

4. juni 2009. Eurest A/S mod Copenhagen Business School (CBS)

Gennemførelse af udbud vedrørende en bilag II B-tjenesteydelse. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overtrådt ved manglende oplysning om medarbejdere, der skulle overtages i henhold til Virksomhedsoverdragelsesloven, ved oplysning ganske kort før tilbudsfristens udløb om tidsbegrænsning af en kompensation fra udbyderen af meromkostninger som følge af overtagelse af medarbejdere og ved uklare oplysninger kort før tilbudsfristens udløb om inventar, som udbyderen stillede til rådighed. Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved udformning af udbudsbetingelserne og gennemførelse af tilbuddet på en sådan måde, at kun den aktuelle tjenesteyder kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Bekendtgørelse i EF-Tidende og udbyderens tilkendegivelse af at ville overholde af en fristregel i Udbudsdirektivet bevirkede ikke, at direktivet fandt anvendelse i sin helhed. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset EU-udbud af en tjenesteydelse bestående af kantinedrift i en tre-årig periode med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år, hvis udbyderen ønskede det. Tjenesteydelsen er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, og dette fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne var angivet, at Virksomhedsoverdragelsesloven ikke fandt anvendelse. Dette blev imidlertid ved et senere rettelsesblad ændret til, at Virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, således at den virksomhed, der fik tildelt kontrakten, skulle overtage medarbejderne hos den virksomhed, S, der aktuelt udførte tjenesteydelsen, men at udbyderen ville kompensere den vindende tilbudsgiver for øgede omkostninger som følge heraf efter faktura. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at udbyderen stillede bl.a. driftsudstyr til rådighed for den virksomhed, der fik tildelt kontrakten.

Der blev prækvalificeret 5 virksomheder, S og 4 andre virksomheder E, F, K og I.

Flere af de prækvalificerede efterlyste en liste over det driftsudstyr, som udbyderen stillede til rådighed, og udbyderen sendte i den anledning en inventarliste til de prækvalificerede 10 dage før tilbudsfristens udløb. I inventarlisten var om noget af inventaret anført, at det tilhørte S, medens det om andet af inventaret var anført, at det tilhørte udbyderen, men eventuelt ville blive erstattet af andet udstyr.

I et rettelsesblad, der blev udsendt en uge før tilbudsfristens udløb, blev angivet, at udbyderen ikke ville overtage det inventar, der tilhørte S. I et rettelsesblad, der blev udsendt 4 dage før tilbudsfristens udløb, angav udbyderen, at kompensationen for øgede omkostninger som følge af Virksomhedsoverdragelsesloven kun ville blive ydet i 1½ år.

Bl.a. forholdene vedrørende inventaret bevirkede, at F, K og I bestemte sig til ikke at afgive tilbud, og der blev derfor ved tilbudsfristens udløb kun afgivet tilbud fra S og E.

I tilbuddet fra E var angivet, at tilbuddet var betinget af en forhandling om kontraktens uopsigelighed. Denne angivelse var bl.a. foranlediget af, at E fandt det uklart, hvilket inventar udbyderen ville stille til rådighed.

Udbyderen besluttede sig til at indgå kontrakt med S, hvorefter E klagede til Klagenævnet. En begæring fra E om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at give oplysning om de medarbejdere, der skulle overtages i henhold til Virksomhedsoverdragelsesloven, og om disses løn- og arbejdsvilkår:

Taget til følge med henvisning til, at det var nødvendigt for en tilbudsgiver at kende de konkrete forpligtelser, der fulgte af Virksomhedsoverdragelsesloven. Også bl.a. henvist til, at udbyderen i rettelsesbladet 4 dage før tilbudsfristens udløb havde meddelt, at udbyderens kompensation for meromkostningerne var begrænset til 1½ år.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved først 10 dage før tilbudsfristens udløb at have udsendt listen over det inventar, som udbyderen stillede til rådighed, og ved først 4 dage før tilbudsfristens udløb at have oplyst, at kompensationen i anledning af Virksomhedsoverdragelsesloven var begrænset til 1½ år:

Taget til følge, bl.a. med henvisning til, at det efter inventarlisten var uklart, hvilket inventar der ville være til stede, således at det ville være nødvendigt for andre tilbudsgivere end S at foretage en række investeringer, og til, at begrænsningen af kompensationsperioden vedrørende Virksomhedsoverdragelsesloven til 1½ år var en væsentlig ændring.

Klagenævnet bemærkede, at bekendtgørelse i EF-Tidende og den omstændighed, at udbyderen måtte have overholdt varslet i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2 (om frist for supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne ol.) ikke som hævdet af klageren bevirkede, at Udbudsdirektivet fandt anvendelse i sin helhed, da der var tale om en tjenesteydelse omfattet af direktivets bilag II B.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som følge af, at udbudsbetingelserne med hensyn til nogle af underkriterierne henviste til angivelser i udbudsbetingelserne, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne indeholdt en nærmere beskrivelse af, hvad de enkelte underkriterier angik.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at have udformet udbudsbetingelserne og gennemført udbuddet på en sådan måde, at det i realiteten kun var S, der kunne afgive et tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne:

Taget til følge. Udtalt, at den aktuelle leverandør ved et udbud som det foreliggende må formodes at have visse fordele, som udbyderen ikke altid kan eliminere ved information til de øvrige potentielle tilbudsgivere. Imidlertid henvist til, at udbyderen først udsendte inventarlisten på et meget sent tidspunkt og først 4 dage før tilbudsfristens udløb gav oplysning om den tidsmæssige begrænsning af kompensationen i anledning af Virksomhedsoverdragelsesloven. Desuden henvist til, at udbyderen ikke havde givet tilstrækkelige oplysninger om fordelingen af S' hidtidige omsætning på for-

skellige aktiviteter. Udbyderen havde derfor ikke gjort, hvad der kunne kræves for at stille tilbudsgiverne lige.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med S og henviste herved til, at der som følge af karakteren af de konstaterede overtrædelser burde ske annulation, selvom E's tilbud ikke kunne tages i betragtning som følge af forbeholdet vedrørende kontraktens uopsigelighed.