

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 02-103.801

4. oktober 2002

K E N D E L S E

Statsansattes Kartel
(advokat Helle From Thorninger, København)

mod

Trafikministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Den 26. februar 2001 udbød Trafikministeriet som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved Indgåelse af tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) offentlig servicetrafik med tog på det danske statslige jernbanenet i Midt- og Vestjylland. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 5. april 2001 havde følgende virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret:

1. Arriva Danmark A/S
2. Connex Transport Danmark A/S
3. DB Regio AG
4. Serco Rail
5. DSB

Den 14. maj 2001 besluttede indklagede at prækvalificere alle 5 virksomheder. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. september 2001 havde alle de 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 3. oktober 2001 besluttede Trafikministeriet at undlade at tage et af tilbudene i betragtning, da det ikke opfyldte udbudsbetingelserne. Den 28. december 2001 besluttede Trafikministeriet at afvise DSB's tilbud. Dette meddelte Trafikministeriet DSB ved en skrivelse af 28. december 2001, hvori det bl.a. hedder:

»EU-udbud 2001/S 45-031321 – Udbud af togtrafik i Danmark
 Trafikministeriet har i ovennævnte udbud modtaget DSB's tilbud af 17. september 2001. Trafikministeriet har desuden modtaget DSB's yderligere oplysninger angående tilbuddet i breve af 31. oktober 2001, 15. november 2001, 26. november 2001, 30. november 2001, 12. december 2001 og 14. december 2001. Endelig har ministeriet modtaget DSB's brev af 20. december 2001 angående sammensætningen af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Midt- og Vestjylland.

I henhold til § 7, stk. 3, i lov om jernbanevirksomhed m.v. opstiller trafikministeren i tilknytning til fastsættelsen af en jernbanevirksomheds regnskabsreglement retningslinier og vilkår for overholdelse af konkurrenceretlige forhold. Trafikministeriet har i den anledning opstillet Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 15. december 2000.

I retningslinernes punkt 6 fremgår bl.a.:

»Der vil ikke blive stillet krav om, at forretningsområdet »udbudt trafik« i DSB skal udvise overskud hvert år, men nok set over den samlede kontraktperiode.«

DSB's konkurrenceretlige retningslinier indeholder således et krav om, at DSB's tilbud af 17. september 2001 skal give overskud set over den samlede kontraktperiode.

Trafikministeriet har foretaget en nøje efterkontrol af DSB's tilbud, og ministeriet har i den anledning vurderet, om tilbuddet opfylder overskudskravet. Trafikministeriet har vurderet, at der er en overvejende sandsynlighed for, at DSB's tilbud vil medføre, at DSB's forretningsområde for »udbudt trafik« ikke vil udvise overskud over den samlede kontraktperiode.

Ministeriet har på den baggrund besluttet at afvise DSB's tilbud.«

Den 28. december 2001 besluttede Trafikministeriet at indgå kontrakt med Arriva Danmark A/S, og der blev herefter indgået kontrakt den 30. januar 2002.

Den 12. april 2002 indgav klageren, Statsansatte Kartel, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Trafikministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 6. september 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at have ladet det indgå i sin vurdering af DSB's tilbud, at DSB modsat sine konkurrenter ikke besidder erfaringer fra tidligere udbud, at DSB bl.a. i forbindelse med strategiplanen for DSB Gods har leveret økonomiske skøn, der ikke var præcise, og at DSB før har haft problemer med at foretage præcise vurderinger af trafikale omlægninger bl.a. i forbindelse med etableringen af Øresundstrafikken og indsættelse af Øresundstogene.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede som ordregiver har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at afvise DSB's tilbud under henvisning til »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 15. december 2000«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at afvise DSB's tilbud under henvisning til, at der var en overvejende sansynlighed for, at DSB's tilbud ikke ville udvise overskud over den samlede kontraktperiode.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at iværksætte en procedure efter Tjenesteydelsesdirektivet artikel 37 om unormalt lave bud med det formål at anvende oplysningerne om sammensætningen af DSB's tilbud til brug for en vurdering af, om DSB's tilbud opfylder de konkurrenceretlige retningslinier.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. december 2001 om at indgå kontrakt med Arriva Danmark A/S.

Det fremgår af klagerens påstande, at påstand 1 – 4 er materielle, konstate-rende påstande, som indebærer, at Klagenævnet skal tage stilling til, om der

er sket overtrædelse af udbudsreglerne som anført i de enkelte påstande, mens påstand 5 er en sanktionspåstand, som det kun bliver aktuelt for Klagenævnet at tage stilling til, hvis en eller flere af påstandene 1 – 4 tages til følge.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.
Subsidiært: Klagen tages ikke til følge.

Klagenævnet har besluttet at udskille spørgsmålet om afvisning, herunder såvel spørgsmålet om afvisning af klagen i sin helhed, som spørgsmålet om afvisning af en eller flere af påstandene 1 – 4, til særkilt behandling. Afvisningsspørgsmålet har været behandlet på mødet den 6. september 2002. Klagenævnet har efter dette møde besluttet at afsige delkendelse om afvisningsspørgsmålet bortset fra spørgsmålet om afvisning vedrørende påstand 4.

Udbudsbetingelserne indeholder i et afsnit med overskriften »5. DSB's mulighed for at byde« følgende afsnit, som ikke efter sit indhold naturligt hører hjemme i udbudsbetingelser, da det kun vedrører en af de virksomheder, som kunne tænkes at ville afgive tilbud:

»DSB har mulighed for at byde på ydelsen på samme vilkår, som enhver anden tilbudsgiver. DSB afgiver således pristilbud baseret på de konkurrenceretlige retningslinier for DSB og DSB's regnskabsreglement.«

I et dokument betegnet »Talepapir til samråd angående udbud af togtrafik i Folketingets Trafikudvalg torsdag den 17. januar 2002«, som Trafikministeren den 6. februar 2002 i forbindelse med besvarelsen af et spørgsmål fra udvalget har sendt til udvalget i delvist anonymiseret form, hedder det under overskriften »Sammenfattende vurdering«:

»I sin vurdering af DSB's tilbud har ministeriet desuden skelet til DSB's præstationer og vurderinger i øvrigt. Ministeriet har ladet det indgå i sin vurdering, at DSB modsat sine konkurrenter ikke besidder erfaringer fra tidligere udbud, samt at DSB bl.a. i forbindelse med strategiplanen for DSB Gods har afleveret økonomiske skøn, der ikke var præcise. Ministeriet har også ladet det indgå i sin vurdering, at DSB før

har haft problemer med at foretage præcise vurderinger af trafikale omlægninger bl.a. i forbindelse med etableringen af Øresundstrafikken og indsættelsen af Øresundstogene. Det har påvirket vurderingen af DSB's muligheder for problemløst og uden meromkostninger at foretage de trafikale omlægninger, der var forudsat i DSB's tilbud.«

Indklagede har til støtte for sin påstand om afvisning af klagen i sin helhed gjort gældende, at Klagenævnet for Udbud er inkompetent til at behandle klager over udbud, der er omfattet af § 8, stk. 1 – 3, i lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v., når klagen indgives af andre end personer omfattet af Kontrollovens artikel 3 (direktiv 89/665 som ændret ved direktiv 92/50) »personer der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«, idet sådanne klager hører under Jernbaneklagenævnets kompetence, jf. herved den nævnte lovs § 24.

Indklagede har nærmere anført, at det har formodningen for sig, at Folketinget har ønsket, at alle klager vedrørende udbud af jernbanevirksomhed skal behandles af et og samme klagenævn, nemlig det klagenævn, der blev nedsat ved lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v., som for første gang gjorde det muligt at afholde udbud af jernbanevirksomhed, og at det har formodningen imod sig, at Folketinget har ønsket, at klager vedrørende udbud af jernbanevirksomhed skal kunne behandles af to forskellige klagenævne. Motiverne til loven indeholder da heller ingen bemærkning om, at også Klagenævnet for Udbud skal kunne behandle klager vedrørende jernbanevirksomhed. Ved fortolkningen af de 2 love – lov om jernbanevirksomhed m.v. og lov om Klagenævnet for Udbud – fører såvel princippet om den nyere lov over for den ældre lov (lex posterior) som princippet om den mere specielle lov over for den generelle lov (lex specialis) til at anse Jernbaneklagenævnet for kompetent. Endvidere har Jernbaneklagenævnet efter de regler, der er fastsat om dette nævns sammensætning, en konkurrenceretlig sagkundskab, som Klagenævnet for Udbud ikke har, og som efter lovmotiverne er afgørende ved behandlingen af klager vedrørende jernbanevirksomhed. Det er endvidere i motiverne til lov om jernbanevirksomhed m.v. præciseret, at Jernbaneklagenævnet bl.a. skal behandle »Klager over forskelsbehandling i forbindelse med udbudsforretninger vedrørende trafik udført som offentlig service i medfør af § 8«, jf. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, side 685. Indklagede har særligt understreget, at Kontrollovens artikel 1, stk. 3, ikke beskytter

den aktuelle klager, som ikke selv var tilbudsgiver under udbudet eller kunne have været tilbudsgiver under udbudet, og at Klagenævnet på denne baggrund ikke er kompetent, når det er sådanne »udenforstående« personer eller organisationer, der klager.

Klageren har gjort gældende at Klagenævnet for Udbud efter lov om Klagenævnet for Udbud § 1 er kompetent, og klageren har imødegået det, som indklagede har anført til støtte for sin påstand om afvisning af klagen som helhed.

Indklagede har for det tilfælde, at Klagenævnet for Udbud ikke generelt anser sig for inkompetent vedrørende udbud omfattet af lov om jernbanevirksomhed m.v. § 8, stk. 1 – 3, i anden række nedlagt påstand om afvisning af påstand 1 og påstand 3.

Klageren har endvidere gjort gældende, at ingen af påstandene 1 - 4 efter deres indhold ligger uden for Klagenævnets kompetence, og at ingen af disse påstande derfor skal afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes påstand om, at klagen i sin helhed skal afvises

I forbindelse med gennemførelsen af lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed blev der ikke ved en ændring af lov om Klagenævnet for Udbud fastsat en begrænsning af Klagenævnets saglige kompetence, således som det skete ved lov nr. 206 af 29. marts 1995 om ændring af lov om Klagenævnet for Udbud, jf. nu lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 2. Det fremgår heller ikke af motiverne til lov om jernbanevirksomhed, at der ved denne lov i forbindelse med oprettelsen af det særlige Jernbaneklagenævn har været tilsigtet at begrænse den saglige kompetence for Klagenævnet for Udbud, således at Klagenævnets saglige kompetence ikke fremtidig skulle omfatte klager over overtrædelse af EU-udbudsreglerne i forbindelse med udbud af jernbanevirksomhed efter lov om jernbanevirksomhed m.v. § 8, stk. 2. Det fremgår tværtimod udtrykkeligt af motiverne til lov om jernbanevirksomhed m.v. at Jernbaneklagenævnet blev oprettet »med henblik

på at sikre, at de jernbanetekniske, samfundsøkonomiske og konkurrenceretlige hensyn alle tilgodeses i forbindelse med administrationen af lovens regler«, og at Jernbaneklagenævnet skal behandle »klager vedrørende en række af de ovenfor (i afsnit 3.a.) nævnte forhold«. I afsnit 3.a. er ikke omtalt overholdelsen af EU-udbudsreglerne under udbud af jernbanevirksomhed. Der henvises til Folketingstidende 1997-98, (2. samling), Tillæg A, side 666 – 667 (afsnit 3. Forholdet til konkurrenceretten).

Det følger af det anførte, at der ikke er noget grundlag for at antage, at Klagenævnet ikke er sagligt kompetent til at tage stilling til klager over overtrædelse af EU-udbudsreglerne i forbindelse med udbud af jernbanevirksomhed, uanset hvem der indgiver klagen. Der er således specielt intet grundlag for – som anført af indklagede – at antage, at Klagenævnets saglige kompetence vedrørende disse udbud skulle være snævrere, når klagen er indgivet af klagere, som ikke er omfattet af Direktiv 89/665 af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs-, samt bygge- og anlægskontrakter som ændret ved direktiv 92/50 (kontroldirektivet) artikel 3 om »personer der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af påstået overtrædelse«, men som dog er klageberettigede efter lov om Klagenævnet for Udbud sammenholdt med bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud.

Indklagedes påstand om, at klagen i sin helhed afvises, tages derfor ikke til følge.

Det påhviler Klagenævnet ex officio at tage stilling til, om hver enkelt af klagerens påstande efter deres indhold er omfattet af Klagenævnets saglige kompetence, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, jf. § 1.

Ad klagerens påstand 2 og 3

Med disse påstande ønsker klageren Klagenævnets stillingtagen til indklagedes beslutning af 28. december 2001 om at afvise DSB's tilbud. Denne afgørelse er efter indholdet i skrivelsen af 28. december 2001 truffet af Trafikministeriet som udbyder (ordregiver) og herefter meddelt DSB som tilbudsgiver under udbudet. Afgørelsen bygger imidlertid på den vurdering af DSB's tilbud, som Trafikministeriet som den myndighed, der fører tilsyn

med, at DSB ved afgivelsen af tilbud under udbudsforretningen har foretaget med henblik på at kontrollere, at tilbudet overholder »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB« af 15. december 2002, som Trafikministeriet har fastsat for DSB.

Ved den afgørelse, som Trafikministeriet traf som tilsynsmyndighed vedrørende overholdelsen af »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB«, fastslog Trafikministeriet, at DSB's tilbud ikke opfyldte »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB«. Som en konsekvens af denne afgørelse, kunne Trafikministeriet have valgt at pålægge DSB at tilbagekalde tilbudet, og når et tilbud under et udbud tilbagekaldes, påhviler det udbyderen ikke at tage tilbudet i betragtning. Trafikministeriet valgte imidlertid i stedet at afvise tilbudet som led i udbudsproceduren.

Udbydere har ikke efter EU-udbudsreglerne en generel pligt til at kontrollere, at tilbudsgivere ved afgivelsen af deres tilbud ikke overtræder intern dansk lovgivning, men det følger af formålet med EU-udbudsreglerne, at en udbyder i visse tilfælde er berettiget og forpligtet til at afvise et tilbud, hvis det fremgår af tilbudet eller andre oplysninger under udbudet, at tilbudsgiveren ved afgivelsen af tilbudet handler i strid med dansk lovgivning. Den omstændighed, at Trafikministeriet som tilsynsmyndighed med DSB konstaterede, at DSB's tilbud ikke opfylder »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB«, er en omstændighed, som Trafikministeriet automatisk som udbyder skal tage i betragtning på den måde, at Trafikministeriet som udbyder skal afvise DSB's tilbud.

Den afgørelse, som Trafikministeriet traf den 28. december 2001 om at afvise DSB's tilbud, var således formelt en afgørelse, som Trafikministeriet traf som udbyder, og således en afgørelse omfattet af Klagenævnets kompetence. Det, som klageren ønsker Klagenævnets stillingtagen til ved påstand 2, er imidlertid ikke en vurdering af, om Trafikministeriet som udbyder handlede korrekt ved at afvise DSB's tilbud – denne afgørelse var under de konkrete omstændigheder en ren ekspedition – men derimod Klagenævnets stillingtagen til, om Trafikministeriet som tilsynsmyndighed med DSB var berettiget til at beslutte, at tilbudet skulle udgå af udbudsforretningen, enten ved at Trafikministeriet som tilsynsmyndighed påbød DSB at tilbagekalde tilbudet, eller ved at Trafikministeriet som tilsynsmyndighed foranledigede tilbudet afvist under udbudet. Det, som klageren ønsker Klagenæv-

nets stillingtagen til ved påstand 3, er, om denne afgørelse, hvis den lovligt kunne træffes, var sagligt begrundet.

Da begge disse spørgsmål ligger uden for Klagenævnets saglige kompetence, som denne er fastlagt i lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, og § 1, stk. 1 – 3, afviser Klagenævnet ex officio disse påstande.

Ad klagerens påstand 1

Den vurdering af DSB's tilbud, som Trafikministeriet foretog, og som førte til, at tilbudet blev afvist, var som anført ad påstand 2 og 3 ikke en udbudsretlig vurdering af tilbudet, men en vurdering af tilbudet foretaget af Trafikministeriet som tilsyn med DSB med hensyn til overholdelsen af »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB«. Det, som klageren ønsker Klagenævnets stillingtagen til ved påstand 1, er, om Trafikministeriet som udbyder ved vurderingen af DSB's tilbud tog hensyn til forhold, som alene kan tages i betragtning i forbindelse med prækvalifikationen, men ikke ved den efterfølgende vurdering af tilbudene. Da DSB's tilbud på grund af Trafikministeriets afgørelse som tilsyn med DSB imidlertid ikke var med ved en efterfølgende udbudsretlige vurdering af tilbudene på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium, afviser Klagenævnet også denne påstand.

Ad klagerens påstand 4

Klagenævnet anmodede ved skrivelse af 16. april 2002 indklagede om at fremsende sagens dokumenter til Klagenævnet, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 15. Indklagede fremsendte imidlertid alene eet dokument, nemlig Beretning til statsrevisorerne om Trafikministeriets valg af operatør på jernbanestrækninger i Midt- og Vestjylland af april 2002 udarbejdet af Rigsrevisionen. Klagenævnet accepterede, at indklagede ikke på dette tidspunkt af sagens behandling efterkom anmodningen til at fremsende samtlige sagens dokumenter, som efter det oplyste udgør et meget stort antal dokumenter, og Klagenævnet har således som grundlag for mødet den 6. september 2002 alene haft Rigsrevisionens Beretning samt de dokumenter, som klageren fremsendte til Klagenævnet sammen med klageskriftet.

I Rigsrevisionens beretning redegøres der side 38 – 45 for forløbet i forbindelse med Trafikministeriets tilvejebringelse af de oplysninger, som var nødvendige for ministeriets vurdering af, om DSB's tilbud overholdt »Kon-

kurrenceretlige retningslinier for DSB« (nemlig afsnit IV, C. Proces i forbindelse med iværksættelse af efterkontrollen af DSB's tilbud). Dette afsnit indeholder imidlertid ikke en fuldstændig gengivelse af bl.a. korrespondancen mellem Trafikministeriet og DSB, og indklagede har endvidere på mødet den 6. september 2002 tilkendegivet som sin opfattelse, at dette afsnit i Rigsrevisionens beretning ikke i alle henseender indeholder en præcis og dækkende redegørelse for denne korrespondance.

Klagenævnet har på denne baggrund besluttet ikke på det foreliggende grundlag at tage stilling til, om påstand 4 på grund af sit indhold ligger uden for Klagenævnets kompetence, således at påstanden skal afvises. Dette spørgsmål vil Klagenævnet tage stilling til ved en senere kendelse, hvor Klagenævnet samtidig – hvis påstanden ikke skal afvises – vil tage stilling til, om påstanden skal tages til følge eller ej.

Sagens hidtidige forløb giver ikke grundlag for at pålægge indklagede at betale sagsomkostninger til klageren.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises for så vidt angår påstand 1 - 3.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig