

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Trine Heidemann Garde, Jørgen Egholm)

J.nr.: 03-88.539

29. april 2004

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)

Den 7. august 2003 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1 og 2). Klageren tilkendegav ved klagens indgivelse, at firmaet senere ville nedlægge påstand om erstatning. Klageren har ved processkrift af 17. september 2003 nedlagt følgende påstand:

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.676.180 kr. med procesrente fra den 17. september 2003.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 13. april 2004.

Klageren har opgjort sit krav således:

Indtægt pr. år ifølge Miljø Teams A/S's tilbud, som har dannet grundlag for den kontrakt, der blev indgået for perioden 2003 – 2007

395.154 kr.

Klagerens omkostninger pr. år:

1. Køretøj

a. Leasing	12 x	5.362 kr.	40 %	25.738	kr.
b. Service	12 x	852 kr.	40 %	4.080	kr.
c. Brændstof				15.000	kr.
d. Vægtafgift	40 %			2.400	kr.
e. Forsikring	40 %			4.000	kr.
f. Diverse	40 %			800	kr.

52.018 kr.

2. Forsikringer	40 %	1.200	kr.
3. Telefon	40 %	1.200	kr.
4. Kontorartikler + porto	40 %	1.500	kr.
5. Regnskabsassistance	40 %	2.000	kr.
6. EDB – program	40 %	2.000	kr.

I alt 59.918 kr.

Årligt resultat 335.236 kr.

Resultat i kontraktperioden på 5 år (5 x 335.236 kr.) 1.676.180 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 7. august 2003 konstaterede Klagenævnet følgende:

Indklagede 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.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver afgav tilbud uden at få kontrakten, hvilket skyldes den fejlagtige oplysning, som indklagede gav klageren som potentiel tilbudsgiver. Hvis klageren havde modtaget korrekt orientering af personalet hos indklagede, ville klageren ligesom de andre tilbudsgivere have været bekendt med, at den tilbudsgiver, der blev indgået kontrakt med, ikke ville være forpligtet til at overtage Kim Schrøder fra Marius Pedersen A/S. Klageren ville endvidere have været bekendt med, at de andre tilbudsgivere som følge heraf ville afgive tilbud på grundlag af den forudsætning, at de kunne få ansat en chauffør til at udføre det pågældende arbejde på vilkår, som var økonomisk mere favorable for entreprenøren end de ansættelsesvilkår, som Kim Schrøder havde med Marius Pedersen A/S, og som de andre tilbudsgivere var bekendt med. På denne baggrund kunne klageren have udarbejdet et tilbud med en lavere tilbudspris, som ville have medført, at klageren havde fået kontrakten. Som følge af indklagedes fejl blev klageren således påført et økonomisk tab svarende til påstand 3, og dette tab var påregneligt for indklagede. Klageren har særligt gjort gældende, at indklagede har bevisbyrden vedrørende alle de anførte erstatningsbetingelser.

Indklagede har i første række gjort gældende, at den overtrædelse af EU-udbudsreglerne, som Klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 7. august 2003, ikke indebærer, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, og at der således ikke foreligger et ansvarspådragende forhold.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at der ikke foreligger årsagssammenhæng mellem det eventuelt ansvarspådragende forhold og den omstændighed, at klageren ikke fik kontrakten, idet klagerens tilbud ikke kunne have dannet grundlag for indgåelse af en kontrakt med klageren. Klagerens tilbud opfyldte nemlig på følgende to punkter ikke udbudsbetingelserne:

- a. I udbudsbetingelsernes punkt 2.2. er det anført, at tilbudet skal indeholde en »erklæring fra tilbudsgivers pengeinstitut om, at man derfra i givet fald vil kunne stille en anfordringsgaranti på 5 % af kontraktsummen«.

Klagerens tilbud omfattede imidlertid ikke en sådan erklæring, og klagerens tilbud var således ikke konditionsmæssigt.

- b. Klagerens tilbud indeholdt følgende forbehold: »Vedr. kørsel fra ACÅ til SWS. Prisen er betinget af, at der ikke opstår ventetid ved af- og pålæsning«. På grund af dette forbehold, der ikke kunne prissættes, var indklagede forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.
- c. Ad a og b. Som følge af det anførte var det udelukket, at der kunne være blevet indgået kontrakt med klageren.

Indklagede har i tredje række gjort gældende, at klageren ikke har sandsynliggjort, at han – såfremt indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne – ville have afgivet tilbudet med den laveste pris, som indklagede var forpligtet til indgå kontrakt på grundlag af.

Indklagede har i fjerde række størrelsesmæssigt bestridt samtlige poster i klagerens erstatningsopgørelse.

Klageren har yderligere vedrørende indklagedes anbringender om klagerens tilbud gjort følgende gældende:

Klageren har principalt gjort gældende, at indklagede, da indklagede ikke under udbudet over for klageren tilkendegav, at indklagede anså klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, er afskåret fra nu i forbindelse med erstatningssagen at gøre dette standpunkt gældende.

Klageren har subsidært gjort gældende, at der ikke forelå forhold vedrørende klagerens tilbud, som gjorde, at indklagede ikke kunne indgå kontrakt med klageren.

Klagenævnet udtaler:

Ved vurderingen af, om indklagede har handlet ansvarspådragende over for klageren ved sin besvarelse af klagerens forespørgsel vedrørende lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002 om lønmodtageres stilling ved virksomhedsoverdragelse, skal det på den ene side tages i betragtning, at indklagede var klar over, at klageren stillede spørgsmålet vedrørende den pågældende lov ikke alene i sin egenskab af ansat hos den hidtidige entreprenør, Marius Pedersen A/S, og dermed som en lønmodtager, der kunne være interesseret i at vide, hvordan hans stilling som ansat ville være, hvis der ef-

ter udbudet blev indgået kontrakt med en anden virksomhed end Marius Pedersen A/S, men at klageren også stillede det pågældende spørgsmål i sin egenskab af indehaver af et enkeltmandsfirma, som agtede at afgive tilbud under det kommende offentlige udbud vedrørende entreprisen. Det skal imidlertid også på den anden side tages i betragtning, at en erhvervsvirksomhed, som ager at afgive tilbud under et offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet, må tilvejebringe de oplysninger om faktiske og retlige forhold, som er nødvendige for udarbejdelsen af tilbudet, på en professionel måde og ikke kan nøjes med at tilvejebringe nødvendige oplysninger ved uformelle mundtlige henvendelser til ansatte hos udbyderen, som det skete i det aktuelle tilfælde. På baggrund af det anførte er det Klagenævnets vurdering, at indklagede ikke ved den omhandlede overtrædelse af EU-udbudsretten har pådraget sig erstatningsansvar over for klageren, og Klagenævnet tager derfor indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Århus Kommune, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, KAS Transport ved Kim Schrøder.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig