

K E N D E L S E

Jørns Rutetrafik A/S
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Nordjyllands Trafikselskab
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 027-061069 af 4. februar 2019, offentliggjort den 7. februar 2019, udbød Nordjyllands Trafikselskab som offentligt udbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om almindelig rutebuskørsel i Region Nordjylland. Udbuddet var opdelt i 40 delaftaler (pakker). Klagen angår delaftale 10 (pakke 220) og delaftale 11 (pakke 224), som angår A-kontraktkørsel og tilsammen udgør kombination C.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. marts 2019 havde Nordjyllands Trafikselskab modtaget tilbud fra blandt andre Jørns Rutetrafik A/S (herefter Jørns Rutetrafik) og Arriva Danmark A/S (herefter Arriva) på delaftale 10 og 11.

Nordjyllands Trafikselskab oplyste ved bekendtgørelse nr. 2019/S 135-333936 om indgåede kontrakter, offentliggjort den 16. juli 2019, at trafikselskabet vedrørende disse delaftaler havde indgået kontrakt med Arriva.

Den 30. august 2019 indgav Jørns Rutetrafik klage til Klagenævnet for Udbud over Nordjyllands Trafikselskab. Klagen har været behandlet skriftligt.

Jørns Rutetrafik har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Nordjyllands Trafikselskab har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved ikke at have evalueret [tilbuddene i relation til] underkriteriet "Kvalitet af drift" i overensstemmelse med det i udbudsmaterialet anførte.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Nordjyllands Trafikselskab har handlet i strid med princippet om ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved i forbindelse med evalueringen af [tilbuddene i relation til] underkriteriet "Kvalitet af drift" at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Nordjyllands Trafikselskabs tildelingsbeslutning [af 3. maj 2019] om at tildele delkontrakt 10 og delkontrakt 11 (pakke C) til Arriva A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Jørns Rutetrafik har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der:

”...

II.1.4) Kort beskrivelse:

NT's 25. udbud af buskørsel vedrører lokalruter i Mariagerfjord, Brønderslev, Hjørring, Rebild, Aalborg og Frederikshavn kommuner samt regionale ruter. Kørslen udføres som almindelig rutekørsel og er opdelt i flere delaftaler (pakker). De enkelte delaftalers kørselsomfang, køre- og vognløbsplaner og kørselsstartfremgår af udbudsmaterialet. Den samlede

udbudte kørsel udgør årligt ca. 133.800 køreplantimer fordelt på 86 driftsbusser.

...

II.1.6)

Oplysninger om delkontrakter

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: ja

Der kan afgives bud på alle delaftaler

Den ordregivende myndighed forbeholder sig retten til at tildele kontrakter, der kombinerer de følgende delkontrakter eller grupper af delkontrakter:

Mulige kombinationer følger af udbudsoversigten over hhv. A-kontrakt-kørsel og B/T-kontraktkørsel

...

II.2.1) Betegnelse:

Pakke 220 - A-kontraktkørsel i Region Nordjylland Delkontraktnr.: 10

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

A-kontraktkørsel med et årligt kørselsomfang på 7 741 køreplantimer og 2 driftsbusser.

...

II.2.1) Betegnelse:

Pakke 224 - A-kontraktkørsel i Region Nordjylland

Delkontraktnr.: 11

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

A-kontraktkørsel med et årligt kørselsomfang på 6 708 køreplantimer og 4 driftsbusser.

...”

Udbudsmaterialet indeholdt en oversigt over kontraktformer og de enkelte pakker. I dokumentet står der:

”...

Mulige kombinationer, A-kontraktkørsel

Kombination	Pakker	Ruter	Antal drifts- busser	Køreplantimer
A	77 80/5080	77, 225 80	9	20.279
B*	6 414 19/5118	55 56 118	8	16.222
C*	224 220	208, 2085, 209, 2095 (99, 212) 200	6	14.451
D	9 12/5012	60E 104 (55, 1802)	4	7.743
E	4/5058 22/5022	58/234 Hobro bybusser 104 (55, 1802)	9	15.026
F	9 12/5012 4/5058 22/5022	60E 104 (55, 1802) 58/234 Hobro bybusser 104 (55, 1802)	13	22.769
G*	6 414 19/5118 224 220	55 56 118 208, 2085, 209, 2095 (99, 212) 200	14	30.673

...

Udbudsbetingelserne indeholder bl.a. følgende:

”5. TILBUDETS FORM

...

Der kan afgives tilbud på enkeltpakker og på de i oversigten over udbudt kørsel anførte kombinationer af pakker. Der kan ikke gives tilbud på andre kombinationer af pakker end de i oversigten anførte, eller tilbud som indebærer forbehold om, at andre pakker vindes af tilbudsgiveren.

...

5.4 Redegørelse for organisation og ressourcer

Tilbuddet skal vedlægges en redegørelse for "organisation og ressourcer", hvori byderen nærmere beskriver, hvordan driftsledelsen vil blive varetaget, og hvordan kvalitetskravene vil blive opfyldt, herunder om tilbuddet opfylder kvalitetskravene i udbudsmaterialet. Kravene til indholdet af redegørelsen fremgår af bilag D, og der henstilles til, at besvarelsen udgør max. 10-15 sider. Redegørelsen for organisation og ressourcer vedlægges eventuel dokumentation for forhold, der indgår ved NT's vurdering af tilbud, jf. afsnit 15.

...

15. Tildelingskriterier

...

Kontrakt vil blive tildelt den byder, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til kriteriet bedste forhold mellem pris og

kvalitet. NT vil i den forbindelse lægge de nedenfor angivne delkriterier til grund ved tilbudsvurderingen.

	Tilbud med krav om diesel	Tilbud med krav om biogas
Pris	50 %	50 %
Kvalitets af drift	25 %	35 %
Miljø	15 %	5 %
Kvalitet af busmateriel	10 %	10 %

...

NT kan ved vurdering af, hvilket/hvilke tilbud der er det/de økonomisk mest fordelagtige, foretage denne vurdering i forhold til enkelte pakker, kombinationer af pakker eller det samlede antal pakker under et.

Der vil ved vurderingen af alle underkriterierne blive anvendt følgende karakterskala:

Karakter	Betegnelse
100	Meget tilfredsstillende
90	Tilfredsstillende
80	Godt
70	Acceptabelt
50	Delvis acceptabelt
0	Uacceptabelt

Principper for karaktergivningen:

Der kan gives karakter på en skala fra 0 til 100. 70 tildeles det tilbud, som lige netop opfylder NT's evalueringskrav beskrevet i nærværende afsnit. 100 tildeles det tilbud, som tilbyder positive egenskaber, som i videst muligt omfang rækker ud over de specificerede evalueringskrav, mens 0 tildeles det tilbud, som ikke lever op til de specificerede evalueringskrav. Øvrige point tildeles forholdsmæssigt imellem disse yderpunkter.

Tilbud vil blive vurderet på grundlag af de forhold, der er nævnt under de enkelte underkriterier i det følgende:

...

15.2 Kvalitet af drift

Følgende delkriterier vil indgå i vurderingen af underkriteriet kvalitet af drift og vægtes som angivet:

Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder	50 %
Arbejdsmiljø	25 %
Vedligeholdelse af busser	25 %

Hvert delkriterium tildeles en karakter imellem 0 og 100, jf. karakterskalaen beskrevet ovenfor. Disse karakterer vægtes med den nævnte vægt for det enkelte delkriterie og lægges sluttelig sammen til en samlet karakter for underkriteriet.

Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder

Ved kvalitet forstås så effektiv en kundeservice og gennemførelse af driften som mulig.

Vurderingen vil blive baseret på de erfaringer, NT har haft med byder – herunder de senest opnåede resultater i NT's kvalitetsmålinger, hvis disse er tilgængelige, kundehenvendelser, samt om byder er blevet modregnet i betaling for manglende opfyldelse af kvalitetskrav.

Desuden vil vurderingen blive baseret på medsendt dokumentation for leveret kvalitet forstået som tilrettelæggelse og gennemførelse af drift i forhold til andre ordregivere, fx udtalelser og referencer, samt andre supplerende oplysninger, byder kan indhente via referencer.

Der vil for alle bydende blive foretaget en vurdering af, om den fremtidige leverede kvalitet kan forventes at ville afvige fra den hidtidige leverede kvalitet. Generelle, uforpligtende beskrivelser og løfter vil ikke i sig selv give en højere pointtildeling. Der skal være tale om konkrete tiltag, f.eks. styrkelse af den lokale ledelse, afsættelse af flere ressourcer eller konkrete initiativer til forbedring af kundeservice.

Bydere, der har modtaget NT's kvalitetspris inden for de seneste 2 år, som forsat ligger højt i kvalitetsmålingerne, og angiver at ville fortsætte det høje kvalitetsniveau, vil blive tildelt karakteren 100."

På et operatørmøde afholdt den 3. maj 2018 blev resultatet af kvalitetsmålingerne for 2017 præsenteret. Kvalitetstillene vedrører de tre kategorier 1) Aalborg By, 2) X-bus og 3) Regionale Ruter. Præsentationen indeholder en liste med de 26 højest scorende operatører, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

”

Placering	Entreprenør	...	Rute nr.	...	Samlet bonus	Andel af bonus
1	Arriva Region Nord	...	90	...	Kr. 311.002	182 %

...						
9	Jørns Busrejs- ser	...	208, 209	...	Kr. 100.989	124,2 %

”

Kvalitetstallene for 2018 blev præsenteret på et møde afholdt den 24. april 2019. Præsentationen indeholder følgende bl.a. følgende:

”

Placering	Entreprenør	...	Rute nr.	...	Samlet bonus	Andel af bo- nus
1	Arriva Region Nord	...	16, 24, 39	...	Kr. 466.580	195,4 %
...						
8	Arriva Region Nord	...	90	...	kr. 219.374	122,1 %
9	Jørns Rutetra- fik		208, 209	...	kr. 100.103	122,1 %

”

Det er oplyst, at Arrivas rute 90 og Jørns Rutetraffiks rute 208 og 209 vedrører regionale ruter, og at Arrivas ruter 16, 24 og 39 vedrører kørsel i Aalborg By.

Det er endvidere oplyst, at der gælder forskellige skalaer for, i hvilket omfang der opnås en andel af bonuspuljen. Dette fremgår bl.a. af Nordjyllands Trafikselskabs manual til bonusmodellen:

”For at opnå bonus skal entreprenøren opnå en bedre samlet kundetilfredshed end nulpunktet. Bonussen vil være stigende i takt med at den opnåede kundetilfredshed stiger. Skalaerne ser således ud:

Regionalruter, mindre bybussystemer mv:

Service- score	7,80	8,00	8,20	8,40	8,60	8,80	9,00	9,20	9,40	9,60	9,80	10,00
Andel af pulje	0%	25%	50%	75%	100%	125%	150%	175%	200%	250%	300%	350%

X busser:

Servicescore	8,20	8,40	8,60	8,80	9,00	9,20	9,40	9,60	9,80	10,00
Andel af pulje	0%	25%	50%	75%	100%	125%	150%	200%	250%	300%

Aalborg by og metrobusser:

Servicescore	7,70	7,95	8,20	8,45	8,70	8,95	9,20
Andel af pulje	0%	50%	100%	150%	200%	250%	300%

”

Af et referat af 16. marts 2012 fra et møde i Nordjyllands Trafikselskabs entreprenørudvalg fremgår, at de deltagende entreprenører var enige om at samle bonusmodellerne i de tre ovenstående grupper.

Efter tilbudsfristens udløb den 25. marts 2019 havde trafikselskabet bl.a. modtaget en række tilbud fra Jørns Rutetrafik, herunder på kombination C. Nordjyllands Trafikselskab har under klagesagen fremlagt tilbuddet fra Jørns Rutetrafik vedrørende denne kombination.

Ved brev af 3. maj 2019 oplyste Nordjyllands Trafikselskab vedrørende delkontrakt 10 og 11 (kombination C), at selskabet agtede at indgå kontrakt med Arriva.

Det er oplyst under klagesagen, at Nordjyllands Trafikselskab den 19. juni 2019 afholdt et møde med Jørns Rutetrafik. Det er ubestridt, at Nordjyllands Trafikselskab under mødet orienterede om, at tilbuddet fra Jørns Rutetrafik havde opnået karakteren 70 i vurderingen efter delkriteriet ”Tilbudt kvalitet i forhold til NT’s kunder”, og at Arriva vedrørende det samme delkriterium opnåede karakteren 100. Nordjyllands Trafikselskab oplyste endvidere, at Arriva alene vedrørende dette delkriterium opnåede en højere score end Jørns Rutetrafik.

I en mail af 3. juli 2019 fra Nordjyllands Trafikselskab til Jørns Rutetrafik hedder det bl.a.:

”Jeg har vedhæftet en opdateret version af jeres scores, hvor de afsluttende evalueringer er medtaget.

Vurdering af kvalitet af drift

På mødet drøftede vi frem og tilbage, hvordan kvalitetsprisen vægter i delkriteriet. I fremlagde argumenter for at en byder med kvalitetsprisen har en markant fordel sammenlignet med øvrige bydere. Vi har naturlig-

vis efterfølgende forholdt os til dette, og vi vil inden næste udbud gennemgå tildelingskriterierne, herunder også jeres synspunkter omkring kvalitetsprisens vægtning.”

I et evalueringsdokument af samme dato står der bl.a.:

”NT’s 25. udbud – tilbagemelding vedr. tilbud fra Jørns Rutetrafik A/S (version 3. juli 2019)

...

Afsluttende evaluering for pakke 6, 414, 19/5118, 224, 220 og kombination B, C og G

Afsluttende evaluering af mulige kombinationer	score pris	score drift	score busser	score miljø	samlet score
Enkeltpakker	94,9	76,6	93,1	98,8	88,5
B+C	99,4	94,2	93,4	99,3	96,9
B + enkeltpakker	96,4	79,3	93,4	99,3	90,2
C + enkeltpakker	97,9	91,5	91,4	98,8	95,1
G	100,0	94,2	88,3	98,4	96,7

Jørns Rutetrafiks tilbud på pakke C

Den afsluttende evaluering er foretaget ud fra mulige sammensætninger af kombinationer og enkeltpakker. Den højeste score blandt disse har afgjort det vindende tilbud, som er fundet ved kombinationen.

Det vindende tilbud (kombinationen) opnår en samlet vægtet score på 95,3 og har bedst score i drift (ud af i alt fire tilbud på kombinationen).

Jørns Rutetrafik er blandt de to bedst scorende tilbud på kombinationen blandt i alt fire tilbud. Jørns Rutetrafik opnår følgende scores:

pakke	tilbud nr.	Byder	score pris	score drift	score busser	score miljø	samlet score
C	19-0200	Jørns Rutetrafik A/S	100,0	82,5	97,0	100,0	93,6

”

Nordjyllands Trafikselskab har fremlagt trafikselskabets evalueringsmateriale for klagenævnet. Den delvist ekstraherede version af evalueringsmaterialet uden prisoplysninger, som Jørns Rutetrafik har modtaget under klagesagen, indeholder bl.a. følgende:

”

pakke	tilbud nr.	byder	score pris	score drift	score busser	score miljø	samlet score
C	19-0200	Jørns Rutetrafik A/S	100,0	82,5	97,0	100,0	93,6
C	19-0252	Arriva Danmark A/S	95,3	94,2	97,0	100,0	95,3
C	19-0519	Keolis Danmark A/S	95,1	76,7	97,0	100,0	89,1
C	19-0170	Lokalbus A/S	90,9	62,5	97,0	100,0	82,0

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Jørns Rutetrafik har navnlig gjort gældende, det ikke er muligt at spore en systematisk metodik bag karaktergivningningen efter delkriteriet "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder".

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at ”Bydere, der har modtaget NT’s kvalitetspris inden for de seneste to år, som forsat ligger højt i kvalitetsmålingerne, og angiver at ville fortsætte det høje kvalitetsniveau, vil blive tildelt karakteren 100”. Modtagelsen af kvalitetsprisen havde dermed afgørende betydning for udfaldet af udbuddet.

Det er kritisabelt blandt andet, at det er muligt at vinde kvalitetsprisen for en bybus og anvende netop den kvalitetspris i forbindelse med et udbud af regionalbusruter.

Jørns Rutetrafik har nærmere anført, at der gælder forskellige skalaer for, i hvilket omfang der opnås en andel af bonuspuljen. Eksempelvis vil opnåelse af en servicescore på 8,2 føre til 50 % bonus på regionalruter, 0 % bonus på X-busruter og 100 % på bybusruter. Brændstofbonus tildeles ligeledes efter forskellige skalaer, hvilket skaber ulige muligheder for regionalruter, X-busruter og bybus-ruter med hensyn til at opnå denne bonus. Det bør alene være muligt at sammenligne kvalitetstallene fra busruter, som tilhører samme kørselskategori, eksempelvis regionalruter med regionalruter.

Af præsentationen om kvalitetstal 2018 fremgår en liste med de 18 højest scorende operatører. Placering 8 indtages af Arriva med rute 90 og placering 9 af Jørns Rutetrafik med rute 208-209, hvilke ruter er sammenlignelige regionale ruter. På denne baggrund opnår både Arriva og Jørns Rutetrafik samme andel på 122,1 % af bonuspuljen. Da delkontrakt 10 og delkontrakt

11 (pakke C) ligeledes udgør regionalbuskørsel, er Jørns Rutetrafik fuldt ud på niveau med Arriva for denne kørselskategori og burde derfor rettelig have modtaget karakteren 100. Årsagen til, at Jørns Rutetrafik ikke er blevet tildelt karakteren 100, er formentligt, at Arriva fejlagtigt og i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling er blevet tildelt denne karakter, da Arriva har en Aalborg By-busenhed, der opnår placering 1 på kvalitetslisten.

Nordjyllands Trafikselskab bekræftede under mødet med Jørns Rutetrafik den 19. juni 2019, at Arriva alene havde en bedre score end Jørns Rutetrafik på underkriteriet 'Kvalitet af drift', fordi Arriva A/S har fået karakteren 100 i delkriteriet "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder".

Jørns Rutetrafik har udarbejdet nedenstående tabeller til støtte for sine synspunkter. Virksomheden har oplyst, at Tabel 1 illustrerer de opnåede kvalitetstal for 2017 og 2018 samt den faktisk tildelte karakter vedrørende delkriteriet "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder".

	2017	2018	Samlet karakter
Arriva A/S bedste regional rute	182,8	122,1	100
Jørns Rutetrafs bedste regionalrute	124,2	122,1	70

Tabel 1

Tabel 2 illustrerer en bedømmelse med afsæt i en gennemsigtig evaluering af de opnåede kvalitetstal for 2017 og 2018 samt konsekvensen heraf for den tildelte karakter.

	2017	2018	Samlet karakter
Arriva A/S bedste regional rute	182,8	122,1	
Karakter herfor	100	100	100
Jørns Rutetrafs bedste regionalrute	124,2	122,1	
Gennemsnit	68	100	84

Tabel 2

Jørns Rutetrafs karakter for den bedste regionalrute for 2017 er ikke oplyst for virksomheden, men er estimeret til 68, da Jørns Rutetrafs andel på 124,2 % af bonuspuljen for 2017 udgør 68 % af de 182,8 %, som Arriva opnåede i

2017. Det gøres på denne baggrund gældende, at Jørns Rutetrafik rettelig burde være tildelt en højere karakter vedrørende delkriteriet.

Gennemsnittet på 84 fra Tabel 2 befinder sig i lejet mellem en henholdsvis "God" og "Tilfredsstillende" vurdering med karakteren 80 og 90. Jørns Rutetrafik har i otte år har udført den udbudte kørsel upåklageligt og har vundet den årlige kvalitetspris syv gange i løbet af de seneste 14 år. En retvisende score burde derfor ligge i spændet mellem 97-100.

Beregningerne viser, at hvis Jørns Rutetrafik var blevet tildelt karakteren 85 fremfor 70, ville det samlede resultat være blevet 96,2 til Jørns Rutetrafik og 93,6 til Arriva vedrørende delkontrakt 10 og delkontrakt 11.

De beregninger, Jørns Rutetrafik har foretaget ud fra de foreliggende oplysninger i evalueringsmaterialet, viser endvidere, at Arriva har vundet kombination C med en pris, som er 4,7 % højere end den pris, Jørns Rutetrafik tilbød, hvilket medfører en merudgift på ca. 5,5 mio. kroner over kontraktens løbetid.

Jørns Rutetrafik har endelig anført, at virksomhedens tilbud indeholder beskrivelse af flere nye tiltag, herunder særligt en styrkelse af ledelsen, som en del af beskrivelsen i relation til delkriteriet.

Nordjyllands Trafikselskab har gjort gældende, at evalueringen af er foretaget i overensstemmelse med det offentliggjorte delkriterium "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder".

Det fremgår af kriteriets sidste afsnit, at tilbudsgivere, der inden for de seneste to år har modtaget kvalitetsprisen, vil få 100 point, forudsat at de fortsat ligger højt i kvalitetsmålingerne og angiver at ville holde niveauet. For andre tilbudsgivere foretages evalueringen ud fra forholdene "NT's erfaringer med byder, herunder NT's kvalitetsmålinger", "Dokumentation for leveret kvalitet for andre" og "Byders beskrivelse af konkrete tiltag til kvalitetsforbedringer". Delkriteriet går overordnet set ud på at vurdere den kvalitet, som de bydende har leveret tidligere, og som Nordjyllands Trafikselskab kan forvente fremadrettet. Ræsonnementet bag at give maksimumpoint til vinderen af kvalitetsprisen er, at denne netop bevisligt har leveret den bedste kvalitet inden for de seneste to år. Ræsonnementet bag, at maksimalt to tilbudsgivere i udbuddet kan få maksimumpoint på denne baggrund, er på den anden side,

at et ensidigt fokus på kvalitetsprisberegningen ville udelukke virksomheder, der ikke tidligere har udført kørsel for Nordjyllands Trafikselskab fra at byde, ligesom det ville afskære trafikselskabet fra at lægge vægt på nye tiltag, som tilbudsgiverne agter at implementere.

Den model, som er fastsat om opnåelse af bonus, er udarbejdet i løbende samarbejde med entreprenørerne, herunder Jørns Rutetrafik. Der var enighed om i entreprenørudvalget at samle bonusmodellerne i tre grupper, X busser, Aalborg bybusser og Metrobusser samt regionale ruter.

For så vidt angår kundetilfredsheden er bybusruterne kendetegnet ved, at de benyttes af flere og flere forskellige passagerer i modsætning til regionalruterne, der typisk har færre passagerer, og at der er tale om den samme gruppe af personer, herunder navnlig pendlere og skoleelever. Det betyder, at bybusserne alt andet lige modtager flere klager og dermed vil score lavere i kundetilfredshedsmålingerne. For så vidt angår brændstofforbruget, er det endvidere indlysende, at bybusserne har et højere brændstofforbrug end regionalbusserne. De omtalte differentieringer har således til hensigt at give bybusserne lige chancer med regionalbusserne i konkurrencen om at opnå bonus og kvalitetspris. Det bemærkes i denne forbindelse bl.a., at kvalitetsprisen i 2015-2017 blev tildelt Arrivas regionalbus rute 90, medens Jørns Rutetrafiks regionalbus i 2017 havde placering som nr. 9. Jørns Rutetrafik har endvidere vundet kvalitetsprisen syv gange inden for de seneste 14 år med en regionalrute. Argumentet om, at differentieringen skulle umuliggøre en sammenligning på tværs af de forskellige busrutetyper, må på den baggrund afvises.

Trafikselskabet har yderligere anført, at evalueringen af Jørns Rutetrafik blev foretaget på grundlag af de tre ovennævnte forhold om kvalitetsmålinger, leveret kvalitet til andre og konkrete forbedringstiltag. Virksomhedens redegørelse indeholdt hverken dokumentation for leveret kvalitet til andre eller beskrivelse af konkrete nye tiltag, og virksomheden kunne derfor ikke på dette punkt tillægges en positiv merværdi. Tilbage stod kvalitetsmålinger. Af de seneste målinger fremgik, at Jørns Rutetrafik i gennemsnit havde 1,24 klager pr. 1.000 køretimer, hvilket lå over gennemsnittet for det samlede antal klager blandt tilbudsgiverne. Nordjyllands Trafikselskab vurderede på dette grundlag, at tilbuddet fra Jørns Rutetrafik ikke kunne tildeles flere point end 70 svarende til beskrivelsen "acceptabelt".

Det forhold, at Nordjyllands Trafikselskab lægger vægt på andre kriterier end prisen, betyder, at trafikselskabet kan komme til at betale en merpris for eksempelvis en bedre kvalitet. Det er imidlertid den logiske følge af, at forsyningsvirksomhedsdirektivet tillader ordregiver at lægge vægt på andet end prisen, og det kan dermed ikke være et argument for, at der skulle foreligge en overtrædelse. Det er endvidere op til trafikselskabet at overveje og tilrettelægge, hvor meget det er indstillet på at betale for en kvalitetsforskel. Merbetalingens størrelse kan dermed principielt heller ikke danne grundlag for en antagelse om, at udbudsreglerne er overtrådt.

Nordjyllands Trafikselskab har med henvisning til evalueringsmaterialet, som er fremlagt for klagenævnet, oplyst, at prisforskellen var 4,7 % på denne pakke.

Ad påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Jørns Rutetrafik har gjort gældende, at evalueringsmodellen er i strid med ligebehandlingsprincippet. Nordjyllands Trafikselskab opfylder således ikke sin forpligtelse til gennem hele udbudsproceduren at sikre, at samtlige tilbudsgivere behandles lige og kan konkurrere på lige vilkår, da tilbudsgivere, som inden for de seneste to år har modtaget trafikselskabets kvalitetspris og angiver at ville fortsætte det høje kvalitetsniveau, tildeles karakteren 100 og derved opnår en åbenbar og markant fordel sammenlignet med de øvrige tilbudsgivere. Evalueringen beror således alene på, hvad Nordjyllands Trafikselskab tidligere har lagt til grund i forbindelse med uddelingen af en kvalitetspris og sikrer derved hverken, at samtlige tilbudsgivere behandles lige, eller at de får mulighed for at konkurrere på lige vilkår. Det er endvidere uden relevans for den udbudsretlige overtrædelse, at evalueringsmodellen har været anvendt uændret siden 2006.

Evalueringsmetoden er endvidere ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da udbud i busbranchen som regel afgøres med få procents eller promilles prisforskel. I det konkrete tilfælde medfører evalueringsmodellen ifølge Jørns Rutetraffiks beregninger, at en tilbudsgiver med kvalitetsprisen kan opnå delkontrakt 10 og delkontrakt 11 med en pris, som er op til 10,5 % højere end det næstbedst vurderede tilbud.

Jørns Bustrafik har endelig gjort gældende, at mailen af 3. juli 2019 vidner om en anerkendelse fra Nordjyllands Trafikselskab af, at der er anvendt en

evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af mailen fremgår det således direkte, at trafikskabet har forholdt sig til Jørns Rutetraffiks bemærkninger og på den baggrund vil gennemgå tildelingskriterierne. Det fremstår ulogisk, at trafikskabet skulle gennemgå tildelingskriterierne, hvis bemærkningerne omkring kvalitetsprisen vægtning, som har givet anledningen til gennemgangen, ikke har været relevante.

Nordjyllands Trafikskab har gjort gældende, at evalueringsmodellen for underkriteriet ”Tilbudt kvalitet af drift” har været anvendt uændret siden 2006, uden at dette har givet anledning til klager eller indsigelser af nogen art fra tilbudsgivere. Jørns Rutetraffik har vundet kvalitetsprisen syv gange igennem de sidste 14 år og har i den forbindelse selv nydt godt af tildelingen af maksimumpoint herfor i sin løbende tilbudsgivning.

Evalueringsmodellen for underkriteriet er gennemsigtig og indebærer ikke forskelsbehandling af tilbudsgiverne, ligesom trafikskabet har fulgt modellen under evalueringen. Under henvisning til udbudslovens § 160, stk. 2, jf. § 14 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet kan klagenævnet således ikke tilside-sætte modellen.

Anbringendet om, at underkriteriet kan udløse en prisforskel på 10,5 %, er forkert og må afvises. Selve beregningen er ikke korrekt, og det er endvidere Nordjyllands Trafikskabs eget valg, om og hvor meget skabet ønsker at betale ekstra for en bedre kvalitet.

I mailen af 3. juli 2019 ligger endvidere ikke nogen erkendelse af, at Jørns Rutetraffik har ret i sine klagepunkter. Det fremgår blot, at Nordjyllands Trafikskab har forholdt sig til virksomhedens bemærkninger, og at trafikskabet inden næste udbud vil gennemgå kriterierne, herunder synspunkterne fra Jørns Rutetraffik.

Ad påstand 3

Jørns Rutetraffik har til støtte for annullationspåstanden principalt og med henvisning til påstand 1 gjort gældende, at kommunens evaluering efter del-

kriteriet "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder" medførte, at Jørns Rutetrafiks tilbud på delkontrakt 10 og delkontrakt 11 ikke opnåede den retmæssige score på mindst 96,2, som er højere end Arrivas vindende score på 95,3.

Der eksisterer en høj grad af årsagssammenhæng mellem overtrædelsen af de grundlæggende udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling gennem anvendelse af den evalueringsmetode, som er beskrevet i udbudsmaterialet, og Nordjyllands Trafikselskabs tildelingsbeslutning.

Subsidiært og med henvisning til påstand 2 har Jørns Rutetrafik gjort gældende, at Nordjyllands Trafikselskab har anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor udbudsmaterialet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Kontrakten mellem Nordjyllands Trafikselskab og Arriva er allerede indgået. En annullation af tildelingsbeslutningen vedrørende delkontrakt 10 og delkontrakt 11 vil ingen indvirkning have på den indgåede kontrakt, idet klagenævnet ikke eksplicit har kompetence til bringe en indgået kontrakt, baseret på et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, til ophør.

Jørns Rutetrafik har bestridt, at virksomheden har udvist retsfortabende passivitet. Det var således først på evalueringsmødet den 19. juni 2019, at Jørns Rutetrafik fik indsigt i det, som der klages over. Virksomheden var således i praksis frataget muligheden for at klage over den udbudsretlige overtrædelse inden udløbet af standstill-perioden. Klagen blev indgivet, så snart Jørns Rutetrafik fik kendskab til og fik foretaget den nødvendige analyse af Nordjyllands Trafikselskabs tildeling af point.

Nordjyllands Trafikselskab har med henvisning til det anførte ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge.

Nordjyllands Trafikselskab har videre anført, at Jørns Rutetrafik har udvist retsfortabende passivitet i forhold til annullationspåstanden, og det faktum, at klagen er indgivet rettidigt, har ikke noget med denne vurdering at gøre. Jørns Rutetrafik fik den 3. maj 2019 meddelelse om, at virksomheden ikke var tildelt kontrakten. Det havde da været oplagt at indbringe en klage inden for standstill-perioden. Der blev imidlertid først rejst kritik, der på nogle

punkter svarer til indholdet af klagen, på mødet med Nordjyllands Trafiksel-skab den 19. juni 2019 og i flere efterfølgende samtaler. Den 3. juli 2019 skrev Nordjyllands Trafiksel-skab til Jørns Rutetrafik, at trafiksel-skabet ikke ville foretage sig yderligere i anledning af kritikken, men tage det med i sine fremtidige overvejelser. Først tre uger efter kontraktstart fremkom klagen. Nordjyllands Trafiksel-skab har bestridt, at Jørns Rutetrafik var frataget mu-ligheden for at klage inden udløbet af standstill perioden og anført, at hvis en tilbudsgiver ikke finder at have de fornødne oplysninger, må tilbudsgiveren efterspørge dem aktivt.

Nordjyllands Trafiksel-skab har videre anført, at udgangspunktet, hvis en til-delingsbeslutning annulleres, må være, at en kontrakt indgået på grundlag heraf skal bringes til ophør. Den udtrykkelige bestemmelse herom i udbuds-lovens § 185, stk. 2, gælder ganske vist ikke for området for forsyningsvirk-somhedsdirektivet som implementeret ved implementeringsbekendtgørelsen, men den må være udtryk for et generelt forvaltningsretligt udgangspunkt.

Hertil kommer, at det følger af den indgåede kontrakt, at trafiksel-skabet har betinget sig muligheden for at opsig kontrakten med et passende varsel i tilfælde af, at tildelingsbeslutningen annulleres. De positive udgifter i tilfælde af en sådan opsigelse må antages at blive ganske betragtelige. Der er tale om førstegangsetablering af biogasbusser, og Arriva har således måttet investere i nye forsyningsanlæg til gassen. Disse udgifter vil være spildt i tilfælde af en opsigelse, og må forventes krævet erstattet af Arriva. Der er således et betydeligt hensyn til at undgå værdispild, som taler imod en annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Nordjyllands Trafiksel-skab har fastsat, at vurderingen efter delkriteriet ”Til-budt kvalitet i forhold til NT’s kunder” bl.a. vil blive baseret på ”de erfarin-ger, [trafiksel-skabet] har haft med byder – herunder de senest opnåede resul-tater i [trafiksel-skabets] kvalitetsmålinger, hvis disse er tilgængelige, kunde-henvendelser, samt om byder er blevet modregnet i betaling for manglende opfyldelse af kvalitetskrav”. Endvidere fremgår det, at tilbudsgivere, der in-den for de to seneste år har modtaget trafiksel-skabs egen kvalitetspris, vil få

karaktern 100, hvis tilbudsgiveren tilkendegiver at ville fortsætte det høje kvalitetsniveau.

Det følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og af praksis fra bl.a. Retten, herunder Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-457/07, Evropaïki Dynamiki mod EFSA, at en ordregiver ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne, hvis ikke der er konkret grundlag herfor i det indleverede tilbud. Sådan som evalueringsmodellen under delkriteriet er bygget op, er modellen i strid med ligebehandlingsprincippet og derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det kan ikke føre til at andet resultat, at modellen har været anvendt i en årrække og tilsyneladende har været accepteret af de konkrete tilbudsgivere.

Påstand 2 tages derfor til følge.

På den baggrund og med henvisning til klagenævnslovens § 10, stk. 2, tager klagenævnet ikke stilling til, om Nordjyllands Trafikselskab i relation til underkriteriet Kvalitet af drift har evalueret tilbuddene i overensstemmelse med det, som fremgår af udbudsmaterialet, som påstået i påstand 1.

Ad påstand 3

Det følger af det, der er anført ad påstand 2, at påstand 3 tages til følge. At klagen er indgivet knap to måneder efter, at Jørns Rutetrafik fik indsigt i evalueringsmaterialet, er ikke udtryk for en sådan form for passivitet, at påstanden om annullation ikke skal tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Nordjyllands Trafikselskab har handlet i strid med princippet om ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved i forbindelse med evalueringen af [tilbuddene i relation til] underkriteriet "Kvalitet af drift" at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 3

Nordjyllands Trafikselskabs tildelingsbeslutning af 3. maj 2019 om at tildele delkontrakt 10 og delkontrakt 11 (pakke C) til Arriva A/S annulleres.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 1.

Nordjyllands Trafikselskab skal i sagsomkostninger til Jørns Rutetrafik A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig