

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jens Fejøl, Michael Jacobsen)

J.nr.: 02-109.921

5. februar 2003

K E N D E L S E

Scandlines Sydfynske A/S
(advokat Peter Appel, København)

mod

Det Ærøske Trafikselskab I/S
(advokat Britta Moll Bown, København)

Sagen angår et udbud efter forhandling vedrørende driften af færgeoverfarterne mellem Ærø og Fyn/Langeland. Indklagede, Det Ærøske Trafikselskab I/S, iværksatte udbudet den 30. november 2001 i henhold til lov nr. 398 af 2. juni 1999 om færgefart.

Indklagede er et fælleskommunalt selskab, der ejes af Ærøskøbing og Marstal Kommuner. De færgeruter, som sagen angår, blev tidligere drevet af I/S Det Ærøske Færgetrafikselskab, der ligeledes var ejet af de to kommuner. De to selskaber benævnes i det følgende trafikselskabet, uanset om der i den pågældende sammenhæng er tale om det ene eller det andet af selskaberne.

Den 30. april 2002 indgav klageren, Scandlines Sydfynske A/S (Scandlines), klage til Klagenævnet over trafikselskabet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Efter modtagelsen af klagen fastsatte Klagenævnet i overensstemmelse med sin sædvanlige ekspeditionsform et tidspunkt for mundtlig forhandling i sagen. I tiden op mod tidspunktet for den mundtlige forhandling, der var fastsat til den 1. oktober 2002, blev Klagenævnet opmærksomt på, at det kunne være nærliggende, at Trafikministeriet indtrådte i sagen til støtte for indklagede og Klagenævnet gjorde derfor Trafikministeriet bekendt med sagen.

Efter at Trafikministeriet havde tilkendegivet, at man ønskede at indtræde i sagen, tillod Klagenævnet den 24. september 2002 i medfør af § 4, stk. 2 i Lov om Klagenævnet for Udbud, at Trafikministeriet indtræder i sagen til støtte for indklagede. Samtidig aflyste Klagenævnet den berammede mundtlige forhandling, for at Trafikministeriet kunne få praktisk mulighed for at afgive et indlæg i sagen.

Trafikministeriet er herefter indtrådt i sagen til støtte for indklagede, og Kammeradvokaten har afgivet et indlæg på Trafikministeriets vegne.

Klagenævnet besluttet at afgøre sagen på det foreliggende grundlag, dvs. på grundlag af de fremlagte bilag og de indlæg, der nu er afgivet.

Scandlines har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal annullere trafikselskabets beslutning om at tildele besejlingen af de omhandlede færgeoverfarter til Ærøfærgerne A/S.

Påstand 2

Klagenævnet skal pålægge trafikselskabet at lovliggøre udbudsforretningen, således at udbudet gennemføres uden de i udbudsbetingelsernes pkt. 5, 1. afsnit og/eller punkt 15 stillede betingelser.

De nævnte bestemmelser i udbudsbetingelserne går ud på, at den valgte tilbudsgiver dels skal anvende de eksisterende færger m.m., dels skal anvende de nuværende medarbejdere i overensstemmelse med loven om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse m.m.

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

Sagens omstændigheder i hovedtræk

De forelagte oplysninger kan sammenfattes således:

Den generelle baggrund

Fremstillingen under denne overskrift bygger på angivelser i Kammeradvokatens indlæg for Trafikministeriet.

I 1998 indgav Scandlines en klage til Europa-Kommissionen over, at en række danske færgeruter efter Scandlines' opfattelse blev drevet i strid med Rådets forordning 3577/92 af 7. december 1992 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotagesejlads).

Den omtalte forordning benævnes i det følgende cabotagesejladsforordningen. Den går bl.a. ud på følgende, hvorved bemærkes, at det EU-retlige begreb cabotage sigter til transport mellem destinationer inden for samme medlemsstat: EF-rederier, hvis skibe er registreret i en medlemsstat, har i princippet adgang til at udføre cabotagesejlads i alle medlemsstater. En medlemsstat kan indgå kontrakter om offentlig tjeneste eller pålægge rederier forpligtelser til offentlig tjeneste som betingelse for adgang til at udføre en transport. Når medlemsstaterne pålægger rederier forpligtelse til offentlig tjeneste, skal de begrænse sig til krav om, hvilke havne, der anløbes, regelmæssighed, kontinuitet, hyppighed, kapacitet, tariffer og bemanning. Hvis der gives kompensation for forpligtelse til offentlig tjeneste, skal alle EF-rederier have adgang hertil.

Sideløbende med Scandlines' klage til Kommissionen foregik der forhandlinger mellem det danske trafikministerium og Kommissionen om en række spørgsmål vedrørende udbud af færgeruter. I juli 1998 sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til den danske regering vedrørende den danske færge Lovgivnings overensstemmelse med EU-retten. På denne baggrund sendte den danske regering et udkast til en lov om færgefart til Kommissionen. Udkastet blev rettet i overensstemmelse med Kommissionens bemærkninger og blev med enkelte redaktionelle ændringer vedtaget som den gældende lov om færgefart.

Kommissionen tilkendegav imidlertid efter lovens vedtagelse, at loven efter Kommissionens opfattelse på visse punkter er i strid med cabotagesejladsforordningen.

Der er herefter foregået drøftelser mellem Trafikministeriet og Kommissionen om den danske lovgivning om færgefarts overensstemmelse med EU-retten. Der er desuden foregået drøftelser om det fremtidige udbud af Bornholmstrafikkens public service ruter.

Ifølge Trafikministeriet har Kommissionen under disse drøftelser haft skiftende holdning med hensyn til, om der ved udbud af public service færgeruter kan stilles krav om overtagelse af materiel og mandskab. I den generelle sag om færgelovgivningens overensstemmelse med EU-retten har Kommissionen givet udtryk for, at færgelovgivningen bør udformes sådan, at ordregiveren ikke kan stille krav om, at den vindende tilbudsgiver overtager eksisterende materiel og mandskab. Kommissionen har endvidere i 2002 givet udtryk for, at valget af tilbudsgiver bør overlades til et uafhængigt organ, såfremt den ordregivende myndighed selv afgiver bud. Kommissionen har ikke stillet krav om, at der skal anvendes bestemte udbudsformer ved udbud af public service færgeruter.

Drøftelserne mellem Trafikministeriet og Kommissionen foregår stadig. Ifølge Trafikministeriet kan det ikke udelukkes, at ministeriet vil fremsætte forslag til ændring af lovgivningen om færgefart i overensstemmelse med de nævnte synspunkter hos Kommissionen. Dette vil i givet fald ske for at undgå en retssag om traktatkrænkelser og vil ikke være udtryk for, at Trafikministeriet er enig i Kommissionens synspunkter.

Loven om færgefart

Lov nr. 398 af 2. juni 1999 om færgefart går i hovedtræk ud på følgende:

Lovens formål er at sikre en effektiv opfyldelse af samfundets behov for drift af færgeruter (§ 1). Staten, amtskommuner og kommuner kan drive færgeruter med henblik på opfyldelse af lovens formål (§ 2).

De nævnte myndigheder kan desuden indgå aftale med andre om at drive en færgerute mod betaling (§ 2), ligesom de under visse nærmere betingelser kan give en operatør eneret på at drive færgerute (§ 3). Sådanne aftaler og meddelelse af en sådan eneret kan kun indgås/ske efter forudgående udbud (§ 4).

Afgørelser om udbud efter loven og bestemmelser fastsat i henhold til loven kan påklages til Klagenævnet for Udbud, og bestemmelserne i loven og bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud vedrørende Klagenævnets sammensætning og sagsbehandling m.m. finder anvendelse (§ 6).

Til loven om færgefart knytter sig bekendtgørelse nr. 1052 af 16. december 1999 om udbud af færgedrift, der er udstedt i henhold til en hjemmel i lo-

ven, og som indeholder forskellige regler om formen for udbud m.m. Af bekendtgørelsens § 1, stk. 6, fremgår bl.a., at udbudsmaterialet kan indeholde krav om overtagelse af materiel og krav om, at loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

I de generelle bemærkninger til lovforslaget til loven om færgefart udtales, at tjenesteydelsesaftaler vedrørende færgefart ikke er omfattet af direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet), men at cabotagesejladsforordningen ifølge Kommissionen kræver, at der foretages udbud i de tilfælde, hvor der gives eneret til en færgedrift, eller hvor der ydes offentlig kompensation for varetagelsen af færgedrift. I bemærkningerne til lovforslagets § 4 henvises bl.a. til, at det følger af Kommissionens retningslinjer for statsstøtte, at udbud af forsyningspligttydelser skal offentliggøres på passende måde. I bemærkningerne til lovforslagets § 2 udtales bl.a., at der ved udbud kan fastsættes vilkår om overtagelse af materiel. I bemærkningerne til lovforslagets § 6 udtales, at Klagenævnet for Udbuds vurdering af indkomne klager skal ske ud fra loven og regler om udbud fastsat i henhold til den.

Baggrunden for det udbud, som sagen angår, og omstændighederne ved udbudet

I en telefax af 23. marts 1999 til Folketingets Trafikudvalg fremsatte Fyns Amt nogle bemærkninger om bl.a. forslaget til loven om færgefart. Amtet henviste til, at der som følge af de geografiske forhold drives et betydeligt antal færgeruter med offentligt tilskud i Fyns Amt. Amtet oplyste, at der under en drøftelse med bl.a. de berørte kommuner var enighed om, at der ikke burde gennemføres sådanne ændringer, at den nuværende organisering ikke kunne opretholdes. Amtet udtalte videre bl.a., at essensen i et udbudskrav ville være, at en færgeoperatør kunne overtage besejlingen uden at besidde tilstrækkeligt lokalkendskab, og at det i tilfælde, hvor en færge »overnatter« på en ø, ville være uheldigt, hvis færgens mandskab ikke hørte til øens befolkning.

I et brev af samme dag til Folketingets Trafikudvalg tilsluttede borgmestrene i Marstal og Ærøskøbing kommuner sig amtets telefax. I brevet udtaltes bl.a., at det af nærmere anførte grunde ville være rigtigst at undgå udbud.

I et brev af 29. maj 2000 til trafikselskabet henviste Trafikministeriet til, at det under et møde i Trafikministeriet med borgmestrene for de to kommuner og færgeselskabet havde været drøftet, om det var i overensstemmelse med EU-retten ved udbud af færgedrift at stille krav om anvendelse af reglerne i loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Trafikministeriet henviste videre til, at det i bekendtgørelsen om udbud af færgedrift er anført, at der kan stilles et sådant krav, og at man under mødet havde lovet at ville undersøge spørgsmålet nærmere. Trafikministeriet udtalte desuden, at man efterfølgende havde drøftet spørgsmålet med Arbejdsministeriet, der havde oplyst, at EU-retten ikke var til hinder for et krav som omtalt, og at Trafikministeriet kunne henholde sig hertil.

I et brev af 27. juni 2001 til de to kommuners advokat udtalte Trafikministeriet, at hverken loven om færgefart eller EU-retten efter ministeriets opfattelse er til hinder for, at offentlige myndigheder selv afgiver tilbud i forbindelse med udbud af tilskud til færgedrift. Trafikministeriet udtalte desuden, at sådanne tilbud efter ministeriets opfattelse kan afgives af et til formålet særligt stiftet aktieselskab, der dog ikke må modtage driftstilskud ud over det udbudte tilskud. Trafikministeriet henviste videre til, at Konkurrencestyrelsen ikke havde bemærkninger til det angivne.

Af sagens oplysninger fremgår videre, at Trafikministeriet i 2001 flere gange opfordrede trafikselskabet og de to kommuner til at foretage udbud af de færgeruter, som sagen angår. Trafikministeriet henviste herved til, at Kommissionen havde indledt traktatkrænkelssag mod Danmark bl.a. med henvisning til, at enerettighederne vedrørende besejlingen af Ærø var i strid med EU-retten.

Ved det udbud, som sagen angår, prækvalificeredes følgende virksomheder

- Klageren
- Fabricius & Co. A/S
- Ærøfærgerne A/S.

Ærøfærgerne A/S ejes af de to kommuner og er stiftet med henblik på deltagelse i udbudet.

Ifølge udbudsbetingelserne havde udbudet til formål at sikre besejlingen af færgeruterne mellem Ærø og Fyn/Langeland og herunder få afklaret, om og

i bekræftende fald i hvilket omfang opretholdelse af en acceptabel færgefart mellem Ærø og Fyn/Langeland forudsætter tilskud til driften. Af udbudsbetingelserne fremgik yderligere bl.a.:

Der ville blive meddelt den valgte tilbudsgiver eneret til besejlingen. I tilbudene skulle angives sejlplaner og sejltider, der skulle overholde nogle nærmere angivne minimumskrav. De eksisterende færger ville blive stillet til rådighed for den valgte tilbudsgiver, der skulle anvende dem i kontraktperioden på nogle nærmere angivne vilkår. Selvom loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ikke finder anvendelse på søgående skibe, havde trafikselskabet besluttet, at det nuværende personale, herunder ledende personale, skulle sikres svarende til lovens bestemmelser. Desuden skulle den valgte tilbudsgiver indtræde i en forpagtningskontrakt om catering og rengøring på færgerne.

Der indkom kun tilbud fra Ærøfærgerne A/S, og trafikselskabet indgik den 29. april 2002 kontrakt med Ærøfærgerne A/S.

Ved brev af 5. april 2002 til trafikselskabet havde Scandlines' advokat gjort opmærksom på, at udbudsbetingelsernes krav om overtagelse af færger og medarbejdere efter Scandlines' opfattelse var i strid med cabotagesejladsforordningen og EF-retningslinjerne for statsstøtte til søtransportsektoren. Advokaten opfordrede trafikselskabet til at foretage et nyt udbud. Opfordringen blev gentaget i et brev af 12. april 2002.

Brevet af 5. april 2002 besvaredes ved et brev af 19. april 2002 fra trafikselskabets advokat, i hvilket synspunkterne i brevet af 5. april afvistes. Det anførtes, at trafikselskabet ville orientere Trafikministeriet om henvendelsen fra Scandlines' advokat.

De fremsatte anbringender

Scandlines har i hovedtræk gjort gældende: Som følge af kravet om overtagelse af materiel og medarbejdere har man afstået fra at afgive tilbud. Disse krav må antages at være indsat for at gøre udbudet attraktivt alene for den hidtidige operatør, og kravene har haft denne virkning. Kravene er imidlertid i strid med cabotagesejladsforordningen. Udbudet er desuden på nærmere angivne punkter i strid med Kommissionens retningslinjer af 5. juli 1997

om statsstøtte til søtransportsektoren. Endvidere har trafikselskabet som følge af de nævnte krav tilsidesat det grundlæggende princip om ligebehandling, og man har ligeledes tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at anvende udbudsformen udbud efter forhandling. Man har desuden tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved ikke at overlade valget af tilbudsgiver til en uafhængig tredjemand, uanset at der reelt var identitet mellem trafikselskabet og tilbudsgiveren Ærøfærgerne A/S. Scandlines har henvist til nogle udtalelser, som Scandlines har indhentet fra Kommissionen efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet.

Trafikselskabet har i hovedtræk gjort gældende: Kravene om overtagelse af materiel og medarbejdere er i overensstemmelse med bekendtgørelsen om udbud af færgedrift, der er udstedt med hjemmel i loven om færgedrift, og udbudet er i det hele gennemført i overensstemmelse med loven og bekendtgørelsen. Det bestrides, at kravene om overtagelse af materiel og medarbejdere er i strid med cabotagesejladsforordningen og retningslinjerne for statsstøtte, og forarbejderne til loven om færgefart må forstås sådan, at lovgiver har vurderet, at loven er i overensstemmelse med EU-retten. Hertil kommer, at loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse bygger på et EU-direktiv. Det bestrides, at trafikselskabet har favoriseret Ærøfærgerne A/S, og udbudet er gennemført under overholdelse af princippet om ligebehandling. De udtalelser fra Kommissionen, som Scandlines har indhentet under sagen for Klagenævnet, er af nærmere angivne grunde uden betydning.

Trafikministeriet har i hovedtræk gjort gældende: Det bestrides, at udbudsbetingelsernes krav om overtagelse af materiel og medarbejdere strider mod cabotagesejladsforordningen og retningslinjerne for statsstøtte til søtransportsektoren. Endvidere er et krav om, at den ordregivende myndighed ikke selv kan vælge tilbudsgiver til ordren, hvis den ordregivende myndighed selv påtænker at afgive bud, uden støtte i de nævnte bestemmelser, og udbudsformen udbud efter forhandling er i fuld overensstemmelse med EU-retten.

Klagenævnet udtaler:

Det centrale i sagen er udbudsbetingelsernes krav om overtagelse af materiel og medarbejdere. Disse krav er i overensstemmelse med bekendtgørelsen om færgefart, der er udstedt i henhold til loven om færgefart. Endvidere skal loven om færgefart ud fra almindelige fortolkningsprincipper tydeligvis forstås således, at sådanne krav er i overensstemmelse med loven. Klagenævnet henviser herved til lovens forarbejder og til opfattelsen hos lovens ressortmyndighed, Trafikministeriet, sådan som denne opfattelse er fremgået af sagen.

Sagen drejer sig herefter reelt om, hvorvidt loven og bekendtgørelsen strider mod EU-retten på det nævnte punkt, og det kan ikke afvises, at dette er tilfældet. Det synes således at fremgå af sagen, at krav om overtagelse af materiel og medarbejdere efter Kommissionens opfattelse strider mod EU-retten.

Ifølge forarbejderne til loven om færgefart går Klagenævnet for Udbuds opgave som klageinstans i henhold til loven ud på at påse, at loven og bekendtgørelsen er overholdt, og Klagenævnet må herved have kompetence til at fortolke reglerne i loven og bekendtgørelsen i overensstemmelse med EU-retten.

Der må imidlertid være grænser for den omtalte fortolkningsadgang. Uden klare holdepunkter, der ikke foreligger, kan det således ikke antages, at loven om færgefart giver Klagenævnet kompetence til at tage stilling til, om loven strider mod EU-retten på et punkt som det omhandlede, hvor det er tydeligt, hvorledes loven skal forstås. Da klagen imidlertid har til formål at opnå en sådan stillingtagen fra Klagenævnet, afviser Klagenævnet klagen.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Det pålægges ikke indklagede, Det Ærøske Trafikselskab I/S, at betale sagsomkostninger til klageren, Scandlines Sydfynske A/S.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig