

Mánudagurinn 5. mars 2001

161. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 9/2001

## **Kvörtun vegna útboðs Vegagerðarinnar á rekstri Breiðafjarðarferju**

### **I.**

#### **Erindið og málsmeðferð**

##### **1.**

Með bréfi, dags. 20. okt. 2000, lagði Árni Páll Árnason hdl. fram kvörtun fyrir hönd Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. (hér eftir kvartandi) vegna framkvæmdar útboðs Vegagerðarinnar nefnt „*Breiðafjarðarferja 2001-2003*“. Útboðið er dagsett í júlí 2000 og skyldi tilboðum skilað til Vegagerðarinnar fyrir 11. sept. sl. Voru tilboðin opnuð sama dag.

Í erindinu segir að kvartandi hafi rekið m/s Baldur og forvera þess skips undanfarna áratugi. Fyrirtækið, sem sé í eigu ríkissjóðs, sveitarfélaga við Breiðafjörð og nokkurra einstaklinga, hafi notið ríkisstyrks auk stofnfjárframlaga úr ríkissjóði til rekstrarins. Fyrirtækið eigi afgreiðsluástöðu vegna rekstrar ferjunnar bæði í Stykkishólmi og á Brjánslæk. Lögð hafi verið rík áhersla á að reka fyrirtækið þannig að reksturinn samrýmdist ákvæði 14. gr. samkeppnislaga, nr. 8/1993, með hliðsjón af ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1994 um samkeppnisstöðu Djúpbátsins hf.

Í lið 4 í útboðslýsingu Vegagerðarinnar komi fram að verktaka sé heimilt að nýta m/s Baldur til annarra siglinga utan þess tíma sem ætlaður sé til grunnáætlunarferða, enda tryggt að það hafi engin áhrif á þjónustu og áætlun skipsins. Kvartandi hafi ekki talið sér heimilt í ljósi 14. gr. samkeppnislaga og túlkunar samkeppnisráðs á henni að gera í tilboði sínu ráð fyrir tekjum af notum m/s Baldurs í öðrum rekstri utan áætlunarsiglinganna, sem gætu réttlætt minni þörf fyrir ríkisstyrk. Í því sambandi sé sérstaklega mikilvægt að minna á að stjórn Djúpbátsins hf. hafi bent samkeppnisráði á það á sínum tíma að ein aðlaforsenda samkeppnisrekstrarins væri sú að verið væri að minnka þörf á ríkisstyrk. Samkeppnisráð hafi þá talið að slík sjónarmið réttlættu ekki tilflutning tekna á milli rekstrarþátta. Vegagerðin hafi samið við lægstbjóðanda, sem áður hafi upplýst opinberlega að hann hyggðist afla tekna af rekstri m/s Baldurs í samkeppni á markaði og nýta þær tekjur til samlegðaráhrifa í rekstrinum. Af hálfu kvartanda hafi verið talið óljóst hvort fyrrgreindur 4. liður

útboðslýsingar byði upp á þennan skilning á forsendum til útreiknings tilboðs, enda ljóst að hann væri ekki í samræmi við 14. gr. samkeppnislaga og túlkun samkeppnisráðs á henni. Kvartandi hafi vakið athygli Vegagerðarinnar á fyrrgreindum sjónarmiðum með bréfi, dags. 16. sept. sl., og hafi krafist þess að Vegagerðin gerði þá kröfu til bjóðenda í rekstur Breiðafjarðarferju að þeir sýndu fram á aðskilnað rekstrarþátta, en því hafi verið hafnað.

Ennfremur segir kvartandi að samkvæmt 23. gr. vegalaga, nr. 45/1994 sé Vegagerðinni heimilað að kaupa, eiga og hafa umsjón með ferjum og flóabátum sem reknir séu til samgöngubóta. Hann geri ekki athugasemdir við að reksturinn hafi verið boðinn út. Hins vegar geri hann alvarlegar athugasemdir við framgangsmáta Vegagerðarinnar og fyrirkomulag útboðsins, sem hann telji að brjóti gegn ákvæðum samkeppnislaga og mismuni bjóðendum, einkum að því er varðar skilgreiningu verklýsinga, andlagi útboðsins og skorti á jafnri stöðu bjóðenda.

Kvartandi bendir á að fyrrnefndur úrskurður samkeppnisráðs hafi kveðið upp úr um skyldu fyrirtækja eins og Breiðafjarðarferjunnar Baldurs til þess að aðskilja ríkisstyrktan rekstur og samkeppnisrekstur. Hann hafi gert það í rekstri sínum undanfarin ár og hafi hann metið stöðu sína með þeim hætti að honum væri óheimilt að blanda saman tekjum af ólíkum rekstrarþáttum og minnka þannig þörf fyrir ríkisframlag til rekstrarins. Ef Vegagerðin hafi talið öðru gilda nú um blöndun tekna milli rekstrarþátta hafi henni borið að kveða skýrt á um slíkt og hlutast til um að vafa væri eytt.

Ennfremur segir í erindinu:

*„Að því er varðar andlag útboðsins er gerð athugasemd við það að af hálfu verkkaupa virðist útboðið ekki snúa að rekstri Breiðafjarðarferju, heldur að draga sem kostur er úr ríkisframlagi til rekstrarins. Á þessu tvennu er eðlismunur. Hér er ekki gerður ágreiningur um að Vegagerðin, sem verkkaupi, hefur heimild til að bjóða út rekstur Breiðafjarðarferju til að tryggja að sá rekstur sé með eins hagkvæmum hætti og kostur er. Sú heimild takmarkast hins vegar af lögum og almennum samkeppnissjónarmiðum.*

*Í útboðsgögnum var skilyrði þátttöku í útboðinu að bjóðendur tækju m/s Baldur á leigu til rekstrarins. Af þessum sökum fylgdi útboðsgögnum þurrleigusamningur um m/s Baldur, sem var ófrávíkjanlegur af hálfu verkkaupa. Þar er m/s Baldur seldur verktaka á leigu fyrir fast leigugjald. Af hálfu Vegagerðarinnar liggur fyrir sá skilningur að í þessu felist ótakmörkuð heimild verktaka til að nýta skipið í öðrum siglingum, án frekara endurgjalds.*

*Af þessu leiðir að verktaki fær opinbert samgöngumannvirki til ótakmarkaðra nota í samkeppnisrekstri. Markaðsverð m/s Baldurs hefur verið metið á 2-2,5 milljónir bandaríkjadala, eða 1,6 til 2,1 milljarða íslenskra króna. Verktakinn fær þetta samgöngutæki til ótakmarkaðrar tekjuöflunar í samkeppnisrekstri á fastri leigu. Aukin not skipsins í samkeppnisrekstri hafa engin áhrif á*

*leigugjaldið. Engin skilyrði eru sett um rekstrarlegan aðskilnað og liggur því beint við að álykta að verktakinn þurfi ekki að bera annan kostnað af rekstri skipsins í samkeppnisrekstri en breytilegan kostnað. Heimild til nýtingar skipsins með þessum hætti felur því sem slík í sér ríkisstyrk til verktaka í samkeppnisrekstri.*

*Þetta fyrirkomulag útbóðsins er í grundvallarmótsögn við niðurstöðu samkeppnisráðs frá 1994 og gengur gegn almennum samkeppnis sjónarmiðum. Ríkisvaldið ber samkvæmt fyrrnefndum ákvæðum vegalaga tilteknar skyldur á sviði vegagerðar og rekstrar samgöngumannvirkja. Þjóðvegur um Breiðafjörð liggur sjóleiðina, eins og sést best á því að Vegagerðin greiðir rekstrarkostnað ferjunnar um Breiðafjörð, að frádregnum sértekjum sem rekstraraðili m/s Baldurs hefur aflað, á grundvelli 23. gr. vegalaga. Ríkissjóður axlar þennan kostnað með sömu rökum og kostnað vegna vegagerðar og jarðgangnagerðar, að frádregnum þjónustgjöldum sem innheimt eru í sumum tilvikum í jarðgöngum og í öllum ferjuflutningum. Að þessum skýrt tilgreindu þjónustugjöldum frátöldum hlýtur ríkið að þurfa að axla þann kostnað sem eftir stendur í samræmi við grundvallarskilgreiningu 7. gr. vegalaga á þjóðvegum, sem felur í sér að þeim sé haldið við af ríkisfé. Ríkisvaldið getur ekki truflað samkeppni á almennum markaði í þeim tilgangi að skapa aðstæður fyrir verktaka á sviði ferjurekstrar til að hafa tekjur af rekstri opinberra samgöngumannvirkja í samkeppni við aðra á markaði og nýta það fé til að niðurgreiða rekstrarframlag ríkisins. Við slíkar aðstæður er markaðurinn orðinn þræll annarlegra sjónarmiða og samkeppnisaðilar þurfa að niðurgreiða það framlag til almenningsgangna, sem með réttu hefði átt að koma úr ríkissjóði.“*

Ennfremur segir kvartandi að Vegagerðin hafi leitast við að breyta aðstöðu hans með því að taka á leigu afgreiðsluástöðu fyrirtækisins í Stykkishólmi og á Brjánslæk með heimild til þess að endurleigja nýjum rekstraraðila aðstöðuna. Einnig hafi verið gerðir leigusamningar um losunar- og lestunarbúnað og landgang með sama hætti. Kærandi hafi þannig verið sviptur því samkeppnislega forskoti sem hann hefði að öðrum kosti haft við tilboðsgerð í sanngjarnri samkeppni við aðra aðila sem höfðu það samkeppnislega forskot að hafa með höndum samkeppnisrekstur sem þeir gætu nýtt m/s Baldur til. Svo hafi verið um hnútana búíð að óhugsandi hafi verið að koma með samkeppnishæft tilboð nema þjóðandi hefði með höndum samkeppnisrekstur og verið fús til þess að blanda saman tekjum frá ólíkum rekstrarþáttum.

Ennfremur segir í erindinu:

*„Í ljósi framansagðs er það afstaða umbjóðanda míns að nýafstadið útbóð Vegagerðarinnar á Breiðafjarðarferju og samningsgerð Vegagerðarinnar við lægstbjóðanda í kjölfarið, hafi verið í blóra við ákvæði 14. gr. samkeppnislaga. Vegagerðin torveldaði umbjóðanda mínum að nýta sér samkeppnislegt forskot hans, en bjó útbóðsgögnin engu að síður út með þeim hætti að torvelda honum*

*gerð samkeppnishæfs tilboðs. Tilgangur Vegagerðarinnar með útboðinu virðist ekki hafa verið að afla tilboða í hagkvæman rekstur Breiðafjarðarferju á sanngjörnum forsendum, heldur að koma því svo fyrir að unnt væri að niðurgreiða rekstur hennar með hagnaði af undirboðum á markaði, þvert á ákvæði samkeppnislaga.*

*Í ljósi framansagðs og með vísan í 14. og 17. gr. samkeppnislaga er þess farið á leit að samkeppnisráð leggi bann við samningsgerð Vegagerðarinnar við Sæferðir ehf. og mæli fyrir um að nýtt útboð fari fram. Að öðrum kosti er þess farið á leit að samkeppnisráð ítreki efnislega úrskurðarorð sín frá 1994 og mæli fyrir um að rekstraraðila Breiðafjarðarferju beri að skilja að fjárhagslega samkeppnisrekstur og þann rekstur sem nýtur verndar af opinberri hálfu.“*

## 2.

Erindið var sent Vegagerðinni til umsagnar með bréfi, dags. 25. okt. sl. Svar barst frá Vegagerðinni, dags. 7. nóv. Þar segir m.a. að í samræmi við markmið útboðsstefnu ríkisins, sem sé annars vegar að auka hagkvæmni í rekstri ríkisins og hins vegar að efla samkeppni í einkageiranum, hafi samgönguráðuneytið í ágúst 1999 falið Vegagerðinni að gera drög að útboðsskilmálum vegna þjónustusamninga um nokkrar ferjuleiðir m.a. leiðina Stykkishólmur-Flatey-Brjánslækur.

Við opnun tilboða þann 11. sept. hafi komið fram þrjú tilboð í rekstur ferjunnar árin 2001 til og með árinu 2003. Tilboð frá kæranda, sem var að meðaltali kr. 61.568 þúsund á ári, frá Nýsi hf., sem var kr. 66.300 þúsund á ári og frá Sæferðum ehf. kr. 55.377 þúsund á ári. Kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar var hins vegar kr. 45.352 þúsund á ári, þannig að öll tilboðin voru nokkru hærra heldur en kostnaðaráætlunin. Eftir skoðun á tilboðunum og viðræður við bjóðendur hafi Vegagerðinni þótt sýnt að tilboð lægstbjóðanda væri jafnframt það hagstæðasta og hafi því verið ákveðið að taka tilboði Sæferða í verkið með vísan til 45. gr. reglugerðar nr. 302/1996 og hafi verið gerður samningur við fyrirtækið á grundvelli útboðsins.

Ennfremur segir í umsögn Vegagerðarinnar: „*Aðalkrafa Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. felur í sér að rift verði þegar gerðum samningi við Sæferðir ehf. og að útboðið verði endurtekið. Að mati Vegagerðarinnar er ekki heimilt að grípa til þess að ógilda samning, sem gerður hefur verið með bindandi hætti á grundvelli útboðsins. Ef verða ætti við þessari kröfu hefði það óhjákvæmilega tjón og óþægindi í för með sér fyrir Sæferðir ehf. sem binda traust sitt við að gerður samningur verði efndur af hálfu Vegagerðarinnar. Verður ekki séð að lagaheimild standi til að grípa til þeirra aðgerða að ógilda löglega gerðan samning við lægstbjóðanda í útboðinu. Beina heimild til slíks er ekki að finna í samkeppnislögum og myndi það auk þess stríða gegn ákvæðum 1. mgr. 29. gr. laga nr. 63/1970, um skipan*

opinberra framkvæmda, og gegn reglum samningsréttar um skuldbindingargildi samninga.

.....  
Í 4. lið útbodslýsingar, er kveðið á um heimild til að nota m/s Baldur í öðrum siglingum en samkvæmt útbóði. Ekki verður séð að 4. liður útbodslýsingar sé ólögætur með vísan til þeirra sjónarmiða sem rakin eru í kvörtun lögmanns Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. Skýrt er kveðið á um þessa heimild í útbodslýsingu og á hún ekki að geta valdið neinum vafa í huga bjóðenda. Bjóðendur hljóta hins vegar sjálfir að vega og meta hvaða möguleika þeir hafa innan ramma laga. Þ.m.t. samkeppnislaga að nýta sér þessa heimild og hvort og í hvaða mæli þeir verði að skilja að rekstur samkvæmt útbóðinu og annan rekstur. Verður ekki séð að raskað sé með ólögættum hætti jafnræði milli bjóðenda með því að heimila notkun skipsins í öðrum rekstri og fráleitt að halda því fram að ógilda beri útbóðið af þeim sökum.

Eðlilegt er að heimila rekstraraðila ferjunnar að nota hana ef þess er kostur þegar hann hefur uppfyllt skyldur sínar skv. útbodslýsingu. T.d. má benda á þann möguleika að rekstraraðili fjölgi ferðum á leiðinni til að auka þjónustu og koma til móts við aukna eftirspurn. Reyndar má benda á, að yfir sumartímann, þegar helst er að vænta annarra verkefna, er áætlun með þeim hætti að ferjan er bundin í siglingum samkvæmt útbóði frá kl. 09.00 á morgnana til miðnættis alla daga og því takmarkaðir möguleikar fyrir hendi, sjá bls. Ú-2 í útbodslýsingu. Að banna önnur not skipsins alfarið hefði verið harla óeðlilegt í ljósi þess að rekstraraðili hefur ferjuna á þurrleigu og greiðir leigu fyrir auk þess að standa straum af öllum venjulegum rekstrarkostnaði ferjunnar fyrir utan tryggingar. Verður ekki séð að réttlæta megi það með þeim rökum að samkeppnisröskun hljótist af þar sem ekki er á neinn hátt sýnt fram á í hverju hún felst.“

Ennfremur segir að kærandi vísi til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 26/1994 til stuðnings kröfum sínum. Þar segi í ákvörðunarorðum að til þess að taka af allan vafa um að aukaferðir Djúpbátsins eða önnur þjónusta sem rekin er í frjálstri samkeppni sé greidd niður af verndaðri starfsemi fyrirtækisins mæli samkeppnisráð fyrir um fjárhagslegan aðskilnað samkeppnisrekstrar og þess hluta rekstrar Djúpbátsins, sem njóti verndar í formi ríkisstyrkja, með vísan til 14. gr. samkeppnislaga.

„Að mati Vegagerðarinnar verður ekki séð að rekstur útbóðsleiðarinnar sé verndaður rekstur í skilningi umrædds lagaákvæðis. Rekstur ferjuleiða hér á landi hefur almennt sýnt sig að standa ekki undir sér án umtalsverðra ríkisframlaga, og á það við um ferjuleiðina Stykkishólmur-Flatey-Brjánslækur. Með útbóðinu var aflað tilboða í reksturinn með samkeppni á markaði þar sem fyrirtæki keppa sín á milli á jafnræðisgrunni um að lágmarka það framlag, sem rekstur á ferjuleiðinni þarf úr ríkissjóði til að standa undir kostnaði og eðlilegum hagnaði. Er rekstur ferjuleiðarinnar að þessu leyti sambærilegur

rekstri á almennum markaði að samkeppni knýr bjóðendur til að leita hagstæðustu leiða við reksturinn og því ekki hætta á að rekstraraðili geti með óeðlilegum hætti nýtt ríkisstyrk til undirboða. Ofangreint mál vegna Djúpbátsins hf. snerist um það hvort fyrirtækið notaði beinan ríkisstyrk, sem fyrirtækið fékk úthlutað án útboðs, til að undirbjóða aðra flutninga, sem það átti í samkeppni um. Taldi samkeppnisráð nauðsynlegt til að taka af allan vafa að Djúpbáturinn aðgreindi ríkisstyrktan rekstur frá öðrum rekstri. Framlögum vegna Djúpbátsins var úthlutað án útboðs, án samkeppni, og er þar af leiðandi ekki um sambærileg mál að ræða.

Samkvæmt ákvæði 14. gr. samkeppnislaga getur samkeppnisráð gripið til ráðstafana í ákveðnum tilvikum ef hætta er á að verndun, s.s. ríkisstyrkir, raski samkeppni. Hvort það reynist nauðsynlegt gagnvart rekstraraðila Baldurs er ekki Vegagerðarinnar heldur samkeppnisráðs að taka afstöðu til þegar og ef tilefni er til. Er því ekki á færi Vegagerðarinnar að meta hvort krefja eigi Sæferðir ehf. um fjárhagslegan aðskilnað ferjureksturs samkvæmt útboði og annars reksturs. Ekki verður þó hjá því komist að láta í ljós þá skoðun, að ekkert tilefni er sjáanlegt til slíkra aðgerða samkeppnisyfirvalda gegn Sæferðum ehf. eins og mál þetta er vaxið. Verður ekki séð að fyrirtækið hafi með þátttöku í útboðinu og samningsgerð við Vegagerðina raskað samkeppni og ber því að mati Vegagerðarinnar að hafna varakröfu lögmanns Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. eins og hún liggur fyrir í málinu.

Í kvörtun er því haldið fram, að Vegagerðin hafi svipt Breiðafjarðarferjuna Baldur hf. samkeppnislegu forskoti með því að taka á leigu aðstöðu fyrirtækisins í Stykkishólmi og Brjánslæk og bjóða upp á endurleigu hennar til rekstraraðila. Ekki verður séð að þessi fullyrðing lögmanns Baldurs hf. standist þar sem fyrirtækið fær greidda leigu af mannvirkjum þessum frá Vegagerðinni óháð því hvort þau verða nýtt og af hverjum. Þannig hefði Baldur hf. fengið leiguna endurgreidda ef fyrirtækið hefði fengið verkið og þannig notið samkeppnislegs forskots á aðra bjóðendur. Þetta gefur hins vegar ekki tilefni til að ætla að samkeppnislög hafi verið brotin á Breiðafjarðarferjunni Baldri hf. við framkvæmd útboðsins. Þvert á móti naut fyrirtækið góðs af því forskoti sem það hafði á aðra bjóðendur með eignarhaldi á aðstöðu og búnaði.“

Meðfylgjandi umsögn Vegagerðarinnar var útboðslýsing og kostnaðaráætlun ásamt útreikningi og leigusamningar Vegagerðarinnar við Breiðafjarðarferjuna Baldur um mannvirki í Stykkishólmi og á Brjánslæk.

### 3.

Með bréfi dags. 10. nóv. 2000, var kvartanda send umsögn Vegagerðarinnar til athugasemda. Athugasemdir bárust dags. 21. nóv. sl. Þar segir m.a.:

„Af hálfu umbjóðanda míns er gerð sérstök athugasemd við þá staðhæfingu Vegagerðarinnar að kröfur umbjóðanda míns skorti lagastoð og að lagaheimild skorti til að ógilda löglega gerðan samning við lægstbjóðanda í

útboðinu. Vísast um þetta atriði til 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, þar sem samkeppnisráði er heimilað að grípa til aðgerða gegn samningum, skilmálum, athöfnum og aðstæðum sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Í skýringum við 17. gr. frumvarpsins er varð að lögum nr. 8/1993 kemur skýrt fram sá tilgangur með greininni að láta samkeppnisráði í té tæki til að grípa til nauðsynlegra aðgerða gegn samningum eða skilmálum, hverju nafni sem nefnast, sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Þá ber að nefna að 17. gr. samkeppnislaga mun taka umtalsverðum breytingum í kjölfar laga nr. 107/2000, sem taka gildi 6. desember nk. Greinin svo breytt mun kveða skýrt á um að samkeppnisráð geti gripið til aðgerða gegn athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Skýrt kemur fram í greinargerð með lögum nr. 107/2000 að það er ekki mat löggjafans að í þessu felist efnisleg breyting frá því sem nú er. Þvert á móti sé umræddu ákvæði ætlað „að tryggja að breytingin á 17. gr. takmarki ekki möguleika samkeppnisyfirvalda samkvæmt gildandi lögum til ihlutunar vegna samkeppnishindrana opinberra aðila [og sé því] lagt til í b-lið að lögfest verði sú regla sem áfryjrunarnefnd samkeppnismála hefur mótað um slík tilvik, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar nr. 4/1997.“ Það er því ljóst að beina lagaheimild til að ógilda þann samning sem hér um ræðir er að finna í samkeppnislögum.

Af hálfu Vegagerðarinnar er því einnig haldið fram að eftirfarandi ógilding gangi gegn ákvæði 1. mgr. 29. gr. laga nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda og gegn reglum samningaréttar um skuldbindingargildi samninga. Hér er því til að svara að þessa óvissu um aðgerðir samkeppnisráðs gegn samkeppnishamlandi aðgerðum á markaði þurfa öll fyrirtæki á almennum markaði að þola og verður ekki séð að Vegagerðin hafi slíka sérstöðu í sinni samningsgerð að sérstök ástæða sé til að hlífa henni við slíkum afleiðingum ólögætrar samningsgerðar. Þessi viðbára er því fráleitari þegar haft er í huga að Vegagerðin var upplýst um athugasemdir umbjóðanda míns áður en mat tilboða fór fram og henni bent á að útboðið kynni að brjóta gegn samkeppnislögum og ákvæðum reglugerðar um opinber innkaup. Sérstaklega var farið fram á að Vegagerðin gerði tiltekna ráðstafanir, sem myndu koma í veg fyrir umrætt álitamál og tryggja sanngjarna samkeppni, eða falla frá útboðinu að öðrum kosti. Vegagerðin hafnaði þessu og gekk til samninga við lögstjóðanda. Sú ákvörðun hlýtur að vera á ábyrgð Vegagerðarinnar.“

Ennfremur segir að Vegagerðin hefði átt að áskilja sér viðbótarleigugjald fyrir aukaferðir utan áætlunarferða. Væntanlega yrði aukin rýrnun á skipinu ef notkunin væri meiri og viðbótarleigugjald hefði verið eðlilegra út frá samkeppnissjónarmiðum. Það sé rangt sem Vegagerðin haldi fram að rekstur Breiðafjarðarferju nú eftir útboðið sé sambærilegur rekstri á almennum markaði. Horft sé fram hjá því að þurrleiga m/s Baldurs til rekstraraðila gegn föstu leigugjaldi feli í sér ríkisstyrk til handa rekstraraðila til að nýta í samkeppnisrekstri.

#### 4.

Með bréfi, dags. 24. nóv. sl., voru Sæferðum ehf. send gögn málsins til upplýsinga. Með bréfi dags. 23. nóv. sl. var Vegagerðinni sent bréf kvartanda til athugasemda. Í bréfi dags. 4. des. sl. segir Vegagerðin m.a.:

*„Lögmaður Baldurs hf. gerir þá kröfu í máli þessu, að lagt verði bann við samningsgerð Vegagerðarinnar við lægstbjóðanda og að mælt verði fyrir um nýtt útbod. Í greinargerð hans er því haldið fram, að Vegagerðin hefði ekki átt að gera umræddan samning vegna framkominna athugasemda Baldurs hf. við útbodið. Af hálfu Baldurs hf. voru engar athugasemdir eða spurningar settar fram um þá tilhögun útbods, sem fundið er að í máli þessu fyrr en frestur til að gera tilboð var útrunninn og tilboð höfðu verið opnuð. Fyrst þegar í ljós kom að Baldur hf. var ekki lægstbjóðandi sá félagið ástæðu til athugasemda við tilhögun útbods. Þetta verður ekki talin trúverðug framganga og gáfu athugasemdir félagsins einar og sér því ekki tilefni til að stöðva eða fresta samningsgerð við lægstbjóðanda. Vegagerðinni var bæði rétt og skylt að semja við lægstbjóðanda og gerði það í góðri trú um lögmæti útbodsins.*

*Í greinargerð sinni fjallar lögmaður Baldurs hf. um lagaheimild til afskipta af samkeppnishamlandi aðgerðum. Fallast má á, að samkeppnisyfírvöld hafi heimild á grundvelli 17. gr. gildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 til að grípa til fyrirbyggjandi aðgerða, s.s. banns og fyrirmæla um breytingar á útbodsskilmálum, að fullnægðum þeim skilyrðum, sem nánar eru greind í ákvæðinu, og alls ekki verður fallist á að eigi við í máli þessu. Að mati Vegagerðarinnar felur 17. gr. ekki í sér heimild til að ógilda útbodið í heild eftirá og fella úr gildi gerða samninga jafnvel þó að fundið yrði að einstaka útbodsskilmálum sem slíkum. Styðst þessi túlkun við orðalag 17. gr. en einnig má benda á til samanburðar 29. gr. laga um skipan opinberra framkvæmda nr. 63/1970, að ekki sé haggð þegar gerðum samningum til tjóns fyrir aðila sem samning gerir í góðri trú. Tilvísun lögmanns Baldurs hf. í lög nr. 107/2000, bendir til þess að vafi leiki á því að hans mati að 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 nægi sem heimild í máli þessu. Alls ekki verður fallist á að ógilda megi útbodið og samningsgerð Vegagerðarinnar með vísan til laga, sem ekki höfðu tekið gildi þegar útbod fór fram og samningur gerður.*

*Af hálfu Vegagerðarinnar er því alfarið hafnað, að óeðlilega hafi verið staðið að útbodi því, sem hér um ræðir. Ákvæði útbodsskilmála um notkun ferjunnar í öðrum siglingum er með þeim hætti, að allir bjóðendur höfðu sama rétt og sömu möguleika á að nýta skipið eftir því sem gildandi lög og reglur heimila. Jafnræði bjóðenda var því tryggt í einu og öllu en þess ber að geta, að ekki er unnt að jafna að fullu þann mun sem er á bjóðendum í rekstrarlegu tilliti. Bjóðendur hafa ekki sömu stöðu að öllu leyti eðli máls samkvæmt þar sem fyrirtæki eru misjafnlega sterk rekstrarlega séð og misvel rekin. Ekki verður séð, að þar af leiðandi hljóti öll önnur notkun skips að vera brot gegn samkeppnislögum og hamli gegn eðlilegri samkeppni. Með annarri notkun skipsins skapast grundvöllur fyrir aukna þjónustu á sviði flutninga á*



*Breiðafirði með tilheyrandi hagræði með tilliti til búsetu og atvinnustarfsemi á svæðinu. Almenn sjónarmið um styrkingu byggðar og bættar samgöngur í dreifbýli styðja eindregið þessa tilhögun en ekki verður séð að hætta sé á að með því yrði jafnframt raskað eðlilegri samkeppni í flutningum.*

*Fyrirkomulag þurrleigu á ferjunni er með þeim hætti sem venja er í skiparekstri. Óþekkt er sú aðferð, sem lögmaður Baldurs hf. leggur til, að innheimta þurrleigu sérstaklega fyrir einstakar ferðir eða í hlutfalli við notkun. Þurrleiga miðast jafnan við fasta greiðslu fyrir ákveðinn leigutíma skips án tillits til notkunar. Þess ber að geta, að viðbótarnot utan þjónustutíma ferjunnar samkvæmt útboði mun ekki hafa nein teljandi áhrif á afskrift skipsins þar sem um slit á endurnýjanlegum hlutum er að ræða að langmestu leyti og rekstraraðili skips á samkvæmt þurrleigusamningi að skila skipinu í sama ástandi og það var við afhendingu. Rekstraraðili ber allan kostnað af viðbótarviðhaldi og annan viðbótar rekstrarkostnað skips, sem af annarri notkun hlýst, s.s. aukinn mannhaldskostnað. Röksemdir lögmanns Baldurs hf. um að tilhögun á greiðslu þurrleigu sé með óeðlilegum hætti hafa að mati Vegagerðarinnar litla sem enga þýðingu í málinu hvernig sem á það er litið. Bjóðendur miða tilboð sín í rekstrarstyrkinn við heildarútkomu rekstrarins miðað við gefnar forsendur. Hefði fjárhæð þurrleigu verið hærri hefðu tilboð í rekstrarstyrk einfaldlega hækkað sem því nemur. Ekki verður séð að nein rök styðji að fjárhæð þurrleigu hefði átt að ákveða með þeim óvenjulega hætti sem lögmaður Baldurs hf. leggur til í greinargerð sinni.*

*Að lokum verður að gera athugasemd við þann skilning á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1994 um samkeppnisstöðu Djúpbátsins hf., sem fram kemur neðst á bls. 4 í greinargerð lögmanns Baldurs hf. Í umræddu máli var talið nauðsynlegt til að tryggja að ríkisstyrkur yrði ekki notaður til að greiða niður samkeppnisrekstur, að fjárhagslegur aðskilnaður væri milli ríkisstyrkta rekstrarins og samkeppnisrekstrar. Ekki verður ráðið af úrskurðinum, að almennt séð sé óheimilt að hafa þann háttinn á, að bjóðendur geti nýtt tekjur af samkeppnisrekstri til að lækka ríkisstyrk. Ákvörðun ráðsins miðaði að því gagnstæða, að hindra að ríkisstyrkur yrði notaður til að greiða niður samkeppnisrekstur. Hvað sem því líður er eins og áður hefur komið fram alfarið á herðum rekstraraðila hverju sinni að vega og meta hvaða ráðstafanir kunna að vera nauðsynlegar með tilliti til ákvörðunar 26/1994.“*

## 5.

Með bréfi, dags. 12. des. sl., voru athugasemdir Vegagerðarinnar sendar kvartanda til upplýsinga. Með bréfi, dags. sama dag voru Sæferðum sendar athugasemdir Vegagerðarinnar og gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum vegna kvörtunarinnar. Athugasemdir bárust frá Logos - lögmannsþjónustu, í umboði Sæferða, dags. 18. des. sl. Þar segir m.a. að Sæferðir eigi og reki tvö farþegaskip (fyrir utan Breiðafjarðarferjuna Baldur), m.b. Brimrónu, sem tekur 110 farþega og er aðallega gerð út til hvalaskoðunar frá Ólafsvík yfir sumartímann og m.b. Særúnu sem tekur 120 farþega og er

gerð út frá Stykkishólmi í ýmis konar náttúruskoðunarferðir um Breiðafjörð á sumrin en frá Reykjavík að öðru leyti.

Fyrirtækið tekur í athugasemdum sínum undir sjónarmið Vegagerðarinnar um að hafna beri öllum kröfum kvartanda í þessu máli. Og segir að hefði kvartandi eitthvað haft við útboð Vegagerðarinnar að athuga hafi verið ýmis úrræði möguleg á fyrri stigum málsins, en samkvæmt 29. gr. laga nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda verði ákvörðun verkkaupa í sambandi við framkvæmd útboðs eða gerð verksamnings hvorki breytt eftir að tilboð frá bjóðanda hefur verið samþykkt né verði ákvörðunin kærð til fjármálaráðuneytisins eftir þann tíma. Auk þess sé ljóst að lög um skipan opinberra framkvæmda séu sérlög sem gangi á þessu sviði framar samkeppnislögum. Því sé ljóst að í þessu máli hafi samkeppnisráð ekki heimild til þess að banna samningsgerð Sæferða og Vegagerðarinnar.

Ennfremur segir: „Varðandi þá kröfu Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. um að samkeppnisráð mæli fyrir um fjárhagslegan aðskilnað samkeppnisreksturs Sæferða ehf. og þess reksturs félagsins sem nýtur ríkisstyrkja, er um það að segja að í ljósi meðalhófsreglunnar og jafnræðisreglunnar í stjórnslu verður ekki séð að brún þörf sé á því að kveða sérstaklega á um þetta hvað umbjóðanda okkar varðar fremur en önnur fyrirtæki sem njóta ríkisstyrkja. Þar sem umbjóðandi okkar hefur ekki einu sinni tekið formlega við rekstri ferjunnar á þeim tíma sem að kvörtun Breiðafjarðarferjunnar Baldurs hf. var lögð fram, er ekki ástæða til að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað reksturs, sem ekki enn hefur hafist. Þá er ekkert sem bendir til þess að umbjóðandi okkar muni á einhvern hátt í framtíðinni niðurgreiða samkeppnisrekstur sinn með hinni vernduðu starfsemi Breiðafjarðarferjunnar. Er það og ætlun hans að aðskilja samkeppnisrekstur sinn frá öðrum rekstri félagsins að öllu leyti. Væri ihlutun samkeppnisráðs í rekstur umbjóðanda okkar ekki réttlætunleg fyrir en a.m.k. einhverjar efasemdir væru uppi um að umbjóðandi okkar fylgdi ekki fyrirmælum samkeppnislaga um verndaða starfsemi.“

## 6.

Með bréfi, dags. 21. des. sl. bárust athugasemdir frá Eysteini Yngvasyni, sem rekur skemmtiskipið Árnes. Hann segir að fyrirtæki sitt, sem hafi stundað rekstur á sviði skoðunar- og lystiferða um Faxaflóa undanfarin ár, sé í beinni samkeppni við Sæferðir um þann markað á Faxaflóasvæðinu og möguleikar séu á samkeppni á þessu sviði á Breiðafirði. Honum hafi borist til eyrna að Sæferðum hafi verið boðið að tjá sig um málið og telji eðlilegt að sjónarmið sín sem samkeppnisaðila komi einnig fram. Ennfremur segir Eysteinn að hann hafi kvartað til samkeppnisráðs á sínum tíma vegna undirboða Djúpbátsins, sem hafi leitt til ákvörðunar ráðsins nr. 26/1994. Í því máli hafi samkeppnisráð ekki talið nægjanlegt að tekjur af samkeppnisrekstri dygðu til að standa undir breytilegum kostnaði heldur þyrftu þær einnig að standa undir eðlilegum hluta af öðrum kostnaði við rekstur og fjármunamyndun. Not Sæferða af m/s Baldri í

samkeppnisrekstri hljóti að fylgja sömu lögmálum. Eysteinn tekur undir kröfur og röksemdir Breiðafjarðarferjunnar Baldurs í málinu.

## 7.

Með bréfi, dags. 4. jan. 2001, var sendur listi yfir gögn málsins til kvartanda, Vegagerðarinnar og Logos ásamt ljósriti af athugasemdum Sæferða og þeim tilkynnt að gagnaöflun í málinu væri lokið.

## II.

### Niðurstöður

Á fundi samkeppnisráðs, þann 5. mars sl., var ákvörðun tekin í máli þessu. Að afgreiðslu málsins stóðu Brynjólfur Sigurðsson, Atli Freyr Guðmundsson, Karitas Pálsdóttir, Ólafur Björnsson og Sigurbjörn Magnússon.

## 1.

Í því máli sem hér er til umfjöllunar kvartar fyrirtækið Breiðafjarðarferjan Baldur vegna framkvæmdar útboðs Vegagerðarinnar á ferjuleiðinni Stykkishólmur-Flatey-Brjánslækur. Kvartandi, sem hefur notið styrkja og stofnfjárframlaga úr ríkissjóði til rekstrar m/s Baldurs og forvera þess skips undanfarna áratugi, var einn af bjóðendum í ferjuleiðina. Kvartandi á afgreiðsluáðstöðu í Stykkishólmi og á Brjánslæk, sem Vegagerðin hefur nú tekið á leigu.

Í lið 4 í útboðslýsingu Vegagerðarinnar segir: „*Verktaka er heimilt að nota skipið til annarra siglinga utan þess tíma sem ætlaður er til grunnáætlunarferða, enda verði tryggt að það hafi engin áhrif á þjónustuna og áætlun skipsins. Í öllum tilvikum verður verktaki að hafa lokið grunnáætlunarferðum F1 áður en hann nýtir skipið í öðrum rekstri. Einnig skulu aukaferðir á áætlunarleið, umbeðnar af verkkaupa, hafa forgang umfram annan rekstur verktakans á skipinu. Ef grunnáætlunarferð fellur niður, t.d. vegna veðurs, bilunar skips eða af öðrum ástæðum verður annar rekstur verktakans á skipinu að víkja þar til grunnáætlunarferð er lokið*“.

Í erindinu segir kvartandi að hann hafi ekki talið sér heimilt í ljósi 14. gr. samkeppnislaga og með hliðsjón af ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/1993 „*Kvörtun vegna samkeppnisstöðu Djúpbátsins hf*“ að gera í tilboði sínu ráð fyrir tekjum af notum m/s Baldurs í öðrum rekstri utan áætlunarsiglinganna, sem gætu réttlætt minni þörf fyrir ríkisstyrk. Hafi hann metið stöðu sína þannig að honum væri óheimilt að blanda saman tekjum af ólíkum rekstrarþáttum og minnka þannig þörf fyrir ríkisframlag. Lægstbjóðandi, sem Vegagerðin samdi við hafi lýst því yfir opinberlega að hann hyggðist afla tekna af rekstri m/s Baldurs í samkeppni á markaði og nýta þær tekjur til samlegðaráhrifa í rekstrinum. Vegagerðinni hafi verið skylt að upplýsa bjóðendur um hver staða

þeirra væri gagnvart blöndun tekna milli rekstrarþátta til þess að taka af allan vafa þar að lútandi.

Kvartandi krefst þess með vísan til 14. og 17. gr. samkeppnislaga að samkeppnisráð leggi bann við samningsgerð Vegagerðarinnar og Sæferða. Að öðrum kosti er þess farið á leit að samkeppnisráð mæli fyrir um að rekstraraðila Breiðafjarðarferju beri að skilja á milli samkeppnisrekstrar og þess rekstrar sem nýtur verndar af opinberri hálfu.

## 2.

Vegagerðin telur að ekki verði séð að 4. liður útboðslýsingar sé ólögmætur með vísan til þeirra sjónarmiða sem rakin eru í kvörtuninni. Skýrt sé kveðið á um þessa heimild í útboðslýsingu þannig að hún ætti ekki að geta valdið vafa hjá bjóðendum. Þeir verði hinsvegar sjálfir að vega og meta hvaða möguleika þeir hafi innan ramma laga þ.m.t samkeppnislaga til þess að nýta sér þá heimild sem 4. liður útboðslýsingarinnar kveður á um. Vegagerðin bendir á að t.d. mætti nýta ferjuna utan grunnáætlunarferða til þess að fjölga ferðum á áætlunarleiðinni.

## 3.

Samkvæmt gögnum málsins var kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar 45 millj. að meðaltali á ári, tilboð kæranda var 35% hærra og tilboð Sæferða, sem var lægst var 22% hærra heldur en kostnaðaráætlunin. Kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar byggir á rekstrartölum kæranda árin 1995-1998, en þó aðallega árinu 1998 auk verðbreytinga. Gjaldskrá ferjunnar var hækkuð á árinu 2000 og eru tekjur ársins 1998 hækkaðar m.v. það að undanskildum farþegatekjum sem eru hækkaðar m.v. meðaltekjur árána 1996-1998. Í kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar er ekki gert ráð fyrir tekjum af öðrum rekstri heldur en þeim flutningum sem boðnir eru út og veitingasölu um borð.

Að mati samkeppnisráðs benda fyrrnefndar tölur til þess að kvartandi hafi haft svigrúm til þess að koma með samkeppnishæft tilboð án þess að reikna með samlegðaráhrifum frá samkeppnisrekstri til þess að lækka þörf fyrir ríkisstyrk, eins og hann heldur fram í erindi sínu. Samkeppnisráð telur að bjóðendum hafi ekki á nokkurn hátt verið mismunað með ákvæðum í lið 4 í útboðslýsingu eða að séð verði að samningur milli Vegagerðarinnar og Sæferða á grundvelli útboðsins hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Samkvæmt framansögðu er ekki tilefni til íhlutunar samkeppnisyfirvalda í fyrrnefnda samningsgerð Vegagerðarinnar og Sæferða.

## 4.

Önnur krafa kæranda er að samkeppnisráð mæli fyrir um fjárhagslegan aðskilnað milli samkeppnisrekstrar Breiðafjarðarferju og ríkisstyrkta rekstrarins. 14. gr. samkeppnislaga kveður á um heimild samkeppnisráðs til þess að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað milli þess hluta rekstrar fyrirtækis sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar

sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Í þessu máli hagaði þannig til að þegar krafan var sett fram höfðu Sæferðir ekki tekið við rekstri ferjunnar, en samkvæmt samningi tók fyrirtækið við rekstrinum 1. janúar 2000.

Í umsögn Sæferða vegna málsins segir m.a.: *„Þá er ekkert sem bendir til þess að umbjóðandi okkar muni á einhvern hátt í framtíðinni niðurgreiða samkeppnisrekstur sinn með hinni vernduðu starfsemi Breiðafjarðarferjunnar. Er það og ætlun hans að aðskilja samkeppnisrekstur sinn frá öðrum rekstri félagsins að öllu leyti.“* Eins og fram kemur er það yfirlýst stefna fyrirtækisins að aðskilja samkeppnisrekstur sinn frá hinum ríkisstyrkta rekstri Breiðafjarðarferju. Í því felst að verðlagning á samkeppnisrekstri feli í sér breytilegan kostnað og hlutdeild í föstum kostnaði. Samkeppnisráð telur því ekki ástæðu á þessu stigi málsins til að beita heimildarákvæði 14. gr. samkeppnislaga og kveða á um fjárhagslegan aðskilnað milli rekstrar Breiðafjarðarferjunnar og annars rekstrar Sæferða. Ekki kemur fram í gögnum málsins að Breiðafjarðarferjan Baldur stundi eða áformi að stunda rekstur sem gæti verið í samkeppni við rekstraraðila Breiðafjarðarferjunnar. Samkeppnisráð fær því ekki séð að samkeppnisstaða kæranda sé á nokkurn hátt skert af ríkisstyrktum rekstri Breiðafjarðarferjunnar eða að fyrirtækið hafi á annan hátt hagsmuni af því að mælt verði fyrir um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri hennar. Af framangreindum ástæðum er því ekki tilefni til íhlutunar samkeppnisyfirvalda í máli þessu.

### **III. Ákvörðunarorð:**

**„Ekki er ástæða til afskipta samkeppnisráðs í þessu máli.“**