

Klagenævnet for Udbud

den 12. august 1992

(GrønningNielsen, Fejø, Lykstoft Larsen)

K E N D E L S E

Niels Fryland
(adv. Ole Langemark)
og
Reparationsværftet Helsingør A/S
(adv. Fiala)

mod

Maribo Kommune
(selv)

Ved skrivelse af 11. maj 1992 klagede Niels Fryland og Reparationsværftet Helsingør A/S over, at Maribo Kommune havde indgået kontrakt om bygning af en katamaranfærge til ruten Bandholm – Askø for et beløb af ca. 9 mill. kr. uden hensyn til udbudsreglerne, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 1, nr. 1.

Det er klagernes opfattelse, at Maribo kommune har overtrådt Rådsdirektiv af 21. december 1976 (77/62) som ændret ved Rådsdirektiv af 22. marts 1988 (88/295) afsnit 1, art. 1, jf. art. 5. På baggrund af betragtningerne til Rådsdirektiv af 17. september 1990 (90/531) er det tillige klagernes opfattelse, at Rådsdirektiv af 26. juli 1971 (71/305) som ændret ved Rådsdirektiv af 18. juli 1989 (89/440) bør tillægges vejledende betydning, uanset at dette direktiv kun finder direkte anvendelse på offentlige bygge og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi uden moms andrager 5 mill. ECU eller derover.

Klagerne har anført, at Rådet i sin præambel til 90/531/EØF har anført en betragtning om, at det under hensyn til »konkurrencesituationen for Fællesskabets søtransport ville være uhensigtsmæssigt for de fleste kontrakter i denne sektor, om de skulle underkastes detaljerede fremgangsmåder; situationen for søtransportvirksomheder med søgående færger bør overvåges; en række færger i kyst og flodsejlds, der drives af offentlige myndigheder, bør ikke længere være udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF.«

Klagerne har endelig henledt Klagenævnets opmærksomhed på Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse af 31. marts 1989 (89/C 139/08) om Rådsdirektiv 90/531, særligt punkterne 2.2., 4.1., 4.2., 4.2.1, 4.2.3. og 9.1.

Indklagede, Maribo Kommune, har heroverfor anført, at kommunen ved kontraktsindgåelsen ikke har benyttet de i Rådsdirektiv 77/62 foreskrevne fremgangsmåder, men at intet af de påberåbte direktiver er overtrådt, idet kontraktindgåelsen ikke er omfattet af direktiverne.

Til støtte herfor har kommunen nærmere anført:

Rådsdirektiv 77/62/EØF, som ændret ved 88/295/EØF, indeholder reglerne om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. Reglerne indebærer pligt til at foretage udbud af vareindkøbsaftaler med en kontraktsum (tærskelværdi) på 200.000,00 ECU eller derover. Fra reglerne er dog ifølge art. 2 undtaget »søtransportvirksomhed«. Uanset, at aftalen om bygning af en ny færge til AskøBandholm overfarten overstiger direktivets tærskelværdi, er det derfor kommunens opfattelse, at direktivets bestemmelser er overholdt.

Rådsdirektiv 90/531/EØF indeholder reglerne om offentlige myndigheders pligt til at følge nærmere fastsatte bestemmelser om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning på bl.a. transportområdet. Ifølge art. 35 ændres bestemmelserne i forannævnte direktiv 77/62/EØF, art. 2, stk. 2, således, at »søtransportvirksomhed« ikke længere er undtaget. Det betyder, at «søtransportvirksomhed» fremtidigt skal behandles efter 77/62/EØF. Da 90/531/EØF ifølge sit indhold (art.37) imidlertid ikke behøver at sættes i kraft før efter 1. januar 1993, og da danske lovbestemmelser på området endnu ikke er trådt i kraft, er det kommunens opfattelse, at man ikke har overtrådt de pågældende direktivbestemmelser ved den indgåede kontrakt med Scan Con A/S.

Efter kommunens opfattelse kan der ikke tillægges Rådets betragtninger i præamblen til direktiv 90/531 selvstændig retskraft. Betragtningen kan efter kommunens opfattelse alene opfattes som Rådets motiv for at indføre en ændret retstilstand, der herefter så træder i kraft i overensstemmelse med direktivets ikrafttrædelsesbestemmelser.

Rådsdirektiv 71/305/EØF som ændret ved 89/440/EØF indeholder reglerne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge og anlægsarbejder. Dette direktiv omhandler alene offentlige bygge og anlægskontrakter, hvorfor den påklagede kontrakt allerede af denne grund ikke er omfattet af dette direktivs bestemmelser. Hertil kommer, at dette direktiv har en tærskelværdi på 5 mill. ECU eller ca. 40 mill. DKK.

Særligt med hensyn til meddelelsen fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg har kommunen anført:

»Henvisningen til Det Økonomiske og Sociale Udvalgs høringssvar til direktivforslaget understøtter efter kommunens opfattelse ikke klagerens påstand om, at udbud skulle være foretaget efter bestemmelserne i »Indkøbsdirektivet'. Udvalgets udtalelse er et led i den normale procedure for direktivforslags behandling i EFs organer. Udtalelsen kan efter kommunens opfattelse ikke tillægges nogen selvstændig retskraft, der sætter bestemmelserne i Rådsdirektiv 90/531 EØF i kraft forud for direktivets egne ikrafttrædelsesbestemmelser«.

Efter at klagerne har frafaldet deres oprindelige begæring om mundtlig forhandling, er klagen behandlet på skriftligt grundlag.

Klagenævnet skal udtale:

Efter Rådsdirektiv af 21. september 1976 (77/62) som affattet ved Rådsdirektiv af 22. marts 1988 (88/295) art. 2 er offentlige indkøbsaftaler, som indgås af land, luft, sø og flodtransportvirksomheder, ikke omfattet af direktivet.

Rådsdirektiv af 17. september 1990 (90/531) er ikke sat i kraft her i landet, og skulle på kontraheringstidspunktet ej heller være det, jf. direktivets art. 37. Dette direktiv og dets forarbejder findes derfor ikke at kunne lægges til grund ved sagens afgørelse.

Rådsdirektiv af 26. juli 1971 (71/305) som ændret ved Rådsdirektiv af 18. juli 1989 (89/440) vedrører offentlige bygge og anlægskontrakter og findes ikke at kunne påberåbes under denne sag.

Herefter bestemmes:

Den af klagerne Niels Fryland og Reparationsværftet Helsingør A/S indgivne klage tages ikke til følge«