

7. september 2005. Dansk Byggeri mod Vejle Kommune

Et bagatelagtigt forhold var ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, og der måtte indrømmes en fejlmargen med hensyn til en opgørelse, der efter sin karakter nødvendigvis måtte være behæftet med usikkerhed. Nogle erkendte fejl. En ordregiver kan kun overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer selskabet 100 %

En kommune udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet en tjenesteydelse bestående af vedligeholdelse og drift af veje og parker i kommunen. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af forskellige underkriterier. Et af underkriterierne var tilbudsprisen, der ville blive vægtet med 75 %.

Arbejdet var hidtil blevet udført af et aktieselskab, E, som kommunen ejede sammen med en anden kommune, og som havde til formål at udføre anlæg, drift og vedligeholdelse af veje og parker.

I udbudsbetingelserne var angivet, at kommunen havde truffet bestemmelse om, at reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven skulle finde anvendelse ved tjenesteydelsens overgang til en anden tjenesteyder end E. Det var videre angivet, at der i givet fald fra E skulle overtages de medarbejdere, der hos E udelukkende eller i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte arbejdsopgaver. Dette sigtede til de af E's medarbejdere, der havde været beskæftiget med de udbudte opgaver i mere end 50 % af deres arbejdstid. Udbudsbetingelserne angav nærmere, at der skulle overtages 25 medarbejdere fra E, og disse medarbejderes lønninger var angivet.

Der indkom tilbud fra E og nogle andre tilbudsgivere. Tilbudsprisen i E's tilbud var langt lavere end de øvrige tilbudspriser, Udbyderens bedømmelse af tilbudene førte derfor til, at E's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, hvorfor udbyderen traf beslutning om at indgå kontrakt med E.

En organisation, der er klageberettiget i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Til brug for sagen for Klagenævnet udarbejdede E en specificeret fortegnelse over de omtalte 25 medarbejdere. Under den mundtlige forhandling for Klagenævnet udtalte en repræsentant for kommunen bl.a., at opgaven kunne have været tildelt E uden EU-udbud.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke at have underrettet de bydende, om hvilken afgørelse, der var truffet med hensyn til kontraktstildelingen:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen ikke som foreskrevet i direktivets artikel 16, stk. 1, havde sendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om kontraktsindgåelsen i henhold til udbudet:

Erkendt af udbyderens og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at angive i udbudsbetingelserne, at der fra E skulle overtages 25 medarbejdere, selvom

flere af disse ikke i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte opgaver.

Dette klagepunkt sigtede navnlig til følgende: Af den specificerede fortegnelse over de 25 medarbejdere, som E havde udarbejdet til brug for Klagenævnet, fremgik, at fire af de 25 medarbejdere havde været beskæftiget med de udbudte opgaver med henholdsvis 48 %, 47 %, 48 % og 50 % af deres arbejdskraft og derfor ikke have været beskæftiget med opgaverne med mere end 50 % af deres arbejdskraft.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at forholdet var bagatelagtigt, og at en opgørelse af den pågældende karakter nødvendigvis må være forbundet med usikkerhed, således at der må indrømmes en fejlmargin. Klagenævnet ønskede endvidere ikke at efterprøve afgørelsen i enkeltheder og herunder tage stilling til visse påberåbte fejl i opgørelsen.

Klagenævnet fandt anledning til yderligere at bemærke følgende:

a) Klagenævnet kunne ikke tiltræde udtalelsen fra en repræsentant for kommunen om, at opgaven kunnet have været tildelt E uden EU-udbud. Klagenævnet henviste herved til nogle domme fra EF-domstolen, der må forstås sådan, at en ordregiver kun kan overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer det pågældende selskab 100 %. Denne betingelse var ikke opfyldt med hensyn til E.

b) Klagenævnet havde foreslået klageren at affatte klagepunktet som sigtende til følgende: Om E havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at angive i udbudsbetingelserne, at der skulle overtages 25 medarbejdere fra E, selvom der hos E var medgået et mindre antal årsværk end dette til arbejdets udførelse.

Klageren havde imidlertid ikke ønsket at udforme klagepunktet således, og Klagenævnet fandt ikke tilstrækkelig anledning til at tage spørgsmålet op ex officio.