

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Visse oplysninger i kendelsen er på intervenientens begæring ikke offentliggjort

HB-Care A/S
(advokat Andreas Christensen, København)

mod

Sønderborg Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Intervenient:
Als Bustrafik ApS
(advokat Torkil Høg, København)

Klagenævnet har den 9. december 2021 modtaget en klage fra HB-Care A/S ("HB-Care").

HB-Care har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Sønderborg Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 10. december 2021 meddelt Als Bustrafik ApS ("Als Bustrafik"), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet

for Udbud § 6, stk. 3. Als Bustrafik har anmodet om tilladelse til at intervere i sagen. Ved brev af 14. december 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Als Bustrafik intervenerer i sagen til støtte for Sønderborg Kommune.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-7, svarskrift uden bilag og procesindlæg fra Als Bustrafik.

Klagens indhold:

HB-Care har nedlagt følgende påstande:

”PÅSTAND 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Sønderborg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2, ved ikke at have afvist tilbuddet fra Als Bustrafik ApS, idet denne tilbudsgivers anvendelse GF Taxi/GF Busser ApS og Centrum Taxi/Dybbøl Turist som støttende enheder udgør en konkurrencebegrænsende aftale.

PÅSTAND 2:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Sønderborg Kommunes beslutning om at tildele delkontrakterne vedrørende visiteret kørsel til Als Bustrafk ApS.”

Sønderborg Kommune nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Sønderborg Kommune udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 195-471862 af 7. oktober 2020 som offentligt udbud to delkontrakter om visiteret kørsel af elever til og fra specialklasserækker og specialskoler samt borgere til og fra daghjem for Sønderborg Kommune (udbud 1). Udbuddet blev aflyst den 20. november 2020. Aflysningen var ifølge Sønderborg kommune begrundet med, at udelukkelsesgrundene efter udbudslovens § 135, stk. 1, samt egnethedskravet i § 140, stk. 2, ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen, at kommunen ønskede at præcisere enhedsbetegnelser i tilbudslisten, og at kommunen ønskede at tilføje yderligere bilagsskabeloner med henblik på i højere grad at sikre, at indkomne tilbud var sammenlignelige.

Sønderborg Kommune genudbød den 20. april 2021 de to delkontrakter ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 076-194491 (udbud 2).

Ved brev af 16. juni 2021 meddelte HB-Care Sønderborg Kommune, at tilbuddet fra Als Bustrafik efter HB-Cares opfattelse byggede på en konkurrencebegrænsende aftale. Af brevet fremgår bl.a.:

”...

1. Om Als Bustrafiks selskabskonstruktion

Als Bustrafik afgav tilbud på begge delaftaler under Udbuddet. Det fremgår af Als Bustrafiks tilbud, at Als Bustrafik vil anvende GF Taxi og Centrum Taxi som underleverandører til at opfylde kontrakten. Vi forstår ligeledes, at Als Bustrafik ikke selv har køretøjer, tilladelser til personbefordring eller ansatte. Als Bustrafik er således reelt en ”tom skal” uden selvstændig virksomhed.

Als Bustrafik er ejet i lige forhold af Kay-Peter Missfeldt og Gunnar Frederiksen.

Gunnar Frederiksen er eneejer af GF Taxi (enkeltmandsvirksomhed)

Kay-Peter Missfeldt er eneejer af Centrum Taxi (enkeltmandsvirksomhed).

Ejerforholdene kan illustreres på følgende måde:

...

Som det fremgår ovenfor, er Als Bustrafik således reelt ejet af de underleverandører, som Als Bustrafik har baseret sit tilbud på.

...”

Udbud 2 blev aflyst. Aflysningen var ifølge Sønderborg Kommune begrundet med, at der ikke var ensartethed mellem udelukkelsesgrundene anført i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.1) og ESPD-skabelonen i det digitale udbudsværktøj, at kommunen ønskede at tilpasse en række mindstekrav i udbudsmaterialet, og at kommunen ønskede at ændre en række krav i kravspecifikationen, så de i højere grad afspejlede kommunens behov.

Da Sønderborg Kommune på grund af aflysningen af udbuddet ville stå uden leverandør fra den 1. juli 2021, besluttede Sønderborg Kommune, jf. udbudslovens § 181, at indgå en midlertidig kontrakt med Als Bustrafik, som var

den eksisterende leverandør på delkontrakterne. Den midlertidige kontrakt udløb den 31. december 2021.

Ved brev af 9. august 2021 meddelte Sønderborg Kommune HB-Care, at kommunen ikke havde foretaget en undersøgelse af de forhold, som HB-Care havde påtalt i brevet af 16. juni 2021, dels fordi udbuddet var blevet aflyst, dels fordi kommunen ikke anså sig forpligtet hertil.

Sønderborg Kommune iværksatte ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 194-505630 af 1. oktober 2021 et fornyet genudbud af de to delkontrakter om visiteret kørsel af elever til og fra specialklasserækker og specialskoler samt borgere til og fra daghjem for Sønderborg Kommune (udbud 3).

Denne sag angår dette 3. udbud.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

...

Tilbudsgiver skal derudover bekræfte, at tilbudsgiver (samt evt. støttende virksomheder) ikke er omfattet af følgende frivillige udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 135, stk. 4 og 5 samt 137:

- Tilbudsgiver ... jf. udbudslovens § 135, stk. 3
- Tilbudsgiveren ... jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1
- Tilbudsgiveren ... jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2

...”

Tilsvarende fremgår af udbudsbetingelserne pkt. 6.1.

Den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var således ikke tilvalgt.

Af udbudsbetingelserne fremgår desuden bl.a.:

”8.4. Flere tilbud

Tilbudsgiver kan afgive tilbud på hver delaftale eller afgive tilbud på begge delaftaler inkl. én samlet rabat gældende for begge delaftaler.

8.5. Kombinationsbud

Der kan gives kombinationsbud med en procentvis rabat gældende for begge aftaler.

...

9. Tildelingskriterium og underkriterier

Kontrakten tildeles til den eller de tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra tildelingskriteriet pris. Ordregiver forbeholder sig ret til at vælge mellem de mest fordelagtige tilbud, der samlet set er bedst for ordregiver.

...

Der skal gives en % vis samlet rabat gældende for begge delaftaler ved et samlet bud.”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud i udbud 3 havde Sønderborg Kommune modtaget tilbud fra HB-Care og Als Bustrafik.

Af bilag til tilbuddet fra Als Bustrafik ”forretningsbeskrivelse” fremgår bl.a.:

”Als Bustrafik er startet i 2010 med det formål at løse større kørselsopgaver for såvel kommunale som private kunder. Als Bustrafik ejes af Gunnar Frederiksen (GF Taxi/GF Busser) og Peter Missfeld Centrum Taxi/Dybbøl Turist) i fællesskab.

I dette tilbud stiller GF Taxi / GF Busser og Centrum Taxi /Dybbøl Turist teknisk og faglig formåen til rådighed i form af tilladelser og vognkapacitet samt økonomisk formåen i form af adgang til den krævede ansvarsforsikring.

Als Bustrafik arbejder efter en model hvor kørslen udføres af indlejede vognmænd og hvor administrationen og den daglige planlægning varetages af Als Bustrafik.

GF Taxi / GF Busser og Centrum Taxi /Dybbøl Turist er de tekniske aktører på udførsel af den daglige kørsel og står for ca. 75% af kørslen. Den resterende del af kørslen i spidsbelastningsperioden om morgenen udføres i samarbejde med andre lokale vognmænd. Der forventes at skulle bruges 25 – 27 vogne til morgenkørsel.

Det er således Als Bustrafik der er den økonomiske aktør på opgaven og dermed Als Bustrafik der har det fulde ansvar for alle opgavens detaljer.

GF Taxi / GF Busser er et enkeltmandsfirma som ejes af Gunnar Frederiksen

Vognmandsforretningen med adresse i Stevning på Nordals er startet af den nuværende ejer i 1994. Forretningen tæller i dag 17 vogne fordelt på

taxi, minibusser og turistbuser. Firmaet løser alle former for persontransport opgaver i lokalområdet, på landsplan og i udlandet.

Centrum Taxi /Dybbøl Turist Busser er et enkeltmandsfirma som ejes af Peter Missfeld

Vognmandsforretningen med adresse i Dybbøl er startet af den nuværende ejer i år 2000. Forretningen tæller i dag 16 vogne fordelt på taxi, minibusser og turistbuser. Firmaet løser alle former for persontransport opgaver i lokalområdet, på landsplan og i udlandet.

...”

Den 29. november 2021 meddelte Sønderborg Kommune tilbudsgiverne, at kommunen havde besluttet at tildele begge delkontrakter til Als Bustrafik. Af orienteringen fremgår, at Als Bustrafik havde afgivet tilbuddet med den laveste pris på delaftalen på Daghjemskørsel og den samlet set laveste pris. HB Care havde afgivet den laveste pris på Elev kørsel og den samlet set højeste pris. De samlede kombinationsbud udgjorde henholdsvis 10.154.348 kr. og 10.351.631,60 kr.

[REDACTED]

[REDACTED]

Den 9. december 2021 indgav HB-Care klage til Klagenævnet for Udbud.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

HB-Care har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Sønderborg Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har HB-Care gjort gældende, at det følger af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 5, at aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er ugyldige. Et tilbud, som baserer sig på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, kan ikke opfylde udbuddets egnethedskrav, og en tilbudsgiver vil ikke kunne levere i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Et sådan tilbud skal derfor afvises. At en ordregiver ikke har tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ændrer ikke herpå, jf. Klagenævnet for Udbud i kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen. I kendelsen er det videre slået fast, at en ordregiver i medfør af udbudslovens § 2, § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, har pligt til at undersøge, om et konsortium/samarbejde er indgået i strid med konkurrencereglerne, når der er mistanke herom.

GF Taxi og Centrum Taxi har benyttet sig af et fællesejet selskab til at afgive et tilbud. Der er tale om et konsortieselskab, som GF Taxi og Centrum Taxi har stiftet for at koordinere deres tilbud på de udbudte delkontrakter. Dette er bekræftet ved, at Als Bustrafiks evne til at opfylde delkontrakterne alene hviler på GF Taxi og Centrum Taxi's køretøjer, tilladelser og mandskab. Set ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er selve formen og benævnelsen af samarbejdet ikke afgørende. Det er samarbejdets indhold, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering. At to selskaber anvender et fællesejet selskab til at afgive et tilbud, kan således ikke ændre ved den konkurrenceretlige vurdering.

Det følger af retspraksis, at vurderingen af ulovlig konsortiedannelse afhænger af, hvorvidt selskaberne i konsortiet er konkurrerende virksomheder, herunder i forhold til den konkrete opgave, der skal udføres. Af Højesterets dom af 27. november 2019, UfR.2020.524 (Vejstribesagen) følger det, at vurderingen af, om der er tale om konkurrerende virksomheder, vurderes på baggrund af virksomhedernes mulighed for at indtræde på markedet som konkurrenter. Vurderingen i forbindelse med et udbud skal foretages på baggrund af, hvorvidt selskaberne kan klare den konkrete opgave hver for sig, herunder om selskaberne realistisk ville kunne udvide deres kapacitet til det nødvendige for at kunne løfte opgaven. Når GF Taxi og Centrum Taxi samlet har ressourcer til at byde på begge delaftaler, som skal opfyldes på samme tidspunkt af døgnet, så har GF Taxi og Centrum Taxi tilsvarende ressourcer til at byde på én delkontrakt hver for sig. Er det tilfældet, er konsortiet/samarbejdet ulovligt indgået. Højesteret har således i Vejstribesagen udtalt, at

hvis konkurrenterne hver især ”kunne have budt på i hvert fald de enkelte delaftaler”, er der tale om en konkurrencebegrænsende aftale.

GF Taxi og Centrum Taxi har endvidere mulighed for at anskaffe flere biler eller mere mandskab til at foretage kørslen. Dermed ville GF Taxi og Centrum Taxi ligeledes være i stand til at løfte begge delkontrakter hver for sig. Det har derfor ikke været nødvendigt for selskaberne at indgå i konsortiet/samarbejdet for at byde på delkontrakterne.

Mulighederne for at anskaffe flere biler eller mere mandskab er realistisk og muligt, hvilket Als Bustrafik selv har bekræftet, ved i forretningsbeskrivelsen at anføre, at man i spidsbelastningsperioder vil antage andre lokale vognmænd til at bistå med opgaverne. Konsortiet/samarbejdet er derfor unødvendigt og dermed konkurrencebegrænsende.

Der er efter konkurrenceloven tale om en aftale, når de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Ved GF Taxi's og Centrum Taxi's afgivelse af tilbud via Als Bustrafik har selskaberne opfyldt betingelsen om, at der er indgået en aftale mellem dem. Det står desuden klart, at Peter Missfeld og Gunnar Frederiksen som fællesejere af Als Bustrafik og eneejere af GF Taxi og Centrum Taxi frit kan fordele delkontrakternes opgaver imellem de to selskaber. Als Bustrafiks tilbud har således udelukkende til formål at begrænse konkurrencen på den udbudte opgave.

Ved sådanne aftaler er det som udgangspunkt uden betydning, om konkurrencen påvirkes mærkbart, og det er derfor uden betydning, hvad GF Taxi og Centrum Taxi's markedsandele udgør. Sønderborg Kommune har således handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at tildele delkontrakterne til Als Bustrafik.

Sønderborg Kommune har derudover handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2 ved at tildele delkontrakterne til Als Bustrafik uden at have undersøgt tilbuddets bagvedliggende konkurrencebegrænsende aftale, selv om der åbenlyst er anledning til tvivl herom. De forhold, der gør, at tilbuddet fra Als Bustrafik udgør en konkurrencebegrænsende aftale, var kendte for Sønderborg Kommune, jf. Als Bustrafiks vedlagte forretningsbeskrivelse til tilbuddet og HB-Cares tidligere henvendelse til Sønderborg

Kommune herom. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] Sønderborg Kommune har derfor samlet handlet i strid med udbudslovens § 2, samt § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele delkontrakterne til Als Bustrafik uden at have gennemført en tilstrækkelig undersøgelse af, hvorvidt tilbuddet er i strid med konkurrenceloven.

Særligt vedrørende påstand 1 har Sønderborg Kommune gjort gældende at der ikke foreligger et tilstrækkeligt sikkert grundlag for, at kommunen skulle have undersøgt, om der forelå en konkurrencebegrænsende aftale, endsige have afvist tilbuddet fra Als Bustrafik med henvisning til udbudslovens § 2 og bestemmelserne i § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var ikke tilvalgt for det omhandlede udbud. Vurderingen skal således foretages på grundlag af udbudslovens § 2, hvorfor der kræves et mere sikkert grundlag for at antage, at en aftale er konkurrencebegrænsende. Kommunen har allerede som følge deraf ikke haft pligt til at undersøge den vindende tilbudsgivers forhold.

Klagenævnet skal ikke påse overholdelsen af konkurrencereglerne, jf. klagenævnenslovens § 1, stk. 2 til 4 modsætningsvis. Klagenævnet kan dog tage stilling til, om konkurrenceloven er overtrådt, hvis dette spørgsmål indgår som en integreret del af klagenævnets vurdering af udbudsretlige bestemmelser. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er en frivillig udelukkelsesgrund og fastslår, at en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis der er tilstrækkeligt plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Ifølge lovbemærkningerne vil det være en konkret vurdering, hvad der udgør tilstrækkeligt plausible indikationer. Lovbemærkningerne må forstås således, at der kræves stærke indikationer, der kan dokumenteres, og som kan retfærdiggøre udelukkelse, hvilket i udbudssammenhæng er den mest indgribende foranstaltning mod en økonomisk aktør. Disse stærke indikationer foreligger ikke i den aktuelle situation.

Efter klagenævnets praksis tilkommer der kommunen et vist skøn ved vurderingen af, om der er det fornødne sikre grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er ulovlig efter konkurrencereglerne, således at det

bør føre til udelukkelse. Kommunen havde ikke tilvalgt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, som frivillig udelukkelsesgrund. Det følger herefter af klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, at en afvisning af en tilbudsgiver forudsætter mere sikre holdepunkter end det, der måtte kunne udledes af ”tilstrækkeligt plausible indikationer”.

Det kan endvidere udledes af kendelsen, at en ordregiver ikke har pligt til at undersøge, om en aftalekonstellation generelt er i strid med konkurrencereglerne, men såfremt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er tilvalgt, har ordregiveren pligt til at påse, om der er tilstrækkeligt plausible indikationer til at konkludere, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Allerede som følge af, at kommunen ikke har tilvalgt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, i det aktuelle udbud, påhviler der ikke kommunen sådan en pligt.

Det blotte forhold, at der står flere virksomheder bag et tilbud, kan ikke i sig selv udgøre et sådant sikkert grundlag, endsige tilstrækkeligt plausible indikationer, og kan heller ikke i sig selv kan medføre, at ordregiveren skal foretage nærmere undersøgelse efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2. Det følger således af klagenævnspraksis, at kommunen har et betydeligt skøn ved vurderingen af, om en aftale er i strid med konkurrencereglerne. Der skal ligeledes foreligge et mere sikkert grundlag end ”tilstrækkelige plausible indikationer” for at antage, at en aftale er indgået i strid med konkurrencereglerne, hvis vurderingen skal foretages efter udbudslovens § 2 i de tilfælde, hvor udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke er tilvalgt.

Kommunen har ingen forudsætninger for at foretage en indgående konkurrenceretlig vurdering af den vindende tilbudsgivers forhold, som derfor alt andet lige vil være forbundet med betydelig usikkerhed, og som effektivt vil kortslutte udbudsprocessen. Vurderingen vil endvidere blandt andet indbefatte en efterprøvelse af, om den omhandlede aftale må undtages fra konkurrencelovens § 6, fordi aftalen er omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7; eller fordi aftalen er omfattet af de individuelle fritagelsesregler i konkurrencelovens § 8. Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, at styrelsen anvender op til 5 måneder på kontrolundersøgelser. Lægges HB-Cares synspunkter til grund, vil det åbne for en retstilstand, hvor ordregivere i almindelighed forpligtes til, selv på et tvivl- eller sparsomt grundlag, at gennemføre urimeligt omfattende og byrdefulde konkurrenceretlige undersøgelser i udbud, som oftest gennemføres på 40 kalenderdage

medregnet standstill perioden. Dette vil forventeligt også medføre en urime-
lig ressourcemæssig belastning af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kon-
trollinstans. En sådan retstilstand vil ikke harmonere med udbudslovens ud-
trykte formål om at skabe effektiv konkurrence.

HB-Care kan ikke ved sin blotte henvendelse til kommunen med konstatering
af, at flere virksomheder afgiver tilbud i fællesskab, aktivere en ret eller pligt
for ordregiveren til at foretage en undersøgelse af konkurrenceretlige forhold.

HB-Care har fremsat en række anbringender, der bygger på antagelser om de
understøttende virksomheders forhold. Fælles for anbringenderne er, at de
fremstår uden nærmere underbygning. De kan allerede af den grund generelt
ikke tillægges betydning ved vurderingen af klagen. Anbringenderne støtter
heller ikke et synspunkt om undersøgelsespligt, eller pligt til afvisning med
henvisning til udbudslovens § 2 specifikt.

HB-Cares antagelser om, at GF Taxi og Centrum Taxi samlet har ressourcer
til at byde på begge delaftaler, og dermed tilsvarende har ressourcer til at
byde på én delkontrakt hver for sig, at GF Taxi og Centrum Taxi har mulig-
hed for at anskaffe flere biler eller mere mandskab til at foretage kørslen og
dermed har været i stand til at løfte begge delkontrakter hver for sig, at mu-
lighederne for at anskaffe flere biler eller mere mandskab er realistisk og mu-
ligt, og at selskaberne frit vil kunne opdele delkontrakterne mellem sig for-
udsætter en indgående vurdering af oplysninger, som ikke foreligger.

Der er ikke holdepunkter for en antagelse om, at GF Taxi og Centrum Taxi
har haft mulighed for at anskaffe flere biler eller mere mandskab til at fore-
tage kørslen i det nødvendige omfang med henblik på at kunne løfte begge
delkontrakter hver for sig. Virksomhederne har efter det oplyste konkret vur-
deret, at der skal anvendes 25 – 27 vogne til at udføre kørslen i spidsbelast-
ningsperioderne om morgenen. Dette vognantal overstiger betydeligt antallet
af vogne i virksomhedernes respektive flåder. En udvidelse af flåden med
cirka yderligere 10 vogne og mindst et tilsvarende antal chauffører vil anta-
geligvis være en bekostelig investering, herunder også henset til, at den vin-
dende tilbudsgiver ikke er garanteret et mindste kørselsomfang.

Der er heller ikke plausible eller sikre holdepunkter for, at det er realistisk og
muligt at anskaffe flere biler eller mandskab. Antagelsen af lokale vognmænd

som underleverandører, henholdsvis nyanskaffelser af køretøjer og ansættelse af mandskab er ikke sammenlignelige omkostninger. Sidstnævnte udgør en betydeligt større initialomkostning og indbefatter endvidere langvarige afskrivninger og ansættelsesretlige forpligtelser, som vanskeligt kan sammenlignes med kortvarige ad hoc aftaler med lokale underleverandører.

Der er ikke indikationer i tilbuddet til støtte for, at selskaberne vil opdele delkontrakterne imellem sig. Kørslen planlægges ifølge tilbuddets ordlyd løbende af Als Bustrafik og vil blive udført af de to understøttende selskaber samt lokale vognmænd.

Endelig kan personsammenfald eller den konkrete sammensætning af tilbudsgiverkonstellationen ikke uden videre tages til indtægt for, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Dette forudsætter, at medlemssammensætningen aktuelt truer gennemsigtigheden eller fordrejer konkurrencen, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen. Der er ikke holdepunkter for, at dette har været tilfældet i forbindelse med nærværende udbud.

Ordregiveren har alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke opfylder et minimumskrav til egnethed, 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. I klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, nævner klagenævnet et eksempel på en situation, som kunne give anledning til undersøgelse: "[...] hvis de deltagende virksomheder i konsortie- eller støtteaftalen i andre fuldstændig lignende udbud har afgivet tilbud alene [...]". Efter kommunens oplysninger foreligger denne situation ikke. Det blotte forhold, at en virksomhed afgiver tilbud med andre i forening kan ikke i sig selv udgøre et sådant sikkert grundlag, endsige "tilstrækkeligt plausible indikationer", og kan heller ikke i sig selv medføre, at kommunen skal foretage nærmere undersøgelse.

Henset til omfanget af konkurrencemyndighedernes undersøgelser i sagskomplekset relateret til eksempelvis Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, "Vejstribesagen", fremstår det endvidere uproportionelt at kræve af kommunen, at denne tilvejebringer det nødvendige oplysnings-

grundlag for at kunne vurdere, og påtage sig den herved forbundne standpunktsrisiko i form af erstatningskrav for positiv opfyldelsesinteresse fra den forbigåede tilbudsgiver, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. Det fremgår i denne sammenhæng af udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, at ordregiver skal foretage en effektiv kontrol af de afgivne oplysninger og dokumentationen. Kontrollen skal baseres på de informationer, der er afgivet undervejs i udbuddet, og der er ikke holdepunkter for at antage, at kontrollen skal foretages på grundlag af oplysninger herudover. Als Bustrafiks tilbud bibringer ikke oplysninger eller andre indikationer, der har det fornødne mere sikre grundlag efter udbudslovens § 2 til at antage, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale.

Særligt vedrørende påstand 2 har HB-Care gjort gældende, at det følger af det, som er gjort gældende til støtte for påstand 1, at Sønderborgs Kommunes tildelingsbeslutning af 29. november 2021 er behæftet med sådanne retlige mangler, at den ikke kan opretholdes. Klagenævnet skal derfor annullere Sønderborg Kommunes beslutning om at tildele delkontrakterne til Als Bustrafik.

Særligt vedrørende påstand 2 har Sønderborg Kommune gjort gældende, at det følger af det, som er gjort gældende til støtte for påstand 1, at der ikke er grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning af 29. november 2021.

Ad uopsættelighed

HB-Care har gjort gældende, at HB-Care vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Muligheden for at blive tilkendt erstatning i denne situation udgør endvidere ikke et tilstrækkeligt værn mod, at HB-Care lider et tab.

Sønderborg Kommune har gjort gældende, at det påhviler HB-Care at godtgøre, at HB-Care vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis HB-Care skal afvente afgørelsen i hovedsagen. HB-Care har hverken sandsynliggjort end-sige dokumenteret, at HB-Care vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. HB-Care har da også taget forbehold for at nedlægge en erstatningspåstand. Et påstået omsætningstab er i den sammenhæng en påregnelig risiko ved deltagelse i et udbud og er ikke et uopretteligt eller alvorligt tab.

Ad interesseafvejning

HB-Care har med henvisning til det, der er gjort gældende ad uopsættelighed, gjort gældende, at en interesseafvejning mellem Sønderborg Kommune og HB-Care må falde ud til fordel for HB-Care

Sønderborg Kommune har gjort gældende, at interesseafvejningen bør falde ud til kommunens fordel. Aftalen angår visiteret kørsel af elever til og fra specialklasserækker og specialskoler samt borgere til og fra daghjem for Sønderborg Kommune. Der er tale om en kritisk befordringsydelse til særligt udsatte borgere, fastsat ved lov, som fordrer leveringsikkerhed uden ophold. Hensynet til kommunen og dens borgere overstiger derfor væsentligt hensynet til HB-Care.

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:

Betingelse nr. 1 ("fumus boni juris"):

Som fastslået i flere af klagenævnets tidligere kendelser, senest kendelse af 6. juli 2021, *Szczesniak Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune*, har klagenævnet ikke kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overtrådt, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3. Klagenævnet har således ikke kompetence til at tage stilling til, om en konkurrencebegrænsende aftale rent faktisk er indgået.

Det er ubestridt, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, om konkurrencefordrejende aftaler ikke er tilvalgt.

Som anført i klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, kan klagenævnet til brug for en vurdering af, om udbudslovens § 2 og/eller § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2 er overtrådt, foretage en præjudiciel prøvelse af, om der foreligger en konkurrencefordrejende aftale, som efter udbudslovens § 2 skal føre til udelukkelse af den tilbudsgiver, der er part i en sådan aftale, eller om der foreligger sådanne indikationer heraf, at en nærmere undersøgelse skulle have været iværksat jf. udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2. En sådan prøvelse skal, når udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke er tilvalgt, hvile på et "mere sikkert grundlag" end den prøvelse, der skal ske, hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 er tilvalgt.

Som ligeledes anført i kendelsen af 11. januar 2021 kan den omstændighed, at der står flere virksomheder bag et tilbud, ikke i sig selv udgøre et sådant sikkert grundlag og kan heller ikke i sig selv medføre, at ordregiveren skal foretage nærmere undersøgelse efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2.

En henvendelse fra en forbigået tilbudsgiver om, at en anden tilbudsgiver ifølge den første tilbudsgivers vurdering er part i en konkurrencebegrænsende aftale, kan tilsvarende ikke i sig selv medføre, at ordregiveren skal foretage nærmere undersøgelse efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2.

Et konsortiesamarbejde mellem konkurrenter kan være lovligt, hvis det giver væsentlige effektivitetsfordele.

Det fremgår af Als Bustrafiks ”forretningsbeskrivelse” bl.a., at formålet med Als Bustrafik, der ikke var etableret til brug for det konkrete udbud, men var etableret i 2010, var at løse større kørselsopgaver for såvel kommunale som private kunder. Opgaverne var fordelt sådan, at Als Bustrafik forestod administrationen og planlægningen, mens hovedsagelig GF Taxi/GF Busser og Centrum Taxi/Dybbøl Turist og også andre indlejede vognmænd forestod kørslen.

Der foreligger ikke oplysninger om, at kørselsopgaverne på forhånd var fordelt mellem GF Taxi/GF Busser og Centrum Taxi/Dybbøl Turist. Tværtimod synes beskrivelsen af Als Bustrafiks opgaver at understøtte, at GF Taxi/GF Busser og Centrum Taxi/Dybbøl Turist netop skulle samarbejde om at løse kørselsopgaverne, herunder i lyset af de to selskabers øvrige opgaver og muligheden for indleje af andre vognmænd.

På den anførte baggrund finder klagenævnet, at der ikke er anledning til at tilsidesætte Sønderborg Kommunes vurdering af, at der ikke har været en sådan tvivl om, hvorvidt det samarbejde, der var etableret i Als Bustrafik, udgjorde en ugyldig konkurrencebegrænsende aftale, at kommunen burde have undersøgt forholdet nærmere.

Efter de foreløbigt foreliggende oplysninger er der heller ikke anledning til at tilsidesætte Sønderborg Kommunes vurdering, hvorefter der ikke forelå det fornødne sikre grundlag for at antage, at aftalen strider mod konkurrencereglerne og derfor er ugyldig.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed ikke opfyldt.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent