

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af Næstved Kommune og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Dansk PersonTransport
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Næstved Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Intervenient:
Ørslev Servicetrafik A/S

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 034-080295 af 14. februar 2020 udbød Næstved Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt opdelt i fem delaftaler vedrørende specialkørsel med skole- og daginstitutionsbørn i Næstved Kommune. Kontraktstart er for alle delaftaler fastsat til den 1. august 2020 med en varighed frem til den 31. juli 2023.

Fristen for afgivelse af tilbud var ifølge udbudsbekendtgørelsen den 17. marts 2020. Næstved Kommune forlængede efterfølgende tilbudsfristen til den 20. marts 2020 kl. 12.00.

Klagenævnet har den 19. marts 2020 modtaget en klage fra Dansk PersonTransport, der er en fusion af organisationerne Dansk Taxiråd og Danske Busvognmænd, som begge er klageberettigede i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 3, jf. bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 § 4.

Den 1. april 2020 underrettede Næstved Kommune tilbudsgiverne om, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt vedrørende alle fem delaftaler med Ørslev Servicetrafik A/S efter udløbet af standstill-perioden.

Dansk PersonTransport har den 6. april 2020 anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Næstved Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-9, svarskrift med bilag A-G, replik med bilag 10, duplik med bilag H, processkrift 1 og processkrift A.

Dansk PersonTransport har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Næstved Kommune har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved ikke i videst muligt omfang af udligne konkurrencefordele for den hidtidige leverandør, idet Næstved Kommune har afvist at stille oplysninger til rådighed under udbuddet, som er væsentlige for udarbejdelsen af tilbud, og som den hidtidige leverandør råder over.

Påstand 2

Næstved Kommune har tilsidesat udbudslovens § 137, stk. 1, idet kommunen kun i udbudsbetingelserne har anført, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6, finder anvendelse, mens dette ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere tildelingsbeslutningen af 1. april 2020.

Næstved Kommune har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har den 15. april 2020 meddelt den vindende tilbudsgiver, Ørslev Servicetrafik A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Ørslev Servicetrafik A/S har den 22. april 2020 anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen og samtidig afgivet et indlæg til støtte for Næstved Kommune. Ved brev af 24. april 2020 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Ørslev Servicetrafik A/S kan intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 034-080295 af 14. februar 2020 udbød Næstved Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en kontrakt opdelt i fem delaftaler vedrørende specialkørsel med skole- og daginstitutionsbørn i Næstved Kommune. Tildelingskriteriet var laveste pris. Tilbudsgiverne skulle ved afgivelse af tilbud alene oplyse en kilometerpris for hver delaftale.

I udbudsbetingelserne står der:

”...

1.1 Udbuddets baggrund, vision og karakter

Nærværende udbud vedrører indkøb af specialkørsel med skole- og daginstitutionsbørn, hvor det ikke er muligt at benytte offentlige transportmidler. Kørslen administreres af Næstved Kommune i samarbejde med skoler og daginstitutioner. Nogle kørselstyper har helt særlige krav til chaufførens indlevelsessevne og forståelse for børns forskellighed og handicaps. Målet er at kørslen foregår trygt, fleksibelt, serviceorienteret og effektivt.

...

Udbuddet er opdelt i følgende fem delaftaler:

- Delaftale 1 Kørsel til og fra undervisning af skoleelever til specialklasser
- Delaftale 2 Kørsel af skoleelever efter bevilling af sagsbehandler

- Delaftale 3 Kørsel af før-skolebørn i daginstitutioner med tale-høre og sproglige vanskeligheder (sproggrupper)
- Delaftale 4 Kørsel af før-skolebørn i daginstitutioner med tale-høre og sproglige vanskeligheder samt et behov for specialundervisning (Taleklasser)
- Delaftale 5 Ad-hoc kørsel

Der kan afgives tilbud på én, flere eller alle delaftaler.

1.2 Ordregivers forbehold

Omfanget af de enkelte delaftaler er beskrevet i kravspecifikationen. Omsætningen er oplyst på baggrund af år 2018, mens antallet af elever er et øjebliksbillede. Det skal således understreges, at antallet af elever kan ændre sig før- under og efter udbuddet af forskellige årsager.

Tilbudsgiver har ved tilbudsgivningen accepteret, at der kan forekomme betydelige udsving i de årlige køb samt tilkendegivet, at udsvinget ikke vil have indflydelse på de tilbudte priser. Omsætningen er anslåede mængder og derfor udelukkende retningsgivende og ikke udtryk for en fast ordre på disse mængder. Ordregiver forpligter sig således kun til at aftage den mængde, der modsvarer det faktiske behov.

Den tilbudsgiver, der indgås kontrakt med, vil modtage aktuelle kørelister efter sommerferien og inden opstart på kørslen den 1. august 2020.
...”

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere bl.a., at udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135, stk. 1-3, og 136 samt de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6, finder anvendelse. Tilsvarende oplysninger om udelukkelsesgrunde er ikke anført i udbudsbekendtgørelsen.

Den udbudte kørsel er beskrevet i kravspecifikationen. Heraf fremgår bl.a., at kørslen (undtagen for delaftale 2) typisk omfatter kørsel mellem folkeregisteradresse og skole/institution eller mellem institutioner, at leverandøren selv planlægger og tilrettelægger eventuelle ruter med forbehold for brugernes særlige behov samt det givne serviceniveau, og at kørslen afregnes med ”pris pr. km pr. passager for den korteste direkte rute i bil mellem til og fra adresse.”. Kravspecifikationen indeholder endvidere en række krav til kørslen, bl.a. at den enkelte elevs køretid ikke må overstige 60 minutter. Derudover stilles en række krav til de forskellige typer af kørsel henset til brugernes særlige individuelle behov under kørslen, bl.a. krav om anvendelse af samme

primære chauffør på de enkelte ruter, anvendelse af barnesæde, selepude, magnetsele eller seletåse, samt om kørsel af kørestolsbrugere.

Af kontraktudkastet, som indgår i udbudsmaterialet, fremgår bl.a.:

”10 Statistik

Leverandøren skal på anmodning indenfor 10 dage levere statistisk materiale indeholdende detaljerede oplysninger om de leverede ydelser. Ordregiver kan ikke anmode om statistik mere end 4 gange om året.

Statistikken skal udarbejdes efter ordregivers anvisninger, i Excel-format og skal fremsendes elektronisk til ordregiver.

Manglende indsendelse af efterspurgt statistik i forbindelse med kontraktens udløb kan gøre Leverandøren inhabil i genudbud af kontrakten, da Leverandøren kan være i besiddelse af oplysninger, som kan give en konkurrencemæssig fordel i forhold til øvrige tilbudsgivere.

...

14 Persondata

Leverandøren og ordregiver er hver især ansvarlige for deres overholdelse af persondataforordningen (forordning nr. 679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF) og de til enhver tid gældende regler om persondata, herunder databeskyttelsesloven med senere ændringer.

I forbindelse med opfyldelse af kontrakten, modtager leverandøren personoplysninger, som leverandøren bliver selvstændig dataansvarlig for.

...

19 Tavshedspligt

Leverandøren, dennes personale og eventuelle underleverandører samt deres personale skal iagttage ubetinget tavshed med hensyn til oplysninger vedrørende Ordregivers eller andres forhold, som de får kendskab til i forbindelse med opfyldelse af kontrakten.

...

Tavshedspligten er også gældende efter kontraktens ophør.”

Der er i forbindelse med udbuddet stillet bl.a. følgende spørgsmål og svar:

”

Nr.	Dato	Spørgsmål/rettelse	Svar
1	19-02-2020	Hvordan får man tilgang til datamaterialet for hvad der skal køres, så tilbudsgiver har en chance for at se, hvor mange biler der skal bruges?	Alt udbudsmaterialet er offentligt tilgængeligt i EU-Supply. Det vil sige, at der ikke er mere materiale/flere oplysninger, der kan udleveres. Se i øvrigt svar på spørgsmål 7.
3	19-02-2020	<u>Vedr. Kravspecifikation 3.1</u> Stiller institution eller forældre fx korrekte børnesæder og den slags udstyr til rådighed eller skal leverandøren? I så fald skal vi kende et antal, så prisen for indkøb kan indregnes.	Leverandøren skal stille det udstyr til rådighed, der skal til for at kørslen kan foretages efter gældende lovgivning. Derfor er korrekte børnesæder til børn under 7 år leverandørens ansvar. Særlig udstyr tildelt på baggrund af et handicap - skal leverandøren kunne betjene men ikke anskaffe.
7	19-02-2020	Tilbudsgiver mener at udbuddet overtræder udbudslovens regler om ligebehandling og gennemsigtighed, da det er uklart for bydere, på hvilke vilkår der afgives tilbud. Sammensætning i forhold til antal brugere og disses adresser, ankomst og afhentningstidspunkter fordelt på ugedage, antal kørestolsbrugere i alle delaftaler pt., bør som minimum oplyses, for at tilbudsgiver kan udregne km forbrug på ruter, antal vogne, vogntyper, tidsforbrug og dermed i sidste ende en tilbudspris.	Oplysninger om de berørte børns adresser og handicaps offentliggøres ikke, da disse oplysninger samlet set anses for at være meget personfølsomme oplysninger. Oplysningerne kan derfor heller ikke udleveres på anden vis uden at dette er i strid med GDPR lovgivningen. Derudover vil disse oplysninger alene

		Da kun nuværende operatør er i besiddelse af disse oplysninger, giver det dem en uretmæssig konkurrencefordel i forhold til andre tilbudsgivere. Af disse årsager opfordrer vi ordregiver til at publicere en ny kravspecifikation og/eller et dataark med ovenstående oplysninger og forlænge fristen for afgivelse af tilbud tilsvarende eller annullere udbuddet helt og lade det gå om.	være et øjebliksbillede, der vil ændre sig væsentligt i kontraktens løbetid. Det gælder både oplysninger om antallet af børn, deres bopæl samt deres fysiske og psykiske handicaps. Derfor vil de ruter, der kan planlægges på baggrund af dette øjebliksbillede ændre sig løbende over hele kontraktens løbetid.
10	24-02-2020	Kan Næstved kommune oplyse hvor mange km og ture er der kørt i det seneste år, i hver af de udbudte delaftaler?	Delaftale 1: Nej Delaftale 2: I 2018 blev der kørt ca. 8350 ture. Delaftale 3: I 2018 blev der kørt ca. 560 ture i alt tur/retur Delaftale 4: I 2018 blev kørt 792 ture i alt tur/retur. Delaftale 5: ca. 660 ture alt i alt tur/retur.
11	24-02-2020	Kan Næstved kommune levere anonymiserede kørselsliste, som viser bopæl/afhentningssted for de nuværende brugere på de enkelte skoler/institutioner, opdelt på den enkelte skoles underafdelinger?	Se svaret på spørgsmål 7.
34	05-03-2020	Vil det være muligt at få udleveret folkeregisteradresse på elever/brugere samt deres evt. brug af hjælpemidler? Dette burde kunne udleveres ved udfyldes af en fortrolighedserklæring – i lighed med udbudsbetinger i Næstved	Nej, se svar på spørgsmål 7. Se derudover bilag 1 med en anonymiseret oversigt over sammenhæng mel-

		<p>Kommunes udbud af Tandlæge- Svømme og skolebuskørsel.</p> <p>Vi kan i øvrigt tilslutte os bemærkningerne i spørgsmål nr. 7 mht. uretmæssig konkurrencefordele til nuværende leverandør, såfremt der ikke gives adgang til ovenstående oplysninger.</p>	<p>lem skoler, afdelinger, antal elever og ringetider.</p>
--	--	---	--

”

Bilag 1, som der henvises til ved besvarelsen af bl.a. spørgsmål 34, er et excel-ark med supplerende oplysninger om de børn, der køres i specialkørsel (delaftale 1), til sproggrupper (delaftale 3) og taleklasser (delaftale 4). Excel-arket indeholder oplysninger om antal elever samt mødetid og afhentningstid ved de forskellige skoler/institutioner. Excel-arket indeholder endvidere oplysninger om, hvilket postnummer hver enkelte elev bor i, fx 5700 Næstved. Der er ikke oplyst om vejnavn og husnr. Det fremgår heller ikke, hvilke børn der fx er kørestolsbrugere. Excel-arket har overskriften:

”Dette er et øjebliksbillede pr. oktober 2019, der kan fungere som eksempel på, hvordan sammenhængen mellem skoler, afdelinger, ringetider, antallet af børn samt børnenes bopælsområder kan se ud”.

På forespørgsel fra Næstved Kommune har den hidtidige leverandør den 20. marts 2020 oplyst bl.a., at det ikke er muligt at oplyse, hvor mange kilometer der er kørt på de hidtidige delaftaler 1-4, idet der for disse aftaler er afregnet efter medgået tid og ikke efter antal kørte kilometer.

Næstved Kommune har oplyst, at 13 økonomiske aktører tilkendegav interesse og havde adgang til udbudsmaterialet, herunder spørgsmål og svar.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. marts 2020 havde Næstved Kommune på samtlige delaftaler modtaget tilbud fra 5 leverandører, herunder den hidtidige leverandør.

Ved meddelelse af 1. april 2020 oplyste Næstved Kommune, at kommunen agter at indgå kontrakt med Ørslev Servicetrafik A/S for så vidt angår alle fem delaftaler efter udløbet af standstill-perioden. Tildelingen af kontrakten

til Ørslev Servicetrafik A/S er begrundet med, at Ørslev Servicetrafik A/S tilbød den laveste pris på samtlige delaftaler.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Dansk PersonTransport har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Næstved Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

Dansk PersonTransport har gjort gældende, at ordregivere i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmateriale og i forbindelse med udbud i øvrigt har pligt til at udligne en hidtidig leverandørs konkurrencefordele, hvis (i) dette kan ske på en teknisk enkel måde, (ii) udligningen er rimelig, og (iii) den hidtidige leverandørs rettigheder ikke tilsidesættes ved udligningen, jf. bl.a. Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Europaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 73-76. Næstved Kommune har ikke foretaget sig det fornødne for at udligne den hidtidige leverandørs konkurrencefordel. Kommunen har afvist at stille oplysninger til rådighed for tilbudsgiverne om de relevante elevers adresser, subsidiært vejnavne eller tilsvarende, ligesom kommunen har afvist at oplyse om nødvendige hjælpemidler. Tilvejebringelsen af oplysninger om et hidtidigt og/eller forventet fremtidigt forbrugsmønster er ofte væsentligt for udarbejdelsen af tilbud og kan dermed være centralt for udligningen af en hidtidig leverandørs konkurrencefordele.

I dette udbud er oplysninger om elevers adresse og omfanget af nødvendige hjælpemidler meget væsentlige for afgivelsen af tilbud. Oplysninger om nødvendige hjælpemidler har betydning, allerede fordi de pågældende hjælpemidler skal tilvejebringes og derfor repræsenterer en omkostning for leverandøren. Oplysninger om adresser har betydning, idet honoreringsmodellen i udbuddet indebærer, at leverandøren udelukkende opnår en kilometerbetaling, jf. kontraktudkastets pkt. 7. Der betales for kørsel fra elevens hjem og til afsætningsstedet (skolen) svarende til korteste direkte rute. Det gælder

uanset, hvor mange elever der transporteres sammen. Denne betalingsmodel indebærer, at det er helt centralt at kende til elevernes adresser.

Der er også visse andre krav i udbudsmaterialet, der medfører, at oplysninger om elevernes adresser er meget væsentlige. Det fastsatte krav om maksimal transporttid på 60 minutter indebærer, at afstanden mellem elevernes bopæl spiller en rolle for antallet af busser, der skal indsættes. Lang afstand mellem elevernes bopæle kan medføre, at de først afhentede elever får en længere transporttid end 60 minutter, hvorefter leverandøren er nødsaget til at indsatte yderligere en bus og en chauffør. Hvis eleverne er bosiddende tæt på hinanden, kan de måske i stedet transporteres sammen.

Det har også væsentlig betydning for leverandøren at vide, hvor kørestolsbrugere er bosat, så det rigtige materiel kan allokeres til de rigtige ture, og så der kan tages højde for ekstra tidsforbrug i forbindelse med ind- og udstigning af kørestolsbrugere.

Oplysninger om adresser har også betydning for at kunne vurdere det sandsynlige samlede kørselsomfang i kilometer. Idet leverandørerne vil have en række faste omkostninger f.eks. til materiel, er det i en model med ren kilometerbetaling væsentligt at vide, hvor stort beløb der skal indgå i den tilbudte kilometerpris til dækning af afskrivninger på materiel. Endelig er adresser væsentlige for at kunne vurdere tomkørsel, der repræsenterer en omkostning for leverandørerne, men som ikke honoreres.

Der er tale om oplysninger, som den hidtidige leverandør og kommunen råder over. Herved har den nuværende leverandør haft en konkurrencemæssig fordel, uanset resultatet af udbuddet.

Det forhold, at den hidtidige leverandør ikke har vundet udbuddet, er ikke afgørende. Den manglende ligestilling af leverandørerne kan have været årsag til, at potentielle leverandører ikke har afgivet tilbud, ligesom tilbud fra de faktisk deltagende virksomheder er afgivet under andre og større risici end tilbuddet fra den hidtidige operatør. Større risici, herunder uklare udbudsvilkår, kan bl.a. give sig udslag i store prisforskelle. Den prisforskel, der er mellem højstbydende og lavestbydende i dette udbud, er ikke sædvanlig i et udbud af kørselsopgaver af denne karakter – langt fra.

Det bestrides, at der skulle være en markedspraksis for at give oplysninger om kørsels karakter på et niveau som i det påklagede udbud, herunder en praksis for at undlade adresser eller vejnavne.

Næstved Kommune kunne uden omkostninger eller besvær og uden at krænke den hidtidige leverandørs retsstilling udlevere de oplysninger, der hidtil ikke er udleveret, om navnlig bopæle og nødvendige hjælpemidler.

Udlevering af oplysninger under et udbud skal ske under overholdelse af persondatalovgivningen, herunder således at helbredsoplysninger ikke udleveres frit. Persondatalovgivningen kan imidlertid overholdes ved, at der eksempelvis ikke udleveres fuldstændige adresser, men blot vejnavne. En oplysning om, at der på en bestemt vej bor et barn med et bestemt kørselsbehov, er ikke en personoplysning. Det pågældende barn er ikke identificeret, og oplysningen om vejnavn og kørselsbehov udgør i øvrigt ikke helbredsoplysninger, idet det pågældende barns diagnose ikke kan udledes af oplysningerne. Selv hvis der i sådanne tilfælde var tale om personoplysninger, ville der være hjemmel til at behandle oplysningerne, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra c, hvorefter behandling kan finde sted, hvis det er nødvendigt for at opfylde en retlig forpligtelse, der påhviler den dataansvarlige. I denne sag påhviler der kommunen en retlig forpligtelse til at tilvejebringe specialkørsel, ligesom der påhviler kommunen en retlig pligt til at gøre dette på en måde, hvor udbudsreglerne overholdes.

Kommunen har bevisbyrden for, at persondatalovgivningen forhindrer, at kommunen opfylder den forpligtelse til at udligne den hidtidige leverandørs konkurrencefordel, som påhviler kommunen efter udbudsreglerne; dvs. at kommunen konkret kan fravige principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Denne bevisbyrde har kommunen ikke løftet.

Selv hvis Næstved Kommune måtte have ret i, at videregivelse af oplysninger om vejnavne ville være i strid med persondatalovgivningen, så ville kommunen have pligt til aktivt at vurdere, hvor langt kommunen kunne gå for at udligne konkurrencefordele for den hidtidige leverandør uden at tilsidesætte persondataretlige forpligtelser. Et alternativ til at oplyse vejnavne kunne være, at kommunen eksempelvis på et kort havde opdelt kommunen i et antal zoner og herefter i udbuddet oplyst, i hvilke zoner de pågældende elever var bosiddende, eller hvor mange der var bosiddende i hver zone. Sådanne oplysninger er med sikkerhed ikke personoplysninger.

Udbudsloven indeholder endvidere hjemmel til at pålægge tilbudsgivere fortrolighed med hensyn til dele af udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 5, stk. 2. Kommunen kunne således, som kommunen har gjort i et sideløbende udbud af tandlæge-, svømme- og skolebuskørsel, have gjort udlevering af vejnavne betinget af, at tilbudsgiverne påtog sig en fortrolighedsforpligtelse. Denne fremgangsmåde anvendes i øvrigt også af væsentlige ordregivere inden for den kollektive trafik.

Det er ikke korrekt, at den eksisterende leverandør ikke er i besiddelse af de efterspurgte oplysninger. Den hidtidige leverandør råder selvsagt over oplysninger om adresser for afhentning og aflevering samt oplysninger om nødvendige hjælpemidler. Det må afvises som unødigt problematiserende, når Næstved Kommune giver indtryk af, at det at finde adresser skulle kræve nærmere granskning af et stort antal bevillinger.

Næstved Kommunes anbringende om, at oplysningerne alene vil være et øjebliksbillede, må ligeledes afvises. En ligestilling af alle tilbudsgiverne kan kun ske ved, at alle tilbudsgiverne har adgang til de samme oplysninger om den nuværende kørsel, dvs. kørslen på udbudstidspunktet. For nærværende har kun den nuværende leverandør oplysninger om den nuværende kørsel. Den omstændighed, at oplysningerne ikke uden videre kan anvendes i et igangværende udbud, fratager således ikke oplysningerne deres væsentlighed. Det er dog ikke sådan, at kørslen ændrer sig fuldstændig fra år til år. Den klart væsentligste delaftale (delaftale 1 med en værdi på ca. kr. 33,5 mio., jf. udbudsbekendtgørelsen) vedrører kørsel af skoleelever i specialklasser. Sådanne elever visiteres til specialtilbud, hvorefter de ofte forbliver i samme tilbud i indtil flere år. Mange og formentlig størstedelen af de elever, der for nærværende køres (særlig under delaftale 1), vil derfor også skulle køres efter sommerferien, når den udbudte kontrakt starter.

Næstved Kommunes argumenter for ikke at udlevere oplysninger om adresser, subsidiært vejnavne og nødvendige hjælpemidler, må derfor afvises.

Næstved Kommune har overordnet gjort gældende, at kommunens tilrettelæggelse af udbuddet ikke har givet den hidtidige leverandør en utilbørlig konkurrencefordel i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det kan udledes af praksis fra EU-Domstolen og fra Klagenævnet for Udbud, at (i) det ikke er i strid med udbudsreglerne, at den eksisterende leverandør drager fordel af en viden om ordregivers forhold, som indvindes af et hidtidigt aftaleforhold, at (ii) ordregiver kun har pligt til at udligne disse fordele, for så vidt at det kan ske enkelt og rimeligt og i øvrigt ikke prisdækker den eksisterende leverandørs rettigheder, og (iii) at det tværtimod kan være i strid med ligebehandlingsprincippet at træffe udlignende foranstaltninger, som forringer den eksisterende leverandørs konkurrenceposition.

Den valgte afregningsmodel er på grundlæggende vis forskellig fra det tidligere udbud. I aftalen med den hidtidige leverandør afregnes kørsel på grundlag af den anvendte tid. I det aktuelle udbud overgår kommunen til en afregningsmodel, hvor der afregnes til fastpris pr. kilometer. Denne overgang omkalfatrer afregningsgrundlaget på en måde, som neutraliserer den viden, som den hidtidige leverandør måtte besidde.

Det forhold, at der vil være forskel på afregningen alt efter, om man kan køre med en eller flere elever på samme rute, vil gøre sig gældende på forskellige tidspunkter og i et omfang, som ikke på forhånd kan fastlægges med fuldstændig sikkerhed. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at den eksisterende leverandør nyder en utilbørlig konkurrencefordel, men at tilbudsgiverne må indregne denne usikkerhedsmargin i forbindelse med prissætningen.

Fraværet af de omhandlede oplysninger har med vished ikke haft nogen indflydelse på de indkomne tilbud og har bevisligt ikke fordrejet den faktiske konkurrence. Det kan af de modtagne tilbud udledes, at den eksisterende leverandør ikke opnår det højeste pointtal for nogen af delaftalerne og i øvrigt er nummer tre på delaftalerne 2, 4 og 5.

Næstved Kommune har ikke modtaget andre indsigelser end denne klage, og fraværet af de omhandlede oplysninger i udbudsmaterialet har ikke indvirket på de potentielle tilbudsgiveres vilje til at deltage eller på de faktisk tilbudte priser. Tilbudsgiverkredsen i dette udbud og det parallelle udbud af tandlæge-, svømme- og lukket skolebuskørsel er meget lig hinanden, og den forholds-mæssige andel af bydende ud af modtagne interesselikende givelser er nærværdig identisk.

Den valgte fremgangsmåde er for så vidt angår omfanget og karakteren af de fremlagte oplysninger sædvanlig for udbud af specialkørsel. Oplysningsniveauet er således sammenligneligt med tilsvarende udbud.

Som en refleksvirkning af disse faktiske omstændigheder – herunder i særdeleshed Næstved Kommunes beslutning om ikke at tildele nogen af delaf-talerne til den eksisterende leverandør – kan der ikke gælde en formodning for, at de omhandlede oplysninger i udbudsmaterialet har indvirket på de potentielle bydendes vilje til at deltage eller på de faktisk tilbudte priser.

Udbuddet vedrører specialkørsel af skoleelever. Der gives i udbudsmaterialet oplysninger relateret til elevernes helbred, herunder at visse elever anvender kørestol eller har tale-høre og sproglige vanskeligheder. Oplysningerne er imidlertid anonymiserede i videst muligt omfang for herved at sikre passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af de registreredes rettigheder og interesser.

Helbredsoplysninger udgør utvivlsomt følsomme oplysninger i henhold til databeskyttelsesforordningens artikel 9, og der gælder særligt strenge betingelser for behandlingen heraf. Hertil kommer, at oplysningerne relaterer sig til børn, der ligeledes nyder et udvidet beskyttelseshensyn i henhold til databeskyttelsesreglerne. På dette grundlag har Næstved Kommune foretaget en vurdering af de risici, der knytter sig til videregivelse af personoplysninger, herunder adresseoplysninger, i forbindelse med udbuddet. Næstved Kommune har herefter foretaget en afvejning af hensynet til børnene under kørselsordningen over for hensynet til leverandørerne og har på dette grundlag valgt at begrænse oplysningerne til det foreliggende udbudsmateriale. Såfremt kommunen oplyser elevs adresser, skoletilknytning og særlige behov til hjælpemidler, vil det sammenholdt med de øvrige oplysninger i udbudsmaterialet være muligt for tilbudsgiverne at henføre specifikke helbredsoplysninger til bestemte personer, hvilket kræver et lovligt behandlingsgrundlag. Der foreligger herudover en risiko for, at eleverne indirekte kan identificeres på baggrund af eksempelvis vejnavne. Differentieringen i håndtering af personoplysninger i kommunens udbud af tandlæge-, svømme- og skolebuskørsel skyldes, at det udbud som altovervejende hovedregel ikke angår befordring som følge af helbredsmæssige forhold. Dette indebærer også, at adresseoplysninger ikke per definition er uløseligt forbundet med helbredsoplysninger, som udgør personfølsomme oplysninger.

Formålet med kommunens behandling kan ikke udstrækkes til også at omfatte videregivelse af disse oplysninger til tilbudsgivere i forbindelse med det pågældende udbud. Det er korrekt, som anført af Dansk PersonTransport, at kommunen har et lovligt behandlingsgrundlag, bl.a. efter databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra c. Dette er imidlertid ikke relevant for problemstillingen i denne sag, som angår kommunens hjemmel til lovligt at videregive personoplysningerne til tilbudsgiverne. Det er således tilbudsgiverne, som behøver den fornødne hjemmel til at behandle oplysningerne, og der er ikke hjemmel hertil i medfør af databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra c. Det ændrer ikke herpå, hvis kommunen betingede videregivelsen af en fortrolighedsaftale.

Endvidere har Næstved Kommune anført, at det ikke er muligt at fremlægge de oplysninger, som Dansk PersonTransport efterspørger om historisk kørsel. Det skyldes, at den eksisterende leverandørs data er opgjort i tid og ikke i kilometer som følge af den dagældende afregningsmetodik.

Næstved Kommune har i videst muligt omfang søgt at tilvejebringe de oplysninger, som er nødvendige og tilstrækkelige for at kunne afgive tilbud på de udbudte delaftaler inden for rammerne af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Dette er sket ved meget detaljerede beskrivelser af det udbudte i kravspecifikationen, herunder rammerne for tilrettelæggelse af kørsel. Herudover har Næstved Kommune besvaret samtlige 37 stillede spørgsmål i forbindelse med spørgsmålsperioden. Dette bevirkede, at kommunen som supplerende oplysning fremlagde et Bilag 1 til kravspecifikationen, som indeholdt supplerende oplysninger om de børn, der køres i specialkørsel hhv. sproggrupper og taleklasser. Kommunen har dermed indhentet den fornødne viden til besvarelse af de tekniske spørgsmål, hvorved det sikredes, at alle tilbudsgivere var sikret det samme relevante oplysningsgrundlag.

Det savner mening at fremlægge de oplysninger, som Dansk PersonTransport efterspørger, idet disse oplysninger dårligt kan lægges til grund som indikator for den udbudte aftale, herunder som følge af overgangen til fastpris pr. kilometer. Kørselsordningen er ikke statisk, og tilbudsgiverne skal kunne afgive tilbud, som omfatter kørsler, som væsentligt afviger fra kommunens historiske kørselsbehov. Spændet i kørselsbehovet vurderes at være så stort og uforudsigeligt, at fremlæggelsen heraf i bedste fald vil forringe grundlaget for tilbudsafgivelse og i værste fald medføre nødlidende kontraktforhold, fordi grundlæggende forudsætninger brister.

Om de enkelte delaftaler har Næstved Kommune bl.a. anført, at delaftale 2 angår bevillinger på kørsel fra sagsbehandler. Disse bevillinger gives oftest for en given periode. Oplysningerne er ikke relevante, og det er ikke muligt at oplyse nærmere om afleveringstidspunkter, adresse, hjælpemidler o.l., da det vil kræve, at hver enkelt bevilling granskes. For delaftale 3 og 4 gælder, at børnene går i tale- og sprogklasser i en kortere periode, typisk 3 eller 6 måneder. For delaftale 5 er det ikke muligt at oplyse om adresser, da der er tale om ad hoc kørsel.

Ad påstand 2

Dansk PersonTransport har gjort gældende, at Næstved Kommune har tilsidesat udbudslovens § 137, stk. 1, idet kommunen alene i udbudsbetingelserne har anført, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6, finder anvendelse, mens dette ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Formuleringen i § 137, stk. 1, må forstås således, at eventuelle anvendte frivillige udelukkelsesgrunde skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen indeholder heller ingen henvisning til udbudsbetingelserne for så vidt angår udelukkelsesgrunde.

Kravet om oplysning om udelukkelsesgrunde i selve udbudsbekendtgørelsen må ses i lyset af, at formålet med udbudsbekendtgørelsen bl.a. er at give mulige tilbudsgivere grundlag for at vurdere, om det er relevant for dem at bruge ressourcer på at udarbejde tilbud, jf. bl.a. kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer & Snedker A/S mod Hillerød Kommune.

Næstved Kommune har gjort gældende, at situationen i denne sag ikke er sammenlignelig med den i klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer & Snedker A/S mod Hillerød Kommune. Den centrale forskel er, at Hillerød Kommunes udfyldelse af sin udbudsbekendtgørelse var vildledende og dermed aktivt forringede potentielle tilbudsgiveres mulighed for at vurdere deres muligheder for at byde på opgaven.

Ad påstand 3

Dansk PersonTransport har gjort gældende, at de beskrevne fejl i udbudsforløbet er så væsentlige, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, jf. klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Næstved Kommune har principalt gjort gældende, at det følger af det anførte ad påstand 1 og 2, at påstanden om annullation ikke skal tages til følge.

Næstved Kommune har subsidiært gjort gældende, at selv hvis en eller begge påstande tages til følge, bør dette ikke føre til annullation af udbuddet.

Ingen af de påståede overtrædelser som beskrevet i påstand 1 og 2 har haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud, for udbuddets forløb eller har påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen.

Den tidligere leverandør har således ikke opnået en fordel af betydning for tildelingsbeslutningen, jf. de modtagne tilbud, som er fremlagt for klagenævnet. Endvidere har alle tilbudsgivere bekræftet i de afleverede ESPD'er, at ingen er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 137, jf. udbudsbetingelsernes punkt 5.1.

Ad uopsættelighed

Dansk PersonTransport har gjort gældende, at Dansk Persontransport som brancheorganisation ikke selv lider økonomisk skade ved, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, men at betingelsen om uopsættelighed skal lempes som følge af overtrædelsernes alvorlige karakter.

Betingelsen om uopsættelighed kan efter EU-Domstolens og Klagenævnet for Udbuds praksis lempes i tilfælde, hvor der foreligger en særligt alvorlig fumus boni juris, og hvor klagen er indgivet i standstill-perioden.

De i påstand 1 og 2 anførte overtrædelser er hver især og særligt tilsammen tilstrækkelige til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres. Klagenævnet skal således allerede på baggrund af det under påstand 1 og 2 anførte tillægge klagen opsættende virkning uden at stille særlige krav til uopsættelighed.

Næstved Kommune har gjort gældende, at det påhviler Dansk PersonTransport at godtgøre, at Dansk PersonTransport vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis Dansk PersonTransport skal afvente afgørelsen i hovedsagen.

Et økonomisk tab kan som udgangspunkt ikke betragtes som uopretteligt, hvis der senere kan betales økonomisk erstatning herfor.

Dansk PersonTransport angiver på sin hjemmeside at være "(...) den faglige brancheforening for bus- og taxivognmænd i Danmark. (...)". Ingen af de påståede overtrædelser i henhold til påstand 1 eller påstand 2 har konkret afholdt nogen aktuelle eller potentielle økonomiske aktører på markedet for levering af kørsel i kommunen fra at deltage i udbuddet.

Ad interesseafvejning

Dansk PersonTransport har gjort gældende, at klagenævnet ikke skal stille særlige krav i forbindelse med en afvejning af parternes interesser i opsættende virkning. Næstved Kommune lider ikke skade ved, at klagen tillægges opsættende virkning, subsidiært kan kommunen afværge en sådan skade ved af egen drift at gennemføre et fornyet udbud og/eller at foretage tidsbegrænset forlængelse af eksisterende kontrakter, så længe klagesagen er vese-rende.

Næstved Kommune har gjort gældende, at den udbudte aftale angår befor-dring af særligt udsatte borgere, og at den stabile levering heraf skal betragtes som en uopsættelig kernevelfærdsydelse.

Kommunen befinder sig endvidere i en ekstraordinær situation, idet man er i færd med at genåbne dagtilbud og skoler i kølvandet af den nationale ned-lukning som følge af COVID-19 pandemien. Genoptagelsen af specialkørsel er som følge af de berørte borgeres sårbarhed essentiel for denne genåbning.

Hensynet til Næstved Kommune overstiger på denne baggrund i væsentligt omfang hensynet til Dansk PersonTransport.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*"):

Ad påstand 1

En ordregiver har ved tilrettelæggelsen af et udbud pligt til i videst muligt omfang at søge at mindske betydningen af den fordel, som den hidtidige leverandør kan have i forbindelse med et udbud.

Ifølge udbudsbetingelserne blev kørslen afregnet med "pris pr. km pr. passager...", ligesom der blev stillet krav om bl.a., at det enkelte barns køretid ikke måtte overstige 60 minutter. Ved denne afregningsmodel har det betydning for tilbudsgiveren at kende adresserne på de børn, der skal befordres, samt adresserne på de skoler eller institutioner, de skal køres til og fra, for at kunne tilbyde en konkurrencedygtig pris.

I forbindelse med Næstved Kommunes udbud af specialkørsel havde den hidtidige leverandør kendskab til adresserne på de børn, der hidtil havde gjort

brug af specialkørslen. Disse oplysninger var ikke indeholdt i udbudsmaterialet og var således ukendte for de øvrige aktuelle og potentielle tilbudsgivere.

Næstved Kommune har gjort gældende, at oplysningerne om den hidtidige kørsel dårligt kan lægges til grund som indikator for den udbudte aftale. Næstved Kommune har imidlertid ikke med oplysningerne om, hvilke ændringer der løbende kan opstå i kommunens kørselsbehov, i tilstrækkelig grad godtgjort, at der ikke er en sådan sammenhæng mellem den hidtidige kørsel og den udbudte kørsel – i hvert fald ikke for så vidt angår delaftale 1 – at den hidtidige leverandør ikke havde en klar konkurrencefordel. Det forhold, at den hidtidige leverandør ikke tilbød den laveste pris på nogen af delaftalerne, medfører ikke i sig selv, at den hidtidige leverandør ikke har haft en fordel. Fordelen må henset til afregningsmodellen anses som væsentlig.

Det er herefter klagenævnets vurdering på baggrund af de foreløbige oplysninger, der foreligger, at den hidtidige leverandør havde en konkurrencefordel i kraft af sit kendskab til det hidtidige kørselsbehov.

Under udbudsprocessen har Næstved Kommune ved besvarelsen af spørgsmål og fremlæggelsen af bilag 1 til udbudsbetingelserne forsøgt at mindske betydningen af denne fordel.

Det er ubestridt, at det vil være i strid med reglerne om databeskyttelse i udbudsmaterialet at oplyse adresserne på de børn, der hidtil har haft behov for specialkørsel. Det findes imidlertid på det foreløbige foreliggende grundlag sandsynliggjort, at Næstved Kommune i overensstemmelse med persondatabeskyttelsesreglerne på en enkel og rimelig måde, og uden at oplyse de præcise adresser, i væsentligt omfang kunne have mindsket denne konkurrencefordel. Det er herefter klagenævnets vurdering, at Næstved Kommune ikke har godtgjort, at den hidtidige leverandørs konkurrencefordel er mindsket i videst muligt omfang.

Næstved Kommune har dermed på det foreløbige grundlag, der foreligger, handlet strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at have udlignet den konkurrencefordel, som den hidtidige leverandør havde. Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Ad påstand 2

Det følger af udbudslovens § 137, stk. 1, at en ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure i medfør af udelukkelsesgrundene anført i nr. 1-7.

Næstved Kommune har i udbudsbetingelserne anført, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6, finder anvendelse. Dette fremgår imidlertid ikke af udbudsbekendtgørelsen. Næstved Kommune har herved tilsidesat gennemsigtighedsprincippet og handlet i strid med udbudslovens § 137, stk. 1.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Ad påstand 3

Som anført er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge.

Efter karakteren af overtrædelserne, og henset til at der under udbudsprocessen var 13 interesserede potentielle tilbudsgivere, hvoraf 8 ikke afgav tilbud, finder klagenævnet efter en konkret vurdering, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag er udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Betingelse nr. 1 er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*):

Dansk PersonTransport har oplyst, at organisation ikke selv vil lide økonomisk skade ved, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dansk PersonTransport har ikke i øvrigt oplyst om omstændigheder, som medfører, at betingelsen for at tillægge klagen opsættende virkning er til stede.

Herefter er betingelse nr. 2 ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent