

K E N D E L S E

Danske Færger A/S
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Transport- og Bygningsministeriet
(Kammeradvokaten v/ advokat Kristian Hartlev)

Klagenævnet har den 20. maj 2016 modtaget en klage fra Danske Færger A/S i anledning af et udbud iværksat af Transport- og Bygningsministeriet ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 213-390348 af 2. november 2015. Udbuddet angår en kontrakt om færgebetjeningen af Bornholm.

Danske Færger A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Transport- og Bygningsministeriet har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 9, supplerende klageskrift med bilag 10 – 18, svarskrift med bilag A – G, replik med bilag 19 og duplik med bilag H – L.

Klagens indhold:

Danske Færger A/S har, ud over påstanden om opsættende virkning, nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tillade Mols-Linien A/S at forbedre det afgivne tilbud ved at eftersende tegninger efter tilbudsfristens udløb og tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, selv om de tegninger, Mols-Linien A/S oprindeligt sendte til Indklagede i forbindelse med tilbudsafgivelse, var utydelige og dermed ikke levede op til betingelserne i Tilbudsgrundlagets pkt. 6.2.3, således at Mols-Linien A/S' tilbud ikke var konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene hertil, særligt fordi tilbuddet ikke opfyldte Ydelsesspecifikationens pkt. 10.5.2, hvorefter Tids- og Aktivitetsplanens Version 1 skulle indeholde en begrundelse for aktiviteternes placering i planen.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Ydelsesspecifikationens pkt. 1.2 og 5.1.1, hvorefter tilbudsgiver skal råde over et sådant antal og en sådan sammensætning af færger, at der hver dag på færgeruten mellem Rønne og Ystad skal være kapacitet til mindst 300 Høje Dækmetre til godstransport pr. retning.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene til frekvens og passager- og personbilskapacitet i Ydelsesspecifikationens pkt. 1.2., smh. Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.1.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet til personbilskapacitet på erstatningsfærgen i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.2.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da de i tilbuddet indeholdte sejlplaner ikke vil kunne opfylde mindstekravene i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.4, jf. Hovedkontraktens pkt. 9.1, til opnåelse af fornøden miljøgodkendelse eller opfyldelse af gældende myndighedskrav.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.1 og Tilbudsgrundlagets pkt. 3.1 om tilbudsgivers rådighed over et vist antal og en vis sammensætning af færger for at kunne opfylde kontraktens krav, fordi Mols-Linien A/S ikke vil kunne nå at opfylde dette krav inden driftsstart.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.5 om bemanning.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten

til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.1.9.2 og 5.1.10.2 vedrørende sejlads i blæst.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet forudsatte opfyldelse af kontrakten med færger, der ikke er egnede til at sejle i farvandet omkring Bornholm.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene til antal toiletter, håndvaske og puslepladser i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.2.3.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene til rutestruktur og kapacitet i Ydelsesspecifikationens pkt. 1.3 og Tilbudsgrundlagets pkt. 3.2.2 og 6.2.3.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Tilbudsgrundlagets pkt. 6.2.3 til beskrivelse af og dokumentation for den tilbudte ydelse.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508

af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tillade Mols-Linien A/S at forbedre det afgivne tilbud ved at eftersende certifikater og tildele kontrakten til Mols-Linien A/S.

Påstand 15

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning af 10. maj 2016 om at tildele kontrakten om samfundsbegrundet færgebetjening af Bornholm til Mols-Linien A/S.

...

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Ydelsesspecifikationens pkt. 5.2.7 og 5.2.8, hvorefter alle færger skal være indrettet med minimum én elevator (med visse nærmere bestemte dimensioner), således at der er adgang med elevator fra vogndæk til dæk med faciliteter for passagerer med handicap.

Påstand 18

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Tilbudsgrundlagets pkt. 3.2, Hovedkontraktens pkt. 4.1 og Ydelsesspecifikationens pkt. 1.1, 1.2, 5.1.1 og 5.4, hvorefter færger anvendt til opfyldelse af kontrakten skal kunne medtage passagerer og gods, herunder fødevarer og levende dyr, kommercielt.

Påstand 19

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart og 2) artikel 51, stk. 3, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 ved at tildele kontrakten til Mols-Linien A/S, uanset at tilbuddet fra Mols-Linien A/S ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i Tilbudsgrundlagets pkt. 3.2 og Ydelsesspecifikationens pkt. 1.2 og 5.1.9.1, hvorefter hurtigfærgerne på ruten mellem Rønne og Ystad skal kunne sejle i bølgehøjder på op til 3,5 meter med den fart, der kræves for at overholde den maksimale overfartstid på 80 minutter.”

Andre oplysninger i sagen:

Færgebetjeningen af Bornholm er reguleret ved lov om færgefart, jf. lovbekendtgørelse nr. 915 af 27. august 2008, og bekendtgørelse nr. 508 af 16. maj 2013 om færgefart. Ifølge bekendtgørelsens § 2, stk. 1, finder artikel 34 – 59 i forsyningsvirksomhedsdirektivet anvendelse på udbud og indgåelse af aftaler i henhold til lov om færgefart.

Efter § 6, stk. 1, i lov om færgefart kan afgørelser om udbud efter loven og bestemmelser fastsat i medfør af loven påklages til Klagenævnet for Udbud.

Færgebetjeningen af Bornholm har igennem en lang årrække været foretaget af Danske Færger A/S, der senest i 2009 blev tildelt kontrakten efter et udbud.

Det aktuelle udbud omfatter alle nødvendige aktiviteter til gennemførelse af den samfundsbegrundede færgebetjening af Bornholm, herunder personbefordring, godsbefordring, tilvejebringelse af færger og vedligehold af disse, billetsalg samt passagerinformation. Færgebetjeningen omfatter ruterne Rønne-Ystad og Rønne-Køge.

Der er tale om en 10-årig kontrakt med mulighed for forlængelse i 2 gange 12 måneder eller 1 gange 24. Efter tidsplanen var kontraktindgåelse planlagt til maj 2016 og driftsstart til den 1. september 2018. Der var taget hensyn til den tid, der medgår til at anskaffe og klargøre færgerne.

Kontrakten er en ”nettokontrakt”. Vinderen af udbuddet (operatøren) modtager således som modydelse for færgebetjeningen dels et fast tilskud fra ministeriet på 306,1 mio. kr. pr. år (2014-priser), dels alle indtægter fra billetter og salg om bord, f.eks. af mad og drikke.

Som tildelingskriterium var fastsat, at kontrakten tildeles ”den tilbudsgiver som tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud, forstået som den største tilbudte prisreduktion (dvs. den tilbudte procentsats) på de maksimale gennemsnitspriser på de angivne billettyper, jf. pkt. 6.2.2.3.” (fremhævet her).

Transport- og Bygningsministeriet modtog tilbud fra Mols-Linien A/S og Danske Færger A/S.

Ministeriets evaluering af tilbuddene rettede sig som følge af tildelingskriteriet primært mod den tilbudte procentsats og mod, om tilbuddene opfyldte udbudsmaterialets mindstekrav og i øvrigt var konditionsmæssige. Til vurderingen heraf var ministeriet bistået af OSK-ShipTech A/S for så vidt angår den skibstekniske evaluering og af Kammeradvokaten for så vidt angår vurdering af konditionsmæssigheden af de indkomne tilbud.

Ministeriet meddelte ved brev af 10. maj 2016 Danske Færger A/S, at Mols-Linien A/S havde afgivet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Danske Færger A/S har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt. Selskabet har herved henvist til sine anbringender vedrørende de enkelte påstande.

Transport- og Bygningsministeriet har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt, og har tilsvarende henvist til sine anbringender vedrørende de øvrige påstande.

Parternes anbringender gengives ikke yderligere.

Ad uopsættelighed

Danske Færger A/S har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, idet erstatningsreglerne ikke yder selskabet et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation. Den udbudte kontrakt skal løbe i mindst 10 år og omfatter et årligt offentligt tilskud på over 300 mio. kr. samt adgang til billetindtægter og andre indtægter. Det samlede dækningsbidrag over kontraktperioden er så betydeligt, at beløbet ikke kan forventes tilkendt ved en erstatningssag afgjort efter dansk erstatningspraksis.

Danske Færger A/S befinder sig i en særlig position i forhold til den udbudte kontrakt, idet selskabet har hovedkontor i Rønne og har varetaget færgebetjeningen af Bornholm i over 150 år. Også i lyset af disse særlige forhold yder erstatningsreglerne ikke et tilstrækkeligt værn.

Transport- og Bygningsministeriet har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Det følger af fast praksis fra EU's retsinstanser og klagenævnet, at det påhviler Danske Færger A/S at godtgøre, at Danske Færger A/S vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Danske Færger A/S har ikke godtgjort, at erstatningsreglerne ikke yder selskabet et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation.

At Danske Færger A/S har hovedkontor i Rønne og har varetaget færgebetjeningen af Bornholm i lang tid er ikke tilstrækkelig til at anse betingelsen om uopsættelighed for opfyldt.

Ad interesseafvejning

Danske Færger A/S har gjort gældende, at en interesseafvejning fører til, at klagen skal tillægges opsættende virkning. Udbuddet angår en kontrakt, som skal træde i kraft i september 2018 og herefter løbe i mindst 10 år. Danske Færger A/S' interesse i at få tildelt kontrakten, såfremt Danske Færger A/S får medhold under sagen, overstiger Transport- og Bygningsministeriet interesse i at undgå en mindre påvirkning af tidsplanen frem mod kontraktens ikrafttræden. Det må forventes, at udbudssagen vil være afgjort omkring to år inden kontrakten skal træde i kraft.

Transport- og Bygningsministeriet har bestridt, at en interesseafvejning kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning. Transport- og Bygningsministeriet har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet der knytter sig tungtvejende samfundsmæssige interesser til indgåelse af den udbudte kontrakt. Den vindende tilbudsgiver vil således først efter kontraktindgåelsen kunne påbegynde den planlagte nybygning af RoPax-færgen og ombygning af de to hurtigfærger og erstatningsfærgen. Der er risiko for, at rettidig driftsstart den 1. september 2018 ikke nås, hvis den vindende tilbudsgiver ikke snart kommer i gang med de nævnte ny- og ombygninger. Disse samfundsmæssige hensyn vejer tungere end Danske Færger A/S' interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Den vindende tilbudsgiver har desuden en selvstændig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, således at virksomheden efter underskrivelse af kontrakten kan komme i gang med forberedelse af færgedriften.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

For så vidt angår de materielle påstande foreligger der efter klagenævnets foreløbige vurdering ikke forhold, der kan give anledning til at slække på kravene til opfyldelse af betingelse nr. 2 om uopsættelighed.

Det er klagenævnets vurdering, at betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) ikke er opfyldt. At kontrakten har stor værdi og lang varighed indebærer ikke, at

muligheden for erstatning – hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt – ikke vil kunne kompensere Danske Færger A/S for et tab, selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Transport- og Bygningsministeriet herefter indgår kontrakt, hvorefter det konstateres, at Transport- og Bygningsministeriet har begået overtrædelser som anført i klagen. Det ændrer ikke herved, at Danske Færger A/S, der også driver andre færgeruter, har haft kontrakten i mange år og har hovedkontor i Rønne.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig