

K E N D E L S E

Brande Buslinier ApS
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Midttrafik
(advokat Svend Bjerregaard, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 134-306712 af 12. juli 2018 udbød Midttrafik som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) driften af lufthavnsruterne 912X og 925X omfattende i alt ca. 24.000 køreplantimer årligt fordelt på 2 delkontrakter mellem Aarhus og henholdsvis Billund Lufthavn og Aarhus Lufthavn (Tirstrup).

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 3. september 2018 havde ni virksomheder anmodet om prækvalifikation. Otte ansøgninger blev vurderet konditionsmæssige, og den 6. september 2018 besluttede Midttrafik at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Arriva Danmark A/S
2. Keolis Danmark A/S
3. Nobina Danmark A/S
4. Tide Bus Danmark A/S

I udbudsmaterialet var fastsat, at tilbudsgiverne skulle aflevere deres endelige tilbud senest den 23. november 2018.

Den 26. september 2018 indgav Brande Buslinier ApS (herefter Brande Buslinier), der havde ansøgt om prækvalifikation, klage til Klagenævnet for Udbud over Midttrafik. Brande Buslinier fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 15. oktober 2018 besluttede klagenævnet, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning.

Den 15. januar 2019 besluttede Midttrafik at tildele kontrakten til Keolis Danmark A/S.

Den 23. januar 2019 indgav Brande Buslinier supplerende klage og fremsatte i den forbindelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Klagenævnet for Udbud har herefter ved denne kendelse afgjort sagen endeligt og har således ikke truffet afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning efter lovens § 12, stk. 2.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Brande Buslinier har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og direktivets artikel 78, stk. 2, ved at have begrænset antallet af egnede ansøgere, der blev opfordret til at afgive tilbud, under anvendelse af et udvælgelseskriterium, som knyttede sig til oplysninger, som ikke indgik i det i udbudsbetingelserne fastsatte grundlag for udvælgelsen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og direktivets artikel 78, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2 som kriterium for udvælgelsen af tilbudsgivere at have fastsat kriterierne ”Referencer for erfaringer med kundevendte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen” og ”Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik,

hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag”, uden at det af udbudsmaterialet fremgår, hvad Midttrafik ville lægge vægt på i relation til de pågældende kriterier.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og direktivets artikel 78, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2 som kriterium for udvælgelsen af tilbudsgivere at have fastsat kriteriet ”Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet”, uden at det af udbudsmaterialet fremgår, hvad Midttrafik ville lægge vægt på ved det pågældende kriterium.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 1-3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og direktivets artikel 78, stk. 2, ved at have fastsat og anvendt uklare og uigennemsigtige bestemmelser i udbudsmaterialet om udvælgelsen af egnede ansøgere, herunder om indholdet af ansøgernes ansøgninger og om den måde, ansøgningerne ville blive vurderet på.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at prækvalificere Keolis Danmark A/S, uagtet at Keolis Danmark A/S’ ansøgning var ukonditionsræssig, idet Keolis Danmark A/S i ESPD del V har svaret nej til at ”opfylde de objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der skal anvendes for at begrænse antallet af ansøgere ...”.

Påstand 6 (tidligere påstand 3)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Midttrafiks prækvalifikationsbeslutning af 6. september 2018.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere Midttrafiks tildelingsbeslutning af 15. januar 2019.

Midttrafik har nedlagt påstand om, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, og at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte delkontrakt vedrørende lufthavnsrute 912X Aarhus - Billund Lufthavn omfatter ca. 17.000 køreplantimer, og den udbudte delkontrakt vedrørende lufthavnsrute 925X Aarhus - Aarhus Lufthavn (Tirstrup) omfatter ca. 7.000 køreplantimer.

I udbudsbekendtgørelsen hedder det bl.a.:

”Del II: Genstand

II.1) Udbuddets omfang

...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Udbuddet omfatter driften af lufthavnsruterne 912X og 925X. Disse omfatter ca. 24 000 køreplantimer om året fordelt på 9 kontraktbusser og 2 reservebusser.

...

II.2) Beskrivelse

II.2.1) Betegnelse: Lufthavnsrute 912X

Delkontraktnr.: Pakke 1

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet omfatter driften af lufthavnsrute 912X. denne omfatter ca. 17.000 køreplantimer om året fordelt på 4 kontraktbusser og 1 reservebus.

Der kan afgives tilbud på de 2 kontrakter (pakker) enkeltvis og i kombination:

- Pakke 1: Rute 912X Aarhus – Billund Lufthavn,
- Pakke 2: Rute 925X Aarhus – Aarhus Lufthavn (Tirstrup),
- Kombination A: Begge pakker i kombination.

...

II.2.9) Oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet mindste antal: 3

Største antal: 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

Egnethed

Tilbudsgiver skal have autorisation for udøvelse af hvervet i form af enten en tilladelse efter buslovens § 1, stk. 1 (grundtilladelse), og tilladelse for det nødvendige antal busser.

Økonomisk og finansiell kapacitet:

- Ansøger skal i de 2 seneste disponible regnskabsår have haft en positiv egenkapital.

Seneste disponible regnskab defineres som det seneste generalforsamlings-godkendte årsregnskab.

Teknisk og faglig formåen:

- Ansøger skal kunne dokumentere minimum 2 referencer med udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste 3 år. Den udførte kørsel skal minimum have et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel.

Såfremt der er flere konditionsmæssige og egnede ansøgere, end ordregiver har angivet at ville prækvalificere, vil ordregiver på baggrund af en saglig og objektiv vurdering af de modtagne ansøgerees egnethed udvælge de ansøgere, der vil blive inviteret til at afgive tilbud.

Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af ovenstående mindstekrav, og udvælgelsen vil således ske på baggrund af følgende (oplistet i prioriteret rækkefølge):

- De anførte referencer for udførelse af buskørsel i Danmark. Der lægges vægt på, at kørselsomfanget som minimum har et omfang tilsvarende de udbudte ruter samlet,
- Referencer for erfaringer med kundevendte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen,
- Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag,
- Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet.

...

II.2) Beskrivelse

II.2.1) Betegnelse: Lufthavnsrute 925X

Delkontraktnr.: Pakke 2

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet omfatter driften af lufthavnsrute 925X, samt rute 123. Denne omfatter ca. 7 000 køreplantimer om året fordelt på 5 kontraktbusser og 1 reservebus.

...

Der kan afgives tilbud på de 2 kontrakter (pakker) enkeltvis og i kombination:

- Pakke 1: Rute 912X Aarhus – Billund Lufthavn,
- Pakke 2: Rute 925X Aarhus – Aarhus Lufthavn (Tirstrup),
- Kombination A: Begge pakker i kombination.

...

II.2.9) Oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet mindste antal: 3

Største antal: 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

Egnethed

Tilbudsgiver skal have autorisation for udøvelse af hvervet i form af enten en tilladelse efter buslovens § 1, stk. 1 (grundtilladelse), og tilladelse for det nødvendige antal busser.

Økonomisk og finansiell kapacitet:

- Ansøger skal i de 2 seneste disponible regnskabsår have haft en positiv egenkapital.

Seneste disponible regnskab defineres som det seneste generalforsamlings-godkendte årsregnskab.

Teknisk og faglig formåen:

- Ansøger skal kunne dokumentere minimum 2 referencer med udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste 3 år. Den udførte kørsel skal minimum have et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel.

Såfremt der er flere konditionsmæssige og egnede ansøgere, end ordregiver har angivet at ville prækvalificere, vil ordregiver på baggrund af en saglig og objektiv vurdering af de modtagne ansøgers egnethed udvælge de ansøgere, der vil blive inviteret til at afgive tilbud.

Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af ovenstående mindstekrav, og udvælgelsen vil således ske på baggrund af følgende (oplistet i prioriteret rækkefølge):

- De anførte referencer for udførelse af buskørsel i Danmark. Der lægges vægt på, at kørselsomfanget som minimum har et omfang tilsvarende de udbudte ruter samlet,

- Referencer for erfaringer med kundevedtatte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen,

- Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag,

- Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet.”

I Udbudsbetingelserne var endvidere fastsat:

” ...

5. Udarbejdelse og aflevering af prækvalifikationsansøgning

...

5.2. Mindstekrav

Ansøgere skal opfylde følgende mindstekrav for at kunne blive prækvalificeret:

5.2.1. Egnethed

Tilbudsgiver skal have autorisation for udøvelse af hvervet i form af enten en tilladelse efter buslovens § 1, stk. 1 (grundtilladelse), og tilladelse for det nødvendige antal busser.

5.2.2. Økonomisk og finansiel kapacitet

- Ansøger skal i de to seneste disponible regnskabsår have haft en positiv egenkapital.

Seneste disponible regnskab defineres som det seneste generalforsamlingsgodkendte årsregnskab.

5.2.3. Teknisk og faglig formåen

- Ansøger skal kunne dokumentere minimum to referencer med udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste tre år. Den udførte kørsel skal minimum have et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel.

5.3. Udformning af ansøgning om prækvalifikation – ESPD

5.3.1. Udfyldelse af ESPD

Tilbudsgiver skal i forbindelse med ansøgning om prækvalifikation aflevere udfyldt ESPD med følgende oplysninger:

...

e) Økonomisk og finansiel formåen

Ansøger skal oplyse om ansøgers egenkapital. Egenkapitalen skal angives for de to seneste disponible regnskabsår. ...

f) Teknisk og faglig formåen

Ansøger skal beskrive ansøgers væsentligste referencer vedrørende udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste tre år.

Såfremt muligt, skal ansøger beskrive ansøgers væsentligste referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag, ex indførelse af nyt alternativ drivmiddel eller indførelse af andre nyskabende teknologiske tiltag.

...

g) Udvalgelse af tilbudsgivere

Ansøger skal angive, hvorledes ansøger opfylder udvælgelseskriterierne, jf. pkt. 5.2.

Oplysningerne skal afgives i ESPD del V ved at svare ”Ja” samt beskrive, hvorledes ansøger opfylder udvælgelseskriterierne.

Beskrivelsen kan ske ved at henvise til oplysningerne i ESPD del IV, afsnit B og C samt eventuelle underleverandører.

...

6. Udvalgelse af tilbudsgivere

6.1. Antallet af tilbudsgivere

Midttrafik vil prækvalificere 3-5 egnede ansøgere, der efterfølgende vil blive inviteret til at afgive tilbud på de betingelser, der i øvrigt følger af udbudsmaterialet.

6.2. Proceduren for udvalgelse

Såfremt der er flere konditionsræssige og egnede ansøgere, end ordregiver har angivet at ville prækvalificere, vil ordregiver på baggrund af

en saglig og objektiv vurdering af de modtagne ansøgerees egnethed udvælge de ansøgere, der vil blive inviteret til at afgive tilbud.

Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af punkt 5, og udvælgelsen vil således ske på baggrund af følgende (oplistet i prioriteret rækkefølge):

- De anførte referencer for udførelse af buskørsel i Danmark. Der lægges vægt på, at kørselsomfanget som minimum har et omfang tilsvarende de udbudte ruter samlet.
 - Referencer for erfaringer med kundevendte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen.
 - Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag.
 - Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet
- ...

Midttrafik afholdt efter det oplyste et informationsmøde om udbuddet, hvor kriterierne for udvælgelse blev gennemgået, og en power point præsentation fra mødet blev offentliggjort sammen med det øvrige udbudsmateriale. Der blev efter det oplyste ikke på informationsmødet eller i prækvalifikationsfasen i øvrigt stillet spørgsmål fra ansøgere til udvælgelseskriterierne.

Af det ESPD, som Keolis Danmark A/S indleverede til Midttrafik med henblik på prækvalifikation, fremgår bl.a. af ”Del IV: Udvalgeskriterier”, ”A: Egnethed”, at virksomheden havde markeret for ”Ja” i forhold til, om særlig autorisation var nødvendig. Endvidere fremgik under overskriften ”Beskriv dem”: ”Tilladelse til national personbefordring med bus for fremmed regning. Ansøger har én originaltilladelse og 600 bekræftede kopier og for tiden kun ca. 450 busser”. Af samme del af ESPD’et fremgik endvidere under punkt ”B: Økonomisk og finansiel formåen” oplysning om virksomhedens positive egenkapital ultimo 2016 og 2017. Under punkt ”C: Teknisk og faglig formåen” oplyste virksomheden om flere referencer med buskørsel inden for de seneste 3 år, herunder buskørsel i Danmark, test og forsøg med elbusser, forsøg med brint til rensning af partikelfiltre og motorer, test med additiv til dieselolien, tilsætning af ekstra biodiesel og brug af fossilfrit brændstof. Referencerne indeholdt også oplysning om kundevendte tiltag.

Af Keolis Danmark A/S’ ESPD fremgik endvidere af ”Del V: Begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere”:

”Den økonomiske aktør erklærer, at:
denne opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der skal anvendes for at begrænse antallet af ansøgere på følgende måde:

Hvis der anmodes om visse certifikater eller andre former for dokumentation, angives det for hver enkelt, om den økonomiske aktør er i besiddelse af de dokumenter, der anmodes om:

Hvis nogle af disse certifikater eller andre former for dokumentation er tilgængelige i elektronisk form, angives det for hver enkelt:

Deres svar?

Ja [ikke markeret for ja]

Nej [markeret for nej]”

Det er under klagesagen oplyst, at Midttrafik på baggrund af Keolis Danmark A/S’ besvarelse af ESPD’ets Del IV opfattede virksomhedens besvarelse af ESPD’ets Del V som en åbenbar fejltagelse, og at Midttrafik ikke indhentede supplerende oplysninger fra virksomheden.

Ved brev af 6. september 2018 til Brande Buslinier meddelte Midttrafik, at virksomheden ikke var blevet prækvalificeret:

” ...

På baggrund af de modtagne ansøgninger har Midttrafik nu udvalgt de ansøgere, som opfordres til at afgive tilbud på opgaven. Midttrafik kan oplyse, at Brande Buslinier ApS ikke er blandt de udvalgte ansøgere.

Der indkom i alt ni ansøgninger, der søgte om prækvalifikation til at afgive tilbud.

Otte ansøgninger er vurderet konditionsmæssige, og disse otte ansøgere er desuden vurderet som egnede til at udføre den udbudte opgave, jf. de anførte minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen, herunder ansøgningen fra Brande Buslinier ApS.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at ”Midttrafik vil prækvalificere 3-5 egnede ansøgere, der efterfølgende vil blive inviteret til at afgive tilbud på de betingelser, der i øvrigt følger af udbudsmaterialet.”

Det fremgår videre af udbudsmaterialet, at ”Såfremt der er flere konditionsmæssige og egnede ansøgere, end ordregiver har angivet at ville prækvalificere, vil ordregiver på baggrund af en saglig og objektiv vurdering af de modtagne ansøgers egnethed udvælge de ansøgere, der vil blive inviteret til at afgive tilbud.

Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af punkt 5, og udvælgelsen vil således ske på baggrund af følgende (oplistet i prioriteret rækkefølge):

- De anførte referencer for udførelse af buskørsel i Danmark. Der lægges vægt på, at kørselsomfanget som minimum har et omfang tilsvarende de udbudte ruter samlet.
- Referencer for erfaringer med kundevedtente servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen.
- Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag.
- Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet.”

Da der foreligger flere konditionsræssige og egnede ansøgere end Midttrafik har angivet at ville prækvalificere, er begrænsningen af antallet af ansøgere sket i overensstemmelse med ovenstående.

Midttrafik har således indledningsvis udvalgt ansøgere, der har anført referencer med udførelse af buskørsel i Danmark indenfor de seneste tre år med et kørselsomfang, der som minimum svarer til de udbudte ruter samlet. Midttrafik har herefter blandt disse ansøgere udvalgt de ansøgere, der har anført referencer for erfaring med kundevedtente servicetiltag, der fremmer kundens oplevelse af kvalitet på rejsen, og de ansøgere, som har anført referencer vedrørende kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med nye tiltag.

Midttrafik har på den baggrund prækvalificeret følgende ansøgere til at afgive tilbud i Midttrafiks 52. udbud – Lufthavnsruter 912 og 925 (oplistet i alfabetisk rækkefølge):

Arriva Danmark A/S
Keolis Danmark A/S
Nobina Danmark A/S
Tide Bus Danmark A/S

De nævnte ansøgere har alle anført referencer for erfaringer med kundevedtente servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen, og/ eller referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag.

Midttrafik har ikke fundet grundlag for at prækvalificere yderligere ansøgere, idet ingen af de øvrige ansøgere har angivet referencer for erfaringer med kundevedtente servicetiltag eller eventuelle referencer vedrø-

rende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med nye tiltag.

Midttrafik har ved vurdering af ansøgningen fra Brande Buslinier ApS lagt vægt på, at denne indeholder referencer for udførelse af buskørsel i Danmark indenfor de seneste tre år. Kørslen har som minimum et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel.

Midttrafik har videre lagt vægt på, at ansøgningen fra Brande Buslinier ApS ikke indeholder øvrige referencer for erfaringer med kundevedtente servicetiltag eller eventuelle referencer vedrørende kollektiv trafik, hvor busselskabet har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag.

Midttrafik kan således konstatere, at der foreligger et tydeligt spring i de prækvalificerede ansøgernes egnethed målt på baggrund af referencer for erfaringer med kundevedtente servicetiltag og deltagelse i projekter med nye tiltag, i forhold til Brande Buslinier ApS.

På den baggrund har Midttrafik fundet, at Brande Buslinier ApS ikke prækvalificeres til at afgive tilbud i Midttrafiks 52. udbud – Lufthavnstruter 912 og 925.

...”

Parternes anbringender

Brande Buslinier har til støtte for de nedlagte påstande gjort følgende anbringender gældende.

Brande Buslinier har ad påstand 1 gjort gældende, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og 78, stk. 2, ved at begrænse antallet af egnede ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud således, at der er lagt afgørende vægt på et kriterium, som der ikke er afgivet oplysninger om i medfør af udbudsbetingelsernes punkt 5.

Virksomheden har nærmere henvist til, at Midttrafik har lagt afgørende vægt på, at virksomhedens ansøgning ”ikke indeholder øvrige referencer for erfaring med kundevedtente servicetiltag”. Udbudslovens § 145 giver – ligesom forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2 – mulighed for at begrænse antallet af egnede ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud. Modsat artikel 78, stk. 2, understreger § 145 dog også ordregiverens oplysningspligt, jf. § 145, stk. 3, nr. 1-3, og bestemmelsen er en videreførelse af

gældende ret. Brande Buslinier har på den baggrund anført, at der ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder en oplysningspligt svarende til udbudslovens § 145. Efter § 145, stk. 3, nr. 2, skal ordregiveren oplyse i udbudsbekendtgørelsen, ”Hvilke oplysninger fra ansøgeren eller tilbudsgiveren der vil danne grundlag for udvælgelsen”.

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9 har Midttrafik oplyst, at ”Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af ovenstående mindstekrav”. Ansøgeren skal som minimum have (i) autorisation for udøvelse af hvervet i form af tilladelse efter buslovens § 1, stk. 1 (grundtilladelse), og tilladelse for det nødvendige antal busser, (ii) positiv egenkapital i de to seneste disponible regnskabsår, og (iii) to referencer med udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste tre år, der som minimum har et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel. Efter udbudsbetingelserne punkt 6.2 skulle udvælgelsen ske på baggrund af oplysningerne afgivet af ansøgerne i medfør af udbudsbetingelsernes punkt 5. Heraf fremgik dog ikke, at der skulle afgives oplysninger om ”referencer for erfaring med kundevedtatte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen”. Brande Buslinier har derfor ikke afgivet sådanne oplysninger.

Af meddelelsen om prækvalifikation fremgår, at kun fire af ni virksomheder har afgivet oplysninger om kundevedtatte servicetiltag mv. Udbudsmaterialet var uklart, og det påhviler Midttrafik at løfte bevisbyrden for, at uklarheden ikke har haft betydning for prækvalifikationen. Midttrafik har ikke løftet denne bevisbyrde.

Brande Buslinier har ad påstand 2 gjort gældende, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 78, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2 som kriterium ved prækvalifikationen at have fastsat ”Referencer for erfaringer med kundevedtatte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen” og ”Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag”, uden samtidig at fastsætte, hvad der ville blive lagt vægt på i relation til disse kriterier.

Brande Buslinier har nærmere anført, at Midttrafik har fastsat og anvendt uklare og uigennemsigtige bestemmelser om udvælgelsen af egnede ansø-

gere, der blev opfordret til at afgive tilbud. Brande Buslinier har herved henvist til det, der er anført ad påstand 1, herunder at der ikke er overensstemmelse mellem det oplysningsgrundlag, som udvælgelsen i henhold til udbudsbetingelsernes punkt 6.2 ville ske på baggrund af, og de kriterier, som efter bestemmelsen ville blive anvendt ved udvælgelsen.

Det er således uklart, hvad der er omfattet af ”kundevedte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen” og ”udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag”. For det andet er det ikke nærmere beskrevet, hvordan Midttrafik vil lægge vægt på de anførte referencer, herunder om det f.eks. er antallet af referencer, som er afgørende, karakteren af referencerne, størrelsen af disse eller andet. Udbudsbetingelserne savner således en kvalitativ beskrivelse af, hvordan referencerne vil indgå i udvælgelsen. For det tredje er det uklart, hvad der forstås ved, at kørselsomfanget på anførte referencer skal have et omfang svarende til de udbudte ruter. Det er ikke nærmere beskrevet, om der herved lægges vægt på længden af ruterne, antallet af biler, antallet af passagerer eller antallet af afgang, mv.

En tilstrækkelig beskrivelse af udvælgelseskriterierne forudsætter dels, at det er fastsat, hvilke faktiske oplysninger vurderingen skal foretages på grundlag af, dels at kriterierne/fremgangsmåden for udvælgelsen er beskrevet, f.eks. således at der lægges vægt på referencernes størrelse, værdi, karakter eller andet. Midttrafik har alene beskrevet, hvilke oplysninger udvælgelsen vil ske på grundlag af, men ikke nærmere efter hvilken fremgangsmåde eller efter hvilke kvalitative parametre udvælgelsen ville ske. Midttrafik har derfor reelt haft et frit skøn ved udvælgelsen og kunne fastlægge de forhold, som ville blive tillagt vægt, efter at have modtaget og gennemgået ansøgningerne.

Ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder samme principper som efter udbudslovens § 145. Af § 145, stk. 3, nr. 3, fremgår udtrykkeligt, at ordregiveren skal oplyse, ”hvilke objektive og ikke-diskriminerende kriterier der tillægges vægt i forbindelse med udvælgelsen”, jf. også forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2. Af de specielle bemærkninger til § 145, stk. 3, nr. 3, fremgår, at ”formålet bag bestemmelsen er at sikre gennemsigtighed for potentielle ansøgere ved, at det fremgår, hvilke oplysninger der vil indgå i udvælgelsen og hvordan oplysningerne vil blive vurderet”. Udbudsmaterialet lever ikke op til dette krav.

Brande Buslinier har ad påstand 3 henvist til det, virksomheden har gjort gældende ad påstand 2, og har endvidere anført, at det er utilstrækkeligt, at Midttrafik i udbudsmaterialet blot har oplyst, at udvælgelsen ville ske på baggrund af ”ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet”, uden at det nærmere er anført, om det, der tillægges betydning, er soliditet, omsætning, overskuddets størrelse eller andre forhold angående ansøgernes finansielle og økonomiske kapacitet.

Brande Buslinier har ad påstand 4 henvist til det, virksomheden har anført til støtte for påstand 1-3.

Brande Buslinier har i tilknytning hertil anført, at selv hvis virksomheden ikke måtte få medhold i påstand 1-3, gøres det gældende, at Midttrafik i hvert fald efter en samlet vurdering ikke har givet tilstrækkelige oplysninger om karakteren af de oplysninger, som ansøgernes oplysninger skulle indeholde, samt måden ansøgningerne ville blive evalueret på. Virksomheden har herved henvist til, at flere af ansøgerne ikke har anført kundevedtatte servicetiltag i deres ansøgning.

Brande Buslinier har ad påstand 5 gjort gældende, at Midttrafik har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at prækvalificere Keolis Danmark A/S, selvom virksomhedens ansøgning var ukonditionsmæssig. Virksomheden havde således i ESPD’ets del V svaret nej til at ”opfylde de objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der skal anvendes for at begrænse antallet af ansøgere ...”.

Brande Buslinier har nærmere anført, at ordregivende myndigheder efter udbudslovens § 148 er forpligtet til at anvende ESPD’et som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder kravene i forbindelse med udvælgelse efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets § 11, 2. pkt. I udbudsbetingelsernes punkt 5.3.1 er fastsat, at en virksomhed, der ansøger om prækvalifikation, skal aflevere et udfyldt ESPD. I punkt 5.3.1, litra g), er endvidere fastsat, at ”Ansøger skal angive, hvorledes ansøger opfylder udvælgelseskriterierne, jf. pkt. 5.2.”, og at ”Oplysningerne skal afgives i ESPD del V ved at svare ”Ja” samt beskrive, hvorledes ansøger opfylder udvælgelseskriterierne”. Keolis’

besvarelse i ESPD'ets del V med "Nej" til at opfylde de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler, der skal anvendes for at begrænse antallet af ansøgere, medfører, at virksomhedens ansøgning er ukonditions-mæssig. Midttrafik har ikke tilstrækkeligt bevis for, at Keolis opfylder kravene i forbindelse med udvælgelse efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2, jf. udbudslovens § 148, jf. bekendtgørelse om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets § 11, 2. pkt.

Midttrafik var ikke berettiget til at se bort fra afkrydsningen for "Nej", da der ikke er tale om at berigtige en åbenlys fejl, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4 (jf. tilsvarende udbudslovens § 159, stk. 5). Det skyldes, at Del V i ESPD-dokumentet – i modsætning til visse af de øvrige punkter i ESPD'et – udtrykkeligt er et erklæringspunkt, hvor ansøgeren afgiver en retligt forpligtende, subjektiv erklæring over for ordregiveren om at overholde kravene. Dette fremgår udtrykkeligt af indledningen til Del V, "Den økonomiske aktør erklærer, at ...". En sådan retligt bindende, subjektiv erklæring kan ikke erstattes med, at Midttrafik selv vurderer, om betingelserne er opfyldt, og lader sin egen vurdering heraf træde i stedet for ansøgerens erklæring.

Den subjektive, retligt forpligtende erklæring i Del V er efter sin karakter et forhold, som ikke kan berigtiges af ordregiveren på egen hånd. Ved at berigtige forholdet på egen hånd opnår Midttrafik således ikke at blive stillet i samme retlige situation, som hvis Keolis havde udfyldt ESPD'et korrekt. Der opnås heller ikke en ligebehandling af ansøgerne, idet der efter udbudsmaterialet er krav om, at der skal afgives en positiv erklæring i Del V, men én af ansøgerne udvælges uden at have afgivet en sådan erklæring.

I anden række har Brande Buslinier anført, at Keolis' manglende korrekte udfyldelse af ESPD'et også i henhold til udbudsmaterialet for det konkrete udbud er en fejl, som ikke kan korrigeres. Det fremgår således entydigt af udbudsmaterialet, at ansøgeren skal svare "Ja" i Del V. Når en ansøger – uanset udbudsmaterialets klare og entydige bestemmelse – svarer "Nej", er dette en afvigelse fra udbudsmaterialets krav, der ikke kan korrigeres. Det fremgår således både af EU-Domstolens og klagenævnets faste praksis, at ordregiveren ikke kan korrigere fejl eller mangler, som indebærer, at en ansøgning eller et tilbud er i strid med udtrykkelige bestemmelser i udbudsmaterialet, jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Mi-

nisteriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova, hvori udtales:

”Ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.”

Det er ikke afgørende, om udbudsmaterialet indeholder en udtrykkelig formulering om afvisning af ansøgningen i dette tilfælde, så længe der er tale om et væsentligt element i udbudsmaterialet, hvilket der er i det foreliggende tilfælde.

Brande Buslinier har i tredje række anført, at en berigtigelse under alle omstændigheder kun ville kunne ske ved, at Midttrafik inden beslutningen om prækvalifikation indhentede en korrekt erklæring fra den pågældende virksomhed. Dette er ikke sket. Kun ved at indhente en sådan erklæring kunne Midttrafik sikre overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og at alle ansøgere, som prækvalificeres, har afgivet samme, subjektive, retligt forpligtende erklæring over for ordregiveren.

Det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at Midttrafik i relation til én ansøger, Keolis, har anlagt sin egen tolkning af de oplysninger, som er indeholdt i Keolis' ESPD, med henblik på at konkludere, at betingelserne for udvælgelse er opfyldt, mens Midttrafik i relation til en anden ansøger, Brande Buslinier, nægter at anerkende, at virksomheden har erfaring med kundevedtatte servicetiltag, selvom Midttrafik er bekendt med Brande Busliniers erfaringer, herunder med karakteren af de referencer, som virksomheden har anført i sit ESPD-dokument, og som indeholder sådanne tiltag.

Brande Buslinier har ad påstand 6 gjort gældende, at Midttrafiks tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som anført ad

påstand 1 - 5 skal føre til, at Midttrafiks prækvalifikationsbeslutning af 6. september 2018 annulleres.

Brande Buslinier har ad påstand 7 gjort gældende, at Midttrafiks tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. det der er anført ad påstand 1-6, skal føre til, at tildelingsbeslutningen af 15. januar 2019 annulleres.

Midttrafik har gjort følgende anbringender gældende:

Midttrafik har vedrørende påstand 1 - 4 anført, at Midttrafik ikke ved udvælgelsen af egnede ansøgere har lagt vægt på oplysninger, der ikke fremgik klart og tydeligt af udbudsmaterialet som grundlag for udvælgelsen. Midttrafik har endvidere ikke fastlagt uklare eller uigennemsigtige kriterier for udvælgelsen.

Midttrafik har nærmere anført, at virksomhederne i ESPD-dokumentet skulle afgive oplysninger om egenkapitalens størrelse i de seneste to regnskabsår og om referencer med udførelse af buskørsel i Danmark. Endvidere var mindstekravene til økonomisk og finansiel formåen og til teknisk og faglig formåen klart fastsat. I udbudsmaterialet var udførligt og klart redegjort for de anvendte udvælgelseskriterier. Det fremgik således klart af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9 og afsnit III om betingelserne for deltagelse samt af udbudsbetingelsernes punkt 5 og 6, hvilke kriterier der ville blive lagt vægt på ved udvælgelsen.

Udbudsmaterialet indeholdt en opstilling af udvælgelseskriterier i prioriteret rækkefølge, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9 og III.1.4 samt udbudsbetingelsernes punkt 6. Henvisningen i udbudsbetingelsernes punkt 5.3.1, g), til udbudsbetingelsernes punkt 5.2, hvor alene mindstekravene er anført, er forkert og burde have været til udbudsbetingelsernes punkt 6, men dette er en åbenbar fejl uden reel betydning.

Kriteriet om ”Referencer for erfaringer med kundevedtatte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen” er tilstrækkeligt klart og egnet til at vurdere ansøgernes egnethed efter. Tilsvarende er kriteriet om, at Midttrafik vil vurdere på ansøgernes eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgerne har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag, tilstrækkeligt klart. Kriteriet er endvidere ud-

dybet i udbudsbetingelsernes pkt. 5.3.1, f), hvor det er oplyst, at indførelse af nye tiltag fx kan vedrøre ”indførelse af nyt alternativ drivmiddel eller indførelse af andre nyskabende teknologiske tiltag”.

Kriterierne om referencer for udførelse af kørsel med et omfang, der mindst svarer til de udbudte ruter, og om økonomisk og finansiel formåen er også klart fastsat og har ikke kunnet give anledning til tvivl. I udbudsbekendtgørelsen er der redegjort for, hvad der karakteriserer kontraktens omfang, ligesom det er oplyst, at tilbudsgiverne alene skal oplyse egenkapitalens størrelse.

Midttrafik har ved sin beslutning om udvælgelse vurderet, i hvilket omfang de ansøgere, der opfyldte mindstekravene, har opfyldt de prioriterede kriterier for udvælgelsen. Da Brande Buslinier – modsat de prækvalificerede virksomheder, der ligesom Brande Buslinier havde dokumenteret stor erfaring med kørsel af ruter med tilsvarende omfang – havde undladt at anføre oplysninger om sine eventuelle (og for Midttrafik forventede) erfaring med kundevedtatte servicetiltag og deltagelse i projekter med indførelse af nye tiltag, var der imidlertid ikke grundlag for at prækvalificere virksomheden. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte Midttrafiks skønsmæssige beslutning om prækvalifikation, der er truffet ud fra objektive og ikke-diskriminerende kriterier, jf. herved klagenævnets kendelse af 19. november 2010, ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune, og kendelse af 26. september 2017, G4S Security Services A/S mod Region Hovedstaden.

Midttrafik har yderligere anført, at Brande Buslinier i sin argumentation alene har gengivet udvalgte dele af udbudsbekendtgørelsen og Udbudsbetingelserne. Når de pågældende afsnit læses i deres helhed, er det klart og tydeligt, hvilke kriterier Midttrafik ville lægge vægt på ved udvælgelsen.

Selvom Midttrafik havde en forventning om, at Brande Buslinier faktisk havde relevante erfaringer, herunder på grund af virksomhedens eksisterende leverandørforhold til Midttrafik, må en ordregiver ikke lægge vægt på sit eventuelt positive kendskab til en ansøger, hvis referencer ikke er direkte oplyst som forudsat i de klare bestemmelser herom i udbudsbetingelserne.

Det forhold, at fem af ansøgerne ikke i referencelisten i ansøgningen har oplyst om erfaring med kundevedtatte servicetiltag, kan ligeså vel skyldes, at ansøgerne ikke har sådanne referencer, ligesom det kan skyldes utilstrække-

lig omhyggelighed med udarbejdelse af ansøgningen eller generelt manglende erfaring med deltagelse i udbud med prækvalifikation. At de øvrige ansøgere har anført den efterspurgte dokumentation viser, at udbudsbetingerne var klart formueret. Tilbudsbrevet fra fx Abildskou A/S viser, at Abildskou A/S havde forstået, at de nævnte forhold var vigtige for Midttrafik og et væsentligt element ved udvælgelsen.

Midttrafik har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at Midttrafik ikke var forpligtet til at afvise ansøgningen fra Keolis som ukonditionsmæssig med den begrundelse, at Keolis havde fejludfyldt ESPD-dokumentets del V ved at svare ”Nej”.

Midttrafik har nærmere anført, at der alene ville være pligt til at afvise ansøgningen som følge af dette, hvis en korrektion af fejlen ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Dette er ikke tilfældet.

Det er korrekt som anført af Brande Buslinier, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.3.1, g), at udfyldelse af ESPD-dokumentets del V skulle ske ved angivelse af ”Ja”, og der kunne herved henvises til oplysningerne i ESPD-dokumentets del IV. Det er imidlertid ikke fastsat, at manglende eller ukorrekt udfyldelse af ESPD-dokumentet, herunder ESPD-dokumentets del V, ville føre til afvisning af en ansøgning som ukonditionsmæssig. Derfor er der adgang til at korrigere en sådan fejl, uden at dette er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, jf. sædvanlig praksis, forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, udbudslovens § 159, stk. 5, og forarbejderne hertil – når det som her objektivt kan kontrolleres, at samme forhold forelå forud for ansøgningsfristens udløb, jf. også EU-domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova.

Er et ESPD-dokument fejludfyldt, kan dette enten korrigeres ved indhentning af supplerende oplysninger fra den ansøger/tilbudsgiver, der har indleveret ansøgningen/tilbuddet, eller – hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af de relevante oplysninger – ved at se bort fra fejlen, jf. også den tidligere gældende implementeringsbekendtgørelse § 12, stk. 1 (bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011) og henvisningen hertil i forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5.

Keolis' besvarelse af ESPD'ets del V er udtryk for en åbenbar fejltagelse. Ved gennemgang af ESPD'ets del IV kan det objektivt konstateres, at udvælgelseskriterierne er opfyldte. Det har derfor ikke været i strid med principperne om lighed eller gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, at Midttrafik har set bort fra denne fejl og har prækvalificeret Keolis.

Midttrafik har ikke haft anledning til at indhente supplerende dokumentation fra Keolis, da en sådan dokumentation alene ville bestå i de oplysninger, som Midttrafik i forvejen havde qua ESPD'et, og som på klart og objektivt grundlag viste, at udvælgelseskriterierne var opfyldte.

Midttrafik er enig i, at udfyldelsen af ESPD'ets del V er et udtryk for et bindende løfte i overensstemmelse med aftaleretten, men er ikke enig i, at erklæringen afgivet under del V skulle være "mere" forpligtende end de oplysninger, som en ansøger kommer med under øvrige dele af ESPD'et eller i almindelighed i øvrigt. En viljeserklæring virker bindende efter sit indhold og forpligter afgiveren, uanset under hvilken del af et ESPD-dokument, den afgives. Såfremt en ansøger svarer "Nej" i del V, men der ellers er fremlagt korrekte oplysninger og dokumentation, har ansøgeren afgivet en modstridende erklæring. En sådan kan rent aftaleretligt løses gennem almindelig løftefortolkning, ligesom der udbudsretligt også som anført er hjemmel hertil.

Midttrafik har fortolket ansøgningen fra Keolis i overensstemmelse med, hvad der hjemles efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4. Det bestrides, at Midttrafik ikke herved har opnået "at blive stillet i samme retlige situation, som hvis Keolis havde udfyldt ESPD korrekt". For det tilfælde, at det skulle vise sig, at Keolis faktisk har afgivet falske oplysninger og forfalsket dokumentation under sin udfyldelse af ESPD'et, vil det efter Midttrafiks opfattelse stadig være muligt at gøre Keolis retligt ansvarlig, herunder efter reglerne om culpa in contrahendo – også selvom del V er besvaret med et "Nej".

Midttrafik har ikke selv foretaget en vurdering af, om Keolis opfyldte udvælgelseskriterierne på en sådan måde, at Keolis' egen erklæring er sat ud af kraft til fordel for en divergerende vurdering fra Midttrafik. Det er Keolis' ansøgning/samlede udfyldelse af ESPD'et, der har udgjort grundlaget for Midttrafiks vurdering. Der er derfor ikke ved korrektionen sket en til-

sidesættelse af ligebehandlingsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. De oplysninger, der er anvendt til korrektionen, forelå allerede forud for ansøgningsfristens udløb, jf. i denne retning tillige EU-domstolens dom i Manova-sagen. Det forhold, at én af ansøgerne har foretaget en fejludfyldning af del V, har heller ikke medført nogen fordel, der er egnet til at kunne forrykke ansøgernes konkurrencemæssige stilling.

Der er ikke grundlag for, at den fejlagtige udfyldelse af ESPD'ets del V skulle have resulteret i afvisning af ansøgningen. Det er i tråd med udgangspunktet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, og med forarbejderne til udbudslovens § 159 og praksis fra EU-domstolen, at en ansøgning alene skal afvises grundet en sådan fejl, såfremt dette fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, jf. til illustration princippet i udbudslovens § 159, stk. 6.

Selvom det fremgår af udbudsmaterialet, at ansøgerne skal svare ”Ja” i ESPD-dokumentets del V, kan dette ikke i sig selv føre til, at Keolis' ansøgning skulle have været afvist. Det vil stadig være muligt at korrigere eller indhente berigtigende oplysninger, såfremt det alene er anført i udbudsmaterialet, at en oplysning skal afgives, men uden det ellers fremgår, at overtrædelse af kravet vil medføre afvisning, jf. eksempelvis de specielle bemærkninger til udbudslovens § 159, stk. 6.

Brande Busliniers fortolkning af EU-Domstolens dom i Manova-sagen er for snæver og ville medføre, at en ordregiver ikke vil kunne benytte sig af de direktiv- og lovsikrede adgange til at indhente supplerende oplysninger, jf. eksempelvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4. Det er derfor også Midttrafiks opfattelse, at dommen skal forstås således, at det ikke vil være muligt at indhente supplerende oplysninger, i det omfang – og kun i det omfang – det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret mangel vil føre til, at ansøgningen afvises. Der henvises også til de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 159, stk. 6, der netop anfører, at bestemmelsen kodificerer dommen i Manova-sagen.

Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5, at en ordregiver som udgangspunkt også kan anmode en ansøger om at sende et ESPD-dokument, hvis der slet ikke er fremsendt noget ESPD-dokument, da dette ikke vil medføre nogen nævneværdig konkurrencefordel for den ansøger eller tilbudsgiver, der indhentes ESPD-dokument fra. Dette forhold taler

således også for, at Midttrafik som det mindre i det mere kan korrigere en fejl i en enkelt del af ESPD-dokumentet, uanset om det pågældende punkt har karakter af et såkaldt ”erklæringspunkt” eller øvrige oplysninger.

Midttrafik har i relation til påstand 6-7 henvist til sine bemærkninger til de øvrige påstande og anført, at Midttrafik ikke ved prækvalifikationen eller tildelingsbeslutningen har handlet i strid med reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er derfor ikke grundlag for at annullere hverken prækvalifikationsbeslutningen af 6. september 2018 eller tildelingsbeslutningen af 15. januar 2019.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 - 4

Klagenævnet tog ved delkendelsen af 15. oktober 2018 foreløbig stilling til de forhold, der er omfattet af påstand 1 - 3, og til påstand 6 (tidligere påstand 3) om annullation af prækvalifikationsbeslutningen således:

”Påstand 1 - 3

Udbuddet angår buskørsel med ca. 24.000 køreplantimer årligt omfattende en delkontrakt med lufthavnsrute 912X Aarhus - Billund Lufthavn (ca. 17.000 køreplantimer) og en delkontrakt med lufthavnsrute 925X Aarhus - Aarhus Lufthavn (Tirstrup) (ca. 7.000 køreplantimer).

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9) og udbudsbetingelsernes punkt 5.2.1 - 5.2.3 var fastsat følgende mindstekrav for prækvalifikation:

- Krav om autorisation for udøvelse af erhvervet og tilladelse til det nødvendige antal busser
- Krav om en positiv egenkapital i de to seneste regnskabsår
- Krav om dokumentation af mindst to referencer med udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste 3 år og om, at den ”udførte kørsel ... minimum [skal] have et omfang, der er sammenligneligt med den udbudte kørsel”.

I udbudsbetingelsernes punkt 5.3.1, f) om udfyldelse af ESPD var fastsat bl.a., at ansøgeren skulle beskrive sine ”væsentligste referencer vedrørende udførelse af buskørsel i Danmark inden for de seneste tre år”. Endvidere var fastsat, at ansøgeren ”Såfremt muligt [skulle beskrive] ansøgers væsentligste referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag,

ex indførelse af nyt alternativ drivmiddel eller indførelse af andre nyskabende teknologiske tiltag”. I punkt 5.3.1, g) var desuden fastsat, at virksomheden skulle ”beskrive, hvorledes ansøger opfylder udvælgelseskriterierne, jf. pkt. 5.2.”.

Om udvælgelsen af virksomheder var i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9) fastsat:

”Såfremt der er flere konditionsmæssige og egnede ansøgere, end ordregiver har angivet at ville prækvalificere, vil ordregiver på baggrund af en saglig og objektiv vurdering af de modtagne ansøgers egnethed udvælge de ansøgere, der vil blive inviteret til at afgive tilbud.

Udvælgelsen sker på baggrund af de oplysninger, ansøgerne har afgivet i medfør af ovenstående mindstekrav, og udvælgelsen vil således ske på baggrund af følgende (oplistet i prioriteret rækkefølge):

- De anførte referencer for udførelse af buskørsel i Danmark. Der lægges vægt på, at kørselsomfanget som minimum har et omfang tilsvarende de udbudte ruter samlet,
- Referencer for erfaringer med kundevedtatte servicetiltag, som fremmer kundens oplevelse af kvalitet og service på rejsen,
- Eventuelle referencer vedrørende udførelse af kollektiv trafik, hvor ansøgeren har deltaget i projekter med indførelse af nye tiltag,
- Ansøgerens finansielle og økonomiske kapacitet.”

Udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.4) og udbudsbetingelsernes punkt 6.2 indeholdt tilsvarende bestemmelser.

Midttrafik afholdt efter det oplyste et informationsmøde om udbuddet, hvor kriterierne for udvælgelsen blev gennemgået. Der blev efter det oplyste ikke på informationsmødet eller i prækvalifikationsfasen i øvrigt af ansøgerne stillet spørgsmål om udvælgelseskriterierne.

Det er klagenævnets foreløbige vurdering, at det fremgik tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, på hvilket grundlag og efter hvilke kriterier udvælgelsen blandt ansøgerne ville blive foretaget.

Der kan således ikke for normalt oplyste, erfarne og rimeligt omhyggelige virksomheder have været reel tvivl om, at virksomhedens referencer ville indgå i grundlaget for udvælgelsen, og at der ville blive lagt vægt på referencernes indhold. Tilsvarende kan der med formuleringen af udvælgelseskriterierne sammenholdt med karakteren af de udbudte kontrakter om buskørsel ikke have været reel tvivl med hensyn til indholdet af kriterierne om kørselsomfang, erfaring med kundevedtatte servicetiltag og deltagelse i projekter med indførelse af nye tiltag. Herved bemærkes, at indholdet af sidstnævnte kriterium var yderligere belyst i udbudsbetingelsernes punkt 5.3.1, f).

Det har herefter været op til den enkelte ansøger at udforme sin referenceliste med de fastsatte udvælgelseskriterier for øje.

Efter en foreløbig vurdering er der derfor ikke grundlag for at tage påstand 1 - 3 til følge.”

Det, der efterfølgende er fremkommet, kan ikke føre til en anden vurdering, og klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 - 3 til følge. Det tilføjes, at klagenævnet i relation til påstand 3 særligt har lagt vægt på karakteren af de udbudte kontrakter sammenholdt med de øvrige betingelser og kriterier for prækvalifikation.

Af de anførte grunde tager klagenævnet heller ikke den subsidiære påstand 4 til følge.

Ad påstand 5

Keolis Danmark A/S havde i det indleverede ESPD i ”Del V: Begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere” markeret for ”Nej” til at afgive en erklæring om at opfylde udvælgelseskriterierne. Imidlertid havde Keolis Danmark A/S udfyldt de øvrige dele af ESPD’et i relation til prækvalifikation, herunder ”Del IV: Udvalgte kriterier”. Virksomheden havde således ad ”A: Egnethed” markeret for ”Ja” til, om særlig autorisation var nødvendig, og under ”Beskriv dem” anført: ”Tilladelse til national personbefordring med bus for fremmed regning. Ansøger har én originaltilladelse og 600 bekræftede kopier og for tiden kun ca. 450 busser”. Af samme del af ESPD’et fremgik endvidere ad ”B: Økonomisk og finansiel formåen” oplysning om virksomhedens positive egenkapital ultimo 2016 og 2017. Ad ”C: Teknisk og faglig formåen” oplyste virksomheden om flere referencer med buskørsel inden for de seneste 3 år, herunder test og forsøg med elbusser, forsøg med brint til rensning af partikelfiltre og motorer, test med additiv til dieselolien, tilsætning af ekstra biodiesel og brug af fossilfrit brændstof. Referencerne indeholdt også oplysning om kundevedtatte tiltag.

Ansøgningen fra Keolis Danmark A/S kan under disse omstændigheder ikke meningsfuldt forstås på anden måde, end at markeringen for ”Nej” er udtryk for en åbenbar fejl. Selvom Midttrafik ikke kontaktede Keolis Danmark A/S med henblik på berigtigelse af forholdet – hvad Midttrafik kunne have gjort – giver markeringen for ”Nej” i den foreliggende situation såle-

des ikke grundlag for at anse ansøgningen om prækvalifikation for ukonditions­mæssig. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336, Manova, kan under de anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 5 til følge.

Ad påstand 6-7

Efter det, der er anført ovenfor, tager klagenævnet ikke påstandene om annullation af beslutningerne om prækvalifikation og tildeling til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Brande Buslinier ApS skal i sagsomkostninger til Midttrafik betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Gade
kontorelev