

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jens Fejø, Thomas Jensen)

J.nr.: 05-49.351/

2005-0002368

7. september 2005

K E N D E L S E

Dansk Byggeri
(selv)

mod

Vejle Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse i efteråret 2004 udbød Vejle Kommune som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjensteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjensteydelsesdirektivet) en tjensteydelse bestående af vedligeholdelse og drift af af veje og parker i Vejle Kommune i perioden 2005-2008.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Efter at der var indkommet tilbud fra et antal prækvalificerede virksomheder, besluttede Vejle Kommune at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, I/S Entreprenørgården.

Den 17. januar 2005 indgav klageren, Dansk Byggeri, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejle Kommune. Klagen har været behandlet på møder den 3. og 10. juni 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjensteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke at have underrettet de by-

dende, om hvilken afgørelse, der var truffet med hensyn til kontraktstille-lingen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 16, stk. 1, ved ikke at have sendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om kontraktsindgåelsen i henhold til udbudet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at angive, at der fra I/S Entreprenørgården skulle overtages 25 medarbejdere, selvom flere af disse ikke i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte arbejder.

Indklagede har erkendt rigtigheden af påstand 1-2 og har vedrørende påstand 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbetingelserne var angivet forskellige underkriterier til tildelingskriteriet, herunder entreprisensummen, der ville blive vægtet med 75 %, medens de øvrige underkriterier ville blive vægtet med nærmere angivne procenter.

Entreprisensummen i I/S Entreprenørgårdens tilbud var langt lavere end entreprisensummerne i de øvrige tilbud, og indklagedes vægtning af tilbudene i henhold til udbudsbetingelserne førte derfor til flest points til I/S Entreprenørgårdens tilbud. Indklagede besluttede som følge heraf at indgå kontrakt med I/S Entreprenørgården om den udbudte tjenesteydelse, og kontrakt blev indgået den 25. januar 2005.

I/S Entreprenørgården (Entreprenørgården) er et fælleskommunalt entreprenørselskab, der på udbudets tidspunkt ejedes af indklagede med 75 % og Tørring-Uldum Kommune med 25 %. Pr. 31. december 2004 overgik selskabet til at være ejet af indklagede med 40 % og af Odense Kommune med 60 %. Selskabets formål er at udføre opgaver vedrørende anlæg, drift og vedligeholdelse af veje og parker m.m. for interessenterne og andre offentlige myndigheder, og selskabet kan påtage sig visse yderligere opgaver. De

opgaver, som sagen angår, blev på udbudets tidspunkt varetaget af Entreprenørgården.

Den udbudte tjenesteydelse angik tre områder i kommunen, og der var udfærdiget særskilte udbudsbetingelser for hvert af de tre områder. I alle udbudsbetingelserne var enslydende anført:

»Vejle Kommune har truffet beslutning om, at reglerne i virksomheds-overdragelsesloven skal finde anvendelse ved overdragelse af entreprisen...

...Den tilbudsgiver, der opnår kontrakt (leverandøren), vil derfor være stillet som ved erhvervelse af en virksomhed, hvorfor leverandøren skal være indstillet på at overtage de medarbejdere fra den hidtidige leverandør, som ved overdragelsen udelukkende eller i væsentlig grad er beskæftiget med udførelsen af arbejdsopgaverne i den udbudte enhed.

Leverandøren indtræder over for overtagne medarbejdere umiddelbart i de pligter, som påhvilede den hidtidige leverandør...

Opmærksomheden henledes på, at der ikke må finde afskedigelse sted alene som følge af den virksomhedsoverdragelse, som udbudet af opgaven indebærer.

...

De nødvendige oplysninger vedrørende de medarbejdere, der skal overtages, er angivet i bilag 1. De anførte oplysninger beror på oplysninger fra den hidtidige leverandør og oplyses uden ansvar for Vejle Kommune.

...«

Det omtalte bilag 1 var forskelligt for hver af de tre udbudsbetingelser. Til sammen gik disse bilag ud på, at der skulle overtages 25 medarbejdere med nærmere angivne lønninger.

I forbindelse med indklagedes udarbejdelse af udbudsbetingelserne havde der været drøftelser mellem indklagede og Entreprenørgården om opgørelsen af det antal medarbejdere, der i givet fald skulle overtages fra Entreprenørgården. Som et led i disse drøftelser blev der holdt flere møder og gennemført en omfattende e-mailkorrespondance mellem indklagede og Entreprenørgården. Indklagede tilkendegav herunder i en e-mail til Entreprenørgården den 22. september 2004, at en virksomhedsoverdragelse som udgangspunkt skulle omfatte de medarbejdere, der i hovedsagen havde været

beskæftiget med den udbudte opgave, dvs. havde arbejdet mere end 50 % på opgaven.

Udbudsbetingelsernes angivelser af, hvilke medarbejdere, der skulle overtages, byggede på senere oplysninger fra Entreprenørgården i henhold den tilkendegivelse fra indklagede, og disse angivelser i udbudsbetingelserne sigtede således til de medarbejdere, der hos Entreprenørgården havde arbejdet med de udbudte opgaver i mere end 50 % af deres arbejdstid. Det fremgår dog af den omtalte e-mailkorrespondance, at Entreprenørgården anså det for meget vanskeligt at foretage en præcis angivelse af de pågældende medarbejdere, og at dette forhold var grunden til, at der i udbudsbetingelserne blev indsat en angivelse af, at oplysningerne stammede fra Entreprenørgården.

Til brug for sagen for Klagenævnet har Entreprenørgården udfærdiget en opstilling vedrørende de pågældende 25 medarbejders timeforbrug i 2004 bl.a. med angivelse af, hvorledes dette timeforbrug er fordelt på de udbudte opgaver og på andre opgaver. Ifølge opstillingen udgjorde andelen af de 25 medarbejders timeforbrug vedrørende de udbudte opgaver følgende i procent: 91, 65, 79, 80, 89, 54, 71, 79, 58, 66, 98, 89, 78, 75, 94, 48, 56, 71, 64, 47, 65, 57, 48, 61 og 50.

Ole-Jan Nielsen, der er udviklings- og markedschef i virksomheden NCC Roads A/S, der var blandt tilbudsgiverne, har bl.a. forklaret: Kommunerne udliciterer meget lidt, og 2/3 af de udbudte opgaver ender hos kommunerne selv som følge af, at tilbudspriserne fra kommunernes egne virksomheder er lavere end tilbudspriserne fra eksterne tilbudsgivere. I denne sag er forholdet særligt udpræget. Entreprenørgårdens tilbudspris er langt under kostprisen. Enten får Entreprenørgården et skjult tilskud, eller også udfører Entreprenørgården ikke alle de udbudte opgaver. Ole-Jan Nielsen har forklaret nærmere om enkeltheder i en fremlagt opstilling, der er udarbejdet af ham, om kalkulerings af Entreprenørgårdens formodede udgifter til udførelse af nogle af de udbudte ydelser, udvisende et stort underskud.

Bente Lykke Sørensen, der er chefjurist hos indklagede, har bl.a. forklaret: Entreprenørgården er fuldstændig adskilt fra indklagede, og indklagede har ikke indsigt i Entreprenørgårdens regnskabsforhold. Der er intet medarbejderfællesskab, og relationerne mellem indklagede og Entreprenørgården strengt professionelle og kontraktlige. Indklagede kunne have overladt op-

gaven til Entreprenørgården uden udbud, men man valgte at foretage udbud som følge af et politisk ønske om konkurrence på almindelige vilkår. Entreprenørgården giver overskud, og indklagede har ikke efter stiftelsen af Entreprenørgården måttet indskyde noget i Entreprenørgården.

Mette Kabel, der er personalejuridisk konsulent i indklagedes juridiske afdeling, har bl.a. forklaret: Klausulen om virksomhedsovertagelse blev indsat i udbudsbetingelserne, fordi der ved tidligere udliciteringer havde været politisk bevågenhed som følge af, at der ikke skete virksomhedsovertagelse. Entreprenørgården gav indklagedes tekniske forvaltning oplysning om, hvor mange medarbejdere der skulle overtages. Teknisk forvaltning fandt det opgivne antal for højt, og der var herefter en mailkorrespondance og blev holdt et møde mellem indklagedes juridiske afdeling og Entreprenørgården om spørgsmålet. Entreprenørgården oplyste, at Entreprenørgårdens medarbejdere arbejder med alle opgaver, og at det angivne antal medarbejdere var dem, der havde arbejdet mere end 50 % med de udbudte opgaver. Efter virksomhedsoverdragelsesloven ville man skulle overtage alle de pågældende medarbejdere, således at man vil kunne komme ud for at skulle overtage fx 12 medarbejdere, selvom der kun er brug for 6.

Poul Erik Larsen, der er ingeniør hos indklagede og leder af indklagedes vejdrift, har bl.a. forklaret: Han syntes, at 25 medarbejdere lød af lidt vel meget til de udbudte opgaver, og efter at indklagedes tekniske afdeling havde holdt et møde med Entreprenørgården om spørgsmålet, overlod man sagen til indklagedes juridiske afdeling. Entreprenørgården har tabt nogle udbud med samme vilkår som det udbud, som sagen angår.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Parterne har ikke nærmere kommenteret disse påstande.

Ad påstand 3

Klageren har fremsat forskellige synspunkter og har herunder gjort gældende: Udbudsbetingelsernes angivelse af, at der skulle overtages 25 medarbejdere, var urigtig. Flere af de pågældende medarbejdere var beskæftiget med de udbudte opgaver med under 50 % af deres arbejdskraft,

Der var også andre fejl i Entreprenørgårdens beregning af antallet 25. Bl.a. var det uberettiget, at vagttimer i opgørelsen var placeret i samme rubrik som timer medgået til ferie og sygdom. Det var således ikke rigtigt, at de pågældende medarbejdere udelukkende eller i overvejende grad var beskæftiget med den udbudte opgave. Dette gav Entreprenørgården en konkurrencefordel. Det forhold, at Entreprenørgården således har givet urigtige oplysninger til indklagede til brug for udbudet, har gjort Entreprenørgården inhabil. Der må også herved lægges vægt på, at indklagedes borgmester er formand for Entreprenørgården.

Indklagede har gjort gældende: Entreprenørgårdens oplysninger om antallet af medarbejdere, der skulle overtages, var i alt væsentligt rigtige. Det kan ikke udelukkes, at virksomhedsoverdragelsesloven i sig selv var gældende for udbudet, men under alle omstændigheder måtte indklagede af politiske grunde afklare, hvad der skulle ske med de pågældende medarbejdere hos Entreprenørgården, hvis udbudet blev vundet af en ekstern tilbudsgiver. Indklagede bestemte derfor, at virksomhedsoverdragelsesloven skulle gælde for udbudet og gav samtidig oplysning om det antal medarbejdere hos Entreprenørgården, der udelukkende eller i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte opgaver. Man oplyste ikke, hvor mange årsværk, der hos Entreprenørgården var medgået til opgavernes udførelse, da dette er et konkurrenceparameter. Angivelsen af de 25 medarbejdere gav ikke Entreprenørgården en konkurrencefordel. En ekstern tilbudsgiver skulle nok overtage disse medarbejdere, men kunne afskedige de af dem, der ikke var brug for til opgavens udførelse, eller anvende dem til andre opgaver. Sagen er principiel. Hvis klageren får medhold, vil dette være gift for kommunernes udliciteringer.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

I overensstemmelse med indklagedes erkendelse konstaterer Klagenævnet, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet som angivet i disse påstande.

Ad påstand 3

Klagenævnet kan ikke tiltræde Bente Lykke Sørensens udtalelse om, at EU-udbud ikke var nødvendigt, jf. herved EF-domstolens domme af 18. november 1999 i sag C-107/98, Teckal, og af 11. januar 2005 i sag C-26/03, Stadt Halle. Disse domme må forstås sådan, at en ordregiver, der er omfattet af udbudspligten, kun kan overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden forudgående EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer det pågældende selskab 100 %. Denne betingelse er ikke opfyldt i forholdet mellem indklagede og Entreprenørgården.

Klagerens påstand 3, sådan som den er formuleret, sigter navnlig til, at fire af de 25 medarbejdere, der i henhold til udbudsbetingelserne skulle overtages fra Entreprenørgården, ifølge Entreprenørgårdens senere opgørelse ikke havde været beskæftiget med den udbudte opgave med mere end 50 %, idet de pågældende fire medarbejdere havde været beskæftiget med opgaven med henholdsvis 48 %, 47 %, 48 % og 50 % af deres arbejdskraft.

Klagenævnet finder ikke, at dette forhold kan karakteriseres som en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet. Dels er forholdet bagatelagtigt, dels må en opgørelse af den pågældende karakter nødvendigvis være forbundet med usikkerhed, således at der må indrømmes en fejlmargin.

Klagenævnet har heller ikke grundlag for at gå ud fra, at de forhold i Entreprenørgårdens opgørelse, som klageren har påberåbt sig som fejl i øvrigt, er en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet. Dels ønsker Klagenævnet ikke at efterprøve opgørelsen i enkeltheder og herunder tage stilling til den rigtige placering af vagttimer etc., dels må der som nævnt ovenfor under alle omstændigheder indrømmes en fejlmargin.

Påstand 3 tages herefter ikke til følge.

Følgende bemærkes yderligere:

Klagenævnet har foreslået klageren at affatte påstand 3 således:

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at angive, at der

fra Entreprenørgården I/S skulle overtages 25 medarbejdere, selvom der hos Entreprenørgården I/S var medgået et mindre antal årsværk end dette til arbejdets udførelse.

Denne formulering sigter til spørgsmålet, om udbudsbetingelsernes angivelser om medarbejdere til overtagelse gav Entreprenørgården en konkurrencefordel som følge af, at de andre tilbudsgivere var nødt til i deres tilbud at indkalkulere lønudgiften til de angivne medarbejdere i hvert fald i en periode, medens Entreprenørgården kunne nøjes med i sit tilbud at indkalkulere lønudgiften til det anvendte antal årsværk.

Klageren har imidlertid ikke ønsket at formulere påstand 3 således, og Klagenævnet har ikke fundet anledning til at tage spørgsmålet op ex officio.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede, Vejle Kommune, har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke at have underrettet de bydende, om hvilken afgørelse, der var truffet med hensyn til kontraktstildelingen.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 16, stk. 1, ved ikke at have sendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om kontraktsindgåelsen i henhold til udbudet.

Indklagede, Vejle Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Byggeri, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig