

K E N D E L S E

Esbjerg Maritime Service ApS
(advokat Christian Schlüter, Vejen)

mod

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

Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn ("Esbjerg Havn") udbød ved annoncering på sin hjemmeside den 3. oktober 2014 en 4-årig koncession om levering/salg af vand fra havnens hydranter til skibe, fartøjer og andet flydende materiel. Udbuddet blev tillige annonceret i dagbladet JyskeVestkysten.

Der indkom inden for tilbudsfristen den 3. november 2014 tilbud fra Esbjerg Maritime Service ApS og den hidtidige koncessionshaver, Esbjerg Marine Service K/S.

Den 4. november 2014 modtog Esbjerg Maritime Service ApS meddelelse fra Esbjerg Havn om, at den anden tilbudsgiver (Esbjerg Marine Service K/S) havde fået kontrakten tildelt.

Den 9. januar 2015 indgav Esbjerg Maritime Service ApS klage til Klagenævnet for Udbud over Esbjerg Havn.

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 ”forsyningssikkerhed 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 ”forsyningssikkerhed 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

Opgaven omfatter levering/salg af vand fra 75 hydranter og fra 3 vand-automater. 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.

...

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.

Den nuværende koncessionshaver har med hensyn til denne medarbejder oplyst:

...

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.

Den nuværende koncessionshaver har med hensyn til denne medarbejder oplyst:

...

Esbjerg Havn videreformidler hermed disse medarbejderoplysninger, men indestår ikke for rigtigheden heraf.

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 vandaflædningsafgift.

...

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 [Underkriterierne] vil være:

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

Ifølge Esbjerg Havns svar på spørgsmål 4 og 5 fra Esbjerg Maritime Services ApS før tilbudsafgivelsen var underkriterierne oplyst i prioriteret rækkefølge. I svar på spørgsmål 3 oplyses det, at udbud af koncessioner som den foreliggende alene er:

"underlagt EUF-traktatens generelle principper, og kun for så vidt som kontrakterne har grænseoverskridende interesse."

Esbjerg Maritime Service ApS' tilbud indeholdt blandt andet en forretningsplan, forslag til takstblad for 2015 og selskabets seneste årsrapport fra 2013. Selskabets soliditetsgrad i 2013 var ifølge regnskabet på 29 %.

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

I Esbjerg Havns meddelelse af 4. november 2014 om tildelingen oplyses 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 [underkriterier] er vægtet med henholdsvis 35%, 33% og 32%.

Der er for hvert delkriterie [underkriterium] 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.”

Der var efterfølgende en korrespondance mellem Esbjerg Maritime Service ApS og Esbjerg Havn, der i en e-mail af 5. november 2014 ved hjælp af en grafisk illustration oplyste, 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 delkriterier; soliditet, bemanning og kunderelation, og bemærkede, at dette kriterium havde været udslagsgivende.

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/ Kenneth Hagelskjær 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 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.

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 off-shore 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 JydskeVestkysten 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, eksklusive moms, jf. direktivets artikel 8, stk. 1 og 2. Ifølge betragtning 22 er tærskel-

værdien 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 genomsigtighed 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.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig