistand lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens karakter og omfang, herunder

hovedforhandlingens varighed og at der under sagen har været foretaget syn og skøn.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn frifindes.

Esbjerg Maritime Service ApS skal inden 14 dage betale sagens omkostninger til Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn med 406.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Thomas Tordal-Mortensen

Peter Buhl

Jens Røn

(kst.)