

21. juni 2000. Arriva Danmark A/S mod Hovedstadsområdets Trafik-selskab

Om tilladelige og ikke tilladelige modeller for regulering af tilbudspriser i tilfælde, hvor den hidtidige tjenesteyders medarbejdere skal overtages af den nye tjenesteyder. Ikke annulation. Ikke opsættende virkning

Sagens faktum er særdeles kompliceret, og Klagenævnets præmisser i kendelsen er yderst udførlige. Resuméet nedenfor er en helt summarisk fremstilling af kendelsens hovedpunkter.

Sagen angik et udbudskompleks vedrørende buskørsel. Ved Klagenævnets kendelse af 29. maj 2000 afgjordes en anden sag mellem de samme parter vedrørende samme udbudskompleks, se resuméet ovenfor af denne kendelse. Den her refererede kendelse angik det nye udbud, som er nævnt i det omtalte resumé.

I udbudsbetingelserne var angivet, at loven om virksomhedsoverdragelse fandt anvendelse, og at den valgte tjenesteyder efter kontraktsindgåelsen skulle tilbyde ansættelse til de medarbejdere, der var beskæftiget ved de buslinjer, som udbudet angik. Det blev videre angivet, at disse medarbejdere skulle overtages med uændret lønanciennitet og under bibeholdelse af lønforløb. Der blev imidlertid ikke givet nærmere oplysninger om ansatte medarbejdere og dissers lønanciennitet etc., og udbyderen havde ikke indhentet oplysning herom fra den hidtidige tjenesteyder, idet det ikke var muligt at kontrollere sådanne oplysninger.

Med det formål at ligestille den aktuelle tjenesteyder med andre tilbudsgivere ved tilbudenes afgivelse, fastsatte udbyderen i stedet i udbudsbetingelserne følgende model:

Tilbud fra andre end den aktuelle tjenesteyder: Det forudsattes, at de medarbejdere, der måtte ventes at overgå til den nye tjenesteyder, havde en nærmere angiven lønmæssig indplacering i henhold forskellige nærmere angivne overenskomster, og der skulle regnes med dette ved tilbudets udformning. Når det efter kontraktsindgåelse viste sig, hvilke medarbejdere, der skulle overtages, skulle der ske regulering i tilbudsprisen i forhold til de pågældendes faktiske lønmæssige indplacering.

Tilbud fra den aktuelle tjenesteyder: Der skulle ikke ske regulering i tilbudsprisen.

Klageren, der afgav tilbud, men som ikke fik tildelt kontrakten, gjorde gældende, at den omtalte model medførte en forskelsbehandling mellem den hidtidige tjenesteyder og andre tilbudsgivere. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte, at den omtalte model var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2 (hvorefter ordregiverne skal sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling). Nævnet henviste herved bl.a. til, at modellen under visse forudsætninger ville medføre en fordel for den hidtidige tjenesteyder.

Klagen gjorde videre gældende, at udbyderen i stedet for den anvendte model skulle have fastsat følgende model i udbudsbetingelserne: Den hidtidige tjenesteyder skulle i sit eventuelle tilbud give oplysning om den lønmæssige indplacering af medarbejderne, og reguleringen skulle foretages på grundlag af disse oplysninger, enten i form af en regulering af de øvrige til-

bud eller ved regulering af den hidtidige tilbudsgivers tilbud i forhold til forudsatte lønmæssige indplaceringer. Klagenævnet fandt imidlertid ikke en sådan model anvendelig. Nævnet henviste herved til, at modellen ville medføre risiko for ukorrekte oplysninger fra den hidtidige tjenesteyder.

Klagenævnet fandt derimod, at følgende model burde have været anvendt: Der skulle anvendes samme reguleringsklausul for alle tilbud, også et eventuelt tilbud fra den hidtidige tjenesteyder. Udbyderen havde om en sådan model anført, at den ville give den hidtidige tjenesteyder mulighed for i den resterende del af den aktuelle kontraksperiode at udnytte sin stilling som arbejdsgiver for de aktuelle medarbejdere. Klagenævnet fandt imidlertid efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet, ikke, at risikoen herfor kunne begrunde den forskelsbehandling, som modellen i udbudsbetingelserne indebar.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at nævnets afgørelse først havde kunnet foreligge mere end fem måneder efter udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Nævnet henviste videre til, at der ikke i parternes processkrifter var blevet tilvejebragt en fyldestgørende afklaring af vurderingsgrundlaget, og at en sådan afklaring først var sket på Klagenævnets foranledning under og efter den mundtlige forhandling for nævnet.

Opretholdt ved Højesterets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 2007 s. 2106 H.