

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jens Fejø, Erik Hammer)

J.nr.: 05-109.746/

2005-0002377

10. marts 2006

K E N D E L S E

1. Fagligt Fælles Forbund og
2. Landsorganisationen i Danmark
(advokat Mads Bendix Knudsen, København)

mod

1. Viborg Amts Fælleskommunale Trafikselskab
2. Viborg Amt
3. Sallingsund Kommune
4. Sundsøre Kommune
5. Spøttrup Kommune
6. Skive Kommune
7. Fjends Kommune
8. Viborg Kommune
9. Bjerringbro Kommune
(advokat Henning Biil, København)

Ved en samarbejdsaftale underskrevet i juli og august 2004 indtrådte indklagede 1. Viborg Amts Fælleskommunale Trafikselskab i det såkaldte Bektra-samarbejde. Dette samarbejde er etableret mellem forskellige trafik-selskaber m.m. med henblik på drift af et edb-system samt drift af et bestillingskontor uden for almindelig åbningstid.

Den 10. marts 2005 indgav klageren 1. Fælles Fagligt Forbund klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede. Klageren 2. Landsorganisationen i Danmark er senere indtrådt som yderligere klager. Klagen har været behandlet på et møde den 15. december 2005.

Klagerne har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet), subsidiært grundlæggende EU-retlige principper, ved at indtræde i Bektra-samarbejdet uden forudgående EU-udbud.

De indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede 1. Viborg Amts Fælleskommunale Trafikselskab, der i det følgende benævnes VAFT, er en fælleskommunal trafikvirksomhed, der er oprettet i 1981 af Viborg Amt og primærkommunerne i amtet i henhold til loven om kollektiv personbefordring, nu lovbekendtgørelse nr. 493 af 16. juni 1995 med senere ændringer. VAFT udfører den kollektive personbefordring i amtets område.

VAFT udfører desuden en koordinering af forskellige særlige kørselsopgaver for de indklagede 2.-9., dvs. handicap-kørsel, skolekørsel, kørsel med patienter og taxi-kørsel på faste ruter m.m. Denne koordinering, der benævnes »VAFT-tur-projektet«, har til formål at opnå rationaliseringer og besparelser. Koordineringen udføres af et særligt kontor i VAFT, beliggende i VAFT's lokaler i Viborg. Koordineringen udføres ved brug af et edb-system, der hidrører fra firmaet Planit Sweden, og som benævnes planetsystemet.

Til brug for koordineringen af VAFT-tur-projektet er VAFT indtrådt i det såkaldte Bektra-samarbejde mellem forskellige trafikvirksomheder. Bektra-samarbejdet blev oprindeligt etableret af Nordjyllands Trafikselskab og Vestsjællands Trafikselskab med henblik på at drive det omtalte edb-system i fællesskab og omfatter nu yderligere Århus Amt og VAFT. VAFT's indtræden i Bektra-samarbejdet skete ved en samarbejdsaftale underskrevet i juli og august 2004. I henhold til denne samarbejdsaftale omfatter Bektra-samarbejdet drift og vedligeholdelse af edb-systemet og forskellige ydelser i forbindelse hermed samt en bestillingscentral til brug for de deltagere i samarbejdet, der ønsker at gøre brug af bestillingscentralen.

VAFT-tur-projektets indtastninger i edb-systemet sker i det kontor i VAFT, der udfører kørselskoordineringen i henhold til VAFT-tur-projektet, medens edb-behandlingen af indtastningerne sker på en server, der er placeret i Bektra-samarbejdets lokaler i Aalborg. Fra Bektra-samarbejdets lokaler i

Aalborg ydes der desuden teknisk support ol. til VAFt-tur-projektets kontor i Viborg.

Den bestillingscentral, som Bektra-samarbejdet ifølge samarbejdsaftalen omfatter, er kun i funktion uden for almindelig arbejdstid. Inden for almindelig arbejdstid varetages bestillingsfunktionen af de enkelte deltagere i Bektra-samarbejdet.

Af samarbejdsaftalen om Bektra-samarbejdet fremgår: Bektra-samarbejdet ledes af en styregruppe bestående af repræsentanter udpeget af deltagerne i samarbejdet. Alle beslutninger i styregruppen kræver enighed blandt alle styregruppens medlemmer. Bektra-samarbejdet tegnes ved underskrift af deltagernes ledere (»trafikcheferne/ansvarlige ledere«). Bektra-samarbejdet kan ikke uden særskilt aftale forpligte deltagerne ud over budgettet.

Trafikchef Grethe Hassing, VAFt, har bl.a. forklaret: VAFt er et planlægnings- og administrationsselskab og har ikke selv køretøjer. Al kørsel er udbudt. Udførelsen af de særlige kørselsopgaver kræver en indgribende edb-styring. Det er VAFt, der har indgået aftalen med Bektra-samarbejdet, og som har kontakten med Bektra-samarbejdet. VAFt indgik i Bektra-samarbejdet, fordi VAFt vidste, at dette samarbejde fungerede. VAFt betaler selv en del af udgiften til den særlige kørsel, medens den øvrige del faktureres til de deltagende primærkommuner. Erfaringen viser, at det er hensigtsmæssigt at adskille kørselskoordinering og kørsel. Der er konkurrence om kørslen, men ikke om kørselskoordineringen.

Casper Juul Nielsen, der er leder af kørselskoordineringskontoret i VAFt, dvs. det kontor i VAFt, der udfører kørselskoordineringen i henhold til VAFt-tur-projektet, har bl.a. forklaret: Kørselskoordineringskontorets hovedopgaver består i kørselsbestillinger, vognstyringsfunktioner og faktureringer. Kontoret har 9 medarbejdere. Den årlige lønudgift er ca. 2,8 mio. kr. To af medarbejderne var ansat i VAFt i forvejen, mens de 7 andre er kommet til efterhånden. Casper Juul Nielsen har selv tidligere arbejdet i Bektra-samarbejdet i Aalborg. Det kan ikke betale sig at have kørselskoordineringskontoret bemandet om aftenen og i weekenderne, og koordineringsopgaven udføres derfor i disse tidsrum af Bektra-samarbejdet. For sin deltagelse i Bektra-samarbejdet betaler VAFt ca. 1,3 mio. kr. årligt, hvoraf ca. 1 mio. kr. angår edb-systemet, medens ca. 0,3 mio. kr. angår brugen af Bektra-samarbejdet som bestillingscentral uden for almindelig arbejdstid.

Ved VAFT's indtræden i Bektra-samarbejdet betalte VAFT yderligere et engangsbeløb på ca. 0,6 mio. kr. for licens til edb-systemet.

Trafikchef Hans Fink, Nordjyllands Trafikselskab, har bl.a. forklaret: Han har været med i Bektra-samarbejdet fra begyndelsen. Edb-styring af de særlige kørselsopgaver er særdeles kompliceret. Bektra-samarbejdet anskaffede planetsystemet efter et udbud. Hardwaren er placeret i Aalborg. Den del af Bektra-samarbejdet, der vedrører edb-drift, har 6 ansatte. Den kørselskoordinering, der udføres af Bektra-samarbejdet uden for almindelig åbningstid, udføres af Nordjyllands Trafikselskabs bestillingscentral, der har ca. 20 medarbejdere. Kørselskoordineringen for de øvrige deltagere i Bektra-samarbejdet udføres af, hvad der skønsmæssigt kan anslås som svarende til 7-8 medarbejdere. Det er vurderingen hos Nordjyllands Trafikselskab, at koordinering af de særlige kørselsopgaver medfører en besparelse på ca. 20 %.

Trafikchef Jens Peter Langberg, Vestsjællands Trafikselskab, har bl.a. forklaret, at Vestsjællands Trafikselskab lægger vægt på, at kørselskoordinering og kørsel er adskilt.

Parternes anbringender

Klagerne har gjort gældende: Ydelserne fra Bektra-samarbejdet er omfattet af punkt 7 i Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A og er derfor undergivet direktivets udbudspligt. Hvis dette antages ikke at være tilfældet, har der i hvert fald været udbudspligt efter grundlæggende EU-retlige principper. Bektra-samarbejdet opfylder endvidere ikke de betingelser, der er opstillet af EF-domstolen, for at en virksomhed kan betrages som »in house«. De indklagede har derfor ikke kunnet indtræde i Bektra-samarbejdet uden forudgående udbud.

De indklagede har gjort gældende: Det bør tillægges vægt, at klagen er et misbrug af den klageret, der er tillagt Landsorganisationen i Danmark, idet klagen forfølger ansættelsesretlige og ikke udbudsretlige hensyn. VAFT-tur-projektet har været en succes, der ikke bør spændes ben for på grundlag af en klage, der er baseret på ansættelsesretlige interesser. Den del af Bektra-samarbejdet, der angår edb-systemet, er omfattet af Tjenesteydelses-

direktivets artikel I A, hvorimod den del, der angår kørselskoordinering uden for almindelig arbejdstid, er omfattet af bilag I B. VAFT's indtræden i Bektra-samarbejdet er imidlertid ikke omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet i det hele taget, fordi VAFT er oprettet i henhold til lov og udfører sine opgaver i henhold til lov. VAFT's indtræden i Bektra-samarbejdet er derfor ikke en gensidigt bebyrdende aftale, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, a). Endvidere er Bektra-samarbejdet en »in house«-virksomhed i henhold til de betingelser, der er opstillet af EF-domstolen.

Parterne er enige om, at den samlede værdi af ydelserne fra Bektra-samarbejdet til VAFT overstiger Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi.

Klagenævnet udtaler:

Der er ikke ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud tillagt klageren 1. Fælles Fagligt Forbund klageret, og de ansættelsesretlige interesser, som klagen angår, udgør ikke en retlig interesse i henhold til § 4, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Klagen fra 1. Fælles Fagligt Forbund afvises derfor.

Der er ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud tillagt 2. klageren Landsorganisationen i Danmark klageret, hvorfor klagen fra denne klager tages under påkendelse.

Af de indklagede er det kun VAFT, der er indtrådt i Bektra-samarbejdet, og klagen tages allerede af denne grund ikke til følge for så vidt angår de indklagede bortset fra VAFT.

EF-domstolen har i en række afgørelser beskæftiget sig med betingelserne for, at en virksomhed kan anses for »in house« i forhold til en offentlig ordregiver med den konsekvens, at virksomheden i relation til EU-udbudsreglerne skal anses for at være en del af ordregiveren. Dette gælder således følgende afgørelser: Dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, Teckal, dom af 11. januar 2005 i sag C-26/03, Stadt Halle, dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, Coname, og dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen. EF-domstolen har i disse afgørelser opstillet følgende betingelser for at anse en virksomhed som in house: 1) Ordregiveren skal

føre samme kontrol med virksomheden som med sine egne tjenestegrene, og 2) virksomheden skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed den ejes af.

Bektra-samarbejdet opfylder disse betingelser, således som de efter Klagenævnets opfattelse må forstås. VAFT har fuld kontrol over, hvad der foregår i Bektra-samarbejdet, idet alle beslutninger i styregruppen kræver enighed (betingelse 1), og Bektra-samarbejdet udfører sin virksomhed for de deltagende trafikselskaber (betingelse 2).

Som følge af det anførte finder Klagenævnet, at VAFT har kunnet indtræde i Bektra-samarbejdet uden forudgående udbud, hvorfor klagen over VAFT ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen fra klageren 1. Fælles Fagligt Forbund afvises.

Klagen fra 2. Landsorganisationen i Danmark tages ikke til følge.

De indklagede skal ikke betale sagsomkostninger.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig