

K E N D E L S E

Arriva Danmark A/S
(advokat Esben Kjær, København)

mod

Hovedstadsområdets Trafikselskab
(advokat Jens Munk Plum, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 3. juni 1999 udbød indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, som offentlig udbud efter direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) tre forskellige tjenesteydelser, nemlig almindelig rutekørsel, servicebuskørsel og telebuskørsel inden for området Frederiksborg Amt, Roskilde Amt og Københavns Amt samt Frederiksberg Kommune og Københavns Kommune. Indklagede har betegnet det pågældende udbud som »9. udbud«. Den udbudte almindelige rutekørsel, der omfattede ca. 15 % af indklagedes almindelige rutekørsel svarende til ca. 60.000 vogntimer pr. år fordelt på 163 driftsbusser med 3-6 årige kontrakter, var opdelt i 10 udbudsenheder omfattende mellem 5 og 38 busser.

På tidspunktet for sidste frist for indgivelse af tilbud den 31. august 1999 havde 9 tilbudsgivere afgivet i alt ca. 300 tilbud. Den 13. oktober 1999 besluttede selskabet dels at annullere udbudet vedrørende udbudsenhed 1, 7 og 7 a, dels at medtage de linier, som udgjorde de 3 udbudsenheder – herunder linie 250 S (og 97 N) og linie 300 S – under et senere udbud.

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. november 1999 udbød indklagede som offentligt udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2 tjenesteydelser,

nemlig almindelig rutekørsel og servicebuskørsel. Indklagede har betegnet dette udbud som »9. udbud – genudbud«. Den udbudte almindelige rutekørsel, der udgør ca. 6 % af indklagedes almindelige rutekørsel svarende til ca. 233.100 vogntimer pr. år fordelt på 65 busser og med 3-årige eller 6-årige kontrakter, var opdelt i 4 udbudsenheder på mellem 11 og 19 busser.

På tidspunktet for sidste frist for afgivelse af tilbud den 14. december 1999 var der fra 3 tilbudsgivere modtaget 43 tilbud vedrørende udbudsenhed 13 og 14. Vedrørende udbudsenhed 13 blev der afgivet tilbud af følgende tilbudsgivere:

Arriva Danmark A/S

City-Trafik A/S

Combus A/S

Den 6. januar 2000 besluttede Hovedstadsområdets Trafikselskab at indgå kontrakt med City-Trafik A/S vedrørende udbudsenhed 13.

Den 20. december 1999 indgav klageren, Arriva Danmark A/S, klage til Klagenævnet over indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, vedrørende den delvise annullation af 9. udbud. Klagen blev behandlet på et møde den 4. april 2000, og Klagenævnet afsagde kendelse den 29. maj 2000.

Den 10. februar 2000 indgav klageren yderligere en klage til Klagenævnet over indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 10. februar 2000 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 24. februar 2000 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 5. maj 2000.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at Hovedstadsområdets Trafikselskab har overtrådt ligebehandlingsprincippet, ved at beslutte at indgå kontrakt med City-Trafik A/S vedrørende udbudsenhed 13, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2, jf. artikel 34, stk. 2.

Påstand 2.

Klagenævnet skal annullere Hovedstadsområdets Trafikselskabs beslutning om at indgå kontrakt med City-Trafik A/S vedrørende udbudsenhed 13.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klageren har gjort gældende, at de udbudsbetingelser, som indklagede har fastsat for udbudet af 10. november 1999, er i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets forbud mod forskelsbehandling af tilbudsgiverne, idet udbudsbetingelserne medfører, at tilbud fra klageren som den entreprenør, der ved udbudet havde den pågældende entreprise rute 250 S, bliver bedømt anderledes end tilbud fra de øvrige tilbudsgivere. Forskelsbehandlingen består i, at tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere vedrørende de vogntimeafhængige priser bliver afgivet på grundlag af en lønmæssig indplacering af chaufførerne, der er anført i udbudsbetingelserne, mens tilbudet fra den aktuelle entreprenør vedrørende de vogntimeafhængige priser bliver afgivet på grundlag af den aktuelle lønmæssige indplacering af chaufførerne på tidspunktet for afgivelse af tilbud. Klageren har ikke gjort gældende, at indklagede under udbudet har anvendt de fastsatte udbudsbetingelser ukorrekt, men alene at de fastsatte udbudsbetingelser i sig selv medfører en ulovlig forskelsbehandling af den aktuelle entreprenør, når den aktuelle entreprenør afgiver tilbud.

Tildelingskriteriet var i begge udbudsbekendtgørelser anført således: »Kriteriet for vurdering af tilbuddene vil være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på basis af pris og kvalitet, af busmateriel, miljøfaktorer, modregningssats, tidligere performance (kørselskvalitet og servicegrad) samt organisation og ressourcer. Kriterierne er ikke oplistet i prioriteret rækkefølge«. Det fastsatte tildelingskriterium er ordret gentaget i udbudsbetingelserne af 9. juni 1999 og i udbudsbetingelserne af 11. november 1999.

I udbudsbetingelserne af 11. november 1999 er anført følgende:

»2. Afgivelse og vurdering af tilbud

.....

For at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud tager HT således hensyn til både tilbudsprisen og opfyldelsen af HTs ønsker til kvalitet. Der er udarbejdet en model herfor – en værdianalysemodel – som er beskrevet i bilag 2.

.....

Prisen for kørslen skal i tilbuddet opdeles i:

- | | |
|--|-------------------------------|
| a) Faste omkostninger
(anlæg, administration mv) | Pris pr måned |
| b) Busafhængige omkostninger
(renter, afskrivning, vedligeholdelse og renholdelse, forsikring mv) | Pris pr driftsbus
Pr måned |
| c) Vogntimeafhængige omkostninger –
hverdag (dagtype man-fre)
(chaufførløn, brændstof mv) | Pris pr vogntime |
| d) Vogntimeafhængige omkostninger –
week-end (dagtype lør-søn*)
(chaufførløn, brændstof mv) | Pris pr vogntime |
- *) Denne sats vil blive anvendt for kørsel, der udføres på lørdage, søn- og helligdage, Grundlovsdag, 1. maj samt juleaftensdag.

Byderne skal ved kalkulation af tilbudspriser på udbudsenheder omfattende kørsel fra andet selskab regne med, at de chauffører, der forventes at overgå til ansættelse hos byderen, lønmæssigt er indplaceret på mellemste løntrin/skalatrin svarende til løntrin 4 i overenskomsten mellem Combis og SiD, løntrin 5 i RA-tillægsoverenskomsten, skalatrin 19 i overenskomsten mellem Amtsrådsforeningen og SiD og skalatrin 20 i overenskomsten mellem Amtsrådsforeningen og FOA.

Når det efter overtagelse af kørslen kan konstateres, hvilke chauffører der i praksis er overgået til ansættelse i det nye selskab, korrigeres den vogntimeafhængige betaling efter den faktiske, gennemsnitlige løntrins/skalatrinsindplacering for disse chauffører ved kontraktstart.

Beregningsmetoden fremgår af bilag 6.

For tilbud, der omfatter udbudsenheder/linier, hvorpå byderne selv udfører kørslen på tilbudstidspunktet, skal det oplyses i tilbudsblanketten, hvilket løntrin/skalatrin der gennemsnitligt er regnet med for bydernes egne medarbejdere på de pågældende udbudsenheder/linier. Der sker ingen efterfølgende korrektion af betalingen for de udbudsenheder, der vindes af selskaber, som på tilbudstidspunktet selv udfører kørslen på de pågældende udbudsenheder/linier.«

»16. Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse er gældende.

Til orientering kan oplyses, hvilke overenskomster der anvendes på den kørsel, der indgår i 9. udbud:

.....

- Chauffører beskæftiget på linierne i udbudsenhederne 13 og 14 er omfattet af overenskomst mellem Amtsrådsforeningen i Danmark og Specialarbejderforbundet i Danmark (SiD).

Snarest efter kontraktindgåelse skal entreprenøren tilbyde de medarbejdere, der er fast eller i altovervejende grad beskæftiget med kørsel på og vedligeholdelse af de udbudte buslinier, ansættelse hos entreprenøren.

Entreprenøren skal i ansættelsestilbuddet præcisere, at medarbejderne overgår med uændret lønanciennitet og pensionsordning, og bibeholder det hidtidige lønforløb i kontraktperioden i henhold til entreprenørens overenskomst.

Såfremt færre medarbejdere, end det antal entreprenøren har behov for, ønsker at overgå til ansættelse hos entreprenøren, drager entreprenøren selv omsorg for ansættelse af yderligere personale. Såfremt entreprenøren i forbindelse med kørselsovertagelse har behov for andet personale, skal entreprenøren være indstillet på at opslå disse stillinger hos den tidligere entreprenør, inden stillingerne opslås andetsteds.«

Bestemmelsen i udbudsbetingelsernes bilag 6 om korrektion i forbindelse med indgåelse af kontrakt vedrørende chaufførlønningerne er udformet således:

Lønniveau for chaufførerne ved kontraktstart (løntrin/skalatrin):	Korrektion i forhold til pris i tilbudet pr. chauffør:
1/2 – 16/17	minus 9.500 kr.
2/3 – 17/18	minus 6.000 kr.
3/4 – 18/19	minus 3.000 kr.
4/5 – 19/20	ingen korrektion
5/6 – 20/22	plus 7.000 kr.
6/7 – 21/23	plus 9.500 kr.
7/8 – 22/24	plus 12.500 kr.

Arriva Danmark A/S har opstillet en vurdering af tilbudene således:

	Arriva Danmark A/S	City-Trafik A/S
Pris pr. normalmåned	2.947.322,44 kr.	3.036.707,00 kr.
Pris pr.vogntime.	449,74 kr.	463,38 kr.
Tillæg på grund af ringere kvalitet pr. vogntime.	16,10 kr.	
Tillæg vedrørende anciennitet pr. vogntime.		8,55 kr.
Pris til sammenligning pr. vogntime.	465,84 kr.	471,93 kr.

Indklagede har oplyst, at udbudsmodellen vedrørende de vogntimeafhængige tilbudspriser er indført som konsekvens af, at lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse ved entrepre-

nørskifte i den kollektive busdrift. Loven indebærer, at en ny entreprenør har pligt til at overtage den aktuelle entreprenørs medarbejdere, og dette forhold medfører, at der for tilbudsgiverne vil være et usikkerhedsmoment forbundet med kalkulationen af prisen i deres tilbud for de vogntimeafhængige tilbudspriser. Indklagede har valgt at anvende en udbudsmodel, hvor indklagede – og ikke tilbudsgiverne – bærer risikoen for usikkerheden med hensyn til chaufførancienniteten, således at indklagede ved indgåelse af kontrakt foretager en justering af de vogntimeafhængige tilbudspriser på grundlag af en sammenligning mellem den chaufføranciennitet, der er anført i udbudsbetingelserne, og den chaufføranciennitet, der rent faktisk viser sig at være den aktuelle, når personalet skal overtages, og kontrakten med den valgte tilbudsgiver skal indgås. Ved den valgte model har indklagede påtaget sig risikoen for uforudsete forhold vedrørende chaufførancienniteten.

Klagenævnet udtaler:

A. Indklagedes formulering af udbudsbetingelserne for de øvrige tilbudsgivere.

Indklagede har oplyst, at indklagede ved gennemførelsen af det aktuelle udbud – ligesom det var sket ved en række tidligere udbud – helt bevidst har fastsat forskellige udbudsbetingelser for den aktuelle entreprenør og de øvrige tilbudsgivere.

For de andre tilbudsgivere, som ved afgivelsen af deres tilbud er uden kendskab til lønforholdene for de chauffører, som på dette tidspunkt er beskæftiget på den pågældende rute, et der fastsat en korrektionsregel, som indebærer, at der ved indgåelsen af kontrakt skal ske en korrektion af den vogntimeafhængige betaling, således at denne betaling forhøjes i forhold til tilbudsprisen, hvis lønomkostningerne på tidspunktet for kontraktstart viser sig at være højere end det niveau, der følger af forudsætningen fastsat i udbudsbetingelserne, ligesom denne betaling formindskes, hvis lønomkostningerne på tidspunktet for kontraktstart viser sig at være lavere end det niveau, der følger af den nævnte forudsætning. Bestemmelsen for de øvrige tilbudsgivere er i udbudsbetingelserne formuleret således:

»Byderne skal ved kalkulation af tilbudspriser på udbudsenheder omfattende kørsel fra andet selskab regne med, at de chauffører, der forventes at overgå til ansættelse hos byderen, lønmæssigt er indplaceret på mellemste løntrin/skalatrin svarende til løntrin 4 i overenskomsten mellem Combust og SiD, løntrin 5 i RA-tillægsoverenskomsten, skalatrin 19 i overenskomsten mellem Amtsrådsforeningen og SiD og skalatrin 20 i overenskomsten mellem Amtsrådsforeningen og FOA.

Når det efter overtagelse af kørslen kan konstateres, hvilke chauffører der i praksis er overgået til ansættelse i det nye selskab, korrigeres den vogntimeafhængige betaling efter den faktiske, gennemsnitlige løntrins/skalatrinsindplacering for disse chauffører ved kontraktstart.«

Udformningen af den anførte bestemmelse vedrørende de øvrige tilbudsgivere er i strid med EU-udbudsreglerne, da den efter sit indhold påbyder disse tilbudsgivere ved beregningen af tilbudsprisen vedrørende de vogntimeafhængige priser at kalkulere med de forudsatte lønforhold vedrørende chaufførerne, uagtet indklagede ikke har haft nogen saglig grund til at foreskrive bestemte kalkulationsmetoder ved fastsættelsen af de vogntimeafhængige priser. Indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at udforme den pågældende bestemmelse som sket. Indklagede har imidlertid oplyst, at det ikke med formuleringen har været tilsigtet at fastsætte regler for tilbudsgivernes kalkulation, men alene at gøre det klart for de øvrige tilbudsgivere, hvilket udgangspunkt der ville blive anvendt ved den senere justering i opadgående eller nedadgående retning af de vogntimeafhængige priser i forbindelse med kontraktsindgåelsen. Klageren har endvidere oplyst, at klageren har opfattet bestemmelsen, som den har været tænkt, og det er Klagenævnets vurdering, at de øvrige tilbudsgivere næppe kan antages at have opfattet bestemmelsen som en forskrift om at foretage kalkulationerne på en bestemt måde.

B. Indklagedes formulering af udbudsbetingelserne for den aktuelle entreprenør.

For den virksomhed, der på udbudstidspunktet udfører den pågældende kørsel, og som derfor ved afgivelsen af tilbud er bekendt med lønforholdene for de chauffører, der på dette tidspunkt er beskæftiget på ruten, er der ikke fastsat nogen korrektionsregel. Bestemmelsen vedrørende den aktuelle entreprenør er i udbudsbetingelserne formuleret således:

»Der sker ingen efterfølgende korrektion af betalingen for de udbudsenheder, der vinder af selskaber, som på tilbudstidspunktet selv udfører kørslen på de pågældende udbudsenheder/linier.«

Indklagede har oplyst, at indklagede ønskede at få oplyst det gennemsnitlige løntrin/skalatrin for de chauffører, der på tidspunktet for udløbet af fristen for afgivelse af tilbud faktisk udførte kørslen på den pågældende rute. Denne oplysning skulle indhentes hos den aktuelle entreprenør. Indklagede ønskede at få denne oplysning af hensyn til sin budgetlægning og altså ikke til brug under udbudsforretningen. I stedet for – som det ville være naturligt – at få denne oplysning ved en henvendelse til den aktuelle entreprenør helt uafhængigt af udbudet, indføjede indklagede følgende bestemmelse i udbudsbetingelserne:

»For tilbud, der omfatter udbudsenheder/linier, hvorpå byderne selv udfører kørslen på tilbudstidspunktet, skal det oplyses i tilbudsblanketten, hvilket løntrin/skalatrin der gennemsnitligt er regnet med for bydernes egne medarbejdere på de pågældende udbudsenheder/linier.«

Udformningen af den anførte bestemmelse er i strid med EU-udbudsreglerne, da den efter sit indhold påbyder den aktuelle entreprenør ved beregningen af tilbudsprisen på de vogntimeafhængige priser at kalkulere med de aktuelle lønforhold vedrørende chauffører, uagtet indklagede ikke har haft nogen saglig grund til at foreskrive bestemte kalkulationsmetoder for denne tilbudsgivers fastsættelse af de vogntimeafhængige priser i tilbudet. Indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at udforme den pågældende bestemmelse som sket. Indklagede har imidlertid oplyst, at det med den valgte fremgangsmåde – at indhente den ønskede oplysning i forbindelse med modtagelse af tilbud fra den virksomhed, der aktuelt udførte kørslen, i stedet for at indhente denne oplysning uden forbindelse med udbudsforretningen – ikke har været tilsigtet at fastsætte regler for denne tilbudsgivers kalkulation, men alene at få de pågældende oplysninger fra denne tilbudsgiver. Klageren har endvidere oplyst, at klageren har opfattet bestemmelsen, som den har været tænkt, og at klageren således ikke ved sine kalkulationer af de vogntimeafhængige priser har følt sig bundet af bestemmelsen.

C. Udbudsbetingelsernes bestemmelser om vurderingen af tilbudene og om indgåelse af kontrakt.

Klagenævnet lægger ved sin vurdering af udbudsbetingelserne til grund, at indklagede har haft saglige grunde til at udforme udbudsbetingelserne således, at de tilbudsgivere, som ikke har den aktuelle entreprise, ikke skal bære risikoen for den lønmæssige indplacering af de chauffører, som den vindende tilbudsgiver ved kontraktsstart skal overtage fra den aktuelle entreprenør som følge af, at det er fastsat, at lov om virksomhedsoverdragelse finder

anvendelse, og at indklagede ved valg af denne model bl.a. har tilsigtet at fastsætte udbudsbetingelserne, så de ikke lægger op til konkurrence om chaufførernes ansættelsesvilkår. Klagenævnet har på denne baggrund anset det for sin opgave at vurdere, om de udbudsbetingelser, som indklagede med dette udgangspunkt har udformet, fungerer på en sådan måde, at de indebærer en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Som udbudsbetingelserne er fastsat for den aktuelle entreprenør må det antages, at den aktuelle entreprenør, hvis han skal afgive et økonomisk forsvarligt tilbud, ved fastsættelsen af de vogntimeafhængige tilbudspriser må tage udgangspunkt i den lønmæssige indplacering af de chauffører, som efter hans kendskab til personaleforholdene på den pågældende linie må forventes at skulle betjene linien i den nye kontraktperiode. Som udbudsbetingelserne er fastsat for de øvrige tilbudsgivere, må det derimod antages, at de for at afgive økonomisk forsvarlige tilbud ved fastsættelsen af de vogntimeafhængige tilbudspriser må tage udgangspunkt i den lønmæssige indplacering af chaufførerne, som den er angivet i udbudsbetingelserne. En bedømmelse af et tilbud fra den aktuelle entreprenør ved at sammenligne dennes vogntimeafhængige priser med de øvrige tilbudsgiveres vogntimeafhængige priser indebærer derfor klart en forskelsbehandling af den aktuelle entreprenør i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Forskelsbehandlingen af den aktuelle entreprenør vil være til ugunst for ham, hvis den lønmæssige indplacering af chaufførerne på tidspunktet for afgivelse af tilbud ligger over den lønmæssige indplacering, der er fastsat i udbudsbetingelserne, men til gunst for ham, hvis den lønmæssige indplacering af chaufførerne på tidspunktet for afgivelse af tilbud ligger under den lønmæssige indplacering, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Spørgsmålet er herefter, om denne forskelsbehandling er uundgåelig eller acceptabel, eller om der kan udformes udbudsbetingelser, som udelukker forskelsbehandling eller dog indebærer en begrænset forskelsbehandling i forhold til den anførte.

Klageren har gjort gældende, at en model, hvorefter indklagede – i de tilfælde, hvor den aktuelle entreprenør afgiver tilbud – i forbindelse med vurderingen af tilbudene skal foretage en justering af de vogntimeafhængige priser i tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere på grundlag af forskellen mellem den lønmæssige indplacering af chaufførerne, som den aktuelle entreprenør ved afgivelsen af sit tilbud oplyser som den aktuelt gældende, vil indebære ligebehandling af alle tilbudsgivere. En anvendelse af denne metode fører under det aktuelle udbud til, at der ved vurderingen af tilbudene fra de

øvrige tilbudsgivere til de vogntimeafhængige priser i tilbudene skal lægges det anførte beløb på 8,55 kr.

Indklagede har imidlertid heroverfor gjort gældende, at en sådan model ikke vil medføre ligebehandling, men tværtimod vil indebære en betydelig risiko for misbrug. Indklagede har henvist til, at den aktuelle entreprenør, hvis oplysninger ikke kan kontrolleres, vil kunne afgive oplysninger om den aktuelle lønmæssige indplacering af chaufførerne, som forringer de øvrige tilbudsgivers tilbud ved sammenligningen af tilbudene, og indklagede har i øvrigt anført, at disse oplysninger under alle omstændigheder efter de praktiske erfaringer fra tidligere udbud ikke svarer til den faktiske lønmæssige indplacering af chaufførerne, som senere konstateres på tidspunktet for indgåelse af kontrakterne.

Da denne model indebærer en risiko for, at den aktuelle entreprenør på tidspunktet for afgivelsen af tilbud afgiver ukorrekte oplysninger om chaufførernes lønmæssige indplacering, som ikke kan kontrolleres effektivt, og som vil kunne have betydning for vurderingen af tilbudene, finder Klagenævnet ikke, at denne model anvendelig.

Klageren har endvidere gjort gældende, at den anførte forskelsbehandling også kan undgås ved en model, hvorefter der inden sammenligningen af tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere med tilbudet fra den aktuelle entreprenør sker en justering af de vogntimeafhængige priser i den aktuelle entreprenørs tilbud på grundlag af forskellen mellem den lønmæssige indplacering af chaufførerne, der er anført i udbudsbetingelserne, og den lønmæssige indplacering, som den aktuelle entreprenør har oplyst i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud.

Denne model indbærer samme risiko for, at den aktuelle entreprenør på tidspunktet for afgivelsen af tilbud afgiver ukorrekte oplysninger om chaufførernes lønmæssige indplacering, som ikke kan kontrolleres effektivt, og som vil kunne have betydning for vurderingen af tilbudene, og Klagenævnet finder derfor heller ikke denne model anvendelig.

En ordning, hvorefter reguleringsklausulen skal anvendes ved indgåelsen af kontrakt med alle tilbudsgivere – og altså også ved indgåelse af kontrakt med den aktuelle entreprenør – vil umiddelbart indebære en ligebehandling af alle tilbudsgivere. Alle tilbudsgiverne må i så fald, hvis de skal afgive et økonomisk forsvarligt tilbud, tage udgangspunkt i den lønmæssige indplacering af chaufførerne, der er anført i udbudsbetingelserne, og dette indebæ-

rer, at de tilbud, der skal sammenlignes ved en sådan model, vil være afgivet på grundlag af den samme forudsætning vedrørende chaufførernes lønmæssige indplacering.

Indklagede har imidlertid gjort gældende, at en sådan ordning vil indebære mulighed for, at den aktuelle tilbudsgiver i perioden fra beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med, bliver truffet og indtil kontraktstart, kan udnytte sin stilling som aktuel arbejdsgiver. Hvis den aktuelle entreprenør skal fortsætte som entreprenør, vil han i denne periode kunne flytte chauffører med høj lønanciennitet væk fra den pågældende rute, hvilket vil medføre en forøget indtjening på ruten i kontraktperioden. Hvis den aktuelle entreprenør derimod ikke skal fortsætte som entreprenør, vil han i denne periode kunne flytte chauffører med høj lønanciennitet til den pågældende rute og derved opnå en økonomisk fordel for andre af sine ruter.

De oplysninger, som indklagede har forelagt Klagenævnet under sagens behandling, giver ikke Klagenævnet grundlag for at antage, at den aktuelle entreprenørs mulighed for på den anførte måde at udnytte sin stilling som arbejdsgiver for de aktuelle chauffører indeholder økonomiske realiteter af et sådant omfang, at denne risiko har kunnet begrunde, at indklagede har fastsat udbudsbetingelser, som indeholder den beskrevne klare forskelsbehandling af den aktuelle entreprenør, hvis han afgiver tilbud, i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Klagenævnet konstaterer herefter, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2, ved ikke også at lade reguleringsklausulen finde anvendelse på den aktuelle entreprenør, når han afgiver tilbud.

Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at indklagede har tilsigtet at udforme udbudsbetingelserne, således at de også under hensyn til de særlige forhold, der uundgåeligt foreligger, når den aktuelle entreprenør afgiver tilbud, i videst mulig omfang sikrer ligebehandling af alle tilbudsgivere og altså også af den aktuelle entreprenør. Den reelle forskelsbehandling af den aktuelle entreprenør som tilbudsgiver – i gunstig eller ugunstig retning – som er en følge af de fastsatte udbudsbetingelser, er imidlertid objektivt af en sådan beskaffenhed, at betingelserne for, at Klagenævnet kan bringe sanktionen annulation i anvendelse, som udgangspunkt er opfyldt. Under hensyn til, at Klagenævnets afgørelse først har kunnet foreligge mere en 5 måneder efter, at indklagede den 6. januar 2000 besluttede at indgå kontrakt med City-Trafik A/S, har Klagenævnet dog ikke fundet betingelserne for at

annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med City-Trafik A/S opfyldt. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 2 til følge.

Klageren fremsatte allerede i forbindelse med klagens indgivelse den 10. februar 2000 anmodning om, at Klagenævnet skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning, men Klagenævnet besluttede på det grundlag, der da forelå, ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet finder anledning til at påpege, at der ikke i parternes processkrifter under sagens forberedelse blev tilvejebragt en fyldestgørende afklaring af indholdet af de aktuelle udbudsbetingelser, af konsekvenserne af vurderingen af tilbudene på grundlag af disse udbudsbetingelser samt af konsekvenserne af andre mulige udbudsbetingelser. Denne afklaring er først sket på Klagenævnets foranledning under og efter mødet den 5. maj 2000. Det bemærkes endvidere, at Klagenævnet som anført ikke har kunnet gå ind for nogen af de modeller for vurderingen af tilbudene, som klageren i sine processkrifter har henvist til som anvendelige.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved i udbudsbetingelserne uden at have nogen saglig grund herfor at foreskrive, at tilbudsgiverne – både den aktuelle entreprenør og de øvrige tilbudsgivere – i deres tilbud skal fastsætte de vogntimeafhængige priser på grundlag af nærmere angivne forudsætninger.

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2, ved at fastsætte udbudsbetingelser, hvorefter der ikke ved indgåelse af kontrakt med den aktuelle entreprenør, men kun ved indgåelse af kontrakt med de øvrige tilbudsgivere skal ske regulering vedrørende chauffør-lønningerne.

Indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, skal i sagsomkostninger til klageren, Arriva Danmark A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig