

K E N D E L S E

KAS Transport ved Kim Schrøder
(advokat Torben Høholt Jensen, Århus)

mod

Århus Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 28. august 2002 udbød indklagede, Århus Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet), indsamlingen af klinisk risikoaffald fra hospitaler, klinikker, dyrlæger, laboratorier og lignende i Århus Kommune fra 1. januar 2003 til 31. december 2007. I udbudsbekendtgørelsen er tildelingskriteriet fastsat som »laveste pris«.

Inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. oktober 2002 havde følgende 5 virksomheder afgivet tilbud:

- | | |
|--------------------------------------|----------------|
| 1. KAS Transport ved Kim Schrøder | 480.725,00 kr. |
| 2. Miljø Team A/S | 395.154,00 kr. |
| 3. Marius Pedersen A/S | 491.487,50 kr. |
| 4. Johs. Sørensen & Sønner Århus A/S | 656.450,00 kr. |
| 5. EAR A/S | |

Tilbudet fra EAR A/S opfyldte ikke udbudsbetingelserne og blev derfor ikke taget i betragtning. Den 23. oktober 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Miljø Team A/S. Dette blev meddelt de øvrige tilbudsgivere ved en skrivelse af samme dag. Kontrakt blev herefter indgået den 5. november 2002.

Den 24. februar 2003 indgav klageren, KAS Transport ved Kim Schrøder, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 16. juni 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip ved i september 2002 i forbindelse med indklagedes udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet af indsamling af klinisk risikoaffald i Århus Kommune at have meddelt klageren i dennes egenskab af potentiel tilbudsgiver, at den tilbudsgiver, der ville blive indgået kontrakt med, efter lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse var forpligtet til at overtage de lønmodtagere hos den hidtidige tjenesteyder Marius Pedersen A/S, der beskæftigede sig med den pågældende tjenesteydelse, uagtet det ikke følger af den nævnte lov, at den virksomhed, der indgås kontrakt med, i alle tilfælde skal overtage lønmodtagerne i den hidtidige virksomhed.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. oktober 2002 om at indgå kontrakt med Miljø Team A/S.

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

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Opgaven med indsamling af klinisk risikoaffald i Århus Kommune blev i forbindelse med afviklingen af samtlige driftsopgaver i Århus Renholdningsselskab første gang af indklagede udbudt efter Tjenesteydelsesdirektivet i efteråret 2000.

I udbudsbetingelserne fra september 2000 var blandt andet anført følgende under punkt »1.5. Overtagelse af medarbejdere«:

»Den transportør, som skal forestå fremtidig indsamling, skal overtage den ene medarbejder, som på overtagelsestidspunktet er ansat i Århus Renholdningsselskab/MiljøTeam Århus og beskæftiger sig med indsamling af klinisk risikoaffald.

.....

Lov om medarbejderes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, Lov nr. 111 af den 21. marts 1979, er gældende.«

På grundlag af dette udbud besluttede indklagede at indgå kontrakt med Marius Pedersen A/S, som overtog arbejdet fra Århus Renholdningsselskab formentlig den 1. december 2000. Marius Andersen A/S overtog i den forbindelse den medarbejder hos Århus Renholdningsselskab, som hidtil havde været beskæftiget med indsamlingen af klinisk risikoaffald. Den pågældende medarbejder fratrådte imidlertid stillingen ultimo maj 2001, hvorefter Kim Schrøder blev ansat hos Marius Pedersen A/S til varetagelsen af opgaven med indsamling af klinisk risikoaffald i Århus Kommune. Kim Schrøder blev afskediget hos Marius Pedersen A/S ved udgangen af 2002, men ikke ansat hos Miljø Team A/S i forbindelse med, at Miljø Team A/S overtog tjenesteydelsen pr. 1. januar 2003.

Udbudsbetingelserne ved det aktuelle udbud har stor lighed med udbudsbetingelserne fra september 2000, men indeholder ikke et punkt svarende til punkt »1.5. Overtagelse af medarbejdere« i udbudsbetingelserne fra september 2000.

Klageren afgav tilbud ved skrivelse af 17. oktober 2002 fra klagerens revisor, Revisionsfirmaet Henning Krabbe. I skrivelsen er anført følgende:

»På vegne af min klient KAS Transport der er under etablering, har jeg hermed fornøjelsen at præsentere tilbud på indsamling af klinisk risikoaffald i Århus Kommune, i henhold til udbudsmaterialet af september 2002, samt rettelsesblad nr. 3 af 14. oktober 2002.

Min klient har stor erfaring med indsamling af risikoaffald, idet han siden 1996 jævnligt har afløst indsamlingen ved ferie og sygdom og i det seneste år har han fast udført indsamlingen på en stabil og omhyggelig måde.

For at sikre størst mulig driftssikkerhed anskaffes en helt ny lastbil hvorpå der tegnes en servicekontrakt incl. reserve bil i tilfælde af værkstedsophold

.....

Da min klient vil være nystartet som selvstændig inden for denne branche. (Han har tidligere drevet selvstændig virksomhed inden for anden branche og vil derfor ingen problemer have med det regnskabsmæssige) kan der ikke vedlægges regnskaber for de tidligere år.

Der er udarbejdet budget for året 2003, der viser et pænt nettoresultat.

Tilbudet er afgivet på tilbudsliste/bilag 2 ved rettelsesblad nr. 3 + 4 af 10 + 14. oktober 2002. Tilbudet er excl. moms og stats-/behandlingsafgift.

Min klient betinger sig at hans personlige identitet (der er ÅKV bekendt) forbliver fortrolig i forhold til tredjepart.

Såfremt min klient vinder udbudet, dog kun frem til 1. januar 2003.«

Ved en skrivelse af 20. november 2002 fra Kim Schrøders fagforening, Chaufførernes Fagforening, til Miljø Team A/S hedder det bl.a.:

»Fra Århus Kommunale Værkers affaldskontor har vi fået oplyst, at Miljø Team A/S efter offentligt EU-udbud, september 2002, har fået overdraget ovennævnte opgave med virkning fra 1. januar 2003.

Som det sikkert er Dem bekendt, skal De i henhold til Lov nr. 111 af 21. marts 1979 om virksomhedsoverdragelse overtage nuværende medarbejder fra Marius Pedersen A/S.

Vi beder Dem derfor bekræfte, at De ansætter vores medlem Kim Schrøder til fortsat at udfører denne opgave, som han ifølge vores oplysninger fra Marius Pedersen A/S og Affaldskontoret har udført til stor tilfredshed.«

Ved skrivelse af 5. december 2002 fra Miljø Team A/S til Chaufførernes Fagforening hedder det:

»Vi kan i den forbindelse oplyse, at der ikke er tale om en virksomhedsoverdragelse, idet dette ikke har været stillet som et krav i udbudsmaterialet, og MiljøTeam overtager hverken materiel eller mandskab fra Marius Pedersen A/S.«

I en skrivelse af 17. december 2002 fra Chaufførernes Fagforening til indklagede hedder det:

»I forbindelse med udsendelse af offentlig EU-udbud på ovennævnte opgave kontaktede jeg Dem telefonisk i slutningen af september måned for at høre Deres holdning til vores medlem Kim Schrøder's retsstilling i tilfælde af en eventuel virksomhedsoverdragelse.

Under denne samtale bekræftede De, at vores medlem var omfattet af lov nr. 111 af 21. marts 1979 om virksomhedsoverdragelse, og derfor efter Deres mening skulle overgå til en eventuel ny arbejdsgiver. For at undgå misforståelser, bad Kim Schrøder Dem om at udsende en rettelse, hvilket de ikke anså for nødvendigt.

Efterfølgende har De meddelt Kim Schrøder, at De efter kontakt til Århus Kommunes juridiske afdeling, at man også derfra var af samme mening.

Vi beder Dem derfor meddele os, hvordan De vil forholde Dem nu hvor Miljø Team A/S fastholder, at de ikke vil ansætte vores medlem, hvilket vi oplyste Dem om i brev af 5. december 2002, afleveret på Deres kontor af Paul Erik Andersen, Chaufførernes Fagforening, Århus.

Da Miljø Team A/S fastholder, at de ikke vil ansætte Kim Schrøder, vil vi anbefale, at næstbydende får overdraget opgaven.«

Jurist Frede Markussen, Århus Kommune, Magistratens 5. afdeling, udarbejdede den 19. december 2002 i anledning af en henvendelse fra Chaufførernes Fagforening et notat til Århus Kommunale Værker. Notatet blev overgivet til biolog Henning Ettrup, der er ansat i Århus Kommunale Værker, som efter aftale med Frede Markussen udleverede notatet til klageren som et svar på brevet af 17. december 2002 fra Chaufførernes fagforening. I notatet hedder det blandt andet:

»Et af de væsentligste aftalepunkter i Aftalen af 24. august 1999 mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab (i det følgende kaldt aftalen) var, at samtlige driftsopgaver i fondens regi (Århus Renholdningsselskab) skulle afvikles. Dette skulle ske dels ved oprettelse af et nyt aktieselskab, MiljøTeam A/S, hvortil erhvervsaffaldsaktiviteterne og de konkurrenceudsatte aktiviteter blev overdraget. Dels skulle alle øvrige opgaver (koncessionsopgaver) successivt udbydes over en år-række uden mulighed for Århus Renholdningsselskab til at afgive tilbud.

Medarbejderne blev i denne proces aftalt omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens bestemmelser med følgende bestemmelser:

.....

Det blev således aftalt, at afviklingen af fondens driftsopgaver skulle ske som virksomhedsoverdragelse, uanset om en given stilling måtte være omfattet af lovens generelle beskyttelse eller ej.

Aftalen tager ikke stilling til forhold der ligger efter denne afviklingsfase. Der er således ikke i aftalen overhovedet taget stilling til næste udbudsroundes problemstillinger, der må således afgøres efter almindelige retsregler.

I den typiske kommunale »førstegangsudlicitering« opstår virksomhedsoverdragelsesproblematikken mellem kommunen som udbyder og den nye leverandør. Der er således kun to parter involveret. Selv om der

ikke var tale om en egentlig udlicitering ved udbudet af Renholdnings-selskabet opgaver, var der i realiteten tale om, at der med Aftalen blev etableret et tilsvarende grundlag.

Ved »andengangsudliciteringen« er der tale om en tre-parts problemstilling. Kommunen er fortsat udbyder, men den eventuelle virksomhedsoverdragelse sker mellem den gamle og den nye entreprenør. Disse problemstillinger, er som nævnt ikke omfattet af Aftalen.

Virksomhedsoverdragelsesloven er en generel lov, der ikke alene finder anvendelse ved udbud, men også i lang række andre situationer, hvor der sker overdragelse af en virksomhed eller en del heraf.

Omvendt er det ikke givet at loven finder anvendelse ved ethvert udbud, herunder især ved hvad der betegnes som »andengangsudliciteringer« eller »virksomhedslovens retsvirkninger i andet led«.

Det afgørende for om lovens regler i en konkret sag finder anvendelse er ifølge praksis, om der sker overførsel af en såkaldt »økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet«.

Ved afgørelsen heraf er det især afgørende om den nye entreprenør skal overtage enten maskiner, inventar, immaterielle aktiver eller en stor del af personalet, der hidtil har været beskæftiget med opgaven. Derimod er det ikke afgørende om den nye og den gamle entreprenør skal udføre den samme opgave som udbyderen.

.....

Den foreliggende opgave, insamling af klinisk risikoaffald, blev som den første af opgaverne fra Århus Renholdningsselskabs koncessionerede område udbudt i 2000, hvor opgaven i henhold til Aftalen blev udbudt med virksomhedsoverdragelsesloven som udbudsvilkår. Opgaven blev vundet af Marius Pedersen A/S, der overtog en mand i medfør af virksomhedsoverdragelsesloven.

Opgaven har nu i forbindelse med ordinært kontraktsudløb på ny været udbudt. Opgaven er vundet af MiljøTeam A/S til påbegyndelse efter årsskiftet.

Opgaven er af begrænset omfang (ca. 400.000 kr./år) og der er ikke i udbudsmaterialet stillet krav om overtagelse af materiel eller mandskab. Der er således intet i udbudsmaterialet, der peger på at virksomhedsoverdragelsesloven skulle finde anvendelse. Ej heller synes opgavens omfang og art at pege på, at der burde have været truffet beslutning om at indsætte sådanne bestemmelser i udbudsmaterialet, hverken i forhold til lovens bestemmelser eller i forhold til Aftalens bestemmelser. MiljøTeam A/S er således ikke i forhold til Kommunens udbudsvilkår for-

pligtet til at tilbyde den pågældende medarbejder beskæftigelse. Der ses heller ikke at bestå en sådan forpligtelse i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens generelle bestemmelser. Dette sidste er naturligvis ikke et spørgsmål, som kommunen autoritativt kan afgøre, idet det henhører under de ordinære domstole.«

Kim Schrøder har forklaret, at han i sommeren 2002 besluttede at etablere firmaet KAS Transport ved Kim Schrøder og selv at afgive tilbud på opgaven med indsamling af klinisk risikoaffald i Århus, da den skulle i udbud igen. Som ansat hos Marius Pedersen A/S havde han som eneste opgave udført dette arbejde, og arbejdet blev udført selvstændigt uden daglig kontakt til Marius Pedersen A/S. Han talte løbende med Henning Ettrup og Jette Pedersen fra Århus Kommune Værker, hvor han kom dagligt. De tilkendegav, at de fandt hans idé om at afgive tilbud på opgaven god, og de opfordrede ham til at gå videre med den. Henning Ettrup havde på forespørgsel oplyst, at det forhold at KAS Transport ved Kim Schrøder var et lille, nystartet firma, ikke var til hinder for, at dette firma kunne tildeles opgaven, hvis det var lavestbydende. I slutningen af september 2002 gjorde han – i forbindelse med at han dagligt kom på Århus Kommune Værker som led i sit arbejde med indsamling af klinisk risikoaffald - mundtligt Henning Ettrup opmærksom på, at der i udbudsbetingelserne vedrørende det nye udbud ikke var medtaget vilkåret om overtagelse af medarbejdere efter virksomhedsoverdragelsesloven, som havde været med udbudsbetingelserne fra 2000. Henning Ettrup havde mundtligt svaret, at det ikke var nødvendigt, da der var tale om en fast præceptiv regel, som var gældende i alle tilfælde. Han fik det indtryk, at det betød, at han som medarbejder hos Marius Pedersen A/S skulle følge med over til en eventuel ny virksomhed, som der måtte blive indgået kontrakt med. For en god ordens skyld spurgte han faglig sekretær Poul Erik Andersen hos Chaufførernes Fagforening, om dette var korrekt, hvilket umiddelbart blev bekræftet. For en sikkerheds skyld ringede Poul Erik Andersen dog til Henning Ettrup og fik det bekræftet. Et par dage senere blev han desuden uopfordret ringet op af Henning Ettrup, som oplyste, at Frede Markussen, der er jurist ved Århus Kommune, havde bekræftet, at Kim Schrøder som medarbejder ved Marius Pedersen A/S skulle følge med over til en ny virksomhed, som der måtte blive indgået kontrakt med, og at et rettelsesblad ikke var nødvendigt. Grunden til, at hans tilbud ikke var vedlagt dokumentation for bankgaranti, er, at hans revisor anbefalede en kautionsforsikring i stedet, men kort før, tilbudet skulle afgives, fik han oplyst, at kautionsforsikringsselskabet ikke forsikrer så små beløb. Han talte med Henning Ettrup om at overføre et beløb til en spærret konto, men

fik at vide, at det ikke var nødvendigt. Han har aldrig fået at vide, at hans tilbud ikke var konditionsmæssigt. Cirka en uge efter, at tilbudsfristen var udløbet, blev han ringet op af Henning Ettrup, som oplyste, at det desværre ikke var KAS Transport ved Kim Schrøder men Miljø Team A/S, som det var besluttet at indgå kontrakt med, men Henning Ettrup tilføjede, at det gode var, at de jo beholdt ham som chauffør alligevel. Da han en måned efter at have fået besked om, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Miljø Team A/S, fortsat ikke havde hørt fra Miljø Team A/S, kontaktede han sin fagforening. Hvis han havde vidst, at det ikke var et vilkår under udbudet, at den nye entreprenør skulle overtage medarbejderen hos Marius Pedersen A/S, ville han have beregnet sit tilbud anderledes, da han var klar over, at de andre tilbudsgivere kunne ansætte folk til opgaven til en lavere løn, end han fik hos Marius Pedersen A/S.

Biolog Henning Ettrup har forklaret, at han udarbejdede udbudsbetingelserne for udbudet i 2002 på baggrund af udbudsbetingelserne fra 2000, og at han i den forbindelse drøftede med Frede Markussen, om vilkåret om overtagelse af medarbejdere efter virksomhedsoverdragelsesloven fortsat skulle gælde. Konklusionen blev, at det ikke var nødvendigt, da lovgivningens almindelige regler derom gjaldt. Han ved ikke, om det betød, at medarbejderne skulle overtages af lavestbydende eller ej. Han talte næsten dagligt med Kim Schrøder, og de drøftede herunder også det kommende udbud i efteråret 2002. Han har ikke direkte opfordret Kim Schrøder til at afgive tilbud under udbudet, men har tilkendegivet, at det vel var i orden, at Kim Schrøder gjorde dette. Han kan ikke huske, at han forud for udbudet med Kim Schrøder drøftede dennes jobmæssige situation efter udbudet, og han har helt sikkert ikke lovet Kim Schrøder, at han kunne blive i stillingen. Han kan ikke huske, hvornår han første gang talte med Kim Schrøder om, at vilkåret om overtagelse af medarbejdere efter virksomhedsoverdragelsesloven fra udbudsbetingelserne fra 2000 ikke var med i udbudsbetingelserne fra 2002, men det blev drøftet mellem dem på et tidspunkt under udbudet. Han accepterede, at Kim Schrøder forespurgte mundtligt derom, og at svaret til Kim Schrøder også blev givet mundtligt, uden at de øvrige tilbudsgivere blev orienteret. Han talte med Frede Markussen om spørgsmålet, og de aftalte, at han skulle meddele Kim Schrøder, at de almindelige regler var gældende. De aftalte endvidere, at han ikke i øvrigt mundtligt skulle besvare spørgsmål fra Kim Schrøder. Han blev ikke af Kim Schrøder spurgt om, hvad indholdet af de almindelige regler var, og han satte sig derfor ikke ind i disse regler. Han kan ikke bekræfte, at han på noget tidspunkt uopfordret

har ringet til Kim Schrøder. Han talte efter udbudet med Poul Erik Andersen fra Chaufførernes Fagforening om spørgsmålet og gav ham samme besked, som han havde givet Kim Schrøder. Ved den umiddelbare gennemgang af tilbudene, herunder tilbudet fra klageren, så de – bortset fra tilbudet fra EAR A/S – konditionsmæssige ud, men kun det laveste tilbud - tilbudet fra Miljø Team A/S - blev gennemgået detaljeret. Han husker ikke at have meddelt Kim Schrøder resultatet af udbudet mundtligt.

Jurist Frede Markussen har forklaret, at det i forbindelse med udbudet i 2002 blev overvejet om, hvorvidt vilkåret om virksomhedsoverdragelsesloven skulle medtages i udbudsbetingelserne, men at det blev konklusionen, at det skulle det ikke, idet det var vurderingen, at opgaven var så lille, at det ville være en hæmsko for tilbudsgiverne at pålægge den lavestbydende at overtage den medarbejder hos Marius Pedersen A/S, der beskæftigede sig med opgaven. Han har under sagen drøftet spørgsmålet om overtagelse af medarbejderen med Henning Ettrup og tilkendegivet, at der var tale om en generel præceptiv lov, som dog formentligt ikke fandt anvendelse i det konkrete tilfælde, hvilket kunne meddeles Kim Schrøder. Han har endvidere meddelt Henning Ettrup, at denne ikke derudover burde diskutere sagen mundtligt med Kim Schrøder. Han har først talt med en repræsentant fra Chaufførernes Fagforening efter udbudet. Han finder det tvivlsomt, om indklagede kunne acceptere klagerens forbehold om ventetid, og han mener, at der, når man gennemgår klagerens tilbud detaljeret, er flere ting, som gør, at dette ikke er konditionsmæssigt.

Faglig sekretær Poul Erik Andersen, Chaufførernes Fagforening, har forklaret, at han skrev brevet af 20. november 2002 til Miljø Team A/S, da han på et tidspunkt efter udsendelsen af udbudsbetingelserne, men før fristen for afgivelse af tilbud udløb talte med Henning Ettrup om udbudsbetingelserne fra 2002, som manglende vilkåret om overtagelse af medarbejdere i forhold til udbudsbetingelserne fra 2000. Henning Ettrup havde i den forbindelse oplyst, at det ikke var noget problem, da virksomhedsoverdragelseslovens regler var gældende. Det var hans opfattelse, at Kim Schrøder på den baggrund skulle overtages af en eventuel ny virksomhed, som kommunen indgik kontrakt med, idet han mente at kunne huske, at det var en konsekvens af virksomhedsoverdragelsesloven. Denne opfattelse blev tilkendegivet over for Henning Ettrup. Chaufførernes Fagforenings egen advokat har dog senere vurderet dette spørgsmål og konkluderet, at det formentligt ikke er tilfældet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Der har mellem parterne været enighed om, at Miljø Team A/S ikke efter virksomhedsoverdragelsesloven var forpligtet til at overtage Kim Schrøder fra Marius Pedersen A/S.

Klageren har gjort gældende, at han trods Henning Ettrups forklaring om det modsatte har ført bevis for, at Kim Schrøder af Henning Ettrup fik bibragt den opfattelse, at virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse på udbudet med den konsekvens, at den tilbudsgiver, som indklagede måtte vælge at indgå kontrakt med om indsamling af klinisk risikoaffald, skulle overtage Kim Schrøder som medarbejder fra Marius Pedersen A/S. Da det har vist sig, at denne opfattelse ikke var korrekt, har indklagede overtrådt EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip, derved at indklagede har givet en ukorrekt oplysning om udbudsbetingelserne til klageren. Denne ukorrekte oplysning havde betydning for det tilbud, som klageren afgav.

Indklagede har i første række gjort gældende, at Henning Ettrup ikke har meddelt Kim Schrøder, at han i tilfælde af, at det blev besluttet at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver end KAS Transport, ville være sikker på at blive overtaget af den nye entreprenør. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren har bevisbyrden for, at han har modtaget ukorrekte oplysninger fra indklagede. Indklagede har endvidere anført, at Klagenævnet i den forbindelse skal tage hensyn, at klageren ikke har fulgt den sædvanlige fremgangsmåde med at stille skriftlige spørgsmål til udbudsbetingelserne, at Kim Schrøder og Henning Ettrup var i daglig kontakt i en relation, hvor Kim Schrøder optrådte som lønmodtager, og at det må have formodningen imod sig, at indklagede oplyste, at Kim Schrøder skulle overtages af den tilbudsgiver, indklagede valgte at indgå kontrakt med. Indklagede har i anden række gjort gældende, at det ikke udgør en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet eller lighedsprincippet, hvis det antages, at Henning Ettrup over for Kim Schrøder har tilkendegivet, at virksomhedsoverdragelsesloven var gældende for udbudet uden samtidigt at oplyse, at dette ikke nødvendigvis medførte, at den konkret fandt anvendelse vedrørende Kim Schrøder.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Indklagede har som en offentlig myndighed, der udbyder en tjenesteydelse efter tjenesteydelsesdirektivet, ansvaret for, at udbudet er foregået i overensstemmelse med EU-udbudsrettens regler, og i tilfælde af, at indklagede som offentlig udbyder i forhold til tilbudsgivere eller potentielle tilbudsgivere anvender en anden kommunikationsform end skriftlig kommunikation, f.eks. personlige samtaler, telefonsamtaler m.v., har indklagede bevisbyrden for, hvilke oplysninger, der er givet tilbudsgiveren eller den potentielle tilbudsgiver. Under det aktuelle udbud sikrede indklagede sig ikke mod, at der ved den daglige kontakt mellem indklagede og Kim Schrøder blev udvekslet oplysninger om udbudet, som ikke blev meddelt de øvrige tilbudsgivere. Under disse omstændigheder lægger Klagenævnet efter bevisførelsen til grund, at Henning Ettrup som forklaret af Kim Schrøder har bibragt klageren den opfattelse, at den tilbudsgiver, som indklagede besluttede at indgå kontrakt med, skulle overtage Kim Schrøder fra Marius Pedersen A/S. Klagenævnet konstaterer endvidere, at indklagede ikke har givet de øvrige tilbudsgivere den samme oplysning. Indklagede har herved handlet i strid med EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip.

Indklagedes dispositioner under udbudet har medført, at ikke alle tilbudsgiverne har haft lige vilkår ved afgivelsen af tilbud, idet klageren modsat de øvrige tilbudsgivere var bragt i en vildfarelse om udbudsbetingelsernes vilkår og praktiske konsekvenser og derved blev stillet dårligere end de øvrige tilbudsgivere. Indklagede har således tillige handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip.

Ad påstand 2

Efter beskaffenheden af overtrædelsen af EU-udbudsretten og under hensyn til den omstændighed, at klagen først er indgivet 2 måneder efter, at kontrakten med Miljø Team A/S var trådt i kraft, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå aftale med Miljø Team A/S.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Århus Kommune, har handlet i strid med EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip ved i september 2002 i forbindelse med indklagedes udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet af indsamling af klinisk risikoaffald i Århus Kommune at have meddelt klageren i dennes egenskab af potentiel tilbudsgiver, at den tilbudsgiver, der ville blive indgået kontrakt med, efter lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse var forpligtet til at overtage de lønmodtagere hos den hidtidige tjenesteyder Marius Pedersen A/S, der beskæftigede sig med den pågældende tjenesteydelse, uagtet det ikke følger af den nævnte lov, at den virksomhed, der indgås kontrakt med, i alle tilfælde skal overtage lønmodtagerne i den hidtidige virksomhed.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Indklagede, Århus Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, KAS Transport ved Kim Schrøder, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig