

Klagenævnet for Udbud

1:714-16/2:714-11/96-23.141

11. oktober 1996

(Grønning-Nielsen, Jens Fejø, Suzanne Helsteen)

K E N D E L S E

Luis Madsen, Gunnar Bech,
Poul Erik Olsen og Allan Sørensen
(advokat Jens B. Bjørst)

og

Specialarbejderforbundet i Danmark
som mandatar for tjenestemænd og
overenskomstansatte i Odense Kommune
(advokat Jens B. Bjørst)

Intervenient: Landsorganisationen i Danmark
(advokat Jens B. Bjørst)

mod

Odense Kommune
(advokat Michael Gjedde Nielsen)

Intervenient: Kommunernes Landsforening
(advokat Michael Gjedde Nielsen)

Sagen drejer sig om lovligheden af - uden EU-udbud - at beslutte oprettelsen af selskaberne Odense Renovationsselskab A/S og Odense Vandselskab A/S og til disse at overføre aktiver og retten til at forestå håndtering af henholdsvis affald og vandforsyning og spildevandsafledning.

De individuelle klagere er 3 tjenestemænd og en overenskomstansat i Odense Kommune.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Principalt:

Odense Kommunes beslutninger om og overførelse af aktiver og retten til at forestå håndtering af

affald, vandforsyning samt spildevandsafledning til selskaberne Odense Renovationsselskab A/S og Odense Vandselskab A/S, som anført i »Hovedaftalerne« mellem Odense Kommune og nævnte selskaber, er ulovlige og bør derfor annulleres.

Subsidiært:

Odense Kommunes beslutninger og overførsler som nævnt i den principale påstand skal lovliggøres ved udbudsforretning.

Intervenienten, Landsorganisationen i Danmark, har nedlagt tilsvarende påstande.

Indklagede har over for de individuelle klagere og SID principalt påstået afvisning, subsidiært frifindelse.

Over for de af Landsorganisationen i Danmark nedlagte tilsvarende påstande har indklagede påstået frifindelse.

Intervenienten, Kommunernes Landsforening, har tilsluttet sig indklagedes påstande.

Sagens omstændigheder er følgende:

Fra omkring 1989/90 har der i Odense Kommune foregået løbende overvejelser om kommunens styrelse og struktur, herunder om tilrettelæggelsen af dens organisation og opgaveudførelse. I overvejelserne er indgået spørgs målet om anvendelsen af alternative selskabsformer.

Efter udarbejdelse af flere rapporter og efter langvarige forhandlinger med udgangspunkt i disse principgodkendte byrådet den 23. juni 1993 oprettelse af Odense Vandselskab A/S og Odense Renovationsselskab A/S, således at der blev indskudt driftsmidler af nærmere angivet størrelse, men således at anlægsaktiverne forblev i kommunens eje.

Formålet med oprettelsen af selskaberne er beskrevet således:

»

- En markedsræssig styrke ved at fremstå som et selskab, hvor al viden om vandforsyning og spildevandsafledning i stort bysamfund er samlet.
- En fælles administration som alene er målrettet vand/spildevandsområdet.
- En udviklingsfunktion, som kan markedsføre samlede drifts- og serviceydelser på det danske marked.
- En udviklingsfunktion, som kan systemmodne samlede know-how- projekter til eksport.
- En vis rationaliseringsgevinst ved fælles administration, indkøb, målerværksted mv.

Det er et af hovedformålene med selskabsdannelsen at skabe grundlag for en effektivisering af de kommunale ydelser, så der på længere sigt kan opnås en besparelse på driften.«

og

»

- Kortere/mere effektive beslutningsprocesser, idet ansvaret for selskabets ledelse og drift er henlagt til bestyrelse/direktion.
- Forretningsmæssige rammer for:
 - videreudvikling indenfor genanvendelses- og affaldsområdet,
 - samarbejde med andre kommuner eller private interessenter, og
 - muligheder for konkurrence på lige vilkår.
- En udviklingsfunktion, som på markedsmæssige vilkår kan deltage i markedsføring og eksport af know-how.
- Det er et af hovedformålene med selskabsdannelsen at skabe grund lag for en effektivisering af de kommunale ydelser, så der på længere sigt kan opnås en besparelse på driften.«

Begge selskaber skulle være 100% ejet af Odense Kommune. Der skulle gennemføres forhandlinger med de forhandlingsberettigede organisationer om vilkårene for det samlede personales overgang til selskaberne. Tjenestemænd, der ikke ønskede at overgå, skulle bevare deres ansættelsesforhold i kommunen, men med pligt til at gøre tjeneste i selskaberne.

Vedrørende renovationsselskabet var der som opgaver bl.a.:

»

- Salg af know-how og videreførelse af eksisterende royalty-aftaler med private virksomheder.«

og

»

- Følgende opgaver inden for renovationsområdet, som i dag løses af private, vil efter aftaleperiodens udløb skulle overvejes overført fra Odense Kommune til selskabet, med henblik på bestyrelsens beslutning af, om opgaven skal udføres af selskabet selv, eller udbydes:
 - Indsamling af olie- og kemikalieaffald fra private husstande.
 - Indsamling af sygehusaffald.
 - Containerkørsel fra nærgenbrugsstationer.
 - Udarbejdelse af affaldsplaner.«

For begge selskabers vedkommende blev det fastslået, at kommunen havde det endelige retlige og politiske ansvar for, at opgaverne på de to områder blev udført i overensstemmelse med lovgivningens krav.

I et byrådsmøde den 27. oktober 1993 blev det vedtaget, at bestyrelsen for de to selskaber skulle udgøres af 6 medlemmer udpeget af byrådet, og at borgmesteren skulle udgøre generalforsamlingen.

Stiftelsesoverenskomsterne blev underskrevet den 1. november 1993.

I stiftelsesoverenskomsten for Odense Vandselskab A/S hedder det bl.a.:

»**Formålet med stiftelsen af selskabet og fremtidige aktiviteter:**

Baggrunden for selskabets stiftelse er, at selskabet har til hensigt primo 1994, dog senest 1. juli 1994 at overtage kommunens opgaver vedrørende vandforsyning og spildevand. Som et led i overtagelsen af disse aktiviteter skal selskabet overtage kommunens driftsmateriel (automobiler, EDB-udstyr og lignende) indenfor vandforsynings- og spildevandsområdet, medens øvrige anlægsaktiver indenfor de pågældende områder, såsom kloakledningsnet, rensningsanlæg, bygninger, vandindvindingsanlæg og lignende, skal forblive hos Odense Kommune, idet brugsretten hertil overgår til selskabet på nærmere aftalte vilkår. Af omsætningsaktiver overtager selskabet det tilgodehavende, som kommunen har hos forbrugerne vedrørende den pågældende aktivitet. Efter overtagelsen af aktiviteten skal selskabet mod betaling levere de af aktiviteten omfattede ydelser direkte til forbrugerne på basis af et princip i selskabet om, at drift og anlæg over en årrække skal hvile i sig selv.

I forbindelse med overtagelsen af aktiviteterne indtræder selskabet, jfr. lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, i de rettigheder og forpligtelser, der består på overtagelsestidspunktet for så vidt angår de overenskomstansatte medarbejdere i Odense Kommune, der er beskæftiget indenfor det pågældende område.

Det påregnes, at generalforsamlingen vil pålægge selskabet at beskæftige de tjenestemænd, der på overtagelsestidspunktet gør tjeneste indenfor det pågældende område.

Det er hensigten, at der ultimo 1993/primo 1994 mellem Odense Kommune og selskabet indgås aftaler om vilkår for tjenestemændenes overgang til ansættelse i selskabet på overenskomstvilkår alene betinget af en efterfølgende generalforsamlingsgodkendelse.

Det oplyses, at på nuværende tidspunkt er der ikke indgået aftaler vedrørende ovennævnte forhold, men det forventes, at forslag til disse aftaler vil blive fremlagt til generalforsamlingens godkendelse på en ekstraordinær generalforsamling primo 1994. De anførte tidspunkter for gennemførelsen af virksomhedsoverdragelsen forudsætter dog, at de personalemæssige forhold vedrørende selskabets overtagelse af de til aktiviteten knyttede medarbejdere forinden er afklarede. Overdragelsen gennemføres dog under alle omstændigheder senest med virkning fra og med 1. juli 1994.

Finansieringen af selskabets overtagelse af de til aktiviteten knyttede aktiver og passiver excl. ovennævnte anlægsaktiver sker ved kontant betaling af kr. 500.000,00 (med fradrag af stiftelsesomkostninger) og for så vidt angår restkøbesummen, ved at der primo 1994 gennemføres en kapitalforhøjelse i selskabet i størrelsesordenen kr. 8.200.000,00, hvorved nettoværdien af driftsaktiviteten (forskellen mellem de overdragne aktiver og passiver, herunder gæld til Odense Kommune) med fradrag af

den kontante del af købesummen (kr. 500.000,00 med fradrag af stiftelsesomkostningerne) indskydes som apportindskud i selskabet.«

Tilsvarende bestemmelser indgik i stiftelsesoverenskomsten vedrørende Odense Renovationsselskab A/S.

Til begge stiftelsesdokumenter forelå vedtægter; selskabsformålene var angivet således:

Odense Vandselskab A/S:

»Selskabets formål er at varetage vandforsyning og spildevandsbehandling, herunder at udføre forberedende sagsbehandling i forbindelse med myndighedsopgaver indenfor de pågældende områder. Selskabet kan herudover sælge drifts- og serviceydelser indenfor området på det danske og det udenlandske marked.

Leverancer fra selskabet skal være åben for alle indenfor det område, hvori selskabet arbejder.«

Odense Renovationsselskab A/S:

»Selskabets formål er at varetage opgaver vedrørende genanvendelse og affaldsbortskaffelse. Selskabet skal således - indenfor de af Odense Byråd afstukne rammer - forestå etablering og drift af indsamlingsordninger, deponeringsanlæg og forberedende sagsbehandling i forbindelse med myndighedsafgørelser og planlægning. Selskabet skal endvidere sælge know-how, der er oparbejdet i tilknytning til ovennævnte opgaver.«

Vedtægterne for begge selskaber indeholder bestemmelse om, at selskabets aktiekapital udgjorde 500.000, der samtidig var aktiens nominelle størrelse, at et aktiekøb på 500.000 kr. gav en stemme på generalforsamlingen, og at enhver overgang af aktier kræver selskabets samtykke.

Til oprettelsesaftalerne knyttede sig for begge selskaber hovedaftaler af 2. september 1994, hvorefter selskaberne bl.a. overtager gældende eksisterende kontrakter på de respektive områder. Det hedder enslydende herom:

»Selskabet og Kommunen skal begge bestræbe sig på at få Kommunens kontraktspartnere til at acceptere, at selskabet overtager kontrakterne. Såfremt en kontraktspartner modsætter sig overtagelsen, søges dette problem løst ved, at Selskabet i den resterende del af kontraktperioden virker for Kommunen i det pågældende kontraktforhold.«

I en skrivelse af 7 april 1994 til Tilsynsrådet for Fyns Amt anførte SID bl.a.:

»Såfremt overdragelsen af aktiviteterne iværksættes i henhold til Odense Byråds beslutning, kan det ikke afvises, at det kan få retlige konsekvenser for SID

medlemmer, idet aftalegrundlaget, på grundlag af hvilket overførslerne sker, i hvert fald delvist må antages at være ugyldigt, jfr. tjenesteydelsesdirektivet.«

I skrivelse af 29. juni 1994 til Klagenævnet fra de oprindelige klagerne anførtes bl.a.:

»I henhold til Industriministeriets bekendtgørelse nr. 72. af 30/1 1992 § 14.1 nr. 1 anser tillidsmændene Luis Madsen og Gunnar Bech sig berettigede til at indgive klage, idet Odense Kommunes beslutning indebærer en overtrædelse af EU's tjenesteydelsesdirektiv samt den danske lovgivning.

Der henvises tillige til Industriministeriets Konkurrence Sekretariats skrivelse af 2. august 1993.

Klageberettiget anses også Specialarbejderforbundet i Danmark som mandatar for tjenestemændene og de overenskomstansatte, idet SID er indehaver af overenskomsterne.

Klagerne (de ansatte) og deres organisationer på vegne medlemmer har retlig interesse, idet klagerne/mandatarerne bliver pålagt at gøre tjeneste for aktieselskaber, hvis aktiviteter hviler på et ulovligt grundlag.«

Om spørgsmålet er det i klagernes processkrift af 5. maj 1995 anført:

»For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt klagerne har retlig interesse som følge af, at de overenskomstansatte medarbejdere nyder beskyttelse i henhold til lov om lønmodtageres retstilling ved virksomhedsoverdragelse, skal det understreges, at det for så vidt angår de tjenestemandsansatte gøres gældende, at denne gruppe medarbejdere netop ikke nyder beskyttelse i henhold til lov om lønmodtagers retstilling ved virksomhedsoverdragelse, idet tjenestemandsansatte som følge af de særlige regler, der gør sig gældende på dette område, ikke kan være ansat som tjenestemænd i privat virksomhed.

Det fastholdes derfor, at såvel de tjenestemandsansatte som overenskomstansatte medarbejdere har retlig interesse i at den nedlagte påstand tages under påkendelse, idet det er af væsentlig interesse for samtlige medarbejdere at være vidende om, hvem der er debitor i henhold til ansættelseskontrakten, hvorvidt deres arbejdsplads er overført lovligt.

Det skal i den forbindelse understreges at der ikke er tale om uændrede ansættelsesvilkår, idet tjenestemænd som ovenfor anført ikke kan overføres til tjeneste i privat virksomhed, og det som er sket er da også alene et udlån.

Det fremgår af hovedaftalerne, indgået mellem henholdsvis Odense Renovation A/S, Odense Vandselskab A/S og Odense Kommune, at aftalerne ikke er indgået for en tidsbegrænset periode. Under henvisning til det af indklagede i duplikken anførte om ansvarsgennembrud overfor Odense Kommune, er det klagernes klare opfattelse, at dette understreger, at der er tvivl om, hvem der er debitor i henhold til

ansættelseskontrakten, hvorfor klagerne har en klar retlig interesse i at den nedlagte påstand tages under påkendelse.

Personsammenfald i bestyrelseskredsen og aktionærkredsen gør ikke selskaberne til ordregivende myndigheder i EU's udbudsregler.

Det må endvidere bestrides, at klagernes reelle interesse er ideologiske/fagpolitiske hensyn - derimod er det politiske/ideologiske interesse som bærer Odense Kommunes privatisering.

Det skal i denne forbindelse understreges, at klagerne er bekendt med, at EU's udbudsdirektiver under ingen omstændigheder vil kunne hindre, at den givne opgave udføres af et af Odense kommune ejet aktieselskab. Klagerne skal i denne forbindelse påpege, at det som klagerne gør gældende er, at Odense Kommune ikke har overholdt EU's udbudsregler.

Såfremt Klagenævnet for Udbud skulle finde, at klagerne ikke er klageberettiget, ønsker klagerne dette præjudicielle spørgsmål forelagt EF-Domstolen.

Det er i fællesskabets interesse, at der gennem en påtaleret for personer tilknyttet et offentligretligt organ, hvis opgaver udlægges til et privatretligt organ, sikres en motiveret og effektiv kontrol med overholdelsen af fællesskabsretten, end det vil være muligt at opnå alene gennem Kommissionens adgang til at påtale eventuelle overtrædelser.

Endvidere vil bevidstheden om denne påtaleret også kunne have en mere forebyggende effekt, end den noget mere fjerntliggende mulighed for et indgreb fra domstolene. Disse forhold gør sig ligeledes gældende for de pågældende personers faglige organisation.

Det præjudicielle spørgsmål vil herefter kunne gives følgende formulering:

Skal hensynet til fællesskabsrettens effektivitet, således som dette hensyn fremgår af domstolenes praksis, fortolkes således, at personer ansat ved et offentligretligt organ, hvis opgave skal overføres til et nyt organ etableret i privatretlig form, eller fagbevægelser, der har det pågældende personer som medlemmer, have påtaleret for nationale klageorganer og domstole vedrørende påstande om overtrædelser af de fællesskabretlige bestemmelser om udbud af visse offentlige anskaffelser.«

Udviklings- og personalechef Sven Tychsen, Odense Kommune, har forklaret, at oprettelsen af de to selskaber var et led i en generel strukturændring i kommunens administration. Man havde forventninger om en rationaliseringsgevinst og andre administrative fordele i form af kortere beslutningsveje og smidigere arbejdstilrettelæggelse. Specialviden på de to områder har givet sig udslag i en systemeksport, der udgør 1 - 3% af omsætningen. Man har to gange informeret de berørte tjenestemænd om muligheden for at tilbyde dem overenskomstansættelse.

Klagerne har i deres procedure anført, at LO i medfør af klagenævnsbekendtgørelsens § 14 har en direkte klageadgang, men at også de øvrige klager har retlig interesse i, at sagen prøves for

Klagenævnet. Det fremgår således ikke af kontroldirektivet, at det alene er den forbigående potentielle kontrahent, der har mulighed for at klage. Det følger af loven om virksomhedsoverdragelse, at overenskomstansatte har krav på beskyttelse, og de tjenestemandsansatte har krav på undersøgelse af, om deres overførsel til selskaberne hviler på ulovligt grundlag. Også den enkelte borger har på et så vigtigt område som vandforsyning og renovation interesse i, at disse opgaver udføres billigt muligt, og derfor retlig interesse i, at spørgsmålet om oprettelse af selskaberne uden udbud påkendes af Klagenævnet.

Klagerne har videre anført, at det følger af, at Odense kommune fortsat har det endelige retlige og politiske ansvar for, at opgaverne løses i overensstemmelse med lovgivningen, at selskaberne ikke i sig selv kan betragtes som ordregivende myndigheder. Der er intet til hinder for, at kommunen sælger aktierne helt eller delvis.

Der er ved selskabernes oprettelse ikke tale om tildeling af en eneret i den forstand, der er omfattet af tjenesteydelsesdirektivets artikel 6 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 11. En forudsætning herfor ville være, at eneretten er tildelt på en formel og gennemskuelig måde, hvilket ikke er tilfældet, ligesom overdragelsen af opgaverne er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at påvirke bevægeligheden af tjensteydelser mellem medlemsstaterne, hvilket er i strid med traktaten.

Hvis man måtte komme frem til, at aftalerne mellem kommunen og de to selskaber kan betragtes som koncessionskontrakter, er de uanset forarbejderne til direktiverne omfattet af disse, idet direktiverne ikke indeholder undtagelsesbestemmelser for koncessionskontrakter.

Det kan ikke gøres gældende, at der er tale om in-house-produktion, idet der ikke selskabsretligt kan statueres ansvarsgennembrud, således at selskaberne ansvarsretligt identificeres med kommunerne.

Indklagede har til støtte for sin afvisningspåstand anført, at de individuelle klager og SID ikke har nogen retlig interesse i den i klagenævnslovens §1, stk. 1, nævnte forstand, og SID er ikke tillagt særlig klageadgang. Retlig interesse vil typisk foreligge, hvis man i tilfælde af udbud ville kunne optræde som byder.

Med hensyn til frifindelsespåstanden har *indklagede* anført, at der er tale om en længe overvejet og nøje planlagt omlægning af den kommunale forvaltning med henblik på effektivisering og decentralisering af de kommunale funktioner. Reelt er der tale om in-house- produktion, og alternativet ville ikke have været udlicitering, men oprettelse af selvstændige afdelinger i kommunen - selskabernes oprettelse krænkede således ikke de hensyn, direktiverne varetager.

Der er ikke tale om et fælleskommunalt, men et helejet selskab, der varetager klart kommunale opgaver med en betydelig binding til kommunen som ejer af eksisterende faste anlæg, finansiering af nyanlæg, takstfastsættelse og fastsætter af regler og serviceniveau. Her ville i givet fald i meget vidt omfang blive statueret identifikation mellem kommunen og selskaberne.

Subsidiært har *indklagede* gjort gældende, at der må antages at være tale om koncessionskontrakter, der ikke er omfattet af de relevante direktiver.

Det er uden betydning, at ordet koncession ikke er anvendt.

Det var oprindeligt meningen, at koncessionskontrakter skulle være undergivet særlige regler i forsynings- og tjenesteydelsesdirektiverne i lighed med bygge - og anlægsdirektivet; men da dette bortfaldt under forhandlingerne om direktivernes tilblivelse, er koncessionskontrakter slet ikke omfattet af disse.

Mere subsidiært har indklagede påberåbt sig tjenesteydelsesdirektivets artikel 6 med hensyn til renovationsvirksomheden og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13 med hensyn til vandforsyningsvirksomheden.

Klagenævnet skal udtale:

Det fremgår såvel af skriftvekslingen som af proceduren for Klagenævnet, at de individuelle klagere og SID stedse har påberåbt sig ansættelsesretlige hensyn som grundlag for deres klage. Sådanne hensyn reguleres af retsregler, der ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence, og disse klagere findes derfor ikke at have godtgjort en sådan retlig interesse i kontroldirektivets og klagenævnslovens forstand, at de kan rejse sag for Klagenævnet.

Da Landsorganisationen i Danmark er umiddelbart klageberettiget i henhold til klagenævnsbekendtgørelsens § 14, har Klagenævnet ikke fundet grundlag for at afvise sagen i dens helhed.

Selve selskabsdannelsen findes ikke udbudsudløsende. Beslutningen om at indgå hovedaftalerne med de to selskaber og at overlade ydelserne til disse findes efter en samlet vurdering - i hvert fald så længe kommunen har den bestemmende indflydelse i selskaberne - at være en divisionering af kommunens samlede dispositioner, der ikke kan sidestilles med et udbud af ydelser.

Det tilføjes, at Klagenævnet ikke har fundet anledning til at tage stilling til anmodningen om, at Klagenævnet skulle stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen.

Herefter bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.