

Notat til statsrevisorerne
om
den fortsatte udvikling i sagen om Trafikministeriets valg af operatør på
jernbanestrækninger i Midt- og Vestjylland
(beretning nr. 12/01)

I. Indledning

1. I mit § 18, stk. 4-notat af 7. oktober 2002 vedrørende statsrevisorernes beretning nr. 12/01 om Trafikministeriets valg af operatør på jernbanestrækninger i Midt- og Vestjylland, jf. Endelig betænkning over statsregnskabet for finansåret 2001, s. 172-173, noterede jeg, at ministeren havde taget tilfredsstillende initiativer, og at ministeren i fremtiden ville drage nytte af de erfaringer, der var indhentet i forbindelse med udbuddet af jernbanetrafikken i Midt- og Vestjylland. Jeg fandt det væsentligt af hensyn til kommende udbudsrunder inden for Trafikministeriets ressort, at der snarligt blev sikret en klarere organisatorisk adskillelse mellem ministeriets forskellige roller, jf. pkt. 2.

Jeg oplyste i notatet, at jeg i øvrigt ville foretage en særskilt undersøgelse af Trafikministeriets anvendelse af og opfølgning på kontrakten med Arriva Danmark A/S. Jeg henviser herom til mit notat til statsrevisorerne af 29. januar 2003, hvori jeg redegjorde for tilrettelæggelsen af denne undersøgelse.

Endelig nævnte jeg, at Statsansattes Kartel den 12. april 2002 havde indklaget Trafikministeriet for Klagenævnet for Udbud i udbudssagen. Jeg tilkendegav, at jeg fortsat ville følge sagen vedrørende Klagenævnet for Udbuds behandling af Statsansattes

Kartels klage, herunder sagens eventuelle videre forløb, og orientere statsrevisorerne herom, når sagen var endelig afklaret.

2. Formålet med dette notat er at redegøre for det videre forløb af klagesagen hos Klagenævnet for Udbud, jf. pkt. 3-9. Herudover vil jeg oplyse om og vurdere en organisatorisk ændring i Trafikministeriet set i lyset af rolleproblematikken i udbudssagen, som nu er det eneste udestående spørgsmål i beretningssagen, jf. pkt. 10.

II. Klagenævnet for Udbuds kendelser vedrørende Statsansattes Kartels klage over Trafikministeriets udbud af jernbanetrafik i Midt- og Vestjylland

3. Statsansattes Kartel havde nedlagt i alt 5 påstande, hvoraf de 4 påstande gik ud på, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Trafikministeriet havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og/eller gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med behandlingen af DSB's tilbud, og en 5. påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle annullere Trafikministeriets beslutning af 28. december 2001 om at indgå kontrakt med Arriva Danmark A/S.

Trafikministeriets påstande var principalt afvisning og subsidiært, at klagen ikke skulle tages til følge.

4. Den 4. oktober 2002 afsagde Klagenævnet delkendelse i sagen. Klagenævnet afviste heri at behandle klagerens påstande, bortset fra påstand nr. 4. Ifølge denne skulle klagenævnet konstatere, at indklagede, Trafikministeriet, havde 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 til brug for en vurdering af, om DSB's tilbud opfyldte de konkurrenceretlige retningslinjer. Klagenævnet udskød endvidere behandlingen af klagerens sidste påstand (nr. 5) om, at Klagenævnet skulle annullere Trafikministeriets beslutning af 28. december 2001 om at indgå kontrakt med Arriva Danmark A/S.

5. Klagenævnet besluttede den 31. marts 2003 ikke at tage stilling til påstand nr. 4. I stedet besluttede Klagenævnet ex officio (som et led i selve klagebehandlingen) selv at formulere 2 spørgsmål (nr. 6 og nr. 7). Ifølge spørgsmål nr. 6 skulle Klagenævnet

tage stilling til, om indklagede, Trafikministeriet, havde 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 opfyldte de konkurrenceretlige retningslinjer.

Spørgsmål nr. 7 var enslydende, dog at ordet "udelukkende" blev erstattet med ordene "blandt andet".

Klagenævnet for Udbud skulle med disse spørgsmål tage stilling til, om Trafikministeriet som udbyder havde 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. Baggrunden herfor fremgår nærmere af kendelsen af 10. oktober 2003, som behandles herefter.

6. Konklusionen i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. oktober 2003 lyder:

"Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet 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."

Klagenævnet har i kendelsen bl.a. fremhævet, at de EU-udbudsretlige regler, der regulerede Trafikministeriets adgang til under udbuddet som ordregiver at anmode DSB som tilbudsgiver om at fremsende supplerende oplysninger om baggrunden for DSB's tilbud, er meget restriktive. En ordregiver skal under et udbud som udgangspunkt vurdere et tilbud alene på grundlag af tilbuddets eget indhold. Klagenævnet anførte i tilslutning hertil, at det tilsyn, som efter lov nr. 289 af 18. maj 1998 om jernbanevirksomhed mv. påhvilede Trafikministeriet i anledning af, at DSB havde afgivet tilbud under et EU-udbud, derimod kun kunne udøves effektivt, hvis Trafikministeriet kunne anmode DSB om alle nødvendige supplerende oplysninger om tilbuddet mv. Klagenævnet fandt imidlertid ikke anledning til at tage stilling til denne modstrid mellem

de 2 gældende regelsæt, idet Klagenævnet var bekendt med, at Trafikministeriet agtede at iværksætte ændringer af ministeriets organisation, som ville sikre, at ministeriets beføjelser som tilsyn med DSB i fremtiden ville blive varetaget af en anden afdeling i ministeriet end den afdeling, der varetager EU-udbud vedrørende togdrift.

Klagenævnet undlod at tage stilling til påstand nr. 5.

III. Rigsrevisionens vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. oktober 2003

7. Jeg har vurderet Klagenævnet for Udbuds kendelse således:

- Trafikministeriet måtte ikke som ordregiver, men derimod som tilsynsmyndighed anmode DSB om oplysninger som led i ministeriets tilsyn med DSB's overholdelse af de konkurrenceretlige retningslinjer.
- Klagenævnet fastslår, at Trafikministeriet, som tilsynsmyndighed, herefter faktisk var forpligtet til at påse, om DSB's tilbud opfyldte de konkurrenceretlige retningslinjer.
- Trafikministeriet skulle ikke betale sagsomkostninger til Statsansattes Kartel, som samtidig skulle have tilbagebetalt det indbetalte klagegebyr.

Det var således korrekt, at Trafikministeriet indhentede supplerende materiale vedrørende DSB's bud og foretog en omfattende gennemgang heraf for at vurdere, om DSB's tilbud levede op til de konkurrenceretlige retningslinjer. Dette skulle ske i Trafikministeriets egenskab af tilsynsmyndighed. I den forbindelse bemærker jeg, at Trafikministeriet i udbudsmaterialet, dvs. som ordregiver, tydeligt havde stillet krav om, at DSB skulle overholde de konkurrenceretlige retningslinjer, hvis DSB bød på opgaven, jf. beretningens pkt. 74. Det var da også Trafikministeriet som ordregiver, der skulle tage stilling til, om DSB's bud skulle afvises på grund af manglende opfyldelse af de konkurrenceretlige retningslinjer.

Klagenævnets kendelse forrykker eller afsvækker derfor ikke hovedkonklusionerne i statsrevisorernes beretning nr. 12/01 om Trafikministeriets valg af operatør på jernbanestrækninger i Midt- og Vestjylland.

Klagenævnets bestemmelse vedrørende omkostninger og klagegebyret afspejler i overensstemmelse med Klagenævnets praksis forløbet af og udgangen på klagesagen, jf. i øvrigt pkt. 9.

8. Parterne havde fra det tidspunkt, hvor kendelsen blev meddelt til disse, en frist på 8 uger til at indbringe sagen for landsretten. Østre Landsrets justitskontor har ultimo januar 2004 oplyst, at der ikke er indleveret stævning af nogen af parterne. Kendelsen er derfor endelig.

9. Trafikministeriet har oplyst, at Klagenævnet for Udbud ikke på noget tidspunkt har taget stilling til Statsansattes Kartels påstand nr. 5 om annullering af ministeriets beslutning om at indgå kontrakt med Arriva Danmark A/S. Det er ministeriets opfattelse, at den i kendelsen nævnte overtrædelse ikke på nogen måde havde en sådan karakter, at den ville kunne medføre, at Klagenævnet for Udbud skulle tage den nævnte påstand til følge. Det er derfor ministeriets opfattelse, at Klagenævnet på baggrund af den afsagte kendelse ikke var forpligtet til at foretage sig yderligere i sagen.

Jeg er enig i denne vurdering.

IV. Den organisatoriske adskillelse mellem ejer- og udbyderrolle

10. Jeg har noteret mig, at Trafikstyrelsen for Jernbane og Færger er etableret med virkning fra 5. juli 2003, jf. bekendtgørelse nr. 603 af 26. juni 2003 om opgaver og beføjelser i Trafikstyrelsen for Jernbane og Færger. Trafikministeren har ved bekendtgørelsen delegeret sine beføjelser, jf. lov om jernbanevirksomhed m.v. § 8, stk. 2, til at udbyde kontrakter om passagertrafik udført som offentlig service til den nævnte styrelse.

Udbudsforretninger foretages herefter af denne styrelse, hvis afgørelser ifølge bekendtgørelsen ikke kan indbringes for trafikministeren. Styrelsens afgørelser kan på sædvanlig vis indbringes for Klagenævnet for Udbud.

Der er således nu sket en opdeling af på den ene side ordregiver på jernbaneområdet, dvs. Trafikstyrelsen, og på den anden side ejerskabet til DSB og tilsynet med jernbanevirksomhederne, dvs. trafikministeren og Trafikministeriets departement.

Det er min vurdering, at Trafikministeriet dermed i fremtidige udbud vil kunne undgå de problemer, som kunne konstateres i relation til ministeriets forskellige roller i det første udbud af jernbanetrafik i Danmark.

V. Afslutning

11. Da de udestående spørgsmål, jf. pkt. 2, nu er afklaret, betragter jeg herefter be-
retningssagen for afsluttet.

Kirsten Leth-Nissen

fg.