

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 02-103.801

10. oktober 2003

K E N D E L S E

Statsansattes Kartel
(advokat Søren Zinck, København)

mod

Trafikministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Den 12. april 2002 indgav klageren, Statsansattes Kartel, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Trafikministeriet. Den 4. oktober 2002 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagerens påstand 1 – 3, men udsatte sin stillingtagen til klagerens påstand 4.

Klagerens påstand 4 er sålydende:

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.

Klagenævnet besluttede den 31. marts 2003 ikke at tage stilling til påstand 4, idet Klagenævnet ex officio besluttede i stedet at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 6

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

Spørgsmål 7 (subsidiært i forhold til spørgsmål 6)

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

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.

Subsidiært: Klagen tages ikke til følge.

Spørgsmål 6 og 7 har været behandlet på et møde den 14. august 2003.

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende:

»Nærværende tjenesteydelser er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag 1B, hvilket betyder, at der er tale om en udbudsforretning, som kun i begrænset omfang er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudsprocedurer.«

I en skrivelse af 17. oktober 2001 fra indklagede til DSB hedder det:

»Anmodning om oplysninger om sammensætning af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Danmark.

Trafikministeriet har modtaget DSB's tilbud af 17. september 2001 på ministeriets udbud af togtrafik i Danmark (EU-udbud 201/S 45-031321)

På baggrund af tilbuddet anser ministeriet det som ordregivende myndighed for relevant at anmode DSB om oplysninger angående sammen-

sætningen af DSB's tilbud med henblik på bedre at forstå denne sammensætning.

Der vedlægges notat af 16. oktober 2001 med nærmere angivelse af hvilke oplysninger ministeriet anser for relevante.

DSB's oplysninger bedes være ministeriet i hænde senest den 31. oktober 2001.«

Det notat af 16. oktober 2001, der var vedlagt skrivelsen af 17. oktober 2003, indeholder en opregning af oplysninger om sammensætningen af DSB's tilbud, som skønnedes relevante, og notatet omfatter 11 punkter under overskriften »Forudsætninger for driftsomkostninger«, 5 punkter under overskriften »Forudsætninger for indtægtsskøn« og 3 punkter under overskriften »Forudsætninger for togkm.-pris ved ændringer«.

I skrivelse af 23. oktober 2001 fra DSB til indklagede hedder det:

»Trafikministeriets anmodning om oplysninger om sammensætningen af DSB's tilbud på togtrafik i Danmark

DSB har modtaget Trafikministeriets brev af 17. oktober 2001, hvori ministeriet som ordregivende myndighed anmoder DSB om oplysninger angående sammensætningen af DSB's tilbud med henblik på bedre at forstå denne sammensætning. Trafikministeriet har vedlagt et notat af 16. oktober 2001, som indeholder en nærmere angivelse af, hvilke oplysninger, ministeriet anser for relevante.

DSB har sammenholdt udbudsmaterialets krav til prisoplysninger med DSB's pristilbud og finder på grundlag af denne gennemgang, at DSB's tilbud opfylder de krav til prisoplysninger, som fremgår af udbudsmaterialet.

Inden en besvarelse af denne henvendelse, beder DSB derfor venligst Trafikministeriet om at oplyse baggrunden for ministeriets anmodning. I den forbindelse ønsker DSB særligt oplysning om, hvorvidt der for punkterne 1 - 3 i notatet af 16. oktober 2001 vedrørende forudsætninger for henholdsvis driftsomkostninger, indtægtsskøn samt togkm. er tale om en anmodning svarende til tjenesteydelsesdirektivets artikel 37, hvilket der dog intet er oplyst om i ministeriets anmodning.«

Ved skrivelse af 25. oktober 2001 fra indklagede til DSB hedder det:

»Anmodning om oplysninger om sammensætning af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Danmark.

Som svar på DSB's skrivelse af 23. oktober 2001 kan Trafikministeriet oplyse, at baggrunden for ministeriets anmodning af 17. oktober 2001 er, at DSB's tilbud af 17. september 2001 er ganske billigt.

Om et tilbud forekommer unormalt lavt er ofte en ganske vanskelig afgørelse, navnlig i et udbud af en karakter som det foreliggende.

Trafikministeriet har derfor indledningsvis valgt blot at bede DSB om nogle oplysninger angående sammensætningen af tilbuddet med henblik på, at ministeriet bedre kan forstå dette. Der er således ikke tale om en anmodning svarende til tjenesteydelsesdirektivets artikel 37.

Såfremt Trafikministeriet måtte nå frem til, at DSB's tilbud af 17. september 2001 forekommer unormalt lavt, vil ministeriet naturligvis meddele DSB dette, og DSB vil så få lejlighed til at fremkomme med begrundelser og forklaringer svarende til tjenesteydelsesdirektivets artikel 37.

Trafikministeriet ser herefter frem til at modtage DSB's svar på ministeriets anmodning af 17. oktober 2001.«

I skrivelse af 26. oktober 2001 fra DSB til indklagede hedder det:

»Trafikministeriets anmodning om oplysninger om sammensætningen af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Danmark

Trafikministeriet har ved brev af 25. oktober 2001 – journalnummer 623-4 – uddybet sin anmodning af 17. oktober 2001. I den forbindelse skal DSB bekræfte, at vi er i fuld gang med at sammenstille de ønskede oplysninger. mens vi vil være i stand til umiddelbart at fremsende en detaljeret gennemgang af vort tilbud, der giver mulighed for en væsentlig større indsigt i forudsætningerne vedrørende driftsomkostninger, indtægtsskøn og togkm. priser.

Fremsendelse af de oplysninger Trafikministeriet anmoder om, vil efter DSBs opfattelse kunne indebære en risiko for, at en eller flere af de andre tilbudsgivere på et senere tidspunkt vil hævde at DSB har fået en fortrinsstilling i tilbudsprocessen og med udgangspunkt heri kræve, at der ses bort fra DSBs tilbud.

Det fremgår imidlertid ikke helt af brevet af 25. oktober 2001, hvorvidt ministeriets ønske om oplysninger af 17. oktober 2001 af ministeriet betragtes som et første skridt i iværksættelsen af en artikel 37 procedure. Det fremgår ganske vist eksplicit, at der ikke er tale om en anmodning svarende til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37, men det fremgår

også, at ministeriet endnu ikke har afsluttet overvejelserne om hvorvidt en artikel 37 procedure er relevant.

DSB skal derfor tillade sig at anmode ministeriet om at give sikkerhed for, at et krav om at se bort fra DSBs tilbud baseret på fremsendelsen af oplysninger i henhold til ministeriets anmodning af 17. oktober 2001 fremsat af andre tilbudsgiver eller af konkurrencemyndighederne i Danmark eller EU, vil kunne afvises. Alternativt bedes ministeriet bekræfte, at anmodningen af 17. oktober 2001 er første fase i en artikel 37 procedure.

For så vidt angår pkt. 4 i ministeriet anmodning af 17. oktober 2001 er ovennævnte betragtninger ikke relevante, og oplysninger om køreplanerne for løsningsforslagene 4a til 4d i 2006 vil snarest blive fremsendt.«

I skrivelse af 29. oktober 2001 fra indklagede til DSB hedder det:

»Anmodning om oplysninger om sammensætning af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Danmark

DSB har i skrivelse af 26. oktober 2001 anmodet Trafikministeriet om at give sikkerhed for, at et krav om at se bort fra DSB's tilbud baseret på fremsendelsen af oplysninger i henhold til ministeriets anmodning af 17. oktober 2001 fremsat af andre tilbudsgivere eller af konkurrencemyndighederne i Danmark eller EU, vil kunne afvises, alternativt bekræfte, at anmodningen af 17. oktober 2001 er første fase i en artikel 37 procedure.

Det er Trafikministeriets opfattelse, at ministeriet anmodning af 17. oktober 2001 ikke kan ses som et oplæg til forhandling, idet anmodningen ikke er et forsøg på at ændre DSB's tilbud, men er et ønske om supplerende oplysninger om indholdet af DSB's tilbud med henblik på bedre at kunne forstå dette.

Da det – som bekendt for DSB - ikke er Trafikministeriet, der træffer den endelige afgørelse om, hvorvidt reglerne er overholdt, der det naturligvis ikke muligt for ministeriet at give DSB den ønskede sikkerhed.

Trafikministeriet må derfor forstå DSB's skrivelse af 26. oktober 2001 således, at DSB kun ønsker at give de udbudte oplysninger, såfremt ministeriet iværksætter en artikel 37 procedure.

Trafikministeriet har derfor yderligere overvejet DSB's tilbud af 17. september 2001. Ministeriet er herved nået frem til, at DSB's tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen.

Af tjenesteydelsesdirektivets artikel 37 fremgår:

»Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne bud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og efterkontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne forklaringer.

Den ordregivende myndighed kan tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelsen, de anvendte tekniske løsninger, den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at levere tjenesteydelsen eller den bydendes projekts originalitet.«

Trafikministeriet anmoder herved skriftligt om oplysningerne specificeret i ministeriets notat af 16. oktober 2001 om DSB's tilbuds sammensætning, med henblik på at ministeriet kan efterkontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne forklaringer.

Trafikministeriet ser herefter frem til at modtage DSB's svar på ministeriets anmodning af 17. oktober 2001.«

I skrivelse af 31. oktober 2001 fra DSB til indklagede hedder det:

»Anmodning om yderligere oplysninger om sammensætning af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Danmark.

Vedlagt følger DSB's svar på de af Trafikministeriet stillede spørgsmål angående sammensætningen af DSBs tilbud, jf. Trafikministeriets brev af 17. oktober 2001.

Da der er tale om meget detaljerede fortrolige forretningsmæssige oplysninger, skal DSB anmode om, at disse oplysninger behandles med største fortrolighed.«

I en skrivelse af 18. december 2001 fra departementchef Thomas Egebo til formanden for DSB's bestyrelse Knud Heinesen, hedder det bl.a.:

»Sammensætning af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Midt- og Vestjylland

Trafikministeriet har tidligere modtaget DSB's tilbud af 17. september 2001 på den udbudte togtrafik i Midt- og Vestjylland.

Som oplyst i brev af 29. oktober 2001 til DSB's administrerende direktør var det Trafikministeriets vurdering, at DSB's tilbud forekom unormalt lavt i forhold til ydelsen. Ministeriet har derfor anmodet DSB om supplerende oplysninger angående sammensætningen af DSB's tilbud med henblik på at efterkontrollere denne sammensætning.

I forbindelse med efterkontrollen har DSB i notat af 31. oktober 2001 oplyst, at DSB's pristilbud bygger på et overskudskrav på mio. kr. for tilbud på de to pakker under et afhængigt af sammensætningen af de enkelte tilbud. Sammenholdt med kravet i afsnit 6 i DSB's konkurrenceretlige retningslinier om, at DSB's forretningsområde for udbudt trafik skal vise overskud over den samlede kontraktperiode, opnås snævre rammer for ændringer af forudsætningerne i DSB's tilbud i negativ retning.

.....

Samlet vurdering

Samlet er det Trafikministeriets vurdering, at DSB har leveret et tilbud, hvor det ikke kan udelukkes, at der kan opnås et beskedent overskud. Det er endvidere Trafikministeriets vurdering, at DSB's tilbud bygger på velfunderede beregninger. Samtidig er det imidlertid vurderingen, at der er en ikke-ubetydelig risiko for, at de senere aflagte delregnskaber for de pågældende strækninger vil udvise tab for den samlede periode. Baggrunden herfor er dels, at DSB opererer med meget lave overskudsgrader i sit tilbud, dels at der efter Trafikministeriets vurdering knytter sig usikkerhed til de anførte forudsætninger bag DSB's tilbud.

.....

Anmodning om bekræftelse af tilbud

På baggrund af ovenstående, og med henvisning til overskudskravet i DSB's konkurrenceretlige retningslinjer skal ministeriet som ejer bede DSB's bestyrelse bekræfte, at bestyrelsen fortsat står bag DSB's tilbud, herunder at bestyrelsen som anført af DSB står bag, at tilbuddet er budgetteret forsvarligt og robust i forhold til kravet om overskud i DSB's forretningsområde for udbudt trafik, ligesom bestyrelsen står bag, at det i givet fald vil være DSB's ledelsesmæssige ansvar at modvirke eventuelle risici ved kompenserende besparelser indenfor DSB's forretningsområde for udbudt trafik.«

I en skrivelse af 20. december 2001 fra bestyrelsesformand Knud Heinesen til departementchef Thomas Egebo hedder det bl.a.:

»Sammensætningen af DSB's tilbud på udbudt togtrafik i Midt- og Vestjylland

Tak for brevet af 18. december 2001 vedr. DSB's tilbud på den udbudte togtrafik, hvor Trafikministeriet som ejer af DSB stiller en række spørgsmål til tilbudet.

DSB's bestyrelse har på et ekstraordinært bestyrelsesmøde d.d. haft en grundig drøftelse af de synspunkter vedrørende DSB's tilbud der er indeholdt i brevet og de tilhørende bilag. Herunder specielt de 4 punkter hvorom det i brevet anføres, at risikoen ved DSB's tilbud er koncentreret. Udover det af ministeriet fremsendte materiale har vedlagte notat været lagt til grund for drøftelserne.

.....

Konklusionen på bestyrelsens drøftelse i dag er, at bestyrelsen fortsat er enig i det fremsatte tilbud, og bestyrelsen finder fortsat, at tilbuddet er forsvarligt og forretningsmæssigt, ligesom det kan gennemføres indenfor de retningslinier, der gælder for virksomheden DSB.

.....

DSB's bestyrelse og direktion er selvsagt rede til, hvis og når der måtte være et ønske om det med ministeriet som ejer af DSB, at drøfte tilbudet og dets forudsætninger.

Såfremt Trafikministeriet som ejer efter modtagelsen af nærværende brev med bilag, fortsat finder at der er en ikke – ubetydelig risiko for at DSB's tilbud kan være tabsgivende for den samlede periode, anmoder bestyrelsen om at der afholdes et formandskabsmøde med ejeren, jf. lov om Den offentlige Selvstændige Virksomhed DSB og DSB S-tog a/s § 4 stk. 3.«

I Trafikministeriets skrivelse af 28. december 2001 hedder det bl.a.:

»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 retningsliniernes 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.«

Parternes anbringender:

Indklagede har til støtte for påstanden om afvisning gjort gældende, at indklagedes beslutning af 29. oktober 2001 om tilvejebringelse af oplysninger formelt var en afgørelse, som indklagede traf som udbyder, men at det, som klageren ved påstand 4 ønsker Klagensævnets stillingtagen til, ikke er en vurdering af, om indklagede handlede korrekt ved at indlede en procedure efter artikel 37, men derimod en stillingtagen til, om indklagede som tilsynsmyndighed var berettiget til at tilvejebringe oplysningerne på den valgte måde. Denne vurdering ligger uden for Klagensævnets kompetence.

Klageren har heroverfor gjort gældende, at indklagede ved tilvejebringelsen af oplysninger om DSB's tilbud handlede både i sin egenskab af udbyder og i sin egenskab af tilsyn med DSB, og at den omstændighed, at indklagede også handlede som ordregiver, medfører, at spørgsmålet i påstand 4 – og nu spørgsmål 6 og 7 – ligger inden for Klagensævnets kompetence.

Klageren har i øvrigt til støtte for sin påstand understreget, at indklagede har 3 relationer i forhold til DSB. Den første relation er som ejer med de beføjelser, der følger af lov nr. 458 af 1. juli 1998 om den selvstændige offentlige virksomhed DSB og om DSB S-tog A/S. Den anden relation er som

tilsyn med DSB efter lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v., når DSB optræder som tilbudsgiver under udbud af jernbanedrift, med de beføjelser, der følger af denne lov. Den tredje relation er som udbyder, når indklagede udbyder jernbanedrift her i landet, og DSB afgiver tilbud på opgaven. Den første relation har ikke betydning vedrørende denne klagesag, men klageren har gjort gældende, at det for DSB som tilbudsgiver under det aktuelle udbud var af afgørende betydning, at indklagede gjorde det klart for sig selv og for andre, i hvilken egenskab indklagede under udbudet tog et initiativ i forhold til DSB, nemlig om det skete som tilsyn efter lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanedrift m.v. med henblik på at kontrollere, at tilbudet overholdt »Konkurrenceretlige retningslinier af 15. december 2000«, eller om det skete som udbyder. Klageren har herved gjort gældende, at det ligger klart, at indklagede anmodede DSB om oplysninger med henblik på at kontrollere, at DSB's tilbud ikke ville medføre, at DSB's drift af den udbudte offentlige servicetrafik med tog ville udvise et underskud over den samlede kontraktperiode, men at indklagede desuagtet i korrespondancen med DSB anførte, at indklagede ved denne henvendelse handlede som udbyder (ordregiver). Klageren har herved henvist til, at der er betydelige retssikkerhedsmæssige konsekvenser af, at der anvendes den korrekte fremgangsmåde, bl.a. fordi Forvaltningslovens regler finder anvendelse, når indklagede som tilsyn efter lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanedrift m.v. anmoder DSB om oplysninger, men ikke når indklagede som udbyder kontakter DSB som tilbudsgiver.

Indklagede har vedrørende spørgsmål 6 gjort gældende, at det på grundlag af alle foreliggende oplysninger ligger fast, at indklagede henvendte sig til DSB både som tilsyn og som udbyder med henblik på, at de tilvejebragte oplysninger skulle anvendes af indklagede både som tilsyn og som udbyder. Indklagede har vedrørende spørgsmål 7 anført, at der ikke hos DSB har hersket nogen usikkerhed om formålet med indklagedes henvendelse, idet det under hele forløbet har stået DSB helt klart, at de ønskede oplysninger skulle bruges både til kontrol af, at DSB's tilbud økonomisk overholdt »Konkurrenceretlige retningslinier af 15. december 2000«, og ved udbyderens vurdering af tilbudet i relation bl.a. til spørgsmålet, om tilbudet var unormalt lavt, jf. artikel 37. Indklagede har endvidere anført, at det ikke er bestridt, at indklagede efter indholdet af DSB's tilbud havde grundlag for både som tilsyn at iværksætte en undersøgelse af tilbudet i relation til de konkurrenceretlige regler og som udbyder at indhente yderligere oplysninger om tilbudet. Indklagede har endelig anført, at det ligger fast, at indkla-

gede var berettiget til at anvende de oplysninger, som man modtog fra DSB, både ved den konkurrenceretlige vurdering af tilbudet og ved den udbudsrretlige vurdering af tilbudet. Indklagede har sammenfattende gjort gældende, at der hverken foreligger nogen tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller nogen overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet udtaler:

Ved kendelse af 4. oktober 2002 konstaterede Klagenævnet, at indklagedes beslutning af 28. december 2001 om at afvise DSB's tilbud efter indholdet af skrivelsen af 28. december 2001 er truffet af Trafikministeriet som udbyder (ordregiver) og meddelt DSB som tilbudsgiver. Klagenævnet konstaterede imidlertid yderligere, at afgørelsen om at afvise DSB's tilbud byggede på den vurdering, som Trafikministeriet som tilsynsmyndighed med DSB i forbindelse med DSB's afgivelse af tilbud under udbudsforretninger havde foretaget af DSB's tilbud under det aktuelle udbud, og at Trafikministeriets beslutning om at afvise DSB's tilbud var begrundet i, at tilbudet ikke overholdt »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 15. december 2000«. Klagenævnet konstaterede endelig, at Trafikministeriet i denne situation ikke havde valgt som tilsynsmyndighed at få DSB til selv at tilbagekalde sit tilbud, men havde valgt at lade DSB's tilbud afvise som led i udbudsproceduren.

Da klageren ved påstand 1 – 3 ikke ønskede Klagenævnets stillingtagen til Trafikministeriets handlemåde som udbyder, men derimod Klagenævnets stillingtagen til Trafikministeriets beslutning som tilsynsmyndighed med DSB, afviste Klagenævnet på den anførte baggrund disse påstande.

Efter indholdet af påstand 4 – og nu i stedet spørgsmål 6 og 7 – skal Klagenævnet ikke tage stilling til indholdet af Trafikministeriets afgørelse af 28. december 2001, men derimod tage stilling til, om Trafikministeriet som udbyder har handlet i strid med EU-udbudsreglerne i forbindelse med, at Trafikministeriet den 17. oktober 2001 og i tiden derefter anmodede DSB om oplysninger med relation til DSB's tilbud af 17. september 2001. Da en stillingtagen til disse spørgsmål ligger inden for Klagenævnets kompetence,

afviser Klagenævnet ikke påstand 4. Af praktiske grunde har Klagenævnet besluttet i stedet for påstand 4 at behandle spørgsmål 6 og 7.

Under det aktuelle udbud havde Trafikministeriet som udbyder i forhold til alle 5 tilbudsgivere de beføjelser, som efter EU-udbudsreglerne tilkommer en udbyder over for tilbudsgiverne under et udbud af den pågældende beskaffenhed, men Trafikministeriet havde tilsvarende overfor alle 5 tilbudsgivere en forpligtelse til at overholde de regler, der regulerer udbyderes handlemåde under udbud af den pågældende beskaffenhed. Trafikministeriet havde imidlertid under det aktuelle udbud i relation til én af tilbudsgiverne – nemlig DSB – efter lov nr. 298 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v. § 7, stk. 3, yderligere en forpligtelse til – som tilsyn - at kontrollere, at det tilbud, som DSB havde afgivet, overholdt »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 17. september 2001«.

Efter indholdet af Trafikministeriet skrivelse til DSB af 17. oktober 2001 og notatet af 16. oktober 2001, der var vedlagt denne skrivelse, og efter de forklaringer, som medarbejdere i Trafikministeriet har afgivet i Klagenævnet, er det utvivlsomt, at indklagedes henvendelse til DSB den 17. oktober 2001 vedrørende DSB's tilbud skete med henblik på som tilsyn efter lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v. at kontrollere, at DSB's tilbud opfyldte »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 15. december 2000«.

Da det i skrivelsen af 17. oktober 2001 fra Trafikministeriet til DSB udtrykkeligt er anført, at Trafikministeriet fremsender anmodningen til DSB som »ordregiver«, har Trafikministeriet handlet i strid med EU-udbudsreglerne, da Trafikministeriet kun var berettiget til som »ordregiver« at rette henvendelse til DSB vedrørende oplysninger, som Trafikministeriet skulle bruge som »ordregiver«, men ikke berettiget til som »ordregiver« at rette henvendelse til DSB vedrørende oplysninger, som Trafikministeriet skulle bruge i sin egenskab af tilsyn med DSB.

Det bemærkes, at der forligger en overtrædelse, uanset at det efter det oplyste kan lægges til grund, at DSB ikke ved modtagelsen af skrivelsen af 17. oktober 2001 eller på noget senere tidspunkt i forløbet var i tvivl om, at Trafikministeriet anmodede om de pågældende oplysninger som tilsyn efter lov nr. 298 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v.

Det bemærkes endvidere, at der foreligger en overtrædelse, uanset at indklagede på et tidspunkt efter 17. oktober 2001 som »ordregiver« med hjemmel i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37 besluttede tillige at anmode DSB om de pågældende oplysninger som led i en procedure efter artikel 37 og meddelte DSB dette.

Den omstændighed, at Trafikministeriet på et tidspunkt efter den 17. oktober 2001 besluttede, at anmodningen til DSB om at modtage oplysninger var fremsat eller i hvert fald nu blev fremsat tillige med hjemmel i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37, indebærer, at Trafikministeriet kan have handlet i strid med artikel 37 dels ved overhovedet at anvende artikel 37, selvom DSB's tilbud ikke var unormalt lavt, dels – såfremt DSB's tilbud var unormalt lavt – ved at anmode om oplysninger, som ikke var nødvendige af hensyn til den afklaring vedrørende et tilbud, som tilsigtes ved anvendelsen af proceduren efter artikel 37. Klagenævnet finder i relation til disse spørgsmål anledning til at bemærke følgende:

De EU-udbudsretlige regler, der regulerede Trafikministeriets adgang til under udbudet som »ordregiver« at anmode DSB som tilbudsgiver om at fremsende supplerende oplysninger om baggrunden for DSB's tilbud, er meget restriktive, idet en »ordregiver« under et udbud som udgangspunkt skal vurdere et tilbud alene på grundlag af tilbudets eget indhold. Det tilsyn, som efter lov nr. 298 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed m.v. påhvilede Trafikministeriet i anledning af, at DSB havde afgivet tilbud under et EU-udbud, kan derimod kun udøves effektivt, hvis Trafikministeriet kan anmode DSB om alle nødvendige supplerende oplysninger om tilbudet m.v. Klagenævnet har imidlertid ikke fundet anledning til at tage stilling til denne modstrid mellem de to gældende regelsæt, idet Klagenævnet er bekendt med, at Trafikministeriet agter at iværksætte ændringer af ministeriets organisation, som vil sikre, at ministeriet beføjelser som tilsyn med DSB fremtidig varetages af en anden afdeling i ministeriet end den afdeling, der varetager EU-udbud vedrørende togdrift.

Det bemærkes afslutningsvis, at modstriden mellem Trafikministeriets beføjelse til som tilsyn at indhente alle nødvendige oplysninger og Trafikministeriets i sammenligning hermed begrænsede beføjelse til som udbyder at indhente oplysninger efter artikel 37, ikke ændrer ved den kendsgerning, at Trafikministeriet har handlet i strid med EU-udbudsretten som tidligere anført.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigthedsprincippet ved i skrivelsen af 17. oktober 2001 at anføre, at henvendelsen skete »som ordregivende myndighed«, uagtet at formålet med henvendelsen var at få oplysninger om sammensætningen af DSB's tilbud til brug for indklagedes vurdering af, om DSB's tilbud opfyldte »Konkurrenceretlige retningslinier for DSB af 15. december 2000«.

Indklagede, Trafikministeriet, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Statsansattes Kartel.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig