

K E N D E L S E

Alsvognen I/S  
(advokat Povl Nick Bronstein ved advokatfuldmægtig Karoline Toft Lund,  
København)

mod

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik  
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Intervenienter:

Vojens Taxi og Servicetrafik ApS (VTS)  
(selv),  
Taxas Kundecenter  
(advokat Henrik Karl Nielsen, København),  
Jacks  
(selv)  
og  
Øens Taxa  
(selv)

Klagenævnet har den 2. april 2020 modtaget en klage fra Alsvognen I/S  
(herefter Alsvognen).

Alsvognen har som påstand 4 anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen  
opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik (herefter trafiksekskaberne) har protesteret  
mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at træffe afgørelse om opsættende virkning, men i stedet straks afgøre sagen. Parterne har herefter haft lejlighed til at fremkomme med afsluttende processkrifter og har i den forbindelse besvaret afklarende spørgsmål fra klagenævnet.

### Klagens indhold:

Alsvognen har nedlagt følgende endelige påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at trafikskaberne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogn typerne 5 og 6 i rammeaftale ”FV6 – FlexVariabel” om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere trafikskaberens beslutning om at tildele kontrakter til de virksomheder, der fremgår af trafikskaberens Bilag F, dog med undtagelse af kontrakter tildelt til Alsvognen.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære de kontrakter, der er omfattet af påstand 2, for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og ligeledes pålægge trafikskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2 sammenholdt med stk. 3.

#### Påstand 6 (subsidiær til påstand 1 til 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fynbus har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 69 ved på vegne af Sydtrafik og Midttrafik at have truffet beslutning om tildeling af rammeaftale ”FV6 – FlexVariabel” til 286 tilbudsgivere uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, som anfører disse trafikskaber som ordregivende myndigheder.

#### Påstand 7 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet for Udbud skal annullere trafikkselskabernes beslutning om tildeling af rammeaftale ”FV6 – FlexVariabel” om udførelse af kørselsydelser.

Trafikkselskaberne, der under skriftvekslingen har angivet hvert enkelt trafikkselskab med CVR-nr., har påstået klagen afvist og har subsidiært nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge.

Alsvognen har herefter som påstand 5 nedlagt påstand om, at afvisningspåstanden ikke tages til følge.

Efter at klagenævnet den 1. maj 2020 modtog de nødvendige oplysninger i form af trafikkselskabernes opgørelse i bilag F ”Rammeaftaler med vogntype 5 og 6”, har de 109 virksomheder, der ligesom Alsvognen har indgået kontrakter omfattende vogntype 5 og 6, fået meddelelse om, at de har mulighed for at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5. Vojens Taxi og Servicetrafik ApS (VTS) og Taxas Kundecenter har herefter afgivet processkrift til støtte for trafikkselskaberne, og Jacks ved Jack M. Pedersen og Øens Taxa ved Poul Erik Düring Pedersen har afgivet processkrift til støtte for Alsvognen.

#### Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 155-357122 af 13. august 2018 udbød ”FynBus, Midttrafik & Sydtrafik” som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet et antal rammeaftaler (”FV-6 FlexVariabel”) om udførelse ”af Flextrafik, variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang, i Region Midtjylland og Region Syddanmark. Kørslen omfatter flextur, flexbus/teletaxakørsel, telekørsel, siddende patientbefordring, individuel handicapkørsel og kommunal visiteret kørsel.”

Det anføres i udbudsbekendtgørelsen, at kørslen udbydes som et antal rammeaftaler med en varighed på 24 måneder med ”option på forlængelse...på uændrede vilkår i op til 2 år. Forlængelse kan ske flere gange på uændrede vilkår.” Kontraktens værdi er ikke angivet.

”FynBus, Midttrafik & Sydtrafik” er i udbudsbekendtgørelsen angivet med CVR-nr. 29979944, svarende til FynBus’ CVR-nr.

I udbudsbetingelsernes punkt 1 fremgår om ”Udbyder”:

”Udbud af FV6 – FlexVariabel i Region Midtjylland og Region Syddanmark udbydes i fællesskab af trafikskaberne FynBus, Midttrafik og Sydtrafik.

Trafikskaberne varetager offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel samt individuel handicapkørsel.

Hertil kan trafikskaberne efter aftale med kommune eller region varetage opgaver vedrørende indkøb af kørsel, som kommune eller region skal varetage efter anden lovgivning.

Samlet vil FynBus, Midttrafik og Sydtrafik i dette udbudsmateriale blive benævnt som udbyder.

De rammeaftaler, som indgås på grundlag af dette udbud, vil blive indgået med det trafikskab i hvis område, de vindende tilbudsgiveres vogne har hjemsted. ”

Af udbudsbetingelsernes punkt 2 fremgår bl.a.:

”Den udbudte kørsel omfatter variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang. Derudover omfatter den udbudte kørsel fast bestilt variabel kørsel, der er faste bestillinger af variabel kørsel for en længere periode. Ved variabel kørsel er der ingen garanti for kørselsomfanget. Kørselsomfanget er afhængigt af bestillinger og kan således variere fra dag til dag.

Kørselsvolumenet for den samlede variable kørsel forventes i aftaleperioden at blive ca. 800 mio. kr.”

Af udbudsbetingelsernes punkt 13 fremgår bl.a.:

”Der vil blive tildelt rammeaftale til det antal entreprenører, der sikrer, at det angivne antal vogne pr. vogntype bliver besat. Rammeaftale kan således indgås for alle tilbudte vogne eller for en delmængde af de tilbudte vogne.

...

Der tildeles rammeaftale på op til 3.500 vogne. Fordelingen på vogntyper fremgår nedenfor.

Vogne i alt	Type 2	Type 3	Type 5	Type 6
3500	2000	200	1000	300

Beskrivelse af de enkelte vogntyper fremgår af § 20.”

Af § 20, stk. 1, om vogntyper fremgår:

”Kravene til vogntyperne er minimumskrav. Disse minimumskrav skal opfyldes af alle vogne af de pågældende typer i hele aftaleperioden, inkl. ved eventuel udnyttelse af optionen på forlængelse.”

Af § 20, stk. 4, fremgår om vogntype 5 blandt andet følgende:

”For vogntype 5 skal enhver fastspænding af kørestol/passagerer altid opfylde lovgivningens krav, herunder at kørestole og el-scootere fastspændes med 4-punkts strop- eller sele- bESPænding fastgjort til vognbunden. Der skal være mindst fire skinner i gulvet til fastspænding af kørestole. Derudover skal alle kunder og ledsagere inkl. kørestolsbrugere fastspændes med 3-punkts sikkerhedssele. Der skal være vandret justeringsmulighed for 3-punktssele i loftet.

I vognene skal findes en seleforlænger på minimum 60 cm.

Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

Liftpladen skal have en størrelse på minimum 135 cm x 85 cm (længde x bredde). Liftens flader skal være skridsikre i både våd og tør tilstand. Der skal være automatisk afkørselsstop på liften. Døråbningen, hvor liften er monteret, skal have en størrelse på minimum 170 cm x 85 cm (højde x bredde). Afstanden mellem loft og gulv skal være mindst 180 cm.

Liften skal have en typegodkendt bæreevne på minimum 500 kg.

På indvendig side af sidedøren skal der på begge sider være lodrette håndtag eller -holdestænger til hjælp ved ind- og udstigning.

Alle vogne af denne type skal medbringe transportstol. Kunder må *ikke* befordres siddende i en transportstol. Transportstolen er kun beregnet til transport af kunden til og fra vognen. Transportstol skal være udstyret med en fodstøtte, som skal kunne benyttes af gangbesværede personer. Stolen skal kunne bære en personvægt på minimum 140 kg.

*Særligt for vogne med hjemsted på Ærø (FynBus område)*

Der skal være plads til mindst seks siddepladser til passagerer og to kørestole.”

Af § 20, stk. 5, om vogntype 6 fremgår blandt andet følgende:

”Vognen skal opfylde samme krav som til type 5. Derudover skal vognen være udstyret med en trappemaskine med automatisk driftsbremse, der opfylder kravene i Arbejdstilsynets bekendtgørelse om indretning af tekniske hjælpemidler.

Trappemaskinen skal være indrettet til at kunne betjene manuelle kørestole med maksimal længde på 120 cm og hjulbredde fra 37 til 63 cm samt en vægtpå kapacitet på minimum 150 kg inklusiv både bruger og kørestol.

Transportstol skal kunne anvendes på trappemaskine.

Kørestolskunder skal, hvor der er mere end et trin, transporteres i en trappemaskine.

Kunden skal ved transport med trappemaskine være fastspændt til kørestolen, hvorfor der skal være en sele til rådighed til formålet.

Trappemaskinen skal kunne anvendes på trapper med trindybde ned til og med 11 cm og trindhøjder på op til og med 20 cm. Trappemaskinen skal med påmonteret kørestol kunne dreje 180 grader på repos med en udvendig radius på ned til 120 cm.

Der skal, i vognen, forefindes et ekstra driftsbatteri til trappemaskinen, som akut skal kunne udskiftes med batteriet, der sidder i trappemaskinen, hvis dette løber tør for strøm.

...”

Det fremgår af bilag 1 til rammeaftalen, at kontrakter på kørselsydelser fordeles via IT-systemet PLANET således:

”Bestillingerne lægges ind i Planetsystemet, der automatisk planlægger kørslen og udsender køreordre til de tilbudsgivere/vogne, der skal udføre kørslen.”

Planetsystemet fordeler herefter kontrakter på kørselsydelser, jf. følgende beskrivelse i klageskriftet:

”Der findes flere faktorer i Planetsystemet, som har indflydelse på, hvordan kørslen fordeles mellem vognene. Entreprenøren angiver ved afgivelse af tilbud en pris for vognen, som er opdelt i et opstartsbeløb og en timepris. Herudover angiver entreprenøren et hjemsted/byområde for vognen. Disse faktorer lægges ind i Planetsystemet. Det er altså entreprenøren, som bestemmer den geografiske placering af vognen, og som angiver prissætningen på vognen. Vognene betales fra og til hjem-

sted/byområde. Derfor har geografisk placering af vognen betydning ved fordelingen af kørsel.

Planetsystemet skelner ikke mellem vogngruppetilslutning og enkeltvognstilslutning ved fordeling af kørsel.

Når alle vogne er lagt ind i Planetsystemet med priser og en geografisk placering, tildeler systemet de enkelte ture til den vogn, hvis tilbud er mest fordelagtigt til den konkrete tur ud fra følgende kriterier:

1. Kundens behov for vogntype (eks. skal der anvendes en liftvogn til en kørestolsbruger). Så længe vognen opfylder kundens behov til vogntypen, kan vognen få tildelt turen.
2. Pris på vogn(typen).
3. Geografisk placering af vogn(typen).

I den daglige drift indgår følgende faktorer ligeledes ved fordelingen af kørsel:

4. Privatrejser hvor vognen er ”optaget til anden side” og booket ud af Planetsystemet i et bestemt tidsrum. Entreprenøren selv lægger privatrejser ind i Planetsystemet, som kan ændre vognens geografiske placering i forhold det hjemsted/byområde, der er budt med. Dog jf. afsnit om privatrejser ovenfor.
5. Øvrige ture i systemet som giver mulighed for, at en tur kan indgå i en kombination med andre ture.
6. Åbningstider på vognen, det vil sige, er vognen reelt disponibel i det tidsrum, hvor kørslen skal udføres
7. Kundens spildtid. Den tid, kunden bruger på omvejskørsel og andre kunders vente-/servicetid, indregnes i henhold til gældende serviceniveau.

I planlægningssystemet er prisangivelsen delt i to: en afregningspris, der er den nøjagtige timepris, som entreprenøren har budt med, og en planlægningspris, som anvendes til optimering af planlægningen og fordelingen af ture. Planlægningsprisen er den pris, som Planetsystemet planlægger turene ud fra. Planlægningsprisen er som udgangspunkt lig med den timepris, der er budt med, men prisen kan ændres med de faktorer, der er nævnt i punkterne nedenfor. Vognen afregnes fortsat til den budte timepris.”

Alsvognen afgav tilbud på 6 vogne, hvoraf én af vognene opfyldte kravene til vogntype 5 og én af vognene kravene til vogntype 6. Tilbuddet indeholdt følgende tilbudspriser:

<i>Vogntype</i>	<i>Timepris hverdage kl. 06-18</i>	<i>Timepris øvrige hverdage kl. 18-24 samt weekend og helligdage kl. 06-24</i>	<i>Timepris Nat (alle dage) kl. 00-06</i>	<i>Pris pr. løft med trappemaskine</i>
2	299	319	700	
2	299	329	700	
2	309	349	700	
2	329	349	700	
<b>5</b>	<b>319</b>	<b>329</b>	<b>700</b>	
<b>6</b>	<b>329</b>	<b>349</b>	<b>700</b>	<b>300</b>

I alt 286 tilbudsgivere afgav tilbud på rammeaftalen.

Trafikselskaberne accepterede 266 af tilbuddene og indgik rammeaftale med tilbudsgiverne, herunder med Alsvognen. I alt er der efter det oplyste 110 rammeaftaler vedrørende VT5 og VT6 biler. Bekendtgørelse om de indgåede kontrakter blev offentliggjort den 25. januar 2019.

Alsvognen konstaterede efter rammeaftalens ikrafttræden den 1. marts 2019, at virksomheden ikke fik tildelt kontrakter på vogntyperne 5 og 6 i det forventede omfang, og at kontrakterne i stedet blev tildelt leverandører, hvis vogne ikke opfyldte kravene til vogntyperne.

Alsvognen rettede derfor ved e-mail af 26. juli 2019 henvendelse til trafik-selskaberne således:

”Efter nu små 4 måneder under FG6/FV6 kan vi desværre konstatere at der stadigvæk benyttes liftvogne af typen Fiat Ducato 33 (MAXI) L2H2 til kørsel som vogntype 5 og 6. dette gælder både standard og MAXI modellerne.

Dette undrer mig, da der i udbudsmaterialet og rammeaftalen §19 stk. 1 samt §20 (FV6) og §21 stk. 1 samt §22 (FG6) klart fremgår, at der skal være plads til 2 kørestole af 145x80cm; +30cm mellem kørestolene; samt 5 fremadrettede sæder, som alle skal kunne benyttes samtidigt. I alt 7 personer.

...



Det er fysisk ikke muligt at anbringe 2 kørestole på samme tid i vognen, idet den maksimale gulvlængde kun er 270cm og bredden mellem hjulkasserne kun er 125,5cm (standard) og 144,2cm (MAXI). Derved er det ikke muligt at placere kørestolene hverken i forlængelse af hinanden (dertil kræves  $145+30+145+30=350\text{cm}$ ) og ej helle ved siden af hinanden (dertil kræves  $80+80=160\text{cm}$ ).”

Ved e-mail af 16. august 2019 besvarede trafiksselskaberne henvendelsen således:

”Trafiksselskaberne har nu undersøgt sagen og kan konstatere, at problemet med den manglende plads opstår, hvis bilerne har to store kørestole med samtidig.

Herudover kan det konstateres, at problemet ikke kun omfatter typen Fiat Ducato 33 (MAXI). Problemet gælder også for andre mærker.

Trafiksselskaberne har på baggrund af den forsyningsmæssige forpligtelse ikke mulighed for at lukke samtlige vogne, der er for små til at køre med to store kørestole samtidig, da det ville betyde, at hovedparten af kørslen med vogntype 5 og 6 må indstilles.

Derfor har Trafiksselskaberne i stedet valgt, at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke er store nok, kun kan komme én stor kørestol med eller to almindelige.

De enkelte vogne, som opfylder pladskravene vil stadig kunne køre med to kørestole.

...

Trafiksselskaberne vil snarest lave en generel udmelding hvor den ændrede procedure beskrives.

...”

Alsvognen besvarede trafiksselskabernes e-mail ved e-mail af 19. august 2019 således:

”...

De vognmænd der har indkøbt, og regnet timepris ud baseret på L3 biler [som opfylder kravene til vogntype 5 og 6], der er både dyrere i indkøb samt i drift, de har budt ind med en højere timepris, og de vognmænd der kører L2 biler [som ikke opfylder kravene til vogntype 5 og 6], de kan køre til en lavere timepris. Kan det være rigtigt at vognmænd

der bryder rammeaftalen, skal stå som de store vindere, da de også får tildelt mere kørsel idet de kan køre til en lavere timepris?

...”

Trafikselskaberne anførte herefter i e-mail til Alsvognen af 22. august 2019:

”[...] kravene til maksimal kørestolsstørrelse, som skal kunne befordres, og antallet af kørestolspladser ikke er direkte sammenkoblede, hvilket er understøttet af trafikselskabernes praksis. Det kan derfor ikke konkluderes, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse på samme tid.

...

Som tidligere skrevet har Trafikselskaberne valgt at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke kan opfylde målene, kun kan komme én stor kørestol eller to almindelige med, og dermed overholdes kravene i aftalerne.

Trafikselskaberne agter ikke at ophæve kontrakter med vognmænd på denne baggrund og har på nuværende tidspunkt ikke yderligere at tilføje.”

Den 7. november 2019 rettede Alsvognen henvendelse til trafikselskaberne med anmodning om, at trafikselskaberne fremadrettet fastholdt mindstekravene i forhold til trafikselskabernes øvrige kontraktparter.

Trafikselskaberne afviste Alsvognens anmodning ved brev af 20. november 2019, hvoraf bl.a. fremgår:

”[Alsvognen] rettede den 26. juli 2019 henvendelse til trafikselskaberne vedrørende størrelsen på visse type 5 og 6 biler.

Trafikselskaberne valgte efterfølgende i august 2019 at **frafalde kravet** om, at der skal være plads til to store kørestole i de biler, der ikke er store nok til at have to store kørestole.

...

[...] Det er dog ikke udtrykkeligt specificeret, at de to nævnte kørestolspladser på samme tid skal kunne rumme to kørestole med de maksimale mål [...]

På den baggrund specificerede trafikselskaberne i august 2019, at det ikke er et krav, at der skal være plads til to store kørestole i alle type 5

og 6 biler, ligesom der på den baggrund ikke er belæg for at ophæve rammeaftalerne eller gennemføre fornyet udbud.”

Til belysning af værdien af kontrakterne og kørslen med VT5 og VT6 biler har trafikselskaberne oplyst, at der i perioden 1. marts 2019 - 1. marts 2020 har været en samlet omsætning på VT5 og VT6 bilerne på 106.661.896 kr. Det svarer efter det oplyste til en årlig omsætning på gennemsnitligt 952.338 kr. for de 110 rammeaftaler vedrørende VT5 og VT6 biler. Beregnet over en kontraktperiode på 2 år plus option på yderligere 2 år er værdien på hver af disse rammeaftaler på 3.809.352 kr. (4 x 952.338 kr.). Da hver rammeaftale kan indeholde flere vogne, er omsætningen pr. bil lavere end dette beløb.

Trafikselskaberne har nærmere om omsætningen i perioden fra den 1. marts 2019 til den 1. marts 2020 fordelt på vogntyper oplyst:

Vogntype	2	3	5	6	
Drift	232.058.896	3.821.834	83.122.040	23.539.856	DKR

#### Retsgrundlaget:

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 har følgende ordlyd:

#### ”Artikel 89

#### Ændring af kontrakter i deres løbetid

1. Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne direktiv i følgende tilfælde:

a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af priserne, eller revisionsmuligheder. Sådanne klausuler skal angive omfang og karakter af mulige ændringer eller muligheder samt de betingelser, hvorunder de kan anvendes. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

b) ...

c) når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- i) behovet for ændring er opstået som følge af omstændigheder, som en omhyggelig ordregivende enhed ikke kunne forudse
- ii) ændringen ændrer ikke kontraktens overordnede karakter.

d) ...

e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

...

2. Desuden kan kontrakterne, uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, også ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv, når værdien af ændringen er lavere end følgende værdier:

i) tærsklerne i artikel 15 og

ii) 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter og lavere end 15 % af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.

Ændringen må dog ikke berøre den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter. Hvis der foretages flere på hinanden følgende ændringer, vurderes værdien ud fra den samlede nettoværdi af de på hinanden følgende ændringer.

3. ...

4. En ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid betragtes som at være væsentlig som defineret i stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter bliver væsentligt forskellig fra den oprindelig indgåede. Med forbehold af stk. 1 og 2 betragtes en ændring under alle omstændigheder som at være væsentlig, hvis en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

a) ændringen indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren

b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for

c) ændringen udvider kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde betydeligt

d) ...

5. En ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en kontrakt eller rammeaftale om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2.”

Parternes anbringender:

Ad påstanden om afvisning

Trafikselskaberne har gjort gældende, at Alsvognen ikke har retsevne. Af en udskrift af 20. april 2020 fra Erhvervsstyrelsen fremgår nemlig, at Alsvognen er registreret som et interessentskab med to ansvarlige deltagere, Bettina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen. Videre fremgår det, at Allan Peter Gramstrup Thomsens ejerandel er 100 %. Da et interessentskab som minimum skal have to ejere for at være et interessentskab, er Alsvognen ikke et interessentskab og dermed ikke et selvstændigt retssubjekt, jf. fx. U.2008.2568H. At Alsvognen efter trafikelskaberne's afgivelse af svarskrift har foretaget en omregistrering i Erhvervsstyrelsen og nu er registreret således, at Alsvognen har to ejere, er ikke blot en berigtigelse af en tidligere fejl, hvor man kun registrerede sig med én ejer. Sagens omstændigheder viser, at de nu registrerede ejerandele på henholdsvis 1 % og 99 % har karakter af en nødløsning uden sammenhæng med sagens øvrige omstændigheder. Selvom Alsvognen oprindeligt var blevet registreret med to ejere, udgør Alsvognen desuagtet ikke et interessentskab. Dette støttes på den fremlagte interessentskabskontrakt, som afspejler et samarbejde/driftsfællesskab og ikke et interessentskab. Der er ikke ved aftaleindgåelsen etableret nogen formue, der er adskilt fra interessenterne's formue, og dermed ikke de ideelle andele, der karakteriserer et interessentskab. Alsvognen er således en retlig nullitet, der ikke har nogen retsevne og dermed ikke kan optræde som part, herunder i klagesager for klagenævnet. Klagen skal derfor afvises. For fuldstændighedens skyld gør trafikelskaberne gældende, at den reelle ejer ikke indtræder i stedet for Alsvognen i interessentskabets positioner, når interessentskabet aldrig er kommet til gyldig eksistens, jf. princippet i selskabslovens § 41, stk. 4.

Subsidiært har trafikelskaberne gjort gældende, at klagen skal afvises, da Alsvognen ikke har den fornødne retlige interesse. Klagen er båret af, at mange biler af vogntype 5 og 6 (VT5 og VT6) ikke – i modsætning til Alsvognens egne VT5 og VT6 biler – opfylder dimensionskravene i kontrakten, at trafikelskaberne efterfølgende har lempet kravene og dermed foretaget en ændring, der kræver nyt udbud, og uden at gennemføre et sådant nyt udbud har foretaget direkte tildelinger til de indehavere af VT5 og VT6 biler, hvis biler ikke opfylder dimensionskravene, og at Alsvognen har mistet ture til de VT5 og VT6 biler, der ikke opfylder dimensionskravene.

De vogne, som Alsvognen har tilbudt, opfylder imidlertid heller ikke de dimensionskrav, som Alsvognen hævder skal være opfyldte. Hvis Alsvognen har ret i, at tilbud på VT5 og VT6 skulle være afvist, hvis de ikke opfyldte de anførte dimensionskrav, skulle Alsvognens tilbud på VT5 og VT6

også have været være afvist. På det grundlag er der ikke er noget ligebehandlingsprincip eller gennemsigtighedsprincip, der er krænket i forhold til Alsvognen.

De to biler, Alsvognen har anmeldt til driftsledelsen hos trafikskaberne, er bilerne med registreringsnumrene AY 58191 og BJ 22819, begge af mærket Ford Transit 2.0 TDCi Kombi FWD Auto 2017. Ingen af disse biler opfylder imidlertid ifølge fabriksmålene de anførte dimensionskrav på minimum 350 cm (2x (145 cm + 30 cm)), idet bilerne har en kabine/varerumslængde på 3.494 mm.

Med hensyn til kabinebredden er kravet for hver stor kørestol 80 cm. Ved to store kørestole ved siden af hinanden er kravet således 160 cm. Den pågældende vogntype Ford Transit har en maksimum varerumsbredde på 178 cm. Men det er i praksis ikke muligt at placere kørestolene ved siden af hinanden, idet bilerne ikke er opbygget til dette, men til en placering i forlængelse af hinanden, hvilket hænger sammen med, at indlæsning af kørestole sker via en rampe eller lift fra bilens bagdør.

Trafikskaberne har afslutningsvis anført:

”Ud fra dette er situationen, at [Alsvognen] har en interesse i, at klagen ikke tages til følge, idet det medfører at [Alsvognens] VT5 og VT6 biler kan tildeles ture. Af samme grund har [Alsvognen] ingen interesse i at klagen tages til følge og klagen skal derfor afvises efter klagenslovens § 6 stk. 1 nr. 1.”

Til støtte for at de subsidiaire påstande 6 og 7 skal afvises, har trafikskaberne ud over det, der er anført ovenfor, i det afsluttende processkrift af 11. maj 2020 gjort gældende, at disse påstande vedrører det udbud, der blev annonceret ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 155-357122 af 13. august 2018. Indgåelsen af rammeaftalerne på baggrund af denne udbudsbekendtgørelse skete den 21. december 2018, hvilket blev annonceret den 25. januar 2019. Klagen vedrørende disse rammeaftaler er tidligst indgivet den 2. april 2020 og måske først ved Alsvognens afsluttende processkrift af 5. maj 2020. Klagen vedrørende rammeaftalerne er dermed indgivet mere end 6 måneder efter meddelelsen af tildelingsbeslutningen og er dermed for sent indgivet, jf. klagenslovens § 7, stk. 2, nr. 3. Alsvognens påstande 6 og 7 skal derfor afvises.

Alsvognen har til støtte for påstanden om, at klagen ikke skal afvises, gjort gældende, at Alsvognen er et registreret interessentskab. De ansvarlige deltagere, Bettina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen, er ligeledes interessentskabets reelle ejere, som det fremgår af interessentskabskontrakten af 20. august 2018, og af udskrifterne fra Erhvervsstyrelsen såvel af 20. som af 21. april 2020, hvor begge interessenter er anført som ”Fuldt ansvarlige deltagere”. Alsvognen har efter modtagelsen af udskriften af 20. april 2020 foranlediget rettelse til den korrekte fordeling af ejerandelene, henholdsvis 1 % og 99 %. Det er da også dette interessentskab, som har afgivet tilbud og er blevet tildelt kontrakt i henhold til rammeaftalen. Af skatteoplysninger for Betina Thomsen for årene 2018 og 2019 fremgår ligeledes, at Betina Thomsen har været registreret (og beskattet) ejer af Alsvognen siden den 20. august 2018. For interessentskaber gælder ikke noget kapitalkrav, idet ejerne hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk, jf. bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (lovbekendtgørelse nr. 559 af 19. maj 2010). Alsvognen er således et gyldigt etableret interessentskab, og klagen kan derfor ikke afvises med henvisning til, at Alsvognen ikke har retsevne.

Klagen kan heller ikke afvises med henvisning til, at Alsvognen ikke har retlig interesse i klagen, fordi Alsvognens VT5 og VT6 vogne er ukonditionsmæssige, og Alsvognens tilbud således skulle have været afvist.

Selv i det tilfælde, at Alsvognens vogne måtte være ukonditionsmæssige – hvilket bestrides – har Alsvognen en retlig interesse i at klage, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Det følger af klagenævnets praksis, at ”retlig interesse” ikke bør fortolkes snævert. En tilbudsgiver har således også retlig interesse i at klage, selvom tilbudsgiverens eget tilbud ikke er konditionsmæssigt, jf. klagenævnets kendelse af 12. august 2003, Skanska Danmark A/S mod Vejle Kommune.

Imidlertid er Alsvognens VT5 og VT6 vogne konditionsmæssige.

Mindstekravet, som fremgår af rammeaftalens § 20, stk. 4 og stk. 5, indebærer, at vogne af typerne 5 og 6 skal være indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm. x 80 cm (længde x bredde), have mindst 30 cm plads foran kørestolen og have plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Mindstekravet betyder således, at en vogn af vogntypen 5 eller 6 skal være minimum 350 cm lang eller 160 cm bred.

Trafikselskaberne gør på grundlag af fabriksmål gældende, at Alsvognens vogne med registreringsnumrene AY 58191 og BJ 22819, begge af mærket Ford Transit 2.0 TDCi Kombi FWD Auto 2017, alene har en kabine/varerumslængde på 349,4 cm, og at vognene således ikke overholder mindstekravet.

Denne længdeangivelse følger af fabriksmålene for en Ford Transit 2.0 TDCi af modellen Van. Som trafikselskaberne selv angiver, er Alsvognens vogne imidlertid af modellen Kombi, hvis dimensioner ligeledes er fremlagt for klagenævnet.

Det fremgår heraf, at den maksimale indvendige længde måles frem til 2. eller 3. sæderække.

Alsvognens vogne har imidlertid ikke sæderækker og har ligeledes ikke en varerumsadskillelse som i modellen Van. Dette betyder, at vognene har plads til, at der kan placeres to kørestole i størrelsen 145 cm x 80 cm i forlængelse af hinanden med 30 cm plads foran hver kørestol. Alsvognen har underbygget dette ved fremlagte fotos.

Det fremgår af oversigten over fabriksmålene, at vognene har en maksimal varerumsbredde på 178,4 cm. Trafikselskaberne har anført, at *"[...] det er i praksis ikke muligt at placere kørestolene ved siden af hinanden, idet bilerne ikke er opbygget til dette men til en placering i forlængelse af hinanden, hvilket hænger sammen med, at indlæsning af kørestole sker via en rampe eller lift fra bilens bagdør."*, men Alsvognen bestrider, at der i vognene ikke kan placeres to kørestole ved siden af hinanden, idet der, som det fremgår, er en rampe op til vognens bagdør. Kørestolene kan køres ind herigennem og kan uden problemer placeres side om side.

Alsvognens vogne lever således op til mindstekravet, idet der kan placeres to kørestole i forlængelse af hinanden eller side om side. Alsvognens vogne er derfor også konditionsmæssige.

#### Ad påstand 1-3 og 6-7

##### Alsvognens anbringender:

Særligt vedrørende påstand 1 har Alsvognen gjort gældende, at trafikselskabernes frafald af mindstekravet i forbindelse med indgåelsen af kontrak-



ter under rammeaftalen udgør en væsentlig ændring, idet ændringen forrykker såvel grundlaget for konkurrencen som rammeaftalens økonomiske balance.

Trafikselskaberne har – ved at frafalde mindstekravet – fået adgang til at indgå rammeaftalen med og tildele kontrakter under rammeaftalen til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, og som derfor ikke kunne indgå kontrakterne, hvis ikke ændringen var sket. På samme tid betyder det, at Alsvognen – som opfyldte mindstekravet, og som stod til at få tildelt flere kontrakter under rammeaftalen – ikke får tildelt kørselsopgaverne. Hertil kommer, at såfremt mindstekravet ikke var indgået i det oprindelige udbudsgrundlag for rammeaftalen, havde andre leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, også haft mulighed for at byde på opgaven. Ved at foretage ændringen efter udbuddet har trafikselskaberne således udelukket leverandører fra at deltage heri.

For at leve op til mindstekravet indeholdt Alsvognens tilbud vogne, der både i indkøb og i drift er forbundet med større omkostninger. Det medførte, at Alsvognens tilbudspriser ligeledes var højere end tilsvarende leverandørers. Det er vigtigt at forstå, at trafikselskaberne i begyndelsen af aftaleperioden konstaterede, at de øvrige leverandører ikke kunne overholde mindstekravet. Ved at frafalde mindstekravet tilgodeså trafikselskaberne – i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed – således de leverandører, der ikke opfyldte mindstekravet. Frafaldet af mindstekravet medførte således en ændring af aftalens økonomiske balance til fordel for de leverandører, der ikke levede op til mindstekravet. Disse leverandører kunne herefter levere ydelser uden at investere i større og dyrere vogne, der opfylder mindstekravet, hvorved disse leverandører opnår en økonomisk fordel, som den oprindelige rammeaftale ikke gav mulighed for.

Alsvognen har bestridt, at ændringen lovligt kunne foretages i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, og har anført, at bestemmelsen har karakter af en undtagelsesbestemmelse og derfor efter fast EU- og klagensævnsspraksis skal fortolkes restriktivt. Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til udbudslovens § 183, hvorefter en ændring af en kontrakt ikke anses som en ændring af et grundlæggende element i tilfælde, hvor i) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, og hvor ii) kontraktens overordnede karakter ikke ændres. Der gælder efter § 183 herudover en betingelse om, at værdien af ændringen ikke overstiger 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

Alsvognen har henvist til lovforarbejderne til § 183, hvorefter det med hensyn til betingelse i) er en forudsætning for anvendelse, at

”[...] ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for ændringen, hvilket indebærer, at den eller de begivenheder, der har medført behovet for at foretage ændringer ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiveren. Ved vurdering heraf skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud.”

Bestemmelsen skal desuden fortolkes i lyset af præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet, hvor der henvises til behovet for at kunne foretage ændringer som følge af ”eksterne omstændigheder”. Det er således et krav, at ændringsbehovet skyldes udefrakommende forhold og ikke f.eks. ordregiverens egne ændrede præferencer eller ønsker.

Frafaldet af mindstekravet er imidlertid ikke sket som følge af en ændring af eksterne omstændigheder. Trafikselskaberne har således ikke et ændret behov, og der er ikke indtrådt nye forhold, der nødvendiggør, at mindstekravet frafalder.

Trafikselskaberne har i svarskriftet anført, at selskaberne *”siden kontraktstart ved en kombination af kapacitetsopsætning i Planet og bestillingsinstruks [har]sikret, at der ikke automatisk planlægges ture med to store kørestole samtidig i en bil”,* og at *”Ændringen af kontrakterne vedrørende VT5 og VT6 har derfor ikke haft nogen målbar følge, hvilket må antages at skyldes, at der ikke har været noget behov for transport af to store kørestole samtidig i samme bil.”*

Det har således fra start stået trafikselskaberne klart, at der ikke ville være et behov for kørsler med to store kørestole samtidigt. Der er derfor heller ikke tale om ændrede omstændigheder, men omstændigheder, der har været til stede fra kontraktstart, og som ikke har haft en målbar følge i forhold til de udbudte kørsler.

Frafaldet kan alene begrundes i, at trafikselskaberne ikke har været tilstrækkeligt omhyggelige med hensyn til udformningen af udbudsbetingelserne og de heri gældende mindstekrav, hvorfor betingelse i) i forsynings-

virksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke er opfyldt. Hertil kommer, at der i øvrigt er tale om en ændring, der ændrer kontraktens overordnede karakter. Betingelse ii) er derfor heller ikke opfyldt.

Endelig har Alsvognen bestridt, at frafaldet af mindstekravet lovligt har kunnet foretages i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2.

Det er således ifølge svarskriftet trafikelskabernes egen foreløbige vurdering, at *"[...] kun 13 (VT5 og VT6) biler ud af 300 (VT5 og VT6) biler opfylder kravene. De 13 biler giver ved optimal udnyttelse 26 kørestolspladser. Det er Trafikelskabernes vurdering, at en så begrænset kapacitet ikke på nogen måde kan opfylde det samlede behov i Region Midt og i Region Syddanmark for transport af kørestolsbrugere og vil berøre omkring 2.000 ture dagligt på hverdage."*

Trafikelskaberne har med ændringen således muliggjort kontraktindgåelse med yderligere 287 vogne ( $300 \div 13$ ), hvormed ændringen antages at have en værdi, der overskrider de ovenfor anførte værdier.

Der er heller ikke hjemmel til den direkte tildeling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 10, som giver en ordregiver adgang til at tildele delkontrakter uden at anvende de procedurer, der er omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, såfremt den anslåede værdi uden moms er under 80.000 EUR for varer eller tjenesteydelser.

Trafikelskabernes anbringende må bero på en misforståelse af Alsvognens påstand 1, der knytter sig til samtlige kørsler foretaget med vogntyperne 5 og 6, hvor leverandøren ikke har overholdt mindstekravet, og således ikke alene kørsler med to store kørestole. Der er derfor ikke tale om lovlige direkte tildelinger, der ligger under grænserne i artikel 16, stk. 10.

Særligt vedrørende påstand 2 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at trafikelskabernes væsentlige ændring af rammeaftalen medfører, at de tildelte kontrakter efter frafaldet af mindstekravet har karakter af nye offentlige kontrakter, som skal udbydes efter udbudsreglerne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5. Trafikelskaberne har imidlertid ikke gennemført et nyt udbud, hvorfor de kontrakter, som er blevet tildelt efter frafaldet af mindstekravet, er sket i strid med udbudsreglerne. Trafikelskabernes beslutninger om tildeling af de pågældende kontrakter kan derfor ikke lovligt

opretholdes, og klagenævnet skal annullere trafikkselskabernes beslutninger om tildeling af de pågældende kontrakter.

Særligt vedrørende påstand 3 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at trafikkselskaberne ikke har anvendt fremgangsmåden i klagenævnslovens § 4, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1. De indgåede kontrakter skal derfor erklæres for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet skal i tillæg hertil, og såfremt klagenævnet finder grundlag herfor, pålægge trafikkselskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2 sammenholdt med stk. 3.

Særligt vedrørende påstand 6 har Alsvognen gjort gældende, at en udbudsbekendtgørelse ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 69 skal indeholde de oplysninger, der er fastsat i den relevante del af bilag XI til direktivet. I bilaget specificeres, at der i udbudsbekendtgørelsen skal angives følgende i forhold til den eller de ordregivende myndighed(er):

”Navn, ID-nummer (hvis omhandlet i den nationale lovgivning), adresse (herunder NUTS-kode), telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse på den ordregivende enhed og på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få yderligere oplysninger, såfremt det ikke er den samme.”

Trafikkselskaberne har i udbudsbekendtgørelsen under del I alene angivet CVR-nummer, adresse, NUTS-kode samt kontaktoplysninger for FynBus. Det er således alene FynBus, der er angivet som ordregivende myndighed, idet det ikke er muligt at identificere Midttrafik og Sydtrafik alene på baggrund af selskabernes navne.

Det fremgår ikke i øvrigt af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen tildeles for det enkelte trafikkselskab. Alsvognen har derfor gjort gældende, at FynBus ikke er bemyndiget til at træffe beslutning om tildeling af rammeaftalen på vegne af de to øvrige trafikkselskaber, fordi (i) det ikke fremgår, at FynBus har en sådan kompetence, og fordi (ii) de to trafikkselskaber ikke i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt identificerede.

Sydtrafik og Midttrafik har herudover ikke selv kunnet træffe beslutning om tildeling af rammeaftalen på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, idet disse trafikkselskaber ikke er angivet som ordregivende myndigheder og

dermed ikke har kunnet afløfte deres udbudspligt med hjemmel i den udbudsbekendtgørelse, som FynBus har offentliggjort.

Formålet med en udbudsbekendtgørelse er at sikre, at alle interesserede leverandører har den samme mulighed for at få kendskab til og dermed også for at overveje, om udbuddets genstand har en sådan størrelse og karakter, at leverandøren er interesseret i at deltage i udbudsprocessen. Det er således væsentligt, at udbudsbekendtgørelsen indeholder alle oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, at bekendtgørelsen er udformet på en gennemsigtig måde, og at bekendtgørelsen beskriver de faktiske forhold af betydning for vurderingen. På baggrund af udbudsbekendtgørelsen har det imidlertid ikke været gennemsigtigt for leverandørerne, at beslutning om tildeling af rammeaftalen ville blive truffet af FynBus på vegne af Sydtrafik og Midttrafik.

FynBus har som følge heraf handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 69, jf. herved også klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland, som omhandlede et udbud, hvor alene Region Sjælland var angivet som ordregivende myndighed, men hvor der også blev indgået rammeaftaler på vegne af Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark.

Særligt vedrørende påstand 7 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 6, gjort gældende, at trafikskabernes beslutning om tildeling af rammeaftalen skal annulleres, da den udbudsretlige overtrædelse er væsentlig og har haft betydning for udfaldet af udbuddet.

#### Trafikskabernes anbringender:

Vedrørende påstand 1 har trafikskaberne principalt gjort gældende, at der ikke er sket nogen ændring af kontrakter om kørsel med VT5 og VT6 biler, men alene en præcisering af, at der med to kørestole menes to almindelige kørestole.

Det erkendes, at trafikskabernes ordvalg i brevet af 20. november 2019 om at ”... *frafalde kravet om, at der skal være plads til to store kørestole...*” isoleret set er en kraftig indikation på en ændring, men udtalelsen skal læses i sammenhæng med de følgende afsnit af brevet, hvor trafikskaberne påpeger: ”*Det er dog ikke udtrykkeligt specificeret, at de to nævnte kørestols-*

*pladser på samme tid skal kunne rumme to kørestole med de maksimale mål...*” Henset til den sammenhæng, udtalelsen afgives i, har trafikselskaberne således gjort gældende, at udtalelsen ikke rummer en ændring af kontrakten, men alene en præcisering.

Finder klagenævnet, at der *er* tale om en ændring, har trafikselskaberne subsidiært gjort gældende, at et frafald af et mindstekrav ikke er at ligestille med en ændring af et grundlæggende element og ikke har nogen selvstændig, afgørende betydning ved vurderingen af, om kriteriet ”*ændring*” eller ”*berøring*” af kontraktens overordnede karakter er opfyldt, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, og artikel 89, stk. 2. Trafikselskaberne har desuden henvist til klagenævnets kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

Den foretagne ændring kunne med rette gennemføres såvel i henhold til artikel 89, stk. 1, litra c, som i henhold til artikel 89 stk. 2.

Behovet for ændring er for det første opstået som følge af omstændigheder, som trafikselskaberne som en omhyggelig ordregivende enhed ikke kunne forudse, jf. artikel 89, stk. 1, litra c. Det grundlæggende problem er, at mange – og ved en nærmere kontrolmåling måske stort set alle – VT5 og VT6 biler ikke opfylder de dimensionskrav, som Alsvognen gør gældende skal være opfyldt.

Trafikselskaberne har som omhyggelige ordregivere foretaget de undersøgelser, de burde, og har ikke haft en pligt til at undersøge og kontrolopmåle hver enkelt af de over 3.000 tilbudte biler i alle vogntyper. At en nærmere prøvelse nu viser, at VT5 og VT6 bilerne ikke fuldt ud opfylder dimensionskravene, kunne trafikselskaberne ikke forudse, og trafikselskaberne opfylder derfor kriteriet i artikel 89, stk. 1, litra c, i.

Ændringen har endvidere ikke medført en ændring af kontraktens overordnede karakter, jf. artikel 89, stk. 1, litra c, ii. Kontrakterne omfattende VT5 og VT6 bilerne vedrører siddende patientbefordring, handicapkørsel, kommunal visiteret kørsel og åben behovstyret kollektiv trafik (Flexitur m.m.). Kørestole kan forekomme i alle ordninger. Dette er kontraktens overordnede karakter, og den er ikke ændret ved fravigelse af de anførte dimensionskrav.

Alle ture planlægges af planlægningssystemet Planet. Dette system har opereret ud fra den programmering, at der ikke var og er dimensionsproblemer med de kontraherede VT5 og VT6 biler. I Planet er alle VT5 biler ens og alle VT6 biler ens. Trafikselskaberne har siden kontraktstart ved en kombination af kapacitetsopsætning i Planet og bestillingsinstruks sikret, at der ikke automatisk planlægges ture med to store kørestole samtidig i en bil. To store kørestole samtidig forekommer derfor kun ved fejlbestillinger, eller evt. i særlige tilfælde af manuel planlægning. Der vil derfor ikke kunne findes en bestilling på to store kørestole i systemet.

Trafikselskaberne har derfor ikke – inden for den korte svarfrist – kunnet identificere nogen hændelser i kontraktperioden, hvor en VT5 eller VT6 bil har måtte afvise at medtage en kørestolsbruger med en stor kørestol som følge af, at der på den pågældende tur skulle medtages to store kørestole.

Det er trafikselskabernes konklusion, at Planetsystemet ikke hidtil har planlagt ture, som har indebåret en samtidig transport af to store kørestole. Når dette ikke er sket, er det et resultat af opsætningen af Planet og af, at sådanne behov ikke vurderes at have foreligget.

Ændringen af kontrakterne vedrørende VT5 og VT6 har derfor ikke haft nogen målbar følge, hvilket må antages at skyldes, at der ikke har været noget behov for transport af to store kørestole samtidig i samme bil.

Trafikselskaberne har desuden gjort gældende, at man har været berettiget til at foretage ændringen med hjemmel i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, idet kravene om, at værdien af ændringen ligger under den gældende tærskelværdi i direktivets artikel 15 og er lavere end 10 % af den oprindelige kontrakt, er opfyldt.

Under henvisning til, at trafikselskaberne ikke hidtil har kunnet identificere nogen hændelser, hvor dimensionsproblemet er kommet i spil, eller hvor der er bestilt en bil til samtidig transport af to store kørestole, må det lægges til grund, at ændringen ikke har nogen målbar indvirkning på værdien af den enkelte delaftale, der rummer kørsel med VT5 eller VT6, og slet ikke en værdi, der svarer til tærskelværdien eller 10 % af den pågældende kontrakt.

Trafikselskaberne har derfor været berettiget til i medfør af direktivets artikel 89, stk. 2, at ændre VT5 og VT6 kontrakterne som sket.

Da omfanget af kørsel med to store kørestole i samme bil samtidigt er meget begrænset, om overhovedet eksisterende, er der en stærk formodning for, at omfanget af en sådan kørsel ligger under grænserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 10, om lovlige direkte tildelinger. Kravet er her, at den enkelte direkte tildeling ikke må overstige 80.000 euro og ikke overstige 20 % af alle delkontrakternes værdi.

Trafikselskaberne må derfor antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne. Dette underbygger, at direkte tildelinger af VT5 og VT6 ture ikke har været i strid med udbudsreglerne.

Trafikselskaberne har i det afsluttende processkrift af 11. maj 2020 tillige anført, at der ikke er sket en ændring af rammeaftalerne med de vognmænd, der tilbyder VT5 og VT6 kørsel. Trafikselskabernes udmelding var alene en præcisering. I e-mailen af 16. august 2019 anførte trafikselskaberne, at man snarest ville lave en generel orientering, hvor den ændrede procedure blev beskrevet. En sådan generel orientering blev imidlertid ikke udsendt, og der er ikke tilgået de pågældende vognmænd nogen orientering om nogen ændring af dimensionskravene. De pågældende vognmænd, med undtagelse af Alsvognen, har derfor været uvidende om, at dimensionskravene har været til drøftelse. Vognmændene hørte angiveligt først herom, da man modtog klagensævnets skrivelse af 4. maj 2020 om muligheden for intervention.

En ændring af den oprindelige rammeaftale fordrer aftaleretligt, at parterne er enige om ændringen. Trafikselskaberne kan som ordregiver ikke uden hjemmel i rammeaftalen ændre denne ensidigt. Dette gælder, uanset ændringen ensidigt måtte være til fordel for vognmændene. Accepterede man, at en ordregiver ensidigt kunne ændre en rammeaftale ensidigt til fordel for de økonomiske aktører og herunder rammeaftalens grundlæggende element, ville man herved give ordregiver en ensidig adgang til at bringe rammeaftalen til ophør før udløb. Det ville nemlig være konsekvensen i de tilfælde, hvor den ændrede rammeaftale ville blive anset for værende en ny rammeaftale og derefter blive erklæret uden virkning.

I denne sag har justeringen/ændringen ikke været kommunikeret ud til andre end Alsvognen, og vognmændene har intet kendskab til justeringen/ændringen. De har derfor ej heller accepteret nogen ændring, og der foreligger dermed og allerede af den grund ingen ændring af rammeaftalen.



Trafikselskaberne har herved tilføjet, at de vognmænd, der har fået meddelelse om muligheden for intervention, derfor må undre sig over, at de, efter at der er indgået en rammeaftale, og efter at klagefristen vedrørende dennes indgåelse er udløbet, og uden at de har accepteret nogen ændring, nu konfronteres med en risiko for, at deres rammeaftale falder bort grundet trafik-selskabernes efterfølgende ensidige, interne og ikke oplyste afkald på opfyldelse af visse dimensionskrav.

Vedrørende påstand 2 og 3 har trafikselskaberne gjort gældende, at begge påstande vedrører tildeling af kontrakter til de virksomheder, der er omfattet af bilag F.

Indledningsvis må det klarlægges, hvilke kontrakter påstand 2 og 3 retter sig mod. Af processkrifterne fremgår, at påstandene retter sig mod de kontrakter, der tildeles på grundlag af rammeaftalerne, og at kontrakter med Alsvognen er undtaget, hvilket ikke ville være muligt, hvis en ændring af rammeaftalerne skulle medføre, at de skulle erklæres uden virkning. Her ville Alsvognen også blive ramt. Påstandene retter sig således ikke mod rammeaftalerne.

Da Alsvognen ikke kan blive tilkendt mere end påstået, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, retter trafikselskabernes anbringender sig derfor alene mod spørgsmålene om, hvorvidt der er grundlag for at annullere tildelingen af de kontrakter, der er tildelt løbende under rammeaftalerne, henholdsvis erklære dem for uden virkning eller fastsætte en alternativ sanktion.

Indledningsvis gør trafikselskaberne gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne, der – herunder ud fra en væsentlighedsvurdering – kan begrunde en annulation, at kontrakterne erklæres uden virkning, eller at der fastsættes en alternativ sanktion, jf. det, der er anført ovenfor ad påstand 1.

Ændringen har alene medført, at der ikke vil blive bestilt kørsel med to større kørestole i samme bil samtidigt. Dette var også trafikselskabernes praksis inden ændringen, og dermed har ændringen ingen målbar følge.

De kontrakter, der tildeles løbende under rammeaftalerne, tildeles automatisk af planlægningssystemet Planet til den bil, der på det pågældende tids-

punkt bedst opfylder de kriterier, systemet tildeler efter. Disse faktorer er blandt flere, pris, vogntype, bilens geografiske placering mm. Kørslen udføres og kontrakten opfyldes inden for kort tid – minutter eller få timer – efter tildelingen.

Det anførte medfører i realiteten, at alle tildelte kontrakter er gennemførte.

Det synes under disse omstændigheder uden mening at annullere kontrakter, der er opfyldte og gennemførte. Det bemærkes, at udbudslovens § 185, stk. 2, ikke gælder på forsyningsområdet.

Sanktionen uden virkning kan kun ske for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 1, og kan derfor ikke ske for de tildelte kontrakter under rammeaftalerne, da alle disse kontrakter, bortset fra dem, der på ethvert tidspunkt måtte være tildelt inden for de seneste en til to timer, er opfyldte og gennemførte. Der foreligger således i realiteten ikke uopfyldte kontrakter, der kan erklæres uden virkning for fremtiden.

Vedrørende de subsidiære påstande 6 og 7 har trafikskaberne gjort gældende, at der ikke er sådanne mangler ved udbudsbekendtgørelsen, at trafikskaberne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. De tre trafikskaber er entydigt identificeret. Det fremgår af, at der ikke findes andre myndigheder eller juridiske enheder med disse navne. Trafikskaberne er enige i, at gengivelsen af ordregiverne i udbudsbekendtgørelsen ikke er i overensstemmelse med pkt. A, nr. 1, i bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, men der kan ikke hos nogen, herunder Alsvognen, have været reel tvivl om, at de tre trafikskaber var ordregivere. I udbudsbetingelsernes punkt 1 er de tre ordregivere alle oplyst. Trafikskaberne har endelig henvist til klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, Fyn-Bus og Sydtrafik.

Efter omstændighederne må den ukomplette angivelse af supplerende oplysninger om trafikskaberne som ordregivere derfor anses for så bagatelagtigt, at det hverken kan føre til annullation eller andre sanktioner.

Klagenævnet udtaler:

Påstanden om afvisning af påstand 1-3

Der er ikke grundlag for at fastslå, at Alsvognen skulle være uden partsevne.

Alsvognen har som vognmandsforretning deltaget i udbuddet og har indgået rammeaftaler med trafikskaberne. Virksomheden har derfor retlig interesse i klagen, uanset om virksomhedens tilbud måtte være ukonditionsmæssigt, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet behandler derfor klagen.

#### Påstand 1

Rammeaftalens krav til vogntyper er mindstekrav, således også kravet om, at vogne af vogntype 5 og 6 skal være *”indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen.”*

Som udtrykkeligt anført i brevet af 20. november 2019 besluttede trafikskaberne i august 2019 at frafalde kravet om, at *”der skal være plads til to store kørestole”* i vogntyperne 5 og 6 efter gennem korrespondance med Alsvognen at være blevet gjort opmærksom på problemerne med og konsekvenserne af kravets manglende opfyldelse. Trafikskaberne tildelte herefter løbende kørselsopgaver – og havde efter det oplyste, jf. oplysningerne om håndteringen i Planetsystemet, også før kravet direkte blev frafaldet, i et vist omfang løbende tildelt kørselsopgaver – med vogntyperne 5 og 6 til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet.

Som sagen er oplyst, vil overholdelse af mindstekravet have medført meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og tilbud på vogne, som overholder mindstekravet, herunder Alsvognens, må derfor antages at have været mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet i forhold til tilbud på vogne, som ikke overholder mindstekravet. Dette støttes i høj grad tillige af indlæggene fra de to virksomheder, som er indtrådt i sagen til støtte for Alsvognen, og som i øvrigt også efter det oplyste tidligere uden resultat har rettet henvendelse til trafikskaberne. Desuden må mindstekravet anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet. Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels *”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige ud-*

budsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stykke 4, litra a, dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, jf. artikel 89, stk. 4, litra b. Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5.

Da trafikskaberne ikke har udbudt VT5 og VT6 kørslerne på ny, er de kørsler, der er tildelt efter frafaldet af mindstekravet, tildelt direkte i strid med udbudsreglerne.

Trafikskaberne har ud fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, om værdien af tilladte ændringer argumenteret med, at selskaberne må ”antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne”. Dette er imidlertid efter klagenævnets opfattelse udtryk for en misforståelse. Det er således *alle* rammeaftaler om kørsler med VT5 og VT6, som er ændret i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og *alle* tildelinger af kørsler under disse rammeaftaler er herefter sket som direkte tildelinger. At mindstekravet – i betragtning af det oplyste om behovet for kørsler med to store kørestole – muligt er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt ændrer ikke på, at kravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det ”påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.”

Endelig kan trafikskabernes synspunkt om, at ændringen ville kunne rummes af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke over for det, der er anført ovenfor, føre til et andet resultat.

Trafikskaberne har således ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 uden at iværksætte nyt udbud fortaget en væsentlig ændring af rammeaftalen i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5.

At trafiksselskaberne – i strid med det, selskaberne havde angivet i e-mailen af 16. august 2019 – alene udtrykkeligt har orienteret den kontraktpart, nemlig Alsvognen, som vedholdende satte spørgsmålstejn ved de løbende kørselstildelinger, og ikke de øvrige kontraktindehavere, endsige de intervenserende virksomheder og øvrige indehavere af kontrakt med vogne, der opfylder mindstekravene, om ændringen i den rammeaftale, som kørselstildelingerne hvilede på, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstand 1 tages derfor til følge.

### Påstand 3

Den oprindelige rammeaftale er udtrykkeligt ændret i august 2019 på en måde, der efter det, som klagenævnet har fastslået vedrørende påstand 1, ikke kunne ske uden fornyet udbud, og de fortsatte kørselstildelinger gennem Planetsystemet er som fastslået alle direkte tildelinger.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4. Der er tale om en lovbundet sanktion, som følger direkte af kontrolloven, og som i givet fald skal pålægges også uden, at der er nedlagt påstand herom. Trafiksselskabernes henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., er derfor uden betydning.

Trafiksselskaberne har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om den foretagne ændring, der indebærer direkte tildeling, og den ændrede rammeaftale angående kørsler med vogntype 5 og 6 skal derfor erklæres for uden virkning.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Trafiksselskaberne har ikke anført hensyn til støtte herfor, men har til støtte for, at en interesseafvejning i forbindelse med stillingtagen til anmodningen om opsættende virkning skulle falde ud til fordel for trafiksselskaberne, anført, at der ikke i den foreliggende sag er grundlag for at fravige betragtningen om, at der gælder tungtvejende samfundsmæssige hensyn på forsyningsvirksomhedsområdet. De 13 biler, som opfylder mindstekravet, vil ikke på nogen måde kunne opfylde det samlede behov i Region Midt og i Region

Syddanmark for transport af kørestolsbrugere. De pågældende brugere vil i vidt omfang blive afskåret fra at blive kørt til behandling i sundhedssektoren og til sociale arrangementer. Det vil for brugerne medføre ændrede og mere komplekse sygdomsbilleder på grund af udskydelsen af planlagte procedurer og en yderlig forværring for de brugere, hvis behandling på grund af den nuværende coronakrise allerede er udsat.

Klagenævnet finder imidlertid, at disse hensyn ikke i tilstrækkelig grad giver grundlag for ikke at erklære rammeaftalen for uden virkning.

Den ændrede kontrakt skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt rammeaftalen skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på hensynet til trafikselskabernes mulighed for at tilrettelægge og gennemføre nyt udbud, hvorved de hensyn, som er beskrevet ovenfor, findes tilstrækkeligt varetaget. Den ændrede rammeaftale om kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres herefter for uden virkning fra og med den 1. august 2020.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, hvor stor en del af den ændrede rammeaftale der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion til 3 mio. kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Klagenævnet har taget udgangspunkt i den anslåede værdi af den del af den ændrede rammeaftale, som tillades opretholdt, dvs. fra den 16. august 2019 til den 1. august 2020, set i forhold til værdien af aftalen i dens ordinære løbetid (uden optioner) frem til den 1. marts 2021, og de oplyste omsætningstal. Klagenævnet har herefter – under hensyn til trafikselskabernes oplysning om aktivitetsnedgang under coronakrisen – nedrundet beløbet.

Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

#### Påstand 2

Da rammeaftaler angående kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres for uden virkning, er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 2.

#### Herefter bestemmes:

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, ved at

frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i rammeaftale ”FV6 – FlexVariabel” om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Klagenævnet erklærer rammeaftale ”FV6-FlexVariabel” for uden virkning fra og med den 1. august 2020 for så vidt angår kørsel med vogntype 5 og 6.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 3 mio. kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal ligeledes in solidum i sagsomkostninger betale 30.000 kr. til Alsvognen I/S. Beløbet skal betales inden 14 dage fra modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg  
kontorfuldmægtig