

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Gudhjem Bus ApS
(advokat Asser Rung-Hansen, Holte)

mod

Bornholms Regionskommune
(advokat Andreas Christensen og advokat
Sidsel Marcussen, Hellerup)

Klagenævnet for Udbud har den 23. maj 2024 modtaget en klage fra Gudhjem Bus ApS (herefter "Gudhjem Bus").

Gudhjem Bus har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Bornholms Regionskommune (herefter "BRK") har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på grundlag af klageskrift med bilag 1-7, svarskrift, replik, duplik med bilag A-C, processkrift 1, processkrift A, processkrift II samt processkrift B.

Klagens indhold

Gudhjem Bus har nedlagt følgende påstande:

”1) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, ved den 14. maj 2024 at tildele Nordian ApS et antal delkontrakter uden at undersøge, om Nordian ApS skulle udelukkes.

2) Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om tildelelse af kontrakt til Nordian ApS.

3) Klagenævnet for Udbud skal beslutte at tillægge klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse i forhold til klagers øvrige påstande.

4) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 136, nr. 3, og § 137, stk. 1, nr. 5, ved den 14. maj 2024 at tildele Nordian ApS et antal delkontrakter uden at undersøge, om Nordian ApS skulle udelukkes.”

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

Klagenævnet har den 24. maj 2024 givet Nordian ApS (herefter ”Nordian”) meddelelse om muligheden for at intervenere i sagen til støtte for BRK. Nordian er ikke fremkommet med bemærkninger til sagen.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 168641-2024 af 19. marts 2024, der blev offentliggjort den 20. marts 2024, udbød BRK en række rammeaftaler vedrørende persontransport, herunder handicapkørsel og specialkørsel af børn, unge og øvrige brugere. Udbuddet blev gennemført i henhold til udbudslovens afsnit II.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”2.1. Procedure

Titel: Genudbud marts 2024 - EU-udbud af OST 3 – Offentlig service- trafik garanti/variabel til Bornholms Regionskommunes Trafikselskab BAT, 2024-2027

Beskrivelse: Dette er et genudbud. De rettelser der er foretaget i Udbudsbetingelserne og i Bilag 1 - Kravspecifikation er markeret med rød skrift. Følgende udbydes:A: Kørsel med deltagere i den lovpligtige individuelle handicapkørselsordningB: S-trafik med betalende passagererC: Kørsel

for Bornholms Regionskommune f.eks. kørsler til dagcentre, kørsel efter sundhedsloven, visiterede brugere samt lign. D: S-trafik rute bl.a. med specialkørsel af børn, unge og øvrige brugere. Der udbydes både garanti- og variabel kørsel. Der bydes med en timepris på kørslen for hver udbudsenhed. Garantikørsel: Der udbydes i alt min. 22.460 garantitimer samt 7.500 rådighedstimer på hverdage pr. år. Til denne kørsel skal benyttes i alt 22 liftvogne af type 4, 6 og 7 (jf. Bilag 1 - Kravspecifikationen). 16 udbudsenheder. Variabel kørsel: Ordregiver garanterer ikke nogen fast mængde kørsel. Det forventes, at de variable køretøjer samlet set, vil skulle betjene ca. 10.000 personture pr. år i udbudsperioden. 12 udbudsenheder. Der kan bydes på den eller de udbudsenheder tilbudsgiver ønsker.

...

Hovedpunkterne i proceduren: Udbuddet gennemføres i henhold til udbudslovens afsnit II. Udbudsformen er et offentligt udbud, hvilket indebærer, at enhver har ret til at afgive tilbud. Udbudsbetingelserne fastsætter vilkårene for afgivelse af tilbud.

...

2.1.3. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 76 000 000,00 DKK

Rammeaftalens maksimumværdi: 100 000 000,00 DKK

...

2.1.4. Generelle oplysninger

Yderligere oplysninger: Tilbudsgivere, som befinder sig i en af de frivillige udelukkelsesgrunde nævnt i udbudslovens § 137, nr. 1 - 3 og nr. 5, blive udelukket fra deltagelse og vil ikke komme i betragtning til den udbudte rammeaftale. Retsgrundlag: Direktiv 2014/24/EU

2.1.6. Grund til udelukkelse:

...

Har afgivet urigtige oplysninger eller tilbageholdt oplysninger, som ikke var i stand til at fremlægge de krævede dokumenter og indhentet fortrolige oplysninger i forbindelse med denne procedure: Har den økonomiske aktør befundet sig i en af følgende situationer: a) Denne har afgivet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvæl-

gelseskriterierne er opfyldt, b) Denne har tilbageholdt sådanne oplysninger, c) Denne har været ude af stand til straks at fremsende den supplerende dokumentation, som en ordregivende myndighed eller en ordregivende enhed anmoder om, og d) Denne har uretmæssigt påvirket den ordregivende myndigheds eller den ordregivende enheds beslutningsproces, indhentet fortrolige oplysninger, der kan give denne uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren, eller uagtsomt givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling?

Rent nationale udelukkelsesgrunde: Andre udelukkelsesgrunde, der måtte være fastsat i den ordregivende myndigheds eller den ordregivende enheds medlemsstats lovgivning. Finder de rent nationale udelukkelsesgrunde, der er anført i den relevante meddelelse eller i udbudsdokumenterne, anvendelse?

...

Skyldig i alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet: Har den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet gjort sig skyldig i alvorlige forsømmelser? Hvis det er relevant, se definitioner i national ret, den relevante meddelelse eller udbudsdokumenterne.

...

5.1. Delkontrakt: LOT-0000

Titel: Genudbud marts 2024 - EU-udbud af OST 3 – Offentlig service- trafik garanti/variabel til Bornholms Regionskommunes Trafikselskab BAT, 2024-2027

Beskrivelse: Følgende udbydes: A: Kørsel med deltagere i den lovpligtige individuelle handicapkørselsordning B: S-trafik med betalende passagerer C: Kørsel for Bornholms Regionskommune f.eks. kørsler til dag-centre, kørsel efter sundhedsloven, visiterede brugere samt lign. D: S-trafik rute bl.a. med specialkørsel af børn, unge og øvrige brugere. Der udbydes både garanti- og variabel kørsel. Der bydes med en timepris på kørslen for hver udbudsenhed. Garantikørsel: Der udbydes i alt min. 22.460 garantitimer samt 7.500 rådighedstimer på hverdage pr. år. Til denne kørsel skal benyttes i alt 21 liftvogne af type 4 og 6 (jf. Bilag 1 - Kravspecifikationen). 15 udbudsenheder. Variabel kørsel: Ordregiver garanterer ikke nogen fast mængde kørsel. Det forventes, at de variable køretøjer samlet set, vil skulle betjene ca. 10.000 personture pr. år i udbudsperioden. 13 udbudsenheder. Der kan bydes på den eller de udbudsenheder tilbudsgiver ønsker.

...

5.1.10. Tildelingskriterier

Kriterium:

Type: Pris

Navn: 100

Beskrivelse: Laveste pris pr. tilbudt enhed vinder.”

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

” 1.2 Beskrivelse af anskaffelsen, aftaleperiode m.v.

Ordregiver udbyder offentlige servicekørsel som består af følgende kørselsordninger:

A: Kørsel med deltagere i den lovpligtige individuelle handicapkørselsordning

B: Servicetrafik med betalende passagerer

C: Kørsel for Ordregiver f.eks. kørsler til dagcentre, kørsel efter sundhedsloven, visiterede brugere samt lign.

D: Servicetrafik rute bl.a. med specialkørsel af børn, unge og øvrige brugere.

Der udbydes både garantikørsel samt variabel kørsel.

Garantikørsel:

...

Udbuddet på garantivogne er opdelt i 15 udbudsenheder, der hver omfatter 1-2 vogne fordelt på 7 hjemstedsadresser. Hver udbudsenhed er garanteret minimum 6 timers kørsel dagligt på skolehverdage enten samlet eller opdelt og på andre hverdage vil garantitiden være minimum 3 timer.

...

Tilbudsgivere bedes byde på den eller de udbudsenheder som Tilbudsgiver har interesse i at byde på.

Variabel kørsel:

...

Udbuddet på variable vogne er opdelt i 13 udbudsenheder, der hver omfatter 1-2 vogne fordelt på 7 hjemstedsadresser. Tilbudsgivere bedes byde på den eller de udbudsenheder som Tilbudsgiver har interesse i at byde på.

Rammeaftalerne er 3-årige og træder i kraft den 1. august 2024 og udløber den 31. juli 2027.

...

5.2 Udelukkelsesgrunde

Tilbudsgiver skal under fasen "ESPD - Udelukkelsesgrunde" svare "Ja" eller "Nej" til, hvorvidt Tilbudsgiver er omfattet af de oplyste udelukkelsesgrunde.

ESPD er en egenerklæring, der fungerer som foreløbigt bevis for, at en Tilbudsgiver ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Udelukkelsesgrundene omfatter:

- Grunde vedr. straffedomme
- Grunde vedr. betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger
- Grunde vedr. insolvens, interessekonflikter eller forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet

Tilbudsgivere, der befinder sig i en obligatorisk udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens §§ 135-136, vil blive udelukket fra deltagelse og vil ikke komme i betragtning til den udbudte rammeaftale.

Tilsvarende vil tilbudsgivere, som befinder sig i en af de frivillige udelukkelsesgrunde nævnt i udbudslovens § 137, nr. 1 - 3 og nr. 5, blive udelukket fra deltagelse og vil ikke komme i betragtning til den udbudte rammeaftale.

Er en tilbudsgiver omfattet af en udelukkelsesgrund, følger Ordregiver proceduren for selfcleaning i udbudslovens § 138. Ordregiver vil i så fald anmode tilbudsgiver, inden for en passende frist, om at dokumentere dennes pålidelighed. Til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af

pålidelighed skal Ordregiver indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Ordregiver vurderer herefter, om den fremlagte dokumentation for pålidelighed er tilstrækkelig for videre deltagelse i udbuddet.

...

6 TILDELING OG INDHENTNING AF DOKUMENTATION

6.1 Tildelingskriterium

Tildeling af Rammeaftalerne til **”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”** vil ske på baggrund af tildelingskriteriet *”laveste pris”* jf. Tilbudsgivers udfyldte Bilag 2 – Tilbudsprislisten.

...

Der vil blive indgået kontrakt med den/de Tilbudsgivere som har den laveste totalpris pr. vogn pr. enhed.

...

6.2 Indhentning af dokumentation

Hvor ESPD er det foreløbige bevis, er dokumentationen det endelige bevis for, at det som Tilbudsgiver har anført i ESPD’et, er korrekt. Før Ordregivers beslutning om tildeling af Rammeaftalen, vil den Tilbudsgiver, som Ordregiver har til hensigt at tildele Rammeaftalen, derfor blive anmodet om at fremlægge dokumentation i henhold til udbudslovens § 152 for de oplysninger, Tilbudsgiver har afgivet i ESPD i Merzell. Den pågældende Tilbudsgiver skal inden for en nærmere angivet frist, fremlægge dokumentation for, at Tilbudsgiver ikke er omfattet af de i Merzell listede udelukkelsesgrunde, samt for at de i udbudsbekendtgørelsen punkt III.1.2) nævnte mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen er opfyldt.

Ordregiver kan dog på ethvert tidspunkt under proceduren bede Tilbudsgiverne om at indsende dokumentationen, hvis Ordregiver vurderer, at det er nødvendigt for at sikre en korrekt afvikling af proceduren.

Ordregiver vil anmode den Tilbudsgiver, som Ordregiver agter at tildele Rammeaftalerne til, om at fremlægge følgende dokumentation:

- Serviceattest eller anden tilsvarende dokumentation fra en relevant myndighed
...”

Efter tilbudsfristen skrev advokat Asser Rung-Hansen i en mail af 1. maj 2024 til BRK blandt andet følgende:

”Hej Anette,

Tak for din mail. Bekymringen går helt konkret på, om Nordian ApS er blandt de vindende tilbud, og om der er opmærksomhed på, at virksomheden i efteråret 2023 fik ophævet en kontrakt af væsentlig værdi med Københavns Kommune kort tid efter kontraktstart. Se f.eks. disse links:

...

Vi har tillid til, at kommunen håndterer dette, hvis det er aktuelt, og vi er i øvrigt indforstået med, at aktindsigt indtil videre udskydes.”

Det ene link fremsendt af advokat Asser Rung-Hansen er en pressemeddelelse fra Københavns Kommune af 31. august 2023, hvoraf fremgår blandt andet:

”Københavns Kommune ophæver kontrakt med trafikselskabet Nordian

Siden begyndelsen af august har fire skoler i København haft store problemer med kørslen af børn, som på grund af særlige behov har brug for at blive kørt til og fra skole. I dag har kommunen meddelt Nordian, at man ophæver kontrakten.

...

Trafikselskabet Nordian overtog kørslen d. 1. august, og de har ikke kunnet overholde de krav, der er stillet i kontrakten. Det har medført alt for mange forsinkede og mangelfulde kørsler.

”Vi kan konstatere, at der ikke har været en god, stabil og rettidig kørsel, og det er på trods af, at vi de seneste uger har haft daglige møder med trafikselskabet. På møderne har vi drøftet de problemer, som skolerne hver formiddag har meldt ind til os, og sammen med Nordian har vi forsøgt at finde løsninger, så kørslerne kunne nå et acceptabelt niveau, men

det er desværre ikke sket. Derfor ser vi os nu nødsaget til at ophæve kontrakten”, siger Emil Brødsgaard, centerchef i Børne- og Ungdomsforvaltningen.

De fire skoler er Fensmarkskolen, Kirkebjerg Skole, Skolen i Charlottgården og Heerup Skole, og problemerne skyldes blandt andet, at trafik-selskabet Nordian ikke har formået at planlægge kørslerne og lave ruteplanlægninger, som lever op til kravene i kontrakten. Det betyder, at nogle børn ikke er mødt i skole til tiden, at de sidder unødigt længe i busserne, og i nogle tilfælde er blevet sat af uden voksenkontakt. Nordian har heller ikke levet op til kravet om fast chauffør, og de har været for lang tid om at få rettet op på alle disse problemer. Desuden har kommunikationen til skoler og forældre været mangelfuld.

”Vi har ikke længere tillid til, at Nordian kan løse opgaven, og det er selvom, vi havde håbet på, at vi ved fælles hjælp og samarbejde kunne løse problemerne, fordi vi vurderede, at det var i børnenes og deres familiers interesse, at Nordian skulle få kørslerne til at fungere. Men det er desværre ikke sket, og jeg forstår godt, at børnene, deres familier og skolerne er utilfredse, og at deres tålmodighed er ved at være brugt op”, siger Emil Brødsgaard.”

Endvidere var der linket til en artikel på dr.dk, hvorefter fremgår blandt andet:

”Kaotisk kørsel af børn med handicap - nu trækker kommunen i bremsen

Et barn der bliver væk og må findes af politiet. Et barn der bliver forsøgt afleveret på en forkert skole, og et barn der bliver sat af på gaden langt fra hjemmet.

Det er eksempler på det, der har været virkeligheden for børn med handicap i København efter sommerferien. Her overtog trafik-selskabet Nordian opgaven med at køre børn til og fra fire specialskoler.

Forældre og skoler har desuden oplevet store problemer med, at børnene ikke bliver hentet og afleveret til tiden, at de sidder for længe i bilerne, og at der kommer mange forskellige chauffører, selvom der er krav om det modsatte.

...

Nordians administrere[re]nde direktør, Ayman Hawaili, har ikke ønsket at stille op til interview, men siger i et skriftligt svar:

- Vi beklager meget, at vores opstart med visiteret kørsel af specialskolebørn ikke har været optimal. Vi beklager dybt og tager problemerne meget alvorligt.

...

70 procent af ledelsestid

På Heerup Skole har skoleleder Frank Paulsen ligeledes mærket konsekvensen af, at et nyt trafikelskab har overtaget kørslen af eleverne

- Vi har oplevet en meget diffus organisering af kørslen. Der er forsinkelser, og der har været episoder, hvor børnene har siddet i minibusserne i halvanden til to timer.

Det påvirker eleverne meget, fortæller skolelederen.

- Det vigtigste for vores elever - med de diagnoser, som de nu har - er forudsigelighed og kontinuitet. Skiftende afhentningstidspunkter, skiftende ruter og skiftende chauffører gør dem urolige, stressede og usikre på deres hverdag.

...

Problemer med visiteret kørsel

En stor del af børnene på Heerup Skole har diagnosen autisme.

- Autistiske børn har meget svært ved, at der sker noget uventet. Det kan skabe forvirring, tankemylder, stress, nedsmeltninger og udadreagerende adfærd. Bliver kørslen en dårlig oplevelse, kan det betyde, at barnet ikke vil køres med bus eller taxa igen, og så ender det i ufrivilligt fravær, fortæller Brian Andersen, der er formand for Autismeforeningen.

Danske Handicaporganisationer stemmer i.

- Det er jo nogle forfærdelige konsekvenser. De her børn er sårbare overfor forandringer. De har brug for regelmæssighed. Og de har i hvert fald

- ligesom alle andre børn - brug for at blive sat af det rigtige sted, lyder det fra formand Thorkild Olesen.

Kontrakt er ophævet

Det er Københavns Kommune, der har hyret trafikelskabet Nordian til at stå for kørslen af de handicappede børn på de fire specialskoler.

- Vi er meget enige i kritikken. Der har været for mange kørsler, der ikke har levet op til de krav, vi har stillet. Det er beklageligt og noget, som vi ser på med stor alvor, lyder det fra Emil Brødsgaard, der er centerchef i Børne- og Ungdomsforvaltningen i Københavns Kommune.

Torsdag aften har Københavns Kommune så sendt en besked på Aula til forældrene på de fire specialskoler. Heri står:

- Vi har i de seneste uger haft daglige møder med Nordian. På møderne har vi drøftet de problemer, som I forældre og skolerne løbende har meldt ind til os, og sammen med Nordian har vi forsøgt at finde løsninger, så kørslerne kunne nå et acceptabelt niveau. Det er desværre ikke sket.

- På den baggrund har vi har ikke længere tillid til, at Nordian kan løfte opgaven, og derfor har vi i dag meddelt dem, at vi ophæver kontrakten.”

Af den af Nordian som en del af tilbuddet indleverede ESPD fremgår bl.a. følgende:

”

Skyldig i alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet	
Har den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet gjort sig skyldig i alvorlige forsømmelser? Hvis det er relevant, se definitioner i national ret, den relevante meddelelse eller udbudsdokumenterne.	
Dit svar	Nej

...

Rent nationale udelukkelsesgrunde	
Andre udelukkelsesgrunde, der måtte være fastsat i den ordregivende myndigheds eller den ordregivende enheds medlemsstats lovgivning. Finder de rent nationale udelukkelsesgrunde, der er anført i den relevante meddelelse eller i udbudsdokumenterne, anvendelse?	
Dit svar	Nej
Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database?	Nej

”

Ved brev af 13. maj 2024 meddelte BRK Gudhjem Bus blandt andet følgende:

”Vi har modtaget jeres tilbud på OST 3 til Bornholms Regionskommunes Trafikselskab BAT og kan med glæde meddele, at jeres tilbud er identificeret som det vindende tilbud på de enheder som fremgår af skemaet herunder.

Der var ved tilbudsfristens udløb indkommet 3 tilbud. Alle tilbud er konditionsmæssige. Tilbudsgiverne fremgår herunder:

Dantaxi A/S
Gudhjem Bus ApS
Nordian ApS

Tildeling af Rammeaftalerne til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” er jf. Udbudsbetingelsernes pkt. 6.1 sket på baggrund af tildelingskriteriet ”laveste pris” jf. Tilbudsgivers udfyldte Bilag 2 – Tilbudsliste 190324.

De vindende tilbudsgivere af de enkelte enheder fremgår af skemaet herunder.

	Garantikørsel enhed	Variabel kørsel enhed
Dantaxi A/S	3, 4	17, 18, 21
Gudhjem Bus ApS	1, 2, 7, 8, 13, 15	22, 26
Nordian ApS	5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 16	25, 27

Vinderne af de enkelte enheder er de tilbudsgivere, der har opnået de laveste totalpriser på de enkelte enheder.

Totalpriserne er ikke opgivet, da det herved vil være muligt at udregne delpriser, og delpriser er undtaget for aktindsigt, da de anses som værende forretningshemmeligheder.”

I en mail af samme dato skrev en medarbejder ved BRK blandt andet følgende til advokat Asser Rung-Hansen:

”Jeg har i dag sendt tildelingsbreve ud hvoraf fremgår, hvem der har vundet de forskellige enheder.

Jeg vil gerne takke for din mail herunder og for at du har gjort os opmærksomme på dette. Samtidig vil jeg meddele dig, at kommunen ikke har tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4) hvilket også fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2 samt det ESPD din klient har udfyldt i forbindelse med sin tilbudsafgivelse.”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Gudhjem Bus har gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 4, er opfyldt.

BRK har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 4, gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Gudhjem Bus gjort gældende, at BRK har tildelt delkontrakterne til Nordian uden at undersøge baggrunden for, at Københavns Kommune den 31. august 2023 valgte at ophæve en kontrakt med Nordian på grund af virksomhedens alvorlige forsømmelser i forbindelse med udførelse af opgaver med transport af handicappede samt børn og unge med forskellige sociale udfordringer m.v. BRK har derved undladt at skabe et grundlag for at kunne skønne og forholde sig til den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4. Det forhold, at BRK har fra- valgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, fritager ikke BRK fra at forholde sig til, om den alvorlige forsømmelse, som var baggrunden for Københavns Kommunes ophævelse, udgør en obligato- risk udelukkelsesgrund. Det er tydeligt, at indklagede ikke forud for tildelin- gen foretog nogen vurdering vedrørende udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4, og at den efterfølgende vurdering blev foretaget uden nærmere at undersøge forholdet og tilsyneladende ud fra en misforståelse om, at Gudhjem Bus’ ind- sigelse gik på, at Nordians køretøjer ikke levede op til udbuddets krav.

For at foretage et reelt og forsvarligt skøn er en ordregiver nødt til at foretage relevante undersøgelser af faktum. Det må en ordregiver være forpligtet til at

gøre, hvor der som i denne sag er konkrete indikationer på forhold, der kan føre til udelukkelse.

Det bestrides, at der ikke kan være et overlap af situationer omfattet af to forskellige bestemmelser i udbudsloven, og at det ville være i strid med udbudsreglerne at udelukke en tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 136, nr. 4, hvis tilbudsgiveren også kunne udelukkes efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, i det omfang denne udelukkelsesgrund havde været valgt til af ordregiveren. En ophævelse af en kontrakt er den ultimative sanktion i forbindelse med misligholdelse af et kontraktforhold, og en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udførelsen af en kontrakt vil formentlig i de fleste tilfælde kunne medføre ophævelse af pågældende kontrakt. Udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4, indebærer et yderligere krav om, at forsømmelsen skal skabe tvivl om tilbudsgiverens integritet. En sådan særlig kvalificeret forsømmelse kan naturligvis også føre til ophævelse af kontrakten. Udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, angår således enhver forsømmelse, der kan danne grundlag for ophævelse af en kontrakt, mens § 136, nr. 4, muligvis kun dækker en del af disse tilfælde. Ingen tilbudsgiver kan tro, at fravalget af den frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 4, indebærer, at der vil blive set bort fra enhver forsømmelse, hvis blot den har ført til ophævelse af den pågældende kontrakt. Hvis BRK mener, at udbudsmaterialet har skabt en uklarhed i strid med udbudslovens § 2, må BRK være henvist til at annullere udbuddet. Udbudslovens § 136, nr. 4, er en obligatorisk udelukkelsesgrund, og den skal ikke kunne fraviges med henvisning til, at forholdet også kunne være omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, eller at ordregivers udbudsmateriale ikke måtte have været tilstrækkeligt klart.

BRK har forsømt at forholde sig til problemet og har således hverken anmodet Nordan eller Københavns Kommune om nærmere oplysninger med henblik på at kunne foretage en kvalificeret vurdering Nordians forsømmelser. Dette til trods for, at BRK inden tildelingen blev gjort bekendt med, at der havde været så alvorlige forsømmelser, at Københavns Kommune måtte op hæve sin kontrakt med Nordan efter blot en måned.

Særligt vedrørende påstand 1 har BRK gjort gældende, at BRK hverken har været forpligtet eller berettiget til at udelukke tilbuddet fra Nordan efter udbudslovens § 136, nr. 4, og således heller ikke har været forpligtet til at undersøge, om Nordan skulle udelukkes efter bestemmelsen forud for tildelingen af de omhandlede delkontrakter.

Som det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes pkt. 5.2, havde BRK fravalgt den frivillige udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 4. Udbudslovens § 136, nr. 4, og § 137, stk. 1, nr. 4, vedrører vidt forskellige situationer. Den obligatoriske udelukkelsesgrund efter § 136, nr. 4, som vedrører en virksomheds alvorlige forsømmelser i forbindelse med sit erhverv, indeholder således noget andet og mere end den frivillige udelukkelsesgrund efter § 137, stk. 1, nr. 4, som vedrører en virksomheds tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt.

Det fremgår af forarbejderne til § 136, nr. 4, at bestemmelsen omhandler situationer, hvor der fra virksomhedens side foreligger alvorlige forsømmelser, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, og hvor det er virksomhedens adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse efter denne bestemmelse. Som eksempler på "alvorlige forsømmelser" nævnes i lovbemærkningerne manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler mv. Der foreligger endvidere en alvorlig forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, som eksempelvis bestikkelse eller svig.

Efter forarbejderne til § 137, stk. 1, nr. 4, omhandler denne bestemmelse derimod den situation, hvor en virksomhed har misligholdt en offentlig kontrakt væsentligt, og dette har ført til ophævelse eller en lignende aftaleretlig sanktion.

At de to bestemmelser regulerer vidt forskellige situationer, understøttes af ordlyden af de bagvedliggende bestemmelser i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, som i litra c) omtaler alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om virksomhedens integritet, og i litra g) omtaler den situation, hvor en virksomhed har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt, der har medført den pågældende kontrakts forfald før aftalt tid. Såfremt udbudslovens § 136, nr. 4, også skulle kunne omfatte situationer, hvor en tilbudsgiver væsentligt har misligholdt en tidligere of-

fentlig kontrakt pga. mangler ved den leverede ydelse, ville man ikke fra lovgivers side have adskilt de to udelukkelsessituationer i to forskellige bestemmelser.

Den omstændighed, at Københavns Kommune har ophævet en kontrakt indgået med Nordian om en tilsvarende ydelse som den udbudte, er en omstændighed, der potentielt vil kunne omfattes af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, men som ikke er tilstrækkelig til, at Nordian omfattes af udbudslovens § 136, nr. 4.

Efter lovbemærkningerne til udbudslovens § 136, nr. 4, skal ordregivers anvendelse af udelukkelsesgrunden ske under overholdelse af og hensyntagen til principperne i udbudslovens § 2, herunder princippet om gennemsigtighed. Det ville være i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, hvis BRK trods fravalget af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, efterfølgende udelukkede en tilbudsgiver efter udbudslovens § 136, nr. 4, med samme begrundelse som efter § 137, stk. 1, nr. 4, og altså således ad omveje reelt indførte udelukkelsesgrunden nævnt i § 137, stk. 1, nr. 4, uden at have tilvalgt den i udbudsmaterialet. En almindelig påpasselig tilbudsgiver ville således ikke kunne påregne, at omstændigheder omfattet af den fravalgte udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 4, alligevel ville kunne føre til udelukkelse med henvisning til § 136, nr. 4.

BRK gennemgik forud for tildelingsbeslutningen de informationer og links, som advokat Asser Rung-Hansen på vegne af Gudhjem Bus havde fremsendt. BRK har konkret vurderet, at Nordian ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4, og at oplysningen om, at Københavns Kommune har ophævet en kontrakt med Nordian, ikke er en omstændighed, som BRK kunne lægge vægt på forud for tildelingen af kontrakterne, eftersom udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, ikke var tilvalgt. På tidspunktet for tildelingsbeslutningen har der således ikke foreligget plausible indikationer på, at Nordian i forbindelse med sit erhverv skulle have begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet og dermed potentielt var omfattet af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4, og BRK har heller på baggrund af de fremkomne oplysninger været forpligtet til at undersøge dette forhold nærmere. Der er således heller ikke som følge af de af Gudhjem Bus fremsendte oplysninger indtrådt en undersøgelsespligt for BRK efter udbudslovens § 159, stk. 3, hvilket Gudhjem Bus synes at forudsætte. Nordian har med sit tilbud udfyldt og indsendt ESPD og har i denne erklæret ikke være omfattet

af de for udbuddet gældende udelukkelsesgrunde, der også omfatter udelukkelsesgrunden efter § 136, nr. 4. BRK har desuden efterfølgende modtaget den dokumentation, som kræves efter udbudsbetingelsernes pkt. 6.2, i form af bl.a. serviceattest.

Efter klagenævnets faste praksis tilsidesættes en ordregivers skønsmæssige vurdering i forbindelse med en udbudsproces alene, hvis skønnet er usagligt eller hviler på et objektivi forkert grundlag, eller hvis ordregiver åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregivers skøn, hvilket der ikke er grundlag for at konstatere i den aktuelle sag, jf. kendelse af 12. april 2024, Cubic Transportation Systems Limited mod Rejsekort & Rejseplan A/S.

Kontrakten mellem Nordian og Københavns Kommune var betydelig mere omfattende end den af BRK udbudte kontrakt – både størrelsesmæssigt og opgavemæssigt – og dermed heller ikke sammenlignelig med den udbudte kontrakt. Selv hvis klagenævnet måtte komme frem til, at ophævelse af en offentlig kontrakt skulle kunne føre til udelukkelse efter § 136, nr. 4, ville det i den konkrete situation ikke have været i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at udelukke Nordian fra en kontrakt, der i væsentlig grad adskiller sig fra den kontrakt, som blev ophævet af Københavns Kommune.

Særligt vedrørende påstand 4 har Gudhjem Bus gjort gældende, at det forhold, at tilbuddet fra Nordian ikke indeholdt oplysninger om problemerne i samarbejdet med Københavns Kommune, ikke fritager BRK fra at forholde sig til problemet. Tværtimod udgør det en selvstændig udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens § 136, nr. 3, når en tilbudsgiver har tilbageholdt oplysninger eller afgivet groft urigtige oplysninger, ligesom grov uagtsom afgivelse af vildledende oplysninger udgør en frivillig udelukkelsesgrund, jf. § 137, stk. 1, nr. 5. Efter omstændighederne, herunder at det er mindre end et år siden, at Københavns Kommune ophævede kontrakten med Nordian på grund af alvorlige forsømmelser, og da den ophævede kontrakt i øvrigt også angik kørsel med handicappede og sårbare børn og unge, skulle Nordian have oplyst om forholdet, uanset om Nordian måtte være uenig i ophævelsen.

BRK's antagelser om kontrakten mellem Københavns Kommune og Nordian kan ikke tillægges betydning, allerede fordi BRK hverken har været i dialog med Københavns Kommune eller Nordian herom eller på anden måde har undersøgt forholdet. Størrelsen af de pågældende kontrakter har ikke nogen

relevans ved vurderingen af udelukkelsesgrundene omfattet af påstand 1 og 4. Problemet er således ikke, at Nordian manglede den fornødne kapacitet til at opfylde kontrakten med Københavns Kommune, men at virksomheden tilsyneladende har afgivet tilbud på en opgave, som den ikke agtede eller magtede at opfylde, og at dette skete under grov tilsidesættelse af væsentlige hensyn til en sårbar brugergruppe. Dette sår tvivl om virksomhedens integritet, hvilket BRK ikke har forholdt sig til. Hertil kommer, at Nordian ikke loyalt har oplyst om problemstillingen over for BRK i sit tilbud.

Særligt vedrørende forhold 4 har BRK gjort gældende, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 136, nr. 3, vedrører den situation, hvor en ansøger eller en tilbudsgiver har handlet svigagtigt og/eller givet urigtige oplysninger, eller har undladt at give de af ordregiver krævede oplysninger. At dette skulle være tilfældet i den konkrete sag, fremstår udokumenteret og bestrides. Der er således ikke noget grundlag for at konstatere, at Nordian skulle have handlet svigagtigt og/eller afgivet urigtige oplysninger, ligesom der heller ikke er noget grundlag for at konstatere, at der skulle være opstået en undersøgelsespligt for BRK i den sammenhæng. Det samme gør sig gældende vedrørende den påståede overtrædelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, som vedrører den situation, hvor en tilbudsgiver groft uagtsomt har afgivet vildledende oplysninger. Også dette anbringende fremstår fuldstændig udokumenteret, ligesom BRK heller ikke har haft anledning eller pligt til at undersøge dette forhold nærmere.

Eftersom den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, om ophævelse af en offentlig kontrakt ikke var tilvalgt, havde Nordian hverken anledning eller pligt til at oplyse BRK om dette forhold i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud og udfyldelsen af ESPD. Nordian er derfor heller ikke, som følge af ikke at have oplyst om dette forhold, blevet omfattet af de i påstand 4 nævnte udelukkelsesgrunde.

Særligt vedrørende påstand 2 har Gudhjem Bus gjort gældende, at BRK's overtrædelse af udbudslovens krav om obligatorisk udelukkelse af virksomheder, der har begået alvorlige forsømmelser i deres erhverv, er en væsentlig tilsidesættelse af udbudsreglerne, som har haft betydning for tildelingen af delkontrakterne.

Særligt vedrørende påstand 2 har BRK gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4, hvorfor der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

BRK modtog efter tilbudsfristens udløb, men inden tildeling af rammekontrakterne, oplysninger fra Gudhjem Bus om, at Københavns Kommune i 2023 havde opsagt en kontrakt med Nordian om bl.a. kørsel af børn, som på grund af særlige behov har brug for at blive kørt til og fra skole. Af de oplysninger, som BRK modtog, herunder i form af en pressemeddelelse fra Københavns Kommune, fremgår om baggrunden for ophævelsen bl.a., at Nordian ikke havde formået at planlægge kørslerne og udføre ruteplanlægninger i overensstemmelse med kravene i kontrakten, hvilket havde medført bl.a., at nogle børn ikke mødte i skole til tiden, at de sad unødigt længe i busserne og i nogle tilfælde blev sat af uden voksenkontakt. Endvidere fremgår det, at Nordian ikke levede op til kravet om fast chauffør, samt at kommunikationen til skoler og forældre havde været mangelfuld.

Det følger af udbudslovens § 136, nr. 4, at en ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om tilbudsgiverens integritet.

Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven m.m. Af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 136, nr. 4 (lovforslag nr. L 199 af 10. maj 2022), fremgår blandt andet følgende:

”Det følger af den foreslåede ændring af § 136, at der indsættes et nyt nummer, der bliver *nr. 4*, hvorefter en ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Bestemmelsen gennemfører udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra c, dog med den ændring, at udelukkelsesgrunden gøres obligatorisk. Bestemmelsen ophæver og erstatter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, jf. lovforslagets § 1, nr. 21.

Den foreslåede ændring vil medføre, at det ikke, som efter den gældende lov, er op til den enkelte ordregiver at vurdere, hvorvidt ordregiveren ønsker at anvende udelukkelsesgrunden. Ordregiveren forpligtes således til at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når ordregiveren

kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden. Den foreslåede ændring i lovforslagets § 1, nr. 20, medfører som klart udgangspunkt ikke en undersøgelsespligt for ordregiveren i forhold til at konstatere, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden. Alene i tvivlstilfælde har ordregiveren, jf. § 159, stk. 3, en pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

Den foreslåede bestemmelse i § 136, stk. 1, nr. 4, er formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser. Forsømmelsen skal angå ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, hvilket vil sige, at en alvorlig forsømmelse skal være begået i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed. Ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv skal forstås bredt, således bestemmelsen ikke alene omfatter alvorlige forsømmelser, der er direkte knyttet til kvaliteten af opgaveudførelsen. Andre alvorlige forsømmelser i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed kan endvidere være omfattet af denne bestemmelse.

Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan alene udelukkes, såfremt de forsømmelser denne tidligere har begået har været alvorlige forsømmelser, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet og dermed ansøgerens eller tilbudsgiverens troværdighed i forhold til udøvelsen af virksomhed.

Ansøgerens eller tilbudsgiverens alvorlige forsømmelser skal sætte berettiget spørgsmålstegn ved ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, hvilket betyder, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse.

Alvorlige forsømmelser, der kan skabe tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, kan eksempelvis være: Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Endvidere kan det være en alvorlig forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, men hvor der ikke er faldet endelig dom. Det kan efter omstændighederne også være tilfældet, hvis ordregiver kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har gjort grov brug af illegal arbejdskraft.

Endvidere kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til et

udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer. Det er ikke afgrænset, hvilken dokumentation ordregiveren kan benytte for at vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

Når ordregiveren benytter udelukkelsesgrunden, skal det ske under overholdelse af og hensyntagen til principperne, jf. § 2, herunder proportionalitetsprincippet.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Det kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiveren kan påvise dette ved endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.”

Udbudslovens § 136, nr. 4, gennemfører udbudsdirektivets art. 57, hvorefter fremgår:

”Stk. 4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

...

c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet”

Der fremgår følgende af direktivets præambelbetragtning nr. 101:

”Ordregivende myndigheder bør endvidere have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan sår tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.

I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser, herunder forpligtelser med relation til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, medmindre andet er fastsat i national lovgivning. De bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, for eksempel manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelse i national lovgivning.

Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. Mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. Gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder bør dog give anledning til tvivl om en økonomisk aktørs troværdighed, hvilket kan berettige til udelukkelse.”

Efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skal en ordregiver anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ordregiveren bl.a. kan påvise, at tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt, og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion.

Af de specielle bemærkninger i lovforslaget til udbudsloven (lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) til bestemmelsen (lovforslagets § 137, stk. 1, nr. 5), fremgår blandt andet følgende:

”Denne bestemmelse angiver de udelukkelsesgrunde, som ordregiveren frivilligt kan vælge at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver på grund af, hvis en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af disse. På forslag fra Udbudslovsudvalget er det anført, at ordregiveren skal angive tydeligt i udbudsbekendtgørelsen, hvis ordregiveren vil udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. Denne bestemmelse har til formål at styrke gennemsigtigheden

i udbudsproceduren, hvorved en ansøger eller tilbudsgiver har et bedre grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud.

...

Det fremgår af lovbemærkningerne til de enkelte udelukkelsesgrunde i stk. 1, nr. 1-7, at ordregiveren kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne befinder sig i en udelukkelsesgrund. Dette skal læses i sammenhæng med stk. 1, hvorefter ordregiveren skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure. Som følge heraf har ordregiveren et valg i forhold til, hvilke udelukkelsesgrunde der skal anvendes i et konkret udbud, men ordregiveren skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der befinder sig i disse udelukkelsesgrunde.

...

I henhold til bestemmelsens *stk. 1, nr. 5*, kan ordregiveren udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har væsentlig misligholdt en tidligere offentlig kontrakt omfattet af denne lov, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller en koncessionskontrakt, der har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller lignende sanktion. Kontrakt med en forsyningsvirksomhed og en koncessionskontrakt skal forstås i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, dog ikke således, at kontrakterne skal have en værdi, der overstiger tærskelværdierne i de respektive direktiver.

Det er en konkret vurdering efter de almindelige obligationsretlige regler, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse.

Det er et krav, at den væsentlige misligholdelse skal have medført, at den tidligere kontrakt er ophævet, eller at den kunne være blevet ophævet, og misligholdelsen er sanktioneret på anden vis gennem erstatning, bod eller andre forhold, der er væsentlig set i forhold til kontraktens karakter. Eksempelvis erstatning i forbindelse med en forsinket levering, som kunne have begrundet ophævelse.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Ordregiveren kan eksempelvis påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse i henhold til denne bestemmelse.”

BRK har i forbindelse med udbuddet fravalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og har som følge heraf hverken været berettiget eller forpligtet til at udelukke Nordian fra udbuddet alene under henvisning til Københavns Kommunes ophævelse af kontrakten med Nordian i 2023.

Klagenævnet finder, at der efter ordlyden af bestemmelsen i udbudslovens § 136, nr. 4, dennes forarbejder og udbudsdirektivet er grundlag for at antage, at også tidligere misligholdelser af kontrakter kan være omfattet af bestemmelsen i det omfang, disse er af en sådan alvorlig karakter, at de sår tvivl om tilbudsgiverens integritet. Der må i den forbindelse tilkomme ordregiveren en vis adgang til at skønne over, hvorvidt en misligholdelse er af en sådan karakter, at den er omfattet af bestemmelsen.

BRK har oplyst, at man forud for tildelingsbeslutningen gennemgik de informationer og links, som Gudhjem Bus havde fremsendt, og at man i den forbindelse vurderede, at Nordian ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 136, nr. 4.

Det er på det foreliggende grundlag klagenævnets vurdering, at de fremkomne oplysninger, herunder i pressemeddelelsen fra den tidligere ordregiver, Københavns Kommune, om baggrunden for ophævelsen, ikke indeholder sådanne indikationer på, at Nordian i forbindelse med sit erhverv har udvist en adfærd omfattet af udbudslovens § 136, nr. 4, at BRK har været forpligtet til at undersøge dette forhold nærmere, jf. udbudslovens § 159, stk. 3.

På denne baggrund og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger er der herefter ikke udsigt til, at Gudhjem Bus vil få medhold i sin påstand.

Ad påstand 4

Nordian har med sit tilbud udfyldt og indsendt ESPD og har i denne erklæret ikke være omfattet af udelukkelsesgrunde, herunder udbudslovens § 136, nr. 4.

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, at der efter det foreliggende ikke er grundlag for at antage, at Nordian skulle have være udelukket fra udbuddet

i medfør af udbudslovens § 136, nr. 4. Eftersom den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke var tilvalgt af BRK, havde Nordian endvidere hverken anledning eller pligt til at oplyse BRK om Københavns Kommunes ophævelse af kontrakten i 2023 i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud og udfyldelsen af ESPD.

Klagenævnet finder på den baggrund, at Nordian ikke er blevet omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 136, nr. 3, og § 137, stk. 1, nr. 5, og at der på det foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at Gudhjem Bus vil få medhold i sin påstand.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1 og 4, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Da betingelsen om ”*fumus boni juris*” således ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Johann Herzog

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anja Vibe Visby Bunch
Kontorelev