

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Niels Sørensen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2008-0018023

4. juni 2009

K E N D E L S E

Eurest A/S

(advokat Karen Kaufmann, Roskilde)

mod

Copenhagen Business School (CBS)

(Kammeradvokaten ved advokat Michael Lund Nørgaard)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 61-082917 af 26. marts 2008 udbød Copenhagen Business School (CBS) som begrænset udbud driften af 4 kantiner, fordelt med 1 kantine med udsalg alene og 3 kantiner med tilhørende køkkener. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.2) »Kontrakttype og udførelses- eller leveringssted«, at der er tale om »Tjenesteydelseskategori: nr. 27«. Tjenesteydelsen »kantinedrift« er således omfattet af kategori 27 i bilag B II til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), og efter direktivets artikel 21 skal en aftale indgås i overensstemmelse med artikel 23 og artikel 35, stk. 4.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 7. maj 2008 havde 8 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Den 28. maj 2008 besluttede Copenhagen Business School (CBS) at prækvalificere følgende 5 virksomheder:

1. Eurest A/S
2. Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS
3. Fazer Amica Danmark A/S
4. IDA Service A/S
5. Forenede Kantine A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 17. juni 2008, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. september 2008 havde følgende virk-

somheder afgivet tilbud:

1. Eurest A/S
2. Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS

Den 7. oktober 2008 besluttede Copenhagen Business School (CBS) at indgå kontrakt med Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS, og kontrakt blev herefter indgået den 28. oktober 2008.

Den 11. november 2008 indgav klageren, Eurest A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Copenhagen Business School (CBS). Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 19. december 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 12. marts 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med oplysningen i udbudsbetingelserne om, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, ikke at oplyse, hvor mange medarbejdere der skulle overtages, lønudgifterne til disse medarbejdere og øvrige relevante ansættelsesvilkår, uanset at oplysningerne, som Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS var i besiddelse, havde væsentlig betydning for tilbudsgivernes udarbejdelse af deres tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved kun 10 dage før fristen for afgivelse af tilbud at udlevere liste over inventar, som indklagede stillede til rådighed for kantinedriften, og kun 4 dage før fristen for afgivelse af tilbud at oplyse, at der kun ville blive ydet kompensation i 1½ år for forøgede udgifter til medarbejdere, der er overtaget fra den tidligere leverandør efter lov om virksomhedsoverdragelse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med underkriteriet »2. Gastronomi« at henvise til udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.1 og i forbindelse med underkriteriet »4. Service« at henvise til udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.4, uanset at indholdet af punkterne 3.5.1 og 3.5.4 ikke var egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om ligebehandling ved at have fastsat udbudsbetingelserne og gennemført udbuddet på en sådan måde, at det i realiteten kun var Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS, der kunne afgive et tilbud, som opfyldte udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. oktober 2008 om at indgå kontrakt med Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS.

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens omstændigheder

Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS (i det følgende benævnt Spisestuerne) drev også forud for udbudsforretningen kantinerne hos indklagede. De enkelte kantiner har følgende benævnelser:

- Solbjerg Plads
- Kilen
- Dalgas Have
- Porcelæns haven

Indklagedes konsulent ved udbuddet, Per Hjortshøj, M2Konsulent ApS, sendte den 28. maj 2008 en e-mail til de virksomheder, som indklagede havde besluttet at prækvalificere. Det blev meddelt, at udbudsbetingelserne endnu ikke var endelig udarbejdet, men det blev oplyst, at den overordnede tidsplan for forløbet af udbuddet ville være følgende:

»...

- 17. juni. Offentliggørelse af udbudsmateriale med bilag.
- 24. juni. Informationsmøde og besigtigelse af faciliteterne. Forventet start kl. 13.
- 13. august. Tilbudsfrist.
- Uge 39. Forventet offentliggørelse af resultatet.
- 1. januar 2009. Kontraktstart.

...«

Udbudsbetingelserne blev sendt til de prækvalificerede virksomheder den 17. juni 2008. Den 24. juni 2008 deltog de prækvalificerede virksomheder i en besigtigelse af lokalerne og driftsinventaret.

Den tidsplan, som fremgik af udbudsbetingelserne, var stort set i overensstemmelse med den tidligere meddelte tidsplan, idet fristen for afgivelse af tilbud dog var rykket til den 22. august 2008. Følgende fremgik i øvrigt af udbudsbetingelserne:

»...

1.5 Forudsætninger

For at tilbuddet kan betragtes som konditionsmæssigt og dermed komme i betragtning, skal følgende forudsætninger være opfyldt:

1. Tilbudsgiver skal have deltaget i informationsmøde og besigtigelse.

...

1.6 Tildelingskriterier

Ordren vil blive tildelt Det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Delkriterierne vil være i prioriteret og vægtet rækkefølge:

- 1. Økonomi 40 %
Flg. underkriterier anvendes:
 - Salgspriser
- 2. Gastronomi 15 %
Se pkt. 3.5.1
- 3. Kreativitet 15 %
Se pkt. 3.5.3 Krav til kreativitet.

- 4. Service 10 %
Se pkt. 3.5.4
- 5. Fleksibilitet 10 %
Evne til hurtig omstilling i forbindelse med ændringer i det daglige, samt varige ændringer.
- 6. Leveringssikkerhed 10 %
Se pkt. 4.1

Forbehold mod grundlæggende dele af udbudsmaterialet, eller forbehold der ikke kan kapitaliseres vil være diskvalificerende.

1.7 Tilbudssindhold

Tilbuddet skal som minimum indeholde (i parentes er nævnt hvilket kriterium svaret henfører til), og tilbuddet skal følge nedennævnte disposition:

1. Udfyldte tilbudslistes (1).
2. En beskrivelse af den organisation der vil varetage driften af kantinerne hos CBS (4, 5, 6).
3. En beskrivelse af personalegruppen, herunder hvilke uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hver enkelt forventes at have (6).
4. Beskrivelse af hvor mange medarbejdere der vil deltage i kantine-driften på de pågældende adresser (4, 5, 6).
5. Beskrivelse af i hvilket tidsrum leverandørens personale vil være på arbejde (tidsrummet/antal/stillingsbetegnelse) (4, 5, 6).
6. Beskrivelse af hvordan afløsningsproblemet i forbindelse med sygdom og andet fravær blandt personalet vil blive håndteret (6).
7. Beskrivelse af hjemmesidemuligheder, herunder bestillinger, priser, varedeklARATIONER, menuer, resultat af brugerundersøgelser og andet (3, 4).
8. Et forslag til en uges menuplan med udgangspunkt i oplyst sortiment (salg) i kantinerne (2, 3).
9. Kreative forslag til sortiment i kantinerne inklusiv prisliste. Se eksempler (som skal indeholdes i forslagene), dog ikke begrænset til (1, 2, 3):
 - Mad i henholdsvis små og store portioner.
 - Sund profil med fokus på mindre fedt og mere grønt.
 - Billig dagens ret.
 - Klippe kort med rabatter.
10. Forslag til forplejning ved henholdsvis frokostmøder små/store, receptioner og aftenbespisning af gæster, inklusiv prisliste (1, 2, 3, 4, 5).
11. Forslag til hvorledes bl.a. catering kan ydes til konferencer m.v. (1,

- 2, 3, 4, 5).
12. Forslag til hvorledes medarbejdere og studerende kan købe mad med hjem (Take Away) (2, 3, 4).
 13. Forslag til min. 3 arrangementspakker (1 konference (50 pers.), 1 fest (100 pers.) og en reception (150 pers.)), hvor leverandøren varetager det samlede arrangement, inklusiv priser (1, 2, 3).
 14. Forslag til mødeforplejning bestillingssystem. Kort beskrivelse samt eventuel økonomi og forudsætninger forbundet med systemet (1, 4, 6).
 15. Tro- og Loveerklæring om gæld til det offentlige (6).

...

1.12 Varighed og opsigelse

Aftalen træder i kraft 1. januar 2009, og løber til 31. december 2011, hvor aftalen udløber uden yderligere varsel. CBS kan dog kræve kontrakten forlænget i 2 gange 12 måneder på uændrede betingelser. Forlængelserne skal hver for sig varsles med mindst 6 måneders varsel inden kontraktens udløb.

1.13 Virksomhedsoverdragelse

Aftalen er ikke omfattet af Lov om medarbejdernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

...«

Indklagede besvarede den 4. september 2008 et spørgsmål om, hvorvidt det var muligt i dispositionen i udbudsbetingelsernes pkt. 1.7 »Tilbudsindhold« at flytte pkt. 12, idet pkt. 10, 11 og 13 efter spørgsmålsstillerens opfattelse hørte sammen. Indklagede svarede: »Dispositionen fastholdes, og alle punkter skal besvares selvstændigt, da der er forskelle på hvilke tildelingskriterier de vedrører.«.

Udbudsbetingelserne indeholdt et udkast til kontrakt, hvor det i § 4 »Tilskud« er anført:

»Vederlaget for den omfattede og på forhånd aftalte kantinedrift m.v. udgør årligt i alt kr. 1.000.000,00 ekskl. moms, som ydes som driftstilskud. Leverandøren fakturerer elektronisk, månedsvis bagud, 1/12 af beløbet.«

Af kontraktudkastets § 21 »Forpligtelser ved kontraktophør« fremgår:

»I forbindelse med kontraktens udløb, skal leverandøren stille økonomisk og statistisk materiale til rådighed for ordregiver senest 6 måneder forud for kontraktens udløb, i det omfang ordregiver ønsker dette. Det kan f.eks. være, men er ikke begrænset til: Omsætningstal fordelt på adresser, specificeret på kasserapporter, mødeservicering, arrangementsomsætning, oplysninger om personalet, herunder overenskomstforhold, ansættelsesforhold, anciennitet, personalegoder, kutymmer samt andet relevant materiale.

Kontrakten er ikke omfattet af Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.«

Af udbudsbetingelsernes afsnit 3. »Målsætning, omfang og afgrænsninger« fremgår følgende:

»3.1 Faciliteter

CBS stiller nedenstående til rådighed for Leverandøren:

- Kantine lokaler på nævnte adresser på Frederiksberg.
- Produktionslokaler og driftsudstyr på adresserne. Se tegninger. Kantine i Kilen har begrænset godkendelse til produktion.
- Bortskaffelse af kantineernes affald, inkl. madaffald.
- Telefon og internetforbindelse. De løbende forbrugsudgifter til telefon afholdes af Leverandøren.
- El, vand og varme.
- Toilet, bad og garderobe faciliteter til kantinepersonalet, samt rengøring heraf.
- Driftsudstyr og porcelæn.
- Rengøring af kantinelokalerne 1 gang i døgnet på åbningsdage, udenfor kantineernes åbningstid.
- Løbende vedligehold af bygninger samt inventar stillet til rådighed af CBS varetages af CBS.
- Adgangsforholdene for vareleverancer på Solbjerg Plads bevirker, at vognen med varer ikke kan komme igennem kælderporten, og derfor skal varerne transporteres på anden måde til køkkenet og depoterne.

3.2 Kundegrundlag

Kundegrundlaget består af studerende, personale og gæster på tidligere nævnte adresser. Det drejer sig om op til 18.000 personer, der dog langt fra alle har deres daglige gang på CBS.

3.2.1 Fordeling af belastning

Antallet af studerende og ansatte kan ikke opgøres pr. adresse, da undervisningen ikke er bundet til en fast adresse.

For at anskueliggøre potentialet for de enkelte adresser angives nuværende leverandørs omsætningstal for kantinernes samlede og forholdsmæssige omsætning.

...«

Der er herefter i udbudsbetingelserne indsat et søjlediagram, som viser Spisestuernes omsætning ved kassesalg i de enkelte kantiner for årene 2005-2008. Ifølge søjlediagrammet udgjorde omsætningen i 2007-2008 ca. 16,8 mio. kr. På et spørgsmål til indklagede om, hvorvidt det var muligt at få de data, som lå til grund for søjlediagrammerne, oplyst som tal, svarede indklagede: »Nej«.

Af udbudsbetingelserne fremgår følgende vedrørende den del af omsætningen, som ikke kommer fra kassesalg – benævnt anden servicering eller arrangementssalg:

»...

3.2.2 Anden servicering

Diverse fester, jubilæum, konferencer og afslutninger afholdes ad hoc efter rekvisition...

Der vil ikke være eneret på leverancer til disse arrangementer. Det kan dog oplyses, at indkøbet hos nuværende leverandør til anden servicering i 2007 har været ca. kr. 8,2 mio. Det er ikke muligt at opgøre det samlede beløb for arrangementer.

...«

Den samlede omsætning ved kassesalg og anden servicering i 2007 udgjorde således ca. 25 mio. kr.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.5 »Gastronomi« fremgår:

»3.5.1 Krav til råvarer

Følgende krav til gastronomien er uomtvistelige:

Al mad skal så vidt muligt laves fra bunden, og der må ikke bruges halv eller hel fabrikata i kantinen, dog undtaget ex. dåse tomater, ketchup, ristede låg og lign.

Der må ikke bruges frostvarer i kantinen, dog undtaget is, rejer, og lign. Sæson og sæsonvarer skal være en væsentlig del af menuplanlægning. Sundhedsstyrelsens krav til råvarens kvalitet og oprindelse, er til enhver tid gældende.

3.5.2 Krav til økologi

Hvis det er muligt indenfor det aftalte budget at bruge økologiske råvarer, foretrækkes dette.

3.5.3 Krav til kreativitet

Leverandøren skal komme med forslag og tilbagevendende tiltag til stadig opretholdelse af kreativitet og fornyelse. Disse forslag vil indgå i kontrakten.

Der lægges vægt på at sortimentet er flydende og følger med tiden og brugerne. Dog med faste aftalte grundelementer.

Det forventes at der i det indkommende bud beskrives hvordan leverandøren vil skabe et kreativt køkken med brug af temauger, underleverandører etc. De indkommende forslag vil blive en del af den kontraktlige forpligtelse.

3.5.4 Betjening og service

I kantinerne er der selvbetjening og selvafrydning. I forbindelse med møder og gæste arrangementer er kantinen ansvarlig for opdækning, anretning og bordaftørring i henhold til bestilling.

3.5.5 Betalingsform

Der skal være mulighed for følgende betalingsformer i kantinerne:

- Kontant betaling via kassefunktion.
- Dankortbetaling.
- CBS møntkort (CBS stiller teknik og faciliteter til rådighed).
- Papirrekvisitioner (der skal efterfølgende sendes en faktura pr. rekvisition).

...«

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1 »Leveringssikkerhed« fremgår:

»Uanset sygdom, ferie og afspadsering m.m. skal udbyder opretholde og levere det aftalte kvalitetsniveau og produkt til enhver tid (se gastronomi), hvilket er ensbetydende med anskaffelse af vikarer med minimum samme erfaring og uddannelse, samt råvarer eller erstatningsvarer hvis nødvendigt.«

Indklagede udsendte den 27. juni 2008 et rettelsesblad med rettelser til udbudsbetingelserne. Det blev vedrørende tidsplanen anført, at sidste frist for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne var den 14. august 2008, og sidste svarfrist var den 15. august 2008. Følgende blev anført vedrørende virksomhedsoverdragelsesloven:

»For ikke at komme i en eventuel tvivlssituation, vil VO være gældende i dette udbud. Det betyder at de nuværende medarbejdere hos Spisestuerne ApS skal overdrages i tilfælde af leverandørskift. Såfremt der måtte opstå omkostninger som følge af dette hos kommende leverandør, skal disse omkostninger efterfølgende faktureres direkte til CBS. Der skal altså ikke tages højde for dette i tilbuddene. Til at beregne disse eventuelle omkostninger, anvendes beregningsmodellen, som er indsat nedenstående. Spisestuerne ApS vil udarbejde oplysninger på relevant personale som udleveres efter meddelelse om accept.«

Det var herefter muligt i skemaer at anføre lønomkostninger for overdraget personale pr. måned og kalkulerede lønomkostninger i henhold til leverandørens tilbud. Ved at fradrage de kalkulerede lønomkostninger i de faktiske lønomkostninger til overtaget personale fremkom leverandørens meromkostninger. Differencen skulle faktureres til indklagede hver måned. Det blev anført: »Leverandøren skal drage omsorg for at omkostninger grundet virksomhedsoverdragelsen minimeres mest muligt.«.

Klageren stillede ved e-mail af 27. juni 2008 bl.a. følgende spørgsmål til indklagede:

»CBS oplyser at der stilles produktionslokaler og driftsudstyr til rådighed, betyder det at CBS også erstatter det materiel som nuværende operatør fjerner ved en evt. overdragelse af kontrakten? Hvis ikke, er det så muligt at få en specifik liste over det udstyr som nuværende operatør tager med sig?«

Indklagede svarede ved e-mail af 30. juni 2008:

»...

Vi er vist nødt til at få lavet den registrering af udstyr, som vi tidligere har talt om – Alternativt kunne vi udarbejde en 'negativ liste' over de ting, som Lars tager med sig.

...«

IDA Service A/S rettede ved e-mail af 10. juli 2008 også henvendelse til indklagede med forespørgsel om, hvorvidt det var muligt at få en liste over det inventar, der var i kantinerne, og en beskrivelse af, hvilken stand inventaret var i.

Ved e-mail af 5. august 2008 skrev indklagede følgende til de prækvalificerede virksomheder:

»...

Der er ved at blive udarbejdet en inventarfortegnelse, udvisende indholdet i køknerne med div. detaljer. Grundet ferie er vi ikke sikre på, at kunne have oversigten i behørig tid inden tilbudsfristen.

For at sikre fornøden tid, skydes tidsplanen således:

- Spørgefrist er den 28. august.
- Svar offentliggøres den 29. august.
- Tilbudsfrist er den 5. september, kl. 14.

...«

Ved e-mail af 25. august 2008 blev tidsplanen ændret på ny:

»Det er besluttet at udskyde tilbudsfristen endnu 2 uger, således at tidsplanen ser således ud:

Spørgefrist: 11. september

Svarfrist: 12. september

Tilbudsfrist: 19. september.«

I rettelsesblad af 4. september 2008 anførte indklagede vedrørende de tidligere stillede spørgsmål til inventarlisten, at inventarlisten var under udarbejdelse og ville blive fremsendt i »uge 37 inden spørgefristen«, hvilket dækkede perioden 8.-14. september 2008.

Inventarlisten blev udsendt ved e-mail den 9. september 2008, og indklagede mindede samtidig om, at spørgefristen udløb den 11. september 2008. Det var ud for de enkelte inventardele anført, om det var indklagede eller Spisestuerne, der var ejer. Følgende var anført vedrørende Spisestuernes ejendom:

»Nedenstående udstyr er Spisestuerne ApS ejendom og vil således ikke blive stillet til rådighed for ny forpagter:

Samtlige kasseapparater, dankortterminaler, cbsmønt samt øvrigt udstyr hertil fx vægte, scannere m.v.

Informations – og reklameskærme incl. servere m.v.

Alt kontorudstyr – møbler m.v.

Alle server, computere, printere med diverse tilbehør.

ERP system.

Alt kommunikationsudstyr som telefoner og walkie-talkies.

Biler og trailer.

Alle automater – dog tilhører koldddriksautomaterne bryggerierne.

Arrangementsudstyr; buffet- og cafeborde, telte og grilludstyr.

1. stk.	Buffet med varme 5m
1. stk.	Kagebuffet med køl/opsats 5 meter
1. stk.	Kassedisk 1/2 buet i rs.
2. stk.	Salatbar i rs.
5. stk.	Derby køleskabe med glaslåger
1. stk.	WMF Kaffespecial + kakao + mælk
1. stk.	Salamander Franke
1. stk.	WMF Kaffespecial + kakao + mælk
1. stk.	Køleskab Vibocold 2 fag med glaslåger
1. stk.	Rund salatbar Ø 1200 mm
1. stk.	WMF Kaffespecial + kakao + mælk
1. stk.	WMF Kaffespecial + kakao + mælk
1. stk.	Ovn/raskeskab Franke
1. stk.	Brødkærermaskine
...	«

Det er vedrørende inventaret: æltekar mrk. KEMPER, dele/virke maskine, rullebord – bager, bageribord – træ og bageovn/raskeskab mrk. Danbake anført, at indklagede er ejer, og at udstyret eventuelt vil blive erstattet af tilsvarende udstyr.

I rettelsesblad af 12. september 2008 fremgår følgende spørgsmål og svar i relation til den udsendte inventarliste:

»Efter at have modtaget opgørelsen over inventar, hvor hvad hører til hvad, er vores spørgsmål:

Flere af de oplyste inventargenstande tilhørende Spisestuerne... er nagelfaste, samt et nødvendigt udstyr beregnet til den type kunder, der er på CBS.

Skal vi erstatte hhv. købe dette, er det en umulighed for os med et fastsat tilskud, at kunne afskrive dette inventar over de 3 år samtidig med økonomi i kontrakten.

Spisestuerne... har haft mulighed til at afskrive på dette i flere år, hvor det for XX er startomkostning.

Mange af delene er som sagt nagelfast og flere er nødvendige, hvis vi forudsætter, at XX tilbyder en discount udgave af CBS, tror jeg ikke dette foretrækkes af CBS.

Ønskes inventardelene ikke overtages eller indkøbes, vil der skulle foretages en del reparationsarbejde, der skal bekostes af CBS.

Bliver svaret, at det kan der ikke tages hensyn til, bliver XX nødt til at trække sig, idet det ikke kan hænge sammen med de investeringer over 3 år.

XX foreslår, at CBS overtager det inventar, som ejes af Spisestuerne, og stiller det til rådighed for en kommende forpagter.

Undtaget fra ovenstående er pc, biler og lign.«

Indklagede svarede:

»CBS har taget stilling til inventarlisten og har ikke fundet anledning til at overtage det inventar fra listen, der er Spisestuernes ejendom. Det er endvidere ikke forudsat i CBS budget for kantineområdet at CBS skal foretage nye investeringer i kantineinventar.

CBS fastholder at det inventar fra listen, der er Spisestuernes ejendom ikke vil blive stillet til rådighed for en ny forpagter.

CBS har ikke ønsket at blande sig i, hvilket ekstra inventar forpagtere ønsker at anskaffe og vil heller ikke gøre dette i fremtiden.«

Ved e-mail af 12. september 2008 skrev indklagede følgende til de prækvalificerede virksomheder:

»...

Så er de indkomne spørgsmål besvarede. ...

...

Endelig skal jeg gøre opmærksom på, at der er stillet nogle spørgsmål om virksomhedsoverdragelse. Det er ikke spørgsmål der vedrører selve tilbudsafgivelsen, men om forholdene ved et evt. skifte af leverandør. Det er derfor ikke skønnet nødvendigt at foretage en udsættelse af til-

budsfristen på dette grundlag. Disse svar vil være tilgængelige senest mandag den 16. september kl. 16.

...«

Samme dag – den 12. september 2008 – skrev Forenede Kantine A/S følgende e-mail til indklagede:

»...

Efter at have læst svaret omkring det inventar, der evt. skal overtages, må jeg konstatere, at Forenede Kantine Service ikke kan se sig i stand til at udarbejde et tilbud ud fra det faste tilskud, der er en del af udbuddet, med en indtjening, der står mål med en uopsigelig aftale med stor usikkerhed.

Forenede Kantine Service trækker sig hermed ud af tilbudsgivningen, hvilket vi beklager. Skulle vilkårene ændre sig, åbner vi gerne sagen igen.

...«

E-mailen blev sendt til orientering til de øvrige prækvalificerede virksomheder.

Som oplyst af indklagede i e-mailen af 12. september 2008 blev der stillet en række spørgsmål den 12. september 2008 vedrørende virksomhedsoverdragelsesloven. Spørgsmålene, der blev stillet af Spisestuerne, blev besvaret af indklagede den 15. september 2008, hvor følgende rettelsesblad til udbudsbetingelserne blev udsendt:

»...

I hvor lang tid dækker CBS en eventuel meromkostning i forbindelse med (mer)personaleomkostninger forårsaget af en virksomhedsoverdragelse af medarbejdere?	1,5 år, altså til 30/6-10.
Hvad menes der helt præcist med at: »Leverandøren skal drage omsorg for at omkostninger grundet virksomhedsoverdragelsen minimeres mest muligt«.?	Hermed menes at den nye leverandør skal tilpasse personale-normeringen til det, der er forudsat i leverandørens tilbud.
Menes der dermed at CBS ønsker	Der menes, at efter en kort perio-

at der skal ske opsigelse af overenskomst i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse af medarbejdere?	de (typisk 1 måned) skal leverandøren tilbyde det personale der måtte være i overskud, tilsvarende arbejde andet sted, inden for en rimelig geografi og arbejdstidspunkt, eller alternativt opsiges de medarbejdere han ikke skønner at have brug for. Dette skal naturligvis ske med det varsel som medarbejdernes overførte anciennitet tilskrives. For de overdragne medarbejdere der fortsætter arbejdet vil der, såfremt der måtte være forskelle i løn eller andre ansættelsesvilkår skulle opsiges disse aftaler til den 30. juni 2010, igen med varsel efter anciennitet.
Hvis dette ikke er tilfældet hvorledes ønsker/forestiller CBS så at der skal drages omsorg for at »omkostninger grundet virksomhedsoverdragelsen minimeres mest muligt«?	Ikke relevant, grundet ovenstående svar.
...	
Hvordan sikrer CBS at de byden- de parter stilles ens vilkårmæssigt og byder på ens betingelser, i forholdet med afgivelse af bud i forbindelse med at CBS stipulerer at der for en ny leverandør der skal have virksomhedsoverdraget personalet gælder at: »Såfremt der måtte opstå omkostninger som følge af dette hos den kommende leverandør, skal disse omkostninger efterfølgende faktureres direkte til CBS«?	Alle tilbudsgivere byder på den i udbudsmaterialet beskrevne opgave på samme vilkår, i det evt. omkostninger som følge af VO ikke skal medtages i tilbudsgivningen. At så CBS i en kortere periode vil få nogle ekstraomkostninger er et rent CBS anliggende, og leverandøren der modtager de overdragne medarbejdere vil ikke blive favoriseret af denne ordning.

...«

Den 16. september 2008 meddelte IDA Service A/S indklagede, at virksomheden ikke ønskede at afgive tilbud. Det blev anført, at baggrunden for beslutningen var den uopsigelig kontrakt for leverandøren, den nødvendige investering i inventar og størrelsen af det fastsatte vederlag.

Fazer Amica Danmark A/S meddelte den 18. september 2008 indklagede, at selskabet ud fra de givne forudsætninger desværre ikke var i stand til at levere et realistisk tilbud og derfor måtte trække sig fra tilbudsgivningen. Fazer Amica Danmark A/S uddybede på forespørgsel sin begrundelse for ikke at afgive tilbud med, at det primært skyldtes kombinationen af fast (relativt lavt) tilskud, store investeringer og en uopsigelig kontrakt. Derudover var der »spørgsmålet om virksomhedsoverdragelse af medarbejdere ved kontraktafslutning i tilfælde af udskiftning af operatør«.

Klageren og Spisestuerne var herefter de eneste af de prækvalificerede virksomheder, som ville afgive tilbud.

Klageren indleverede sit tilbud den 18. september 2008. Tilbuddet var »bettinget af en forhandling om kontraktens uopsigelighed med et for begge parter tilfredsstillende udfald«. Følgende fremgik endvidere:

»...

Vi har med udgangspunkt i fremsendte liste over køkkeninventar anslået et estimat på nødvendige investeringer. Såfremt dette estimat overskrides af de faktiske omkostninger ønskes en mulighed for justering af budgettet.

Til orientering har vi estimeret kr. 300.000,00

...«

Det fremgår af tilbuddet fra Spisestuerne, at virksomheden blev grundlagt i 1988 af De Studerendes Råd (i dag CBS Student). Årsagen til, at virksomheden blev stiftet, var svingende kvalitet, service og sortiment fra skiftende kantineforpagteres side. Spisestuerne drives »non-profit« og driver kun virksomhed hos indklagede. Anparterne i selskabet ejes 100 % af CBS Student. Som væsentlige og vigtige karakteristika til forskel fra en sædvanlig kantineforpagter fremhæver Spisestuerne derfor: »At Spisestuerne kun er på CBS, at vi er studenter ejet, at vi er brugerdrevet og at vi i sidste ende ikke bliver målt på overskudsgraden.«.

Vedrørende den forventede omsætning anførte Spisestuerne bl.a. i tilbuddet:

»Aktivitetsudviklingen og dermed omsætningen i kantinerne vil i de kommende år kun være svagt stigende. Kundegrundlaget vil være nogenlunde uændret. ...

Aktivitetsudviklingen i arrangementer forventes fortsat at være støt stigende, så pænt at udviklingen indenfor 5 år vil gøre arrangementsomsætningen større end kantineomsætningen. ...

...

Som tillæg til tilbudslistens budget hvor der budgetteres med et overskud på 265.589 kr. før skat, har vi vedlagt som bilag 3 et tilsvarende budget opgjort på afdelinger og med en lidt større detaljeringsgrad på de enkelte konti.

Som det fremgår af dette afdelingsbudget så er kantinedriften underskudsgivende med ca. 1,2 mill. kr. og det fremgår ligeledes at dette underskud dækkes ind af arrangementsafdelingen hvor der er budgetteret med et overskud på knap 1,5 mill. kr.«

Spisestuerne anførte endvidere følgende i tilbuddet vedrørende arrangementsafdelingens økonomiske betydning for den samlede kantinedrift:

»...

Andet steds i dette tilbud har vi redegjort for hvor vital arrangementsafdelingens økonomiske formåen og overskud er for det service-, udbuds- og prisniveau der kan tilbydes i kantinerne. Vi har ligeledes beskrevet at den fremtidige vækst primært vil ske i arrangementsafdelingen og at vi forudser at det overskud væksten her kan generere vil være tilstrækkeligt til at vi i de nærmeste år vil være i stand til at holde kantinepriserne i ro.

...«

Indklagedes konsulent, Per Hjortshøj, M2Konsulent ApS, meddelte den 19. september 2008 indklagede følgende:

»...

Der er nu modtaget 2 tilbud på kantinedriften, Spisestuerne og Eurest. De øvrige 3 tilbudsgivere har, som tidligere meddelt, trukket sig.

Der er på nuværende tidspunkt ikke lavet en egentlig evaluering af tilbuddene, men en overfladisk gennemgang, med følgende resultat:

- Tilbuddet fra Spisestuerne ser konditionsmæssigt ud. Der er ikke taget direkte forbehold på tilbudslisten, og alle de ønskede elementer er vedlagt.
- Tilbuddet fra Eurest er ikke konditionsmæssigt, da der er taget følgende forbehold
 - Tilbuddet er betinget af en forhandling om kontraktens uopsigeligthed, med et for begge parter tilfredsstillende udfald. Det må betragtes som et forbehold mod grundlæggende vilkår i kontrakten, samt et oplæg om at forhandle disse (som der ikke er adgang til).

Det betyder desværre, at vi kun har et konditionsmæssigt tilbud.

Inden vi går i gang med en egentlig evaluering afventer vi CBS stillingtagen til det fortsatte forløb.

...«

Per Hjortshøj foretog en gennemgang af både tilbuddet fra klageren og tilbuddet fra Spisestuerne og afgav den 3. oktober 2008 følgende udtalelse til indklagede:

»Beslutningsgrundlag

Efter udbudsrundens afslutning er det kun Spisestuerne der har afleveret et konditionsmæssigt tilbud.

3 selskaber har valgt at undlade at afgive tilbud, med hovedbegrundelser i investering i inventar, uopsigeligthed af kontrakt samt tilskuddets størrelse.

Eurest har valgt at aflevere tilbud, men desværre er tilbuddet ikke konditionsmæssigt. Der er taget forbehold mod grundlæggende elementer i kontrakten, nemlig uopsigeligheden. Endvidere opfordrer Eurest til forhandling af dette punkt, hvilket ikke er tilladt i et EU udbud.

Hard facts

Hvis man for et øjeblik ser bort fra det faktum at Eurest tilbud ikke er konditionsmæssigt, har vi sammenlignet de økonomiske data der er fremkommet i bud runden fra Spisestuerne og Eurest for at vurdere om Spisestuernes tilbud er konkurrencedygtigt.

	Eurest	Spisestuerne
Omsætning	26.685.043,58	32.479.563,00
Vareforbrug	14.047.641,00	14.047.641,00
Personaleforbrug	12.180.825,73	16.965.833,00
Diverse	1.503.291,33	2.466.089,00

Sammenholdes vareforbruget som værende ens, hvilket antages at være til Spisestuernes fordel, da Eurest sandsynligvis køber billigere ind grundet større samlet indkøb, viser regnestykket med alt tydelighed, at CBS samlet set, vil komme til at betale 5,7 mill. mere årligt for lønsningen hos Spisestuerne.

Kassesalgspriserne er tæt på at være ens, mens rekvisitionssalg er 25 % højere hos Spisestuerne. Det betyder at CBS på udgifter til mødeservice og arrangementer vil betale 25 % højere priser.

...

Soft facts

Hvis man sammenligner Spisestuerne og Eurest hvad angår deres bagland og dermed værktøjer, administration og uddannelse, er Eurest førende på alle områder. Eurest er kendt for deres prisbillige koncepter på mad i den billige ende og er en del af Compass Group, en af verdens største Catering virksomheder. Det betyder at Eurest har kunder på samme størrelse som CBS og dermed erfaring med denne type kunder. Eurest har med udgangspunkt i deres størrelse, mulighed for at lave indkøbsaftaler der kan komme CBS til fordel samt et stort personale der vil kunne blive en fordel under sygdom og ferie.

Konklusion

Det kan konkluderes ud fra både Hard og Soft facts at Eurest ville være det mest attraktive bud.

Med den store økonomiske fordel – 5,7 mill. årligt – vil CBS hurtigt kunne indtjene de penge som en investering i inventar løber op i.

De muligheder vi ser som udgang på sagen er flg.:

- Skrive kontrakt med Spisestuerne, da deres tilbud er afgivet i troen på at de var i en konkurrencesituation.
- Annullere udbuddet med den begrundelse at den tilbudte løsning er for dyr. Herefter iværksættes en ny udbudsrunde, hvor man revurderede de områder som tilbudsgiverne ankede over. Herved

ville der blive skabt en reel konkurrencesituation, som med stor sandsynlighed vil komme CBS til gode.

...«

På baggrund af Per Hjortshøjs gennemgang var anbefalingen fra indklagedes styregruppe til indklagedes direktion, at indklagede indgik kontrakt med Spisestuerne. Dette skete som anført den 28. oktober 2008.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede gav misvisende og ukorrekte oplysninger om konsekvenserne af, at virksomhedsoverdragelsesloven var gældende for udbuddet. Indklagede gav ikke nærmere oplysninger om de medarbejdere, der var ansat hos Spisestuerne, og som måske skulle overtages i medfør af virksomhedsoverdragelsesloven, selv om oplysningerne var af væsentlig betydning for de prækvalificerede virksomheder. Oplysningerne var bl.a. af betydning for organisationen og personalestrukturen i enhver tilbudsgivers virksomhed. Klageren modtog således ikke oplysninger om de pågældende medarbejders uddannelse, stillingsbetegnelse, anciennitet og øvrige ansættelsesvilkår, herunder oplysninger om aflønning. Derimod var Spisestuerne, som den aktuelle leverandør, i besiddelse af alle disse oplysninger.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har givet misvisende eller ukorrekte oplysninger om konsekvenserne af, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse ved udbuddet. Den fejlagtige oplysning om, at loven ikke ville finde anvendelse, blev rettet den 27. juni 2008, hvilket var 84 dage før den endelige tilbudsfrist. Tilbudsgiverne havde således god tid til at tage den nye oplysning med i deres tilbud. Desuden kompenserede indklagede tilbudsgiverne i de første 1½ år af kontraktperioden for deres eventuelle meromkostninger ved at skulle overtage Spisestuernes medarbejdere. Klageren har ikke under udbuddet anmodet om at få oplysninger om antallet af medarbejdere, der skulle overtages efter loven, deres lønudgifter mv.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede foretog ændringer af udbudsbetingelserne på grundlæggende punkter kort tid før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud. Listen over driftsinventar, som indklagede stillede til rådighed, blev først sendt til de prækvalificerede virksomheder den 9. september 2008. Desuden gav indklagede først den 15. september 2008 – 4 dage før tilbudsfristen – meddelelse om, at indklagede ville yde kompensation i 1½ år for de meromkostninger, der måtte være en følge af at overtage medarbejdere fra Spisestuen i medfør af virksomhedsoverdragelsesloven. Indklagede har derved overtrådt Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, idet klageren gør gældende, at Udbudsdirektivet finder anvendelse i sin helhed. Der må således i den forbindelse bl.a. lægges vægt på, at indklagede offentliggjorde en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, og at indklagede under udbudsforretningen ikke har anført, at Udbudsdirektivet ikke finder anvendelse. Indklagede har derimod, når der var ændringer til udbudsbetingelserne, rykket tilbudsfristen, så der mindst var et varsel på 6 dage før tilbudsfristens udløb. Indklagede har under alle omstændigheder overtrådt ligebehandlingsprincippet ved den 15. september 2008 at besvare spørgsmål fra Spisestuerne, der blev stillet den 12. september 2008, selv om fristen for at stille spørgsmål udløb den 11. september 2008.

Indklagede har gjort gældende, at Udbudsdirektivet ikke finder anvendelse i sin helhed, da kantinedrift er omfattet af kategori 27 i bilag B II til Udbudsdirektivet. Selv om indklagede i medfør af Udbudsdirektivets artikel 37 offentliggjorde en bekendtgørelse i EU-Tidende finder kun direktivets artikel 21, jf. artikel 23 og artikel 35, stk. 4, anvendelse. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, finder derfor ikke anvendelse. De spørgsmål, som Spisestuerne stillede den 12. september 2008, og som indklagede besvarede den 15. september 2008, vedrørte alle virksomhedsoverdragelsesloven. Svarene, der i øvrigt blev sendt til alle de prækvalificerede virksomheder, havde derfor ingen betydning for udbuddet, idet meromkostningerne som følge af virksomhedsoverdragelsesloven ikke skulle medtages i tilbuddet. Endvidere blev inventarlisten udsendt 10 dage før fristen for afgivelse af tilbud. Dette medførte ikke en ændring af udbudsbetingelserne, men var blot en præcisering af de forpligtelser, som indklagede havde til at stille driftsinventar til rådighed.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indholdet af udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.1, som der henvises til i underkriteriet »2. Gastronomi«, ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.1 indeholder således absolutte og uomtvistelige krav til de anvendte råvarer, hvilket udelukkede en egentlig konkurrence mellem tilbudsgiverne. Også henvisningen i underkriteriet »4. Service« til udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.4 er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Samlet set er 25 % af vægtningsgrundlaget uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.7 »Tilbudsindhold«, at tilbuddene skulle disponeres som anført. Det er tydeligt angivet, i hvilke underkriterier de enkelte elementer i dispositionen ville indgå. Underkriterierne i udbudsbetingelsernes pkt. 1.6 kunne derfor ikke læses uden samtidig at forholde sig til udbudsbetingelsernes pkt. 1.7. Dette fremgår også af indklagedes svar af 4. september 2008, hvor det blev anført, at dispositionen i udbudsbetingelsernes pkt. 1.7 skulle fastholdes. Klageren har da også i sit tilbud fulgt dispositionen i udbudsbetingelsernes pkt. 1.7. De opstillede underkriterier har herefter været egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at Spisestuerne reelt var den eneste, der kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Spisestuerne var den eneste virksomhed, der fra starten havde indsigt i, hvilket inventar der tilhørte henholdsvis indklagede og Spisestuerne. De øvrige prækvalificerede virksomheder fik først indsigt i, hvilket driftsinventar der tilhørte indklagede - og derfor medfulgte - næsten 3 måneder efter udsendelsen af udbudsbetingelserne. Klagerens forbehold over for kontraktens uopsigeligthed skal ses i lyset af, at klageren ikke inden udløbet af fristen for at stille spørgsmål den 11. september 2008 havde mulighed for at afklare de tvivlsspørgsmål, som inventarlisten gav anledning til, eller at indhente tilbud til brug for beregning af den fornødne investering i udstyr. Spisestuerne var også den eneste virksomhed, der havde et realistisk indblik i den forventede omsætning i kantinerne, herunder at virksomheden forventede et underskud på kassesalget i kantinerne, men derimod en stor vækst i omsætningen i arrangementsafdelingen. Ind-

klagede gav hverken i udbudsbetingelserne eller i rettelsesbladene oplysninger, der gjorde det muligt for klageren – eller de øvrige prækvalificerede virksomheder - at vurdere arrangementernes faktiske betydning for at kunne drive en rentabel forretning. Spisestuerne havde som den eneste virksomhed et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag vedrørende arrangementerne og dermed særlige forudsætninger for at indkalkulere dette i sit tilbud, så den samlede drift af kantinerne blev rentabel. Alle andre prækvalificerede virksomheder end Spisestuerne var som følge af indklagedes oplysning i udbudsbetingelserne om, at der ikke var eneret på arrangementerne, meget forsigtige i deres kalkulation af omsætningen på arrangementerne. Spisestuerne har således gennem sin eksisterende virksomhedsdrift hos indklagede haft utilbørlige fordele i forhold til de andre prækvalificerede virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har bevist, at indklagede har gennemført udbuddet, så kun Spisestuerne kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Den aktuelle leverandør vil altid have fordele ved et udbud som det foreliggende. Tilbudsgiverne var ikke forpligtet til at foretage investeringer i driftsinventar. Klageren deltog desuden i en besigtigelse af kantinerne og kunne ved selvsyn konstatere, at alt væsentligt driftsinventar blev stillet til rådighed af indklagede. For at imødekomme anmodningen fra bl.a. klageren udarbejdede indklagede en inventarliste over alle de driftsmidler, som var til rådighed. Klagerens forbehold i tilbuddet vedrørte da heller ikke listen over driftsinventaret, men derimod kontraktens uopsigelighed. Vedrørende omsætningen havde indklagede forsøgt at få Spisestuerne til at oplyse virksomhedens regnskabstal. Indklagede havde ikke de oplysninger om forventningerne til den fremtidige omsætning ved arrangementer, som Spisestuerne anførte i sit tilbud. Indklagede har gjort, hvad der var muligt for at sikre, at der var lige konkurrence. Der blev således antaget en uafhængig konsulent til at gennemføre udbuddet, ligesom indklagede var indstillet på at kompensere den tilbudsgiver, hvis tilbud blev antaget, de meromkostninger, der måtte være forbundet med at overtage Spisestuernes medarbejdere efter virksomhedsoverdragelsesloven.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at der ved udbuddet er sket væsentlige overtrædelser af de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. En annulation af indklagedes tildelingsbeslutning er derfor sagligt begrundet. Der blev kun afgivet et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede

havde derfor ikke efter EF-Domstolens praksis pligt til at indgå kontrakt med Spisestuerne.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Annulatio kan kun blive aktuelt under særlige omstændigheder, og sådanne særlige omstændigheder foreligger ikke. Klageren har ikke påvist, at den overtrædelse af de udbudsretlige regler, som klageren påstår har fundet sted, er af en sådan karakter, at udbuddet kunne have fået et andet resultat, hvis den påståede overtrædelse ikke havde fundet sted.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 1.13 var en eventuel overdragelse af kantinedriften fra Spisestuerne til en anden virksomhed, hvis tilbud indklagede måtte antaget, ikke omfattet af lov om medarbejdernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Denne oplysning ændrede indklagede ved en rettelse til udbudsbetingelserne den 27. juni 2008, således at det nu blev oplyst, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse ved udbuddet. Indklagede anførte således, at de nuværende medarbejdere hos Spisestuerne skulle overdrages i tilfælde af leverandørskifte. Hvis dette måtte medføre meromkostninger for den kommende leverandør, skulle disse omkostninger efterfølgende faktureres direkte til indklagede. Tilbudsgiverne skulle således ikke i tilbuddene tage eventuelle meromkostninger som følge af forpligtelserne efter virksomhedsoverdragelsesloven i betragtning.

Oplysningen om, at indklagede ville refundere de meromkostninger, som en tilbudsgiver måtte få, blev imidlertid ændret ved rettelsesblad af 15. september 2008 til udbudsbetingelserne. På et spørgsmål om, i hvor lang tid indklagede ville dække meromkostningerne, svarede indklagede: »1,5 år, altså til 30/6-10«.

Indklagede har ikke under udbuddet givet nærmere oplysninger om de medarbejdere, en anden leverandør end Spisestuerne måtte være forpligtet til at overtage efter virksomhedsoverdragelsesloven, herunder antallet af medar-

bejdere, deres løn og ansættelsesvilkår i øvrigt. Ved et udbud som det foreliggende, der vedrører kantinedrift, vil medarbejderforpligtelserne have stor betydning for en tilbudsgiver. For at kunne optimere sit tilbud var det derfor nødvendigt for en tilbudsgiver at kende de konkrete forpligtelser, der følger af virksomhedsoverdragelsesloven. Indklagede skulle derfor i udbudsbetingelserne have givet oplysninger om medarbejderne, herunder disses kvalifikationer, anciennitet og ansættelsesvilkår.

Det kan ikke tillægges betydning, at klageren ikke har anmodet om nærmere oplysninger om de pågældende medarbejdere. Klageren har ikke haft anledning til at anmode om oplysningerne, idet indklagede først den 15. september 2008 meddelte, at indklagede kun ville dække eventuelle meromkostninger frem til den 30. juni 2010.

Efter det anførte har indklagede overtrådt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der er tale om en tjenesteydelse, der er omfattet af »Tjenesteydelseskategori: nr. 27«. Tjenesteydelsen »kantinedrift« er dermed ikke omfattet af Udbudsdirektivets udbudspligt. De omstændigheder, at indklagede bl.a. har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, jf. Udbudsdirektivets artikel 37, og ved rettelser til udbudsbetingelserne måtte have overholdt varslet i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, kan ikke i sig selv føre til, at Udbudsdirektivet finder anvendelse i sin helhed. Det må endvidere antages, at klageren, der driver et stort antal kantiner, er bekendt med, at Udbudsdirektivet ved et udbud som det foreliggende ikke finder anvendelse i fuldt omfang.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 »Faciliteter«, at indklagede bl.a. stillede driftsudstyr og porcelæn til rådighed for leverandøren. Kort tid efter besigtigelsen af faciliteterne den 24. juni 2008 stillede bl.a. klageren og IDA Service A/S spørgsmål til det driftsinventar, som indklagede stillede til rådighed. Indklagede tilkendegav den 30. juni 2008, at der ville blive udarbejdet en liste over driftsinventaret. Denne liste blev udsendt 10 dage før fristen for afgivelse af tilbud, nemlig den 9. september 2008.

Ifølge listen tilhørte en lang række effekter Spisestuerne, og der var bl.a. effekter, som indklagede i udbudsbetingelserne havde anført ville blive stillet til rådighed for leverandøren, herunder bl.a. telefoner og CBS møntkort, men som efter listen tilhørte Spisestuerne. Ved noget af inventaret var det anført, at indklagede var ejer af dette. Det var dog samtidig anført: »Udstyret vil evt. blive erstattet af tilsvarende udstyr«. Det har således været uklart for tilbudsgiverne, om dette inventar ville være til stede eller ej. En ikke uvæsentlig del af det inventar, som ifølge listen tilhørte Spisestuerne, må formodes at være nødvendigt for driften af en kantine. Alligevel meddelte indklagede i rettelsesblad af 12. september 2008, at indklagede havde taget stilling til inventarlisten og ikke havde fundet anledning til at overtage det inventar, som var Spisestuernes ejendom. Det ville derfor være nødvendigt for andre tilbudsgiver end Spisestuerne at foretage en række investeringer.

Den 12. september 2008, som var dagen efter fristen for at stille spørgsmål, stillede Spisestuerne spørgsmål vedrørende betydningen af virksomheds-overdragelsesloven. Et af spørgsmålene var, hvor lang tid indklagede ville dække meromkostninger, der var foranlediget af forpligtelsen efter loven. Indklagede svarede 4 dage før fristen for afgivelse af tilbud - den 15. september 2008 - at meromkostningerne ville blive dækket frem til den 30. juni 2010.

Uanset at indklagede tidligere havde anført, at leverandøren skulle »drage omsorg for at omkostninger grundet virksomhedsoverdragelsen minimeres mest muligt« var ændringen af udbudsbetingelserne den 15. september 2008 væsentlig.

Efter det anførte har indklagede overtrådt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved først 10 dage før fristen for afgivelse af tilbud at have udleveret inventarliste, som viste, at alle andre tilbudsgivere end Spisestuerne nødvendigvis måtte foretage en række investeringer, ligesom indklagede 4 dage før fristen for afgivelse af tilbud begrænsede den periode, hvor indklagede ville dække meromkostninger, der var foranlediget af forpligtelser efter virksomhedsoverdragelsesloven.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 3

Der er ved underkriterierne »2. Gastronomi« og »4. Service« henvist til henholdsvis udbudsbetingelsernes pkt. 3.5.1 og pkt. 3.5.4. Indholdet af disse punkter er ikke i sig selv egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da udbudsbetingelsernes pkt. 1.7 »Tilbudsindhold« imidlertid nærmere beskriver, hvad tilbuddene skal indeholde, og da der i parentes er henvist til de underkriterier, som de enkelte punkter vedrører, har indklagede ikke overtrådt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

En aktuel leverandør, der som i det foreliggende tilfælde prækvalificeres til at afgive tilbud, må formodes at have visse fordele, som det ikke altid vil være muligt for en ordregiver at eliminere ved yderligere oplysning og information til de øvrige prækvalificerede virksomheder.

Som anført under ad påstand 2 overtrådte indklagede principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved først på et meget sent tidspunkt i forhold til fristen for afgivelse af tilbud at udlevere inventarlisten, ligesom indklagede kun 4 dage før tilbudsfristens udløb oplyste, at perioden for dækning af meromkostningerne var begrænset til 1½ år. Indklagede forlængede på trods af disse forhold ikke fristen for afgivelse af tilbud.

Hertil kommer, at indklagede ikke gav nærmere oplysninger om omsætningen på henholdsvis kassesalg og arrangementssalg. De eneste oplysninger, der forelå for alle andre end Spisestuerne, var nogle søjlediagrammer i udbudsbetingelserne. I udbudsbetingelsernes kontraktudkast har indklagede da også forsøgt for fremtiden at tage højde for dette, idet det fremgår, at leverandøren ved kontraktudløbet skal stille økonomisk og statistisk materiale til rådighed for ordregiver senest 6 måneder forud for kontraktens udløb, i det omfang ordregiver ønsker dette. Det kan f.eks. være, men er ikke begrænset til: Omsætningstal fordelt på adresser, specificeret på kasserapporter, mødeservicering og arrangementsomsætning.

Ved denne fremgangsmåde har indklagede ikke har gjort, hvad der kunne kræves for at stille alle tilbudsgivere lige under udbuddet. Indklagede har derfor overtrådt det EU-retlige princip om ligebehandling ved at udforme udbudsbetingelserne og gennemføre udbuddet på en sådan måde, at det i realiteten kun var Spisestuerne, der kunne afgive et tilbud, som opfyldte udbudsbetingelserne.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 5

Som anført ad påstand 1, 2 og 4 har indklagede overtrådt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Uanset at klageren i sit tilbud tog forbehold over for kontraktens uopsigelighed, og at tilbuddet derfor ikke kunne tages i betragtning, er de konstaterede overtrædelser af en sådan karakter, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 28. oktober 2008 om at indgå kontrakt med Spisestuerne.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med oplysningen i udbudsbetingelserne om, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, ikke at oplyse, hvor mange medarbejdere der skulle overtages, lønudgifterne til disse medarbejdere og øvrige relevante ansættelsesvilkår, uanset at oplysningerne, som Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS var i besiddelse, havde væsentlig betydning for tilbudsgivernes udarbejdelse af deres tilbud.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved kun 10 dage før fristen for afgivelse af tilbud at udlevere liste over inventar, som indklagede stillede til rådighed for kantinedriften, og kun 4 dage før fristen for afgivelse af tilbud at oplyse, at der kun ville blive ydet compensation i 1½ år for forøgede udgifter til med-

arbejdere, der er overtaget fra den tidligere leverandør efter lov om virksomhedsoverdragelse.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om ligebehandling ved at have fastsat udbudsbetingelserne og gennemført udbuddet på en sådan måde, at det i realiteten kun var Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS, der kunne afgive et tilbud, som opfyldte udbudsbetingelserne.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutning af 7. oktober 2008 om at indgå kontrakt med Spisestuerne ved Handelshøjskolen i København ApS annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3.

Indklagede, Copenhagen Business School (CBS), skal i sagsomkostninger til klageren, Eurest A/S, betale 80.000 kr. Beløbet skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig